

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 9

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

Rio de Janeiro
julho / dezembro de 2012

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

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), Théophile 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 9 (julho/dezembro 2012)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-
v.

UERJ
Campinho Advogados
Bocater, Camargo, Costa e Silva Advogados Associados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

Editorial

Colaboraram neste número

Aldo Pacheco Ferreira

Pesquisador da Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca e do Centro de Estudos da Saúde do Trabalhador e Ecologia Humana (CESTEH/ENSP/FIOCRUZ). Doutor em Engenharia Biomédica, pela Coordenação dos Programas de Pós-Graduação em Engenharia da Universidade Federal do Rio de Janeiro (COPPE/UFRJ). Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação em Saúde Pública da Escola Nacional de Saúde Pública. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq – Nível 2.

Alexandre Ferreira de Assumpção Alves

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor Adjunto nas Faculdades de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro –UFRJ e da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor do Programa de Pós-Graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Campos – FDC.

Carla Wainer Chalhó Igow

Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Advogada no Rio de Janeiro.

Daniel Gruenbaum

Professor Visitante do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Bacharel e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo – USP. Estágio de Pós-doutoramento como Konrad Zweigert Fellow, Instituto Max Planck para Direito Comparado e Privado Internacional (Hamburgo).

Isabel Miranda

Mestre e Doutoranda em Direito Internacional, Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogada.

Leonardo da Silva Sant'Anna

Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Pesquisador. Doutorando em Saúde Pública na Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca da Fundação Oswaldo Cruz (ENSP/FIOCRUZ). Mestre em Direito das Relações Econômicas pela Universidade Gama Filho. (UGF).

Lilian Patrus Marques

Mestranda em Direito Processual Civil pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada.

Marcella Blok

Advogada graduada pela PUC-RIO, Pós-Graduada em Direito Empresarial com ênfase em Societário de Mercado de Capitais pela FGV-RIO.

Maria Simone de Menezes Alencar

Pesquisadora Visitante do Laboratório de informação em Ciência e Tecnologia em Saúde (LICTS) do Instituto de Comunicação e Informação em Ciência e Tecnologia em Saúde (ICICT) da Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ). Doutora na área de Gestão e Inovação Tecnológica pela Escola de Química da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Raul Gonçalves Baptista

[•]

Rodrigo Lychowski

Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Procurador Federal lotado no Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro – IPJB.

Sumário

DIREITO SOCIETÁRIO

OFERTA PÚBLICA OBRIGATÓRIA POR OCASIÃO DE ALIENAÇÃO DE CONTROLE DE COMPANHIA ABERTA (ARTIGO 254-A DA LEI DAS S.A.) Carla Wainer Chalréo Lgow	3
--	---

RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS

O PEDIDO DE RESTITUIÇÃO ORDINÁRIA NA LEI Nº 11.101/2005 Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Raul Gonçalves Baptista	43
--	----

NEGÓCIOS EMPRESARIAIS / RELAÇÕES INTERNACIONAIS PRIVADAS

AVALISTA CASADO: INTERFERÊNCIAS DO DIREITO DE FAMÍLIA NO DIREITO CAMBIÁRIO Lilian Patrus Marques	93
--	----

A FALÊNCIA DECRETADA NO EXTERIOR COMO FATO NO BRASIL Daniel Gruenbaum	127
--	-----

PROPRIEDADE INTELECTUAL

NANOTECNOLOGIA: CONSIDERAÇÕES GERAIS, PATENTEAMENTO E IMPLICAÇÕES PARA A SAÚDE PÚBLICA Leonardo da Silva Sant'Anna, Aldo Pacheco Ferreira e Maria Simone de Menezes Alencar	159
--	-----

DIREITO ECONÔMICO

O PROCESSO DE CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL E SEUS REFLEXOS PERANTE O DIREITO DE LIVRE CONCORRÊNCIA NO BRASIL À LUZ DA NOVA LEI DO CADE E SUAS REPERCUSSÕES NAS ÁREAS DE FUSÕES E AQUISIÇÕES Marcella Blok	189
---	-----

PARECERES E ATUALIDADES JURISPRUDENCIAIS

ACÓRDÃO – STJ – SOCIEDADE ANÔNIMA. RESPONSABILIZAÇÃO DO DIRETOR FINANCEIRO. APROVAÇÃO DAS CONTAS POR ASSEMBLEIA	
--	--

GERAL SEM RESSALVAS. PRÉVIA ANULAÇÃO. PRECEDENTES. SÚMULA Nº 211/STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA. SÚMULA Nº 7/STJ	223
---	-----

DEBATES E ATUALIDADES

EXTENSÃO DO FGTS AO DIRETOR NÃO EMPREGADO DE UMA SOCIEDADE ANÔNIMA Rodrigo Lychowski	253
--	-----

A PARTICIPAÇÃO DA UERJ NO 18 TH ANNUAL WILLEM C. VIS INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION MOOT Isabel Miranda e Daniel Gruenbaum	267
---	-----

**DIREITO
SOCIETÁRIO**

**OFERTA PÚBLICA OBRIGATÓRIA POR OCASIÃO
DE ALIENAÇÃO DE CONTROLE DE COMPANHIA
ABERTA (ARTIGO 254-A DA LEI DAS S.A.)**

**MANDATORY TENDER OFFER ON SALE OF CONTROL OF A
PUBLICLY-TRADED COMPANY (ARTICLE 254-A OF THE
BRAZILIAN CORPORATIONS LAW)**

Carla Wainer Chalréo Lgow

Sumário: 1. Breve introdução. 2. Histórico. 3. Definição de “alienação de controle”, para efeito da incidência do art. 254-A. 4. Destinatários da oferta pública. 5. Alternativa de oferta de prêmio. 6. Forma de pagamento aos destinatários da oferta. 7. Diluição do prêmio de controle. 8. Conclusão.

Resumo: Após traçar brevemente o histórico da oferta pública obrigatória por ocasião da alienação de controle de companhia aberta, o presente artigo trata, num primeiro momento e à luz de decisões da Comissão de Valores Mobiliários, da definição de “alienação de controle”, para efeito da incidência do artigo 254-A da Lei das S.A.. Em seguida, expõe algumas considerações atinentes aos destinatários da oferta pública, à alternativa de oferta de prêmio, à forma de pagamento aos destinatários da oferta e à diluição do prêmio de controle.

Palavras-chave: COMPANHIA ABERTA. PODER DE CONTROLE. OFERTA PÚBLICA OBRIGATÓRIA. ALTERAÇÃO DE CONTROLE. ALIENAÇÃO DE CONTROLE. AQUISIÇÃO DE CONTROLE.

Abstract: After outlining the history of the mandatory public tender offer on sale of control of a publicly-traded company, this article first addresses the definition of “sale of control” (alienação de controle) used in applying article 254-A of the Brazilian Corporations Law, in light of the decisions of the CVM (the Brazilian securities commission), before commenting on the recipients of the public tender offer, the possibility of offering a premium instead of making a public tender offer, the form of payment under public tender offers, and the dilution of the control premium.

Keywords: PUBLICLY-TRADED COMPANY. CORPORATE CONTROL. MANDATORY TENDER OFFER. CHANGE IN CONTROL. SALE OF CONTROL. ACQUISITION OF CONTROL.

1. Breve introdução

O artigo 254-A da Lei nº 6.404/1976 (“Lei das S.A.”), com redação dada pela Lei nº 10.303/2001, reintroduziu no direito societário brasileiro, em novas bases, a oferta pública obrigatória para a aquisição de ações dos acionistas minoritários, por ocasião da alienação do controle acionário de companhia aberta (“OPA”). Trata-se de instrumento de “proteção patrimonial dos acionistas minoritários, que não sejam parte do negócio translativo do controle”¹.

Segundo dispõe o referido artigo, a alienação do controle de companhia aberta acarreta, para o adquirente, a obrigação de realizar uma oferta pública para a aquisição das ações dos acionistas minori-

1 GUERREIRO, José Alexandre Tavares. “Alienação de controle de companhia aberta: o papel das instituições financeiras”. In: *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. V. 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 116. No mesmo sentido: (i) WALD, Alexandre. “A proteção do acionista minoritário na alienação do controle de companhias abertas”. In: *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*. V. 34. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2006, p. 346; e (ii) CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. “Alienação de controle de companhia aberta sujeita a autorização para funcionar”. In: *Revista dos tribunais*. V. 645. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 1989, p. 23.

tários, com direito de voto, pelo equivalente a oitenta por cento do preço pago por ação integrante do bloco de controle. Vale transcrever o *caput* do dispositivo:

Art. 254-A. A alienação, direta ou indireta, do controle de companhia aberta somente poderá ser contratada sob a condição, suspensiva ou resolutiva, de que o adquirente se obrigue a fazer oferta pública de aquisição das ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas da companhia, de modo a lhes assegurar o preço no mínimo igual a 80% (oitenta por cento) do valor pago por ação com direito a voto, integrante do bloco de controle.

Trata-se de espécie de OPA *a posteriori*, isto é, exigível após a operação de cessão privada do controle, que por sua vez, (i) no caso de ter sido contratada sob condição suspensiva, permanece com sua eficácia suspensa até que a oferta pública se realize, ou, (ii) no caso de ter sido contratada sob condição resolutiva, deixa de ser eficaz caso a oferta não venha a se realizar².

Na visão de parte da doutrina, a reintrodução da oferta pública obrigatória no direito positivo brasileiro reforça a conclusão de que o bloco das ações representativas do controle possui valor econômico próprio, que não se confunde com o valor de cada uma das ações integrantes do bloco, individualmente considerada. É a chamada mais valia do bloco de controle. Nas palavras de Roberta Nioac Prado, “partindo da premissa de que o poder de controle possui valor econômico próprio distinto do valor individualmente considerado de cada ação que o integra, que o legislador de 1976 passou expressamente a obrigar a OPA *a posteriori* na alienação privada de controle”³.

2 PRADO, Roberta Nioac. *Oferta pública de ações obrigatória nas S.A.*: “tag along”. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 43.

3 *Oferta pública de ações obrigatória nas S.A.*, cit., p. 108. Também Fábio Konder Comparato reconhece esse sobrevalor das ações integrantes do bloco de controle (*O poder de controle na sociedade anônima*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 218). Ainda, para Mauro Rodrigues Penteado, “[o] poder de controle acionário (...) tem significativo valor econômico, que é me-

Além disso, a previsão legal da oferta pública obrigatória encontra fundamento na doutrina segundo a qual o prêmio de controle deve pertencer, ainda que não na mesma medida, não apenas ao acionista controlador, mas também aos acionistas minoritários⁴.

Ressalta Carlos Augusto da Silveira Lobo que, com a operação de cessão privada do controle, o que se aliena, na prática, é o bloco de ações que garante o controle, e não o poder de controle em si, inalienável de forma isolada⁵.

O percentual de oitenta por cento, previsto em lei, que equivale a parte substancial do prêmio de controle contratado no negócio jurídico de sua alienação, não corresponde a um critério objetivo, tendo sido simplesmente a solução encontrada para conciliar os divergentes interesses em jogo, manifestados ao longo das discussões do projeto da Lei nº 10.303/2001, “em que se configuraram duas correntes extremas: a dos que pretendiam manter a revogação do artigo 254 tal como já determinada pela Lei nº 9.457/1997 e a dos que preconizavam a restauração do artigo 254 tal como introduzido na LSA”⁶.

lhormente verificado quando de sua alienação” (“Apontamentos sobre a alienação do controle de companhias abertas”. In: *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. V. 76. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 1989, p. 17).

4 Consistente retrospectiva acerca da discussão é trazida por Jorge Lobo (“Interpretação realista da alienação de controle de companhia aberta”. In: *Revista da associação dos advogados do Rio de Janeiro*. V. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, jan. 2002, pp. 99-132). O autor faz a seguinte indagação: “o ágio é um bem intangível da companhia, que deve ser compartilhado entre controladores, minoritários e, até mesmo, preferencialistas, ou um valor econômico inerente às ações ordinárias nominativas com direito de voto que compõem o bloco de controle, a ele fazendo jus exclusivamente os controladores?” (*Ibid*, pp. 122-123).

5 “Alienação do controle de companhia aberta”. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (coords.). *Direito das companhias*. V. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1.999. No mesmo sentido: CANTIDIANO, Luiz Leonardo. “Alienação e aquisição de controle”. In: *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*. V. 34. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2006, p. 331.

6 LOBO, Carlos Augusto da Silveira. “Alienação do controle de companhia aberta”, cit., p. 2.002.

2. Histórico

O Decreto-Lei nº 2.627/1940, posteriormente revogado e sucedido pela atual Lei das S.A., não regulava as alienações de controle de companhias abertas. Aquele diploma legal, mais voltado a resguardar os direitos dos credores das sociedades anônimas, continha poucos mecanismos de proteção dos interesses dos acionistas minoritários.

A discussão acerca da matéria tomou maiores proporções a partir da década de 1950, diante do comportamento assumido pelo Governo Federal de dificultar a aquisição de novas licenças para abertura de agências bancárias – as chamadas “cartas patentes”⁷. Diante desta dificuldade, como a sucessão das licenças já existentes era permitida, passou-se a adotar a seguinte estratégia: a sociedade interessada em adquirir licenças bancárias realizava operação de aquisição de controle de instituição financeira que já titularizava cartas patentes, seguida de sua incorporação. “Como a aquisição do controle era meio de adquirir, pela via da incorporação, as agências do banco a ser incorporado, comprador e vendedor incluíam no valor do poder de controle o valor das cartas patentes das agências”⁸. À época, com a operação de incorporação, as ações dos acionistas minoritários da instituição financeira incorporada eram substituídas por ações da sociedade incorporadora segundo relação de troca estabelecida com base no valor de patrimônio líquido contábil, sem considerar os intangíveis. Por esta razão, a sociedade incorporadora aceitava pagar ao alienante do controle do banco a integralidade do valor representativo das cartas patentes.

Este tipo de operação, como apontado pela doutrina, revelava um desequilíbrio, na medida em que parte do valor recebido a título

7 JOSUÁ, Adriana. “Alienação do controle de S.A. por oferta pública (art. 254-A da Lei das S.A.)”. In: *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. V. 126. São Paulo: Malheiros, abr./jun. 2002, pp. 141-142.

8 LOBO, Carlos Augusto da Silveira. “Alienação do controle de companhia aberta”, cit., p. 2.005.

de pagamento pelo acionista controlador, alienante do controle da instituição financeira, equivalia, em verdade, a um ativo – as cartas patentes – que pertencia não a ele, controlador, mas sim à companhia e, portanto, indiretamente, a todos os seus acionistas. Significa dizer que era possível aos controladores obter vantagens patrimoniais imerecidas, recebendo ágios a título da alienação de ativos intangíveis destes bancos⁹. Nas palavras de Carlos Augusto da Silveira Lobo,

esse tipo de operação importava confundir valor do poder de controle (que pertence ao acionista controlador) e dos intangíveis (que pertence à sociedade e, portanto, a todos os seus acionistas) e conduzia ao resultado prático de o controlador do banco incorporado alienar as suas ações ao banco incorporador por preço muitas vezes superior ao atribuído aos acionistas minoritários no procedimento de incorporação¹⁰.

Diante desta situação, passou-se a cogitar a possibilidade de a legislação societária prever meios “de os minoritários receberem parte da diferença entre o preço por ação do bloco de controle e o valor de mercado das ações”¹¹.

Exemplo trazido por Roberta Nioac Prado retrata com clareza a situação de desequilíbrio envolvendo as alienações de controle de bancos comerciais. Trata-se de operação de incorporação de instituição financeira da qual a Santa Casa de Misericórdia de São Paulo era acionista minoritária. No caso concreto, ciente da operação, o grupo controlador da instituição financeira em vias de ser incorporada, da qual a Santa Casa era acionista, dirigiu-se a ela e adquiriu sua participação minoritária, via negociação direta e privada, por valor ligeiramente superior à cotação das ações no mercado de valores mobiliá-

9 PRADO, Roberta Nioac. *Oferta pública de ações obrigatória nas S.A.*, cit., p. 85.

10 “Alienação do controle de companhia aberta”, cit., p. 2.006.

11 LOBO, Carlos Augusto da Silveira. “Alienação do controle de companhia aberta”, cit., p. 2.006.

rios. Dias depois, “alienou à instituição financeira incorporadora o bloco de controle juntamente às demais ações adquiridas, por preço 12 vezes superior ao pago, preço esse previamente contratado e não divulgado, nem ao mercado nem à Santa Casa”¹². Houve, assim, prejuízo à Santa Casa que, acreditando estar fazendo um bom negócio, alienara suas ações sem conhecer a real intenção do grupo controlador. Este caso, além de deflagrar discussões acerca da coibição ao “insider trading”, disparou também discussões em torno da necessidade de regulação da alienação do controle de companhias abertas.

Como explica Roberta Nioac Prado, tais discussões culminaram com a inclusão, na Lei das S.A., (i) do artigo 255, que em sua redação original garantia aos acionistas minoritários de companhias abertas sujeitas à autorização para funcionar (dentre elas as instituições financeiras), por ocasião de operação de alienação de controle, “tratamento equitativo (...), mediante simultânea oferta pública para a aquisição das suas ações, ou o rateio, por todos os acionistas, dos intangíveis da companhia, inclusive autorização para funcionar”, e (ii) do artigo 254, que em sua redação original condicionava a eficácia dos negócios jurídicos de alienação de controle de companhias abertas à realização de OPA a *posteriori*, garantindo-se, assim, “tratamento igualitário aos acionistas minoritários”. Nas palavras da autora, “a inclusão na LSA desses dois dispositivos – arts. 255 e 254 – visava superar as distorções como as acima expostas, quais sejam, respectivamente, a apropriação pelo controlador do valor dos intangíveis da companhia e do prêmio integral pago pelo controle”¹³.

Segundo previa o artigo 254, posteriormente revogado pela Lei nº 9.457/1997, o adquirente do controle acionário de companhia aberta deveria realizar oferta pública para aquisição das ações dos acionistas minoritários pelo mesmo preço pago por ação integrante do bloco de controle. Estabeleceu-se, ainda, no parágrafo primeiro,

12 *Oferta pública de ações obrigatória nas S.A.*, cit., p. 86.

13 *Oferta pública de ações obrigatória nas S.A.*, cit., pp. 88-89.

que, por ocasião da alienação do controle, a Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”) deveria zelar para que fosse assegurado referido tratamento igualitário.

A Lei nº 10.303/2001, ao restabelecer a oferta pública obrigatória, não restaurou o tratamento igualitário contido na versão original do artigo 254. Como referido, preceitua o hoje vigente artigo 254-A que a oferta pública obrigatória deve ser realizada pelo adquirente do controle acionário por valor equivalente a, no mínimo, oitenta por cento do preço pago por ação integrante do bloco de controle.

No período compreendido entre 1997 e 2001, com a revogação do artigo 254 e antes da entrada em vigor do artigo 254-A, a alienação do controle de companhias abertas não sujeitava o adquirente à obrigatoriedade legal de realização de oferta pública.

A extinção do tratamento igualitário, conforme a justificação do Projeto Kandir – que resultou na Lei nº 9.457/1997 –, teve como fundamento a “necessidade de reduzir, para o adquirente do controle acionário, os custos da operação”¹⁴. Tais recursos, conforme a referida justificação, em vez de serem utilizados na capitalização da companhia aberta, estariam sendo despendidos na aquisição das ações dos minoritários. Neste ponto, diversos autores explicam que, em realidade, o grande objetivo da Lei nº 9.457/1997, ao extinguir a oferta pública obrigatória, foi permitir que a União, à época controladora de várias companhias abertas – sociedades de economia mista – em vias de serem privatizadas, “se apropriasse, integralmente, do sobrepreço das ações alienadas no curso de processos de privatização, sem ter que compartilhá-lo com os acionistas minoritários”¹⁵. Nas palavras de Roberta Nioac Prado:

14 EIZIRIK, Nelson. “Oferta pública de aquisição na alienação do controle de companhia aberta”. In: *Temas de direito societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 231.

15 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. V. 4. T. II. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 141 e p. 147.

Foi o Governo Federal quem mais se beneficiou da revogação deste dispositivo 254 da LSA, de 1976, uma vez que as privatizações das companhias estatais geraram significativos prêmios de controle que legalmente puderam ser completamente apropriados pelo Governo Federal¹⁶.

De fato, a implementação do “Programa de Privatização das Companhias Estatais e Sociedades de Economia Mista”, como referem estes autores, foi um dos pilares do primeiro mandato do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso.

3. Definição de “alienação de controle”, para efeito da incidência do artigo 254-A

Para definir o que seja alienação de controle, para efeito da incidência do artigo 254-A da Lei das S.A., o primeiro passo é averiguar o conceito de controle. A definição pode ser extraída do artigo 116, *caput*, da Lei das S.A. – e, a bem da verdade, também do § 2º do artigo 243 do mesmo diploma legal¹⁷ –, pelo qual “[e]ntende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pes-

16 *Oferta pública de ações obrigatória nas S.A.*, cit., pp. 92-93. No mesmo sentido: (i) EIZIRIK, Nelson. “Oferta pública de aquisição na alienação do controle de companhia aberta”, cit., p. 231; e (ii) LOBO, Carlos Augusto da Silveira. “Alienação do controle de companhia aberta”, cit., p. 2.008.

17 “Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores”. O controle indireto, como conceitua José Luiz Bulhões Pedreira, “é modalidade de poder própria de um grupo ou estrutura de sociedades. A relação de poder não é parte da organização interna de uma das sociedades, mas do grupo, pois vincula o papel de acionista controlador de uma sociedade aos órgãos sociais de outra. A fonte do poder são as relações societárias entre as sociedades, e o poder é exercido indiretamente – através dos órgãos de outra sociedade” (“Cessão de quotas de ‘holding’ de companhia aberta”. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A lei das S.A.*: pressupostos, elaboração, aplicação. V. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 625). Vê-se, assim, que a Lei das S.A. reconhece o chamado “controle indireto” das sociedades anônimas.

soas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia”.

No âmbito regulamentar, a referência ao conceito de controle trazido pelo artigo 116 consta tanto na hoje revogada Resolução nº 401 do Conselho Monetário Nacional, de 1976¹⁸, eficaz durante a vigência do artigo 254, em sua redação original, quanto na Instrução nº 361 da Comissão de Valores Mobiliários, de 2002¹⁹, atualmente em vigor, e que dispõe justamente sobre o procedimento aplicável às ofertas públicas para aquisição de ações de companhia aberta.

O poder de controle, na definição do artigo 116 da Lei das S.A., é poder de fato, e não jurídico. Significa dizer que, para ser controlador, não há percentual mínimo de ações que devem ser titularizadas pelo acionista. Nas palavras de Nelson Eizirik, “[a] Lei das S.A. reconhece a existência do poder de controle acionário nas sociedades anônimas, definindo-o não em função da titularidade da maioria do capital votante, mas essencialmente em virtude do efetivo exercício da direção das atividades sociais”²⁰.

18 “Item II: Entende-se por alienação do controle da companhia aberta, para efeito do disposto no art. 254, da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e desta Resolução, o negócio pelo qual o acionista controlador (artigo 116 da Lei nº 6.404), pessoa física ou jurídica, transfere o poder de controle da companhia mediante venda ou permuta do conjunto das ações de sua propriedade que lhe assegura, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da Assembleia Geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia”.

19 “Art. 29, §4º. Para os efeitos desta instrução, entende-se por alienação de controle a operação, ou o conjunto de operações, de alienação de valores mobiliários com direito a voto, ou neles conversíveis, ou de cessão onerosa de direitos de subscrição desses valores mobiliários, realizada pelo acionista controlador ou por pessoas integrantes do grupo de controle, pelas quais um terceiro, ou um conjunto de terceiros representando o mesmo interesse, adquira o poder de controle da companhia, como definido no art. 116 da Lei 6.404/76”.

20 *A lei das S.A. comentada*. V. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 665.

Tanto é assim que a doutrina costuma classificar o controle em (i) majoritário (quando um acionista ou grupo de acionistas detém, isoladamente, mais de cinquenta por cento das ações com direito de voto da companhia), (ii) minoritário (quando não há um acionista com mais da metade das ações votantes, de modo que um acionista ou grupo de acionistas titulares de percentual menor é capaz de ter assegurado, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia geral, e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia), (iii) gerencial (no qual, não se identificando a figura do acionista controlador em virtude da dispersão acionária, “a direção efetiva dos negócios sociais é realizada por administradores profissionais, (...) sem que exista um bloco de ações que assegure o poder de controle”²¹); e (iv) externo (não acionário, exercido “mediante uma influência dominante”²², que não está previsto na Lei das S.A. Não decorre do exercício do direito de voto, mas sim de fatores extra-societários, como relações contratuais).

Enquanto parte da doutrina entende que o conceito de controle, decorrente do artigo 116 da Lei das S.A., deve ser utilizado para fins de aplicação do artigo 254-A, outros consideram que os conceitos não se confundem. Assim, por exemplo, diante de uma companhia com controle minoritário, apesar de poder ser identificado um acionista controlador, nos moldes do artigo 116, com as responsabilidades inerentes à sua posição (*v.g.*, abuso do poder de controle – artigo 117 da Lei das S.A.), caso este acionista decida alienar sua participação a terceiros, não seria necessário realizar oferta pública para aquisição das ações com direito a voto dos acionistas minoritários. É esta, por exemplo, a posição de Nelson Eizirik:

21 EIZIRIK, Nelson. *A lei das S.A. comentada*. V. 1, cit., p. 672.

22 EIZIRIK, Nelson. *A lei das S.A. comentada*. V. 1, cit., p. 666. Para o autor, o controle externo, não se caracterizando como controle acionário, não acarreta qualquer consequência na esfera do direito societário, a exemplo da responsabilidade do acionista controlador por abuso do poder de controle (artigo 117 da Lei das S.A.).

Somente existe um 'bloco de controle', como uma universalidade que pode ser objeto de negócios jurídicos próprios, se ele for composto por ações representativas de mais da metade do capital votante da companhia, de forma a assegurar ao seu titular, em qualquer circunstância, o exercício do poder de controle. Nas companhias sujeitas ao controle minoritário, não existe um bloco de controle, mas apenas um conjunto de ações com direito a voto que, ocasionalmente, permite ao seu titular – o acionista controlador – exercer as prerrogativas que identificam o poder de controle. Dessa forma, diante da inexistência de um bloco de controle, não há como ocorrer uma alienação de controle, apta a ensejar a aplicação da regra prevista no artigo 254-A da Lei das S.A., em companhias sujeitas ao controle minoritário ou naquelas que não possuam controlador definido²³.

A Comissão de Valores Mobiliários já teve de manifestar seu entendimento acerca da questão, em procedimento administrativo que versava justamente sobre a eventual necessidade de realização de OPA diante da transferência indireta do controle de fato (minoritário)²⁴. Contrariando decisão da área técnica, o Colegiado da autarquia desobrigou o consórcio de investimentos Telco S.p.A., que tem como principal acionista a Telefônica S.A., de realizar oferta pública visando adquirir as ações dos minoritários da TIM Participações S.A..

Em 2007, Pirelli & C. S.p.A. e Sintonia S.p.A., duas companhias que, juntas, titularizavam cem por cento do capital social da Olimpia S.p.A., alienaram sua participação societária detida na Olimpia para o consórcio Telco, o que poderia representar uma alteração no controle de fato da Telecom Italia S.p.A. e, indiretamente, de sua controlada brasileira TIM. É que, na época, Olimpia era proprietária de 17,99%

23 "Aquisição de controle minoritário. Inexigibilidade de oferta pública". In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; AZEVEDO, Luís André N. de Moura (coords.). *Poder de controle e outros temas de direito societário e mercado de capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 186. No mesmo sentido: MOTTA, Nelson Cândido. "Alienação do poder de controle compartilhado". In: *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. V. 89. São Paulo: Malheiros, jan./mar. 1993, pp. 42-44.

24 Processo Administrativo 2009/1956.

das ações votantes da Telecom Italia, sendo sua principal acionista. Daí a pretensa alienação de controle.

Não obstante, após analisar o recurso do consórcio Telco, a CVM concluiu que ele não adquirira o controle da TIM, ao comprar dos grupos Pirelli e Sintonia a totalidade das ações de emissão da Olimpia, sendo inexigível, assim, a oferta pública pretendida pelos fundos de investimento, requerentes do procedimento administrativo. A inexigibilidade da OPA, nesse caso, ocorreu porque o Colegiado, por maioria, entendeu que não houve alienação de controle. Se tivesse chegado a uma conclusão diferente, seria o primeiro caso no Brasil em que uma alienação de controle minoritário ensejaria a OPA em questão.

Identificar o exercício do poder de controle em situações de participação menor que cinquenta por cento do capital votante pode ser uma missão difícil, ainda mais quando envolve participações indiretas e companhias estrangeiras, como foi o caso. Tanto é assim que a questão foi analisada de modo díspare pelos diretores. O diretor Marcos Barbosa Pinto acompanhou o voto vencido do relator do processo, Eliseu Martins, que viu ali uma alienação indireta de controle e, em consequência, a necessidade da realização da oferta pública. Os outros três membros do colegiado discordaram da linha do relator. No entanto, ao justificarem seus votos, valeram-se de fundamentações distintas. Para Eli Loria, a aplicação do artigo 254-A “não abrange a alienação de controle minoritário”. Otávio Yazbek não encontrou elementos fáticos suficientes para caracterizar o poder de controle exercido pela Olimpia. Entretanto, ao contrário de Eli Loria, admitiu em tese a exigibilidade da OPA em transferência de controle minoritário, muito embora, como ele próprio declarou, seja difícil detectar o controle nessas situações. Já a presidente Maria Helena Santana se apoiou na regulamentação italiana, segundo a qual a aquisição de 17,99% do capital votante da Telecom Italia pela Telco não representou transferência de controle.

Vê-se, assim, que embora o Colegiado tenha considerado inexistente a OPA no caso concreto, parte de seus membros admitiu, ao menos em tese, a possibilidade de aplicação do artigo 254-A em situações de alienação do controle minoritário, ao contrário da posição defendida por Nelson Eizirik, antes referida. A questão está longe de ser pacífica.

Se, por um lado, discute-se, para efeito da incidência do artigo 254-A, se somente a alienação do controle majoritário deve ser considerada, ou se também a alienação do controle minoritário deveria ser capaz de disparar o mecanismo ali previsto, de outro lado, não se põe a questão da aplicação do referido artigo caso de trate de companhia sob controle gerencial ou externo.

Para além desta questão, da leitura detida do artigo 254-A é possível depreender que não é qualquer transferência de controle que dispara o mecanismo ali previsto. A doutrina costuma apontar alguns pressupostos.

O primeiro pressuposto que se costuma ressaltar no âmbito doutrinário é que tenha havido efetiva alienação do controle, isto é, que o controle, antes detido por certa pessoa, seja por ela alienado a outrem, que passa a detê-lo. Seguindo esta linha de raciocínio, apenas a aquisição derivada do controle é relevante para efeitos do artigo 254-A²⁵. A aquisição originária, diversamente, não dispara o mecanismo do referido artigo. Neste último caso, apesar de haver aquisição de controle, não há alienação, de modo que não há a *transferência* de controle necessária para disparar o artigo 254-A²⁶.

25 “Em matéria de direito das coisas, considera-se que a aquisição de um bem pode se dar a título originário e a título derivado. Na aquisição *derivada*, a propriedade é adquirida nas mesmas condições em que se encontrava nas mãos do alienante; já na aquisição *originária* cujo exemplo típico é o do usucapião, a propriedade forma-se íntegra no patrimônio do adquirente, não estando condicionada, pois, pela situação anterior” (CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. *A nova lei das S/A*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 405).

26 “[E]m uma aquisição originária de controle, há ‘adquirente’, mas não há alienante e, portanto, não há ‘alienação privada de controle’” (PRADO, Roberta Nioac. *Oferta pública de ações*

Exemplos de aquisição originária do controle, que podem ocorrer quando não há, na companhia, a figura de um controlador majoritário, são (i) a chamada “tomada hostil de controle”, quando, diante da dispersão acionária e sem entrar em acordo com os administradores da companhia, alguém decide realizar uma oferta pública voluntária ao mercado, com vistas a adquirir quantidade de ações suficiente para lhe garantir o controle da companhia, e (ii) a chamada “escalada em bolsa de valores”, quando certa pessoa vai, aos poucos, adquirindo participação no mercado de dada companhia, também com dispersão acionária, até que atinja percentual de ações suficiente

obrigatória nas S.A., cit., pp. 222-223). No mesmo sentido: CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. V. 4. T. II, cit., pp. 173-174. Este último visualiza, ainda, uma terceira categoria de aquisição do controle que, a seu ver, também dispararia o mecanismo do art. 254-A. É o que chama de aquisição semiderivada: “[s]uponhamos a seguinte hipótese: a sociedade X, uma companhia aberta, é controlada por um grupo de acionistas, sem acordo entre eles: A, com 20% das ações votantes; B, com 15%; C, com 6%; e D, com 5%; as demais ações com direito de voto estão pulverizadas no mercado, de sorte que o controle é exercido pelo grupo com 46% do capital votante. Fulano, interessado em adquirir o controle acionário dessa companhia X, passa a comprar, no mercado, em sucessivas etapas, ações ordinárias e direitos de subscrição, até atingir 42% das ações com direito de voto, momento em que adquire as ações de C (6% do capital votante), passando, pois, a deter 48% do capital votante e assumindo o poder de comando da companhia, pois nenhum outro acionista ou grupo detém percentual maior de ações. Na hipótese figurada, Fulano adquire o controle sem que o grupo controlador o tivesse alienado em bloco. Trata-se de uma aquisição semiderivada, estando nela presentes os elementos que, para os efeitos do art. 254-A caracterizam a alienação do controle acionário: venda de ações (não das ações) integrantes do bloco de controle, que venham a resultar na alienação do controle acionário. Assim, na aquisição semiderivada, que é aquela em que um ou mais participantes do bloco de controle transferem individualmente todas ou parte de suas ações ou valores mobiliários conversíveis em ações, embora não se verifique a alienação do bloco de controle, o adquirente do controle está obrigado a realizar oferta pública para todos os titulares de ações com direito de voto, pagando-lhes, pelo menos, 80% do valor pago por ação aos alienantes, que integram o bloco de controle” (*Ibid*, pp. 172-174). Nelson Eizirik aventa hipóteses semelhantes: “se o acionista ou grupo de acionistas titular do bloco de controle vende ações representativas de 30% do capital votante a um outro acionista que já detinha, individualmente, mais de 20% das ações com direito a voto, estará caracterizada a alienação de controle, para os efeitos do artigo 254-A da Lei das S.A. Da mesma, forma, também será obrigatória a oferta pública na hipótese de o grupo detentor de, por exemplo, 51% do capital votante transferir 40% para determinado investidor e este, concomitantemente, celebrar acordo de voto com outro acionista” (“Aquisição de controle minoritário. Inexigibilidade de oferta pública”, cit., pp. 189-190).

para se tornar seu controlador, ainda que minoritário. Nestes dois exemplos, apesar de ter havido aquisição do controle, não houve alienação, já que os antigos titulares das ações não figuravam como acionistas controladores²⁷.

27 Na prática, é até possível que a tomada hostil de controle e a escalada em bolsa de valores disparem uma oferta pública obrigatória, mas não se estará a tratar da OPA obrigatória prevista no artigo 254-A da Lei das S.A., por ocasião de alienação de controle, mas sim de oferta pública obrigatória estatutária. Com efeito, nos últimos anos, tem crescido o número de companhias cujos estatutos preveem que, quando alguém atinja determinado percentual de ações com direito de voto da companhia, será obrigado a realizar uma oferta pública para adquirir as demais ações em circulação. Esta espécie de cláusula estatutária passou a ser corriqueiramente chamada de “poison pill”. Como se isso não bastasse, passaram a ser incluídas, também, nos estatutos sociais de algumas companhias, disposições acessórias às “poison pills”, que visam a protegê-las contra reformas estatutárias. São as chamadas “cláusulas pétreas”. Esse tipo de disposição costuma impor aos próprios acionistas que venham a aprovar a supressão ou a modificação da cláusula de “poison pill” a obrigação de realizar oferta pública com vistas a adquirir a totalidade das ações da companhia, seguindo o mesmo prêmio previsto no estatuto social para a aquisição de ações no caso de aplicação da cláusula de “poison pill”. A legalidade desse tipo de disposição acessória já foi objeto de análise pela CVM, que decidiu, por meio da edição do Parecer de Orientação nº 36, não aplicar penalidades aos acionistas que votarem pela retirada ou modificação da “poison pill” do estatuto social, ainda que não realizem a oferta pública exigida pela cláusula pétrea (Vale conferir, a respeito do tema: MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel; PERES, Fábio Henrique. “Administração deve colaborar para o melhor uso das ‘poison pills’”. Disponível em: , acesso em 28.10.2008). Por fim, vale mencionar que as “poison pills”, da forma com que vêm sendo utilizadas pelas companhias abertas brasileiras, não correspondem ao mecanismo homônimo do direito norte-americano. Naquele âmbito, as “poison pills” consistem basicamente em “planos de direitos atribuíveis aos acionistas, que estabelecem que a realização de oferta pública [voluntária] de aquisição de controle, tendo por objeto certa companhia-alvo e/ou a aquisição de participação acionária para além de certos limites de participação acionária na companhia-alvo, sem a aprovação de seus órgãos de administração, atribui aos demais acionistas direitos de aquisição ou subscrição de ações, normalmente, a preços bastante inferiores aos praticados pelo mercado”, com o objetivo justamente de diluir a participação do ofertante (NASCIMENTO, João Pedro Barroso do. *Medidas defensivas à tomada de controle de companhias*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 136). Daí terem afirmado Francisco Antunes Maciel Müssnich e Vitor de Britto Lobão Melo que “[j]á é conhecido o nosso entendimento da inadequação da utilização da expressão ‘poison pill’ para denominar as medidas defensivas de proteção à tomada hostil de controle utilizadas hodiernamente nos estatutos sociais das companhias abertas brasileiras” (“Considerações sobre a realidade e a aplicação das medidas de proteção à tomada hostil de controle nos estatutos sociais das companhias abertas brasileiras (*brazilian pills*)”. In: KUYVEN, Luiz Fernando Martins (coord.). *Temas essenciais de direito empresarial: estudos em homenagem a Modesto Carvalhosa*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 574). Ressaltam os autores que, no âmbito das companhias listadas no Novo Mercado,

A Comissão de Valores Mobiliários já teve oportunidade de se manifestar nesta linha de entendimento. No julgamento do Processo Administrativo 2007/14099, *v.g.*, discutiu-se acerca da eventual exigibilidade de OPA para aquisição das ações de emissão da ABN Amro Holding N.V., companhia com sede na Holanda que detinha o controle indireto de duas companhias brasileiras: ABN Amro Arrendamento Mercantil S.A. e Real Leasing S.A. Arrendamento Mercantil. A companhia holandesa, antes com capital pulverizado (os acionistas com maior participação detinham 3,05%, 2,67% e 2,14%, sem acordo de acionistas), foi alvo de oferta pública voluntária no mercado para aquisição de seu controle, realizada por The Royal Bank of Scotland Group plc. Após a oferta, este último assumiu a posição de controlador da companhia e, indiretamente, das controladas brasileiras. Não obstante, entendeu o Colegiado que, não havendo, no momento anterior à oferta, a figura definida de um acionista controlador, não ocorreria, no caso, alienação de controle, sendo desnecessária, assim, a realização da OPA:

Com a oferta pública [voluntária] de aquisição de ações realizada pela RFS, operou-se a formação da posição de acionista controlador no ABN, até então inexistente. Assim, a aquisição do controle no caso concreto caracterizou-se como originária, visto que não ocorreu efetivamente a transferência de bloco de controle, tal como acontece na alienação de controle, mas sim o seu surgimento²⁸.

veda-se a previsão, “ressalvados eventuais casos exigidos em lei ou regulamentação aplicável, nos estatutos das companhias listadas de disposições que (i) estabeleçam quórum qualificado para a deliberação de matérias que devam ser submetidas à assembleia geral de acionistas; e (ii) impeçam o exercício de voto favorável ou imponham ônus aos acionistas que votarem favoravelmente à supressão ou alteração de cláusulas estatutárias” (*Ibid.*, p. 585). A respeito das “poison pills”, ou melhor, das “brazilian pills”, vale conferir também: (i) OIOLI, Erik Frederico. *Oferta pública de aquisição do controle de companhias abertas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, especialmente a partir da página 193; e (ii) CARVALHOSA, Modesto. “As *poison pills* estatutárias na prática brasileira: alguns aspectos de sua legalidade”. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (coords.). *Direito societário: desafios atuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 25.

28 Trecho do voto do diretor relator Durval Soledade, em 29.01.2008.

Entender que, para incidir a previsão do artigo 254-A, é preciso que tenha havido transferência do controle das mãos de seu antigo titular para o adquirente do controle, traz uma série de implicações. Em se tratando de controle compartilhado, por exemplo, simples alterações internas no bloco de controle não teriam o efeito de disparar o mecanismo do artigo 254-A, já que o acionista integrante do bloco que aliena parte ou todas as suas ações a outro acionista integrante do bloco não detinha o poder de controle, que era compartilhado. Exemplo desta situação seria um acordo de comando entre “A”, “B” e “C”, cada um com 20% das ações votantes da companhia, e alienação de 10% das ações de “A” a “B”, de modo que “A” passa a deter 10%, “B” 30% e “C” 20%, mantendo-se o controle compartilhado. Nessa linha, para Carlos Augusto da Silveira Lobo, não há alienação de controle “quando algum ou alguns dos membros do grupo controlador transferem suas ações para outros membros do grupo controlador, como, aliás, expressamente esclarece o artigo 29 da Instrução CVM nº 361 ao exigir que o adquirente seja terceiro em relação ao grupo controlador”²⁹.

29 “Alienação do controle de companhia aberta”, cit., p. 2.015. Em sentido semelhante, afirma Nelson Cândido Motta: “as transferências realizadas entre sócios, no âmbito do grupo controlador, não alteram a titularidade do poder de controle frente à sociedade e não afetam as relações entre a maioria e a minoria na assembleia geral. Em um grupo controlador que possua 75% do capital votante o sócio que, nesse grupo, eleve sua participação de 30 para 40%, através de transferências feitas internamente, não acarreta qualquer mudança na identidade do acionista controlador da companhia. Não gera nenhuma modificação na correlação dos votos que concorrem à assembleia geral. Pois se o poder de controle continua a ser exercido, de forma compartilhada, pelo mesmo grupo de acionistas que já o exercia anteriormente, cumpre reconhecer – por imperativo lógico – que nesse caso não se verificou a alienação do controle da sociedade, não sendo portanto exigível oferta pública aos acionistas minoritários” (“Alienação e titularidade do poder de controle nas companhias abertas – Notas sobre a transferência de ações entre participantes de grupo controlador e sobre a interpretação do art. 254 da Lei das S.A.”. In: *Revista Forense*. V. 324. Rio de Janeiro: Forense, out./dez. 1993, p. 84). No mesmo sentido: (i) COMPARATO, Fábio Konder. “Alienação de controle de companhia aberta”. In: *Direito empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 79; (ii) MOTTA, Nelson Cândido. “Alienação do poder de controle compartilhado”, cit., p. 45; (iii) CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. V. 4. T. II, cit., p. 167; (iv) EIZIRIK, Nelson. “Oferta pública de aquisição na alienação do controle de companhia aberta”, cit., p. 237; (v) PRADO, Roberta Nioac. “Da obrigatoriedade por parte do adquirente do controle de sociedade

Ainda a este respeito, aponta Carlos Augusto Junqueira de Siqueira que não se pode esquecer dos acordos de acionistas celebrados entre controladores e minoritários. Estes últimos, apesar de não partilharem o controle, podem integrar o acordo de comando para, simplesmente, por exemplo, assegurarem para si “o direito de alienar suas ações em conjunto com os efetivos controladores, na hipótese de venda da companhia”. Para o autor, em situações como esta, “se algum dentre aqueles que não compartilhavam o poder, dele não fazia parte, estando engajado na convenção apenas para garantia de outros direitos, vier a assumir posição de comando, a transação deve ser apreciada como uma efetiva transferência de controle”³⁰.

Situação diversa é aquela em que o controle, antes compartilhado, passa a ser isolado, nas mãos de um dos antigos integrantes do bloco de controle, em decorrência da alienação da participação societária de um dos membros do bloco para outro. Esta hipótese é conhecida por parte da doutrina como “consolidação do controle”. Neste cenário, ressalvadas as peculiaridades do caso concreto e respeitadas as posições em sentido contrário, em princípio não parece ter havido *alienação* de controle, para fins de incidência do artigo 254-A, muito embora possa ter havido *mudança* no controle. Partindo do pressuposto de que o poder de controle, nas situações de controle compartilhado, pertence ao bloco, e não a cada um de seus integrantes individualmente, o acionista alienante – um dos membros do bloco de controle – não era detentor do controle, que era detido pelos acionistas em conjunto.

por ações de capital aberto de fazer simultânea oferta pública, em iguais condições, aos acionistas minoritários – art. 254 da Lei 6.404/76 e Resolução CMN 401/76 – É efetivo o mecanismo de proteção aos minoritários?”. In: *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. V. 106. São Paulo: Malheiros, abr./jun. 1997, p. 94; e (vi) COELHO, Fábio Ulhoa. “O direito de saída conjunta (tag along)”, In: LOBO, Jorge (coord.). *Reforma da lei das sociedades anônimas: inovações e questões controvertidas da Lei nº 10.303, de 31.10.2001*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 481.

30 *Transferência do controle acionário: interpretação e valor*. Niterói: FMF, 2004, pp. 178-179.

Esta questão também já foi analisada pela Comissão de Valores Mobiliários³¹. O caso concreto versava sobre a aquisição de ações de emissão da Companhia Petroquímica do Sul (“Copesul”) pela Braskem S.A.. Antes da aquisição, o controle da Copesul era compartilhado entre a própria Braskem e a Ipiranga Petroquímica S.A., cada uma com 29,46% das ações com direito a voto. Mediante negócio oneroso, Braskem adquiriu da Ipiranga a participação por ela detida indiretamente na Copesul. Assim, após a operação, Braskem passou a deter percentual de ações que lhe assegurou prevalência em qualquer deliberação societária da companhia, ressalvados certos direitos de veto. Desta forma, o controle, antes compartilhado entre Braskem e Ipiranga, passou a ser isolado, nas mãos da Braskem. Apesar disso, no entendimento da CVM, não restou caracterizada, aí, a alienação de controle, para fins de incidência do artigo 254-A. Uma vez mais, entendeu o Colegiado que, quando o controle é compartilhado, o poder de controle pertence ao bloco, e não a seus integrantes. Assim, a Ipiranga não poderia alienar à Braskem algo que não possuía. Vale conferir alguns trechos do voto do então presidente Marcelo Fernandez Trindade:

A lei poderia estabelecer que a obrigação de lançar a OPA decorreria da aquisição do controle, independentemente de sua prévia existência e alienação. Mas a lei não o faz. Isso talvez seja mau, talvez não. A lei também poderia determinar que a aquisição de um percentual menor que 50% das ações determinasse a realização da OPA, independentemente de quem as alienasse, ou estabelecer um sistema em que o alcance da propriedade de um certo percentual de ações determinasse a realização de OPA. Talvez esses sistemas sejam melhores. Mas esses não são os sistemas da lei brasileira. (...) Concluir pela não obrigatoriedade de OPA em casos de consolidação do controle dentro do bloco não é, certamente, adotar a decisão mais simpática. E certamente este não é o voto que eu mais gostaria de dar. De *lege ferenda*, me parece que a alienação de participações relevantes, con-

31 Processo Administrativo 2007/7230.

forme percentual previsto em lei ou no Estatuto, deveria gerar a obrigação de estender as mesmas condições aos demais acionistas, através da realização de OPA. Isto contribui para que o valor das ações de uma companhia aberta seja estabelecido pelo mercado de maneira mais adequada, sem prêmios ou descontos economicamente pouco justificáveis, decorrentes de direitos não expressos nos títulos, mas sim inerentes ao exercício do poder. Mas o fato é que, *de lege lata*, estou de acordo com a conclusão do voto do Diretor Relator, pela inexistência de alienação de controle, que só pode ser alienado por quem o detenha, o que, em casos de acordo de acionistas, significa o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, como diz o art. 116 da Lei das S.A., e não um membro desse grupo que detenha menos que a maioria das ações com voto, ressalvada a análise do acordo de acionistas, que revele a preponderância do subscritor alienante perante os demais³².

Finalmente, outra situação ligada ao controle compartilhado é aquela em que um terceiro passa a integrar o bloco de controle. Também aí a doutrina costuma apontar que não incide, *a priori*, a previsão do artigo 254-A, pois, mais uma vez, o acionista alienante, inte-

32 Em precedente administrativo antigo, por outro lado, a CVM já manifestou entendimento em sentido contrário, à luz da redação original do artigo 254. No caso, o grupo Lorentzen pretendia adquirir do BNDES e do grupo Moreira Salles participação acionária na Aracruz Celulose S.A. que, somada às ações que o grupo Lorentzen já detinha, corresponderia a 51% do capital votante da Aracruz. O controle acionário da companhia era exercido, na época, de forma compartilhada, pelo seguinte grupo de acionistas, vinculados por acordo: BNDES, BNDESPAR, Erling. S. Lorentzen, Saga Empreendimento S.A., Oivind Lorentzen S.A., Cia. Souza Cruz Ind. Com., Brasil Warrant Adm. Bens e Emp. Ltda e Billeruds Aktiebolag. Sustentavam as partes envolvidas que, tratando-se de negociação de alienação de ações entre integrantes do acordo de comando, não estaria configurada a hipótese de alienação de controle, sendo desnecessária a realização de oferta pública pelo adquirente das ações aos acionistas minoritários da Aracruz. Não obstante, entendeu a CVM que, uma vez que a aquisição pretendida proporcionaria ao adquirente a detenção da maioria dos votos em assembleia geral, e “tomando-se por base a definição de acionista controlador expressa no artigo 116 da lei societária, a operação pretendida estaria a configurar alienação de controle de companhia aberta, sujeita ao procedimento prescrito no artigo 254” (Processo CVM/SJU 009/1985, proferido por Maria Isabel do Prado Bocater em 14.03.1985). No mesmo sentido a opinião de Roberta Nioac Prado (*Oferta pública de ações obrigatória das S.A.*, cit., pp. 166-167).

grante do bloco, não detinha, sozinho, o controle e, assim, não teria como aliená-lo. Para Fábio Ulhoa Coelho, por exemplo, “[n]ão se encontra sob a égide do art. 254-A da LSA a alienação parcial do controle, assim entendida a operação de ingresso de novo ou novos acionistas no bloco de controle, desde que continue predominando, no interior deste, a orientação do anterior controlador”³³.

Diz-se, então, que para haver a alienação do controle compartilhado, exige-se a transferência do controle a um terceiro, que passe a assumi-lo, e não o simples ingresso de terceiro no bloco de controle. Para Nelson Eizirik, isto não significa, por outro lado, que todas as ações integrantes do bloco de controle devam ser alienadas a terceiro, para que seja exigível a OPA. Basta que o terceiro adquira quantidade de ações suficiente para assumir o controle. Em suas palavras, somente haverá alienação de controle, para os efeitos do artigo 254-A, “quando houver a cessão de todas ou de parte das ações integrantes do bloco de controle para terceiro e este assuma posição de controlador da companhia. Ou seja, deve a operação, além de ser onerosa, resultar no surgimento de um novo acionista controlador”³⁴.

O segundo pressuposto que a doutrina costuma apontar para a aplicação do artigo 254-A, já corroborado pela Comissão de Valores

33 “O direito de saída conjunta (‘tag along’), cit., p. 481. Questão controvertida se põe quando o terceiro, que ingressa no bloco de controle, assume posição majoritária dentro do bloco (embora, sozinho, não seja capaz de controlar a companhia). Diante desta situação, alguns entendem ser necessária a oferta pública (‘A alienação de controle pode caracterizar-se quando o membro majoritário do grupo de controle organizado para o exercício uniforme do direito de voto, em que prevaleça o voto majoritário em reuniões prévias do grupo, transfere suas ações para pessoa estranha ao grupo, sub-rogando-a em sua posição majoritária’ – Parecer CVM SJU 007/1986, proferido por Diva Maria Silva Ribeiro Pinto em 04.03.1986). Já outros entendem inexigível a OPA (‘A melhor interpretação de tal dispositivo [art. 254-A] é a de que somente a alienação direta ou indireta de todas as ações integrantes do bloco de controle para terceiro ensejariam a aplicação do art. 254-A da Lei 6.404/76 e nunca a alienação de parte das ações integrantes do bloco de controle, porque não é uma alienação de controle, mas sim, uma alteração interna ao bloco de controle’ – Parecer CVM/SJU 011/2002, proferido por Alexandre Hildebrand Garcia em 28.06.2002).

34 “Oferta pública de aquisição na alienação do controle de companhia aberta”, cit., p. 237.

Mobiliários, é que a alienação do controle tenha sido onerosa, e não gratuita, a exemplo de uma doação ou uma sucessão hereditária. Por outras palavras, exige-se que tenha havido pagamento, em dinheiro ou em bens, pelas ações representativas do controle³⁵. Parte da doutrina aponta, ainda, um terceiro pressuposto que, embora controverso, também já foi ratificado pela CVM: deve ter havido pagamento de prêmio de controle, isto é, as ações devem ter sido adquiridas por valor superior à sua cotação no mercado de valores mobiliários³⁶.

Nesse sentido, no julgamento do Processo Administrativo 2005/0137, o Colegiado da CVM deliberou pelo reconhecimento da inexistência de obrigação de realização de OPA por alienação do controle da Companhia Docas de Imbituba, uma vez que o valor da alienação do controle foi negativo. As dívidas assumidas pelo adquirente do controle, na visão da CVM, embora afiançadas pelos alienantes, eram da companhia vendida, e, portanto, seu valor não poderia ser considerado preço de aquisição do controle. Já no julgamento do Processo Administrativo 2004/3579, o Colegiado afirmou que não incide o artigo 254-A quando o preço para a aquisição do controle é vil (no caso concreto, R\$1,00), desde que a imaterialidade do preço seja comprovada.

Antes de passar para o próximo item, dedicado aos destinatários da OPA, restam três últimas considerações. Primeiramente, cabe

35 “Somente caracteriza-se a alienação de controle, para os efeitos do art. 254-A, quando presente o seu caráter oneroso, isto é, quando há o pagamento, em dinheiro ou em bens, pelas ações ou valores mobiliários que ensejam a transferência do controle” (EIZIRIK, Nelson. “Oferta pública de aquisição na alienação do controle de companhia aberta”, cit., p. 237). No mesmo sentido: (i) CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. V. 4. T. II, cit., p. 168; (ii) OLIVEIRA, Fernando A. Albino de. “A alienação do controle societário na Lei das S/A”. In: SADDI, Jairo (coord.). *Fusões e aquisições: aspectos jurídicos e econômicos*. São Paulo: IOB, 2002, p. 227; e (iii) PRADO, Roberta Nioac. *Oferta pública de ações obrigatória nas S.A.*, cit., p. 193.

36 Cf. LOBO, Carlos Augusto da Silveira. “Alienação do controle de companhia aberta”, cit., pp. 2.013-2.014.

rememorar que operações de reestruturação societária, como fusão e incorporação, ressalvadas as peculiaridades do caso concreto, em princípio não disparam a OPA prevista no artigo 254-A, a não ser que sejam utilizadas como mecanismos transversos para transferir o controle, numa tentativa de fraudar a aplicação do referido artigo. Como ressalta Carlos Augusto da Silveira Lobo, operações societárias de fusão e incorporação são mais abrangentes que transferências de controle. Ainda que, eventualmente, venha a ocorrer uma alteração de controle em virtude da operação, não tendo sido este o seu principal objetivo, não incide a OPA. A aquisição do controle, em suas palavras, é um “efeito paralelo”³⁷.

A esta conclusão chegou o Colegiado da CVM, por maioria, no julgamento do Processo Administrativo 2008/4156. No caso concreto, discutiu-se a respeito da exigibilidade de OPA para aquisição de ações de emissão da Suzano Petroquímica S.A.. Como a maioria dos diretores entendeu que o que houve foi operação típica de incorporação, sem escopo de burlar o direito dos acionistas minoritários, a OPA foi considerada inexigível, vencido o relator Sergio Weguelin³⁸.

Em segundo lugar, a alienação do controle, para efeito de aplicação do artigo 254-A, pode ser (i) direta, (ii) indireta (quando há alienação do controle da controladora da companhia aberta)³⁹, ou

37 “Alienação do controle de companhia aberta”, cit., p. 2.014.

38 O diretor Marcos Barbosa Pinto, em seu voto, esclareceu que “a operação em tela é uma incorporação típica e com finalidade empresarial clara, não sujeita à oferta por alienação de controle prevista no art. 254-A. (...) Caso venhamos a nos deparar com incorporações de fachada, utilizando sociedades ‘holding’ sem ativos operacionais e pagamentos em dinheiro disfarçados, deveremos aplicar a disciplina da fraude à lei, exigindo a realização da oferta pública”.

39 “A alienação indireta ocorrerá sempre que o controle sobre a companhia for exercido indiretamente, através dos órgãos sociais de outra companhia. O controle indireto pode ser exercido através de sociedades ‘holdings’ de controle ou de participação, ou ainda por meio de outras sociedades” (JOSUÁ, Adriana. “Alienação do controle de S.A. por oferta pública (art. 254-A da Lei das S.A.)”, cit., p. 151).

(iii) por etapas⁴⁰. No caso de alienação indireta, a maior dificuldade é definir o preço a ser pago na oferta pública para aquisição das ações dos minoritários da companhia aberta controlada, já que a controladora, cujo controle está sendo alienado, geralmente detém uma série de outros ativos além das ações da companhia aberta controlada. Tendo em vista esta dificuldade, o artigo 29, § 6º, da Instrução nº 361 da Comissão de Valores Mobiliários prevê o seguinte:

Em caso de alienação indireta do controle acionário: I – o ofertante deverá submeter à CVM, juntamente com o pedido de registro, a demonstração justificada da forma de cálculo do preço devido por força do art. 254-A da Lei 6.404, de 1976, correspondente à alienação do controle da companhia objeto; e II – a CVM poderá, dentro do prazo previsto no §2º do art. 9º, determinar a apresentação de laudo de avaliação da companhia objeto.

Por fim, em terceiro lugar, o Colegiado da CVM já se manifestou no sentido de que o mecanismo previsto no art. 254-A pode incidir não só quando há alienação das ações titularizadas pelo acionista controlador, mas também diante de alienação de outros títulos, a exemplo de outros valores mobiliários conversíveis em ações com direito de voto, e mesmo por meio da concessão de opção de compra de ações. Nesse sentido, no julgamento do Processo Administrativo 4069/2005, envolvendo a Companhia Brasileira de Distribuição, entendeu a CVM que a implementação de “Joint Venture Agreement” entre o “Grupo AD”, de um lado, e Casino Guichard Perrachon S.A., de outro, teria representado a alienação do controle pelo primeiro

40 “[N]os casos em que o adquirente realiza uma série de operações (adquire ações, títulos conversíveis, direitos de subscrição, e outros) que irão resultar na aquisição do controle, realizada dentro de um período de tempo relativamente longo” (JOSUÁ, Adriana. “Alienação do controle de S.A. por oferta pública (art. 254-A da Lei das S.A.)”, cit., p. 153). Para que reste caracterizada a alienação do controle por etapas, para efeito de incidência do art. 254-A, entretanto, parece ser necessário que tenha sido esta a intenção das partes envolvidas no negócio.

para o segundo. Isto porque, com a operação, o antigo controlador, além de transferir ao segundo ações integrantes do controle, outorgou opção de compra para a aquisição de uma ação adicional – a chamada “Opção de Compra de Mudança de Controle”.

Na visão da CVM, o exercício da opção, somado à aquisição das ações, garantiria ao Casino o controle da companhia. Nos termos do parecer da Procuradoria Federal Especializada, “a análise dos contratos das Operações indicam que, com o exercício da opção que permite a aquisição de uma ação do Controlador Direto, o Comprador assumirá o seu controle, assumindo a posição de AD que, por sua vez, assumirá o *status* antes atribuído ao Comprador”. Apesar de a opção de compra ter um prazo contratual fixado, somente podendo ser exercida oito anos após a sua outorga, a CVM considerou que a alteração de controle deu-se desde logo, tendo em vista, dentre outros fatores, que o pagamento pelo controle já havia sido realizado. A opção, por outro lado, seria exercida pelo preço simbólico de R\$1,00⁴¹.

41 “[E]ntendo procedente o argumento da área técnica, segundo o qual o pagamento imediato de todo o preço pelas ações, assegurando-se o direito à compra de uma ação adicional 8 anos depois, por preço simbólico, impede que se considere que a alienação de controle somente se dará em tal momento — e isto mesmo sem considerar a razão prática de que o adiamento da OPA por tal prazo levaria até mesmo à impossibilidade de se calcular o preço a ser pago, então, aos demais acionistas. A Instrução 361/02 reconhece a possibilidade de a alienação do controle ser realizada através de um conjunto de operações (art. 29, § 4º), e, portanto, nada impede que, em determinadas situações, a OPA somente venha a se tornar obrigatória no momento da conclusão desse conjunto de operações. Entretanto, no caso concreto, a operação de alienação do controle deve considerar-se concluída desde logo, tendo em vista (i) a irrelevância econômica da segunda parte da operação — aquisição por preço simbólico de uma ação ordinária da holding — e (ii) ser a conclusão dessa segunda parte da operação uma faculdade atribuída ao Comprador” (Trecho do voto do Diretor Pedro Oliva Marcílio de Sousa em 11.04.2006). Diversamente da linha de raciocínio exarada pela CVM, ao analisar esta operação, entenderam Alexandre de Mendonça Wald e Luíza Rangel de Moraes que não seria exigível a OPA (“Transferência de controle de companhia aberta. Algumas questões para estudo e reflexão”. In: *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*. V. 38. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2007, pp. 22-26).

4. Destinatários da oferta pública

O artigo 254, em sua redação original, previa a necessidade de, diante da alienação do controle de companhia aberta, se assegurar tratamento igualitário aos “acionistas minoritários”, com a realização de oferta pública obrigatória para aquisição de suas ações pelo mesmo preço pago por ação integrante do bloco de controle. À época, não se sabia ao certo se o termo “acionistas minoritários” abrangia os titulares de ações preferenciais sem direito de voto, com direito de voto restrito ou com direito de voto temporário. Uma primeira corrente restringia o tratamento igualitário aos titulares de ações votantes, sob o argumento de que o termo “minoritário” tem relação com a prerrogativa do voto⁴². Já outra vertente, mais abrangente, afirmava que o conceito de acionista minoritário era excludente, isto é, todo aquele acionista que não fosse controlador. Estariam incluídos, aí, os titulares de ações preferenciais sem voto, com voto restrito ou temporário⁴³.

O Superior Tribunal de Justiça apreciou a questão no julgamento do Recurso Especial 710.648, e decidiu, à luz da redação do artigo 254, vigente à época dos fatos, que os acionistas preferenciais sem direito de voto não deveriam ser incluídos na oferta pública, por ocasião da aquisição, pelo Unibanco – União de Bancos Brasileiros S.A., do Banco Mineiro S.A., em julho de 1981. Isto porque, não com-

42 Como relata Luiz Gastão Paes de Barros Leães (“Alienação de controle de companhia aberta seguida do fechamento do seu capital”. In: *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. V. 113. São Paulo: Malheiros, jan./mar. 1999, pp. 257-258).

43 Para Nelson Cândido Motta, por exemplo, “acionista majoritário é o acionista controlador, o acionista que participa do poder de controle; acionista minoritário é o acionista não controlador, qualquer que seja a espécie de ação, ordinária ou preferencial, votante ou não votante, de que seja ele titular” (“Alienação de controle de instituições financeiras – acionistas minoritários – notas para uma interpretação sistemática da lei das sociedades anônimas”. In: *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. V. 46. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun. 1982, p. 34).

pondo os acionistas preferenciais nenhum órgão deliberativo do banco, eles não ostentariam a situação de acionista minoritário. A locução “acionista minoritário”, na visão do tribunal, “indubitavelmente se relaciona aos acionistas com voto”. Se “a oferta pública também devesse abranger as ações preferenciais, ela sofreria grave deturpação, porquanto deixaria de ser procedimento de aquisição do controle, mas oferta pública para compra de ações”⁴⁴.

Com escopo de por uma pá de cal na controvérsia, a Lei nº 10.303/2001, ao restabelecer a OPA obrigatória, na forma do artigo 254-A, passou a prever expressamente que deverão ser incluídas na oferta pública as ações *com direito de voto* de propriedade dos acionistas não controladores da companhia.

Assim, parece claro, diante da nova redação, que como regra geral a oferta pública não deverá ser destinada aos titulares de ações preferenciais sem direito de voto. É possível, contudo, que a OPA deva ser estendida também a eles, caso (i) o estatuto preveja especificamente esta vantagem, nos termos do artigo 17, § 1º, da Lei das S.A.⁴⁵, ou (ii) se trate de companhia listada no Nível 2 da Bovespa⁴⁶.

44 STJ, 4ª T., REsp 710.648, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 26.06.2007, v.u., DJ 12.11.2007, p. 220.

45 “(...) As preferenciais sem direito de voto ou com restrição ao exercício deste direito, somente serão admitidas à negociação no mercado de valores mobiliários se a elas for atribuída pelo menos uma das seguintes preferências ou vantagens: (...) III – direito de serem incluídas na oferta pública de alienação de controle, nas condições previstas no art. 254-A (...)”.

46 Os segmentos especiais de listagem do mercado de ações (Novo Mercado, Nível 2, Nível 1 e Bovespa Mais) foram criados pela BM&FBOVESPA há mais de 10 anos, com vistas a desenvolver o mercado de capitais brasileiro. As companhias listadas voluntariamente em tais segmentos respeitam regras mais rígidas de governança corporativa, cumprindo uma série de exigências não previstas na Lei das S.A.. Com relação às companhias listadas no Nível 2, o antigo regulamento previa, em caso de alienação do controle, necessidade de realização de oferta pública para aquisição das ações dos titulares de ações ordinárias por 100% do preço oferecido por ação integrante do bloco de controle, e para aquisição das ações dos titulares de ações preferenciais por 80% do preço. Já o novo regulamento, em vigor desde maio de 2011, prevê que ações ordinárias e preferenciais das companhias listadas no Nível 2 têm garantido o “tag along” por 100% do preço pago por ação integrante do bloco de controle.

Resta saber, ainda, se a oferta pública deve, ou não, alcançar titulares de ações preferenciais com direito de voto restrito ou temporário. O artigo 29, *caput*, da citada Instrução nº 361 da Comissão de Valores Mobiliários, dispõe que somente fazem jus à oferta pública os acionistas com “pleno e permanente direito de voto, por disposição legal ou estatutária”. Estariam excluídos, assim, também os preferencialistas com direito de voto restrito, e os com direito de voto temporário, por força do artigo 111, § 1º, da Lei das S.A.. Os termos da Instrução não ficaram isentos de críticas. Enquanto parte da doutrina, a exemplo de Carlos Augusto da Silveira Lobo, concorda com a orientação ali consubstanciada⁴⁷, para outros, a exemplo de Nelson Eizirik, os preferencialistas com direito de voto restrito, assim como os com direito de voto temporário, fazem jus à OPA, de modo que a previsão do artigo 29 da Instrução seria ilegal⁴⁸.

5. Alternativa de oferta de prêmio

O § 4º do artigo 254-A permite ao adquirente do controle oferecer aos destinatários da oferta pública a opção de permanecerem na companhia, mediante o pagamento de um prêmio, equivalente, no mínimo, à diferença entre o valor pago por ação integrante do bloco de controle e o valor de mercado das ações.

Parte da doutrina considera que, sob o ponto de vista do acionista minoritário, esta alternativa equivale financeiramente à alienação de suas ações ao adquirente do controle: “[a]s duas modalidades alternativas se equivalem financeiramente, do ponto de vista dos ofertados (desfazer-se das ações pelo preço de mercado mais prêmio

47 “Alienação do controle de companhia aberta”, cit., pp. 2.019.

48 “Oferta pública de aquisição na alienação do controle de companhia aberta”, cit., p. 244.

equivale a ficar com as ações e receber o prêmio)”⁴⁹. A assertiva merece temperos. Isto porque, optando o minoritário por alienar suas ações, receberá como contrapartida o equivalente a oitenta por cento do preço pago por ação integrante do bloco de controle. Já se decidir permanecer na companhia, o prêmio que receberá consubstancia-se na diferença entre o equivalente a cem por cento do preço pago por ação integrante do bloco de controle e o valor de mercado das ações. As hipóteses, assim, não se confundem. Além disso, ao permanecer acionista, o minoritário está sujeito aos riscos inerentes à alteração do controle e, conseqüentemente, à mudança na orientação geral dos negócios da companhia.

A Instrução nº 361 da Comissão de Valores Mobiliários, em seu artigo 30, § 1º, prevê que “[o]ferecida tal faculdade, os acionistas poderão manifestar, no leilão da OPA, sua opção por receber o prêmio, ao invés de aceitar a OPA, *entendendo-se que todos os acionistas que não se manifestarem aceitam e fazem jus ao prêmio*”⁵⁰. A disposição é bastante criticada pela maioria da doutrina, que entende ter a CVM extravasado sua competência regulamentar ao considerar que o silêncio equivaleria a uma espécie de aceitação tácita do prêmio. Para Carlos Augusto da Silveira Lobo, por exemplo, “desautorizadamente, a CVM considerou a omissão dos ofertados como manifestação de vontade de receber o prêmio”. Admitir que o silêncio importa aceitação acaba trazendo um ônus adicional para o adquirente do controle, pois, “[p]or um passe de mágica interpretativa, o artigo 254-A, que primordialmente exige a oferta pública de aquisição das ações dos minoritários, passa a conferir um prêmio a todos os minoritários”. Desta forma, “[e]sse entendimento provavelmente esterilizará a faculdade prevista no § 4º do artigo 254-A”⁵¹.

49 LOBO, Carlos Augusto da Silveira. “Alienação do controle de companhia aberta”, cit., p. 2.024.

50 Grifou-se.

51 “Alienação do controle de companhia aberta”, cit., pp. 2.024-2.025.

6. Forma de pagamento aos destinatários da oferta

Segundo dispõe a Instrução nº 361 da Comissão de Valores Mobiliários, ao realizar a oferta pública, o adquirente do controle não necessariamente terá de adquirir as ações dos ofertados mediante contrapartida em dinheiro. Com efeito, se ele tiver oferecido ao alienante do controle contraprestação em valores mobiliários, deverá ofertar aos acionistas minoritários, igualmente, valores mobiliários, da mesma espécie e classe daqueles oferecidos ao acionista controlador. É a chamada oferta de permuta, prevista no § 8º do artigo 29 da referida Instrução⁵². Prevê o referido parágrafo, ainda, que, no caso da oferta de permuta, é facultado ao adquirente do controle “formular oferta alternativa em dinheiro ou outros valores mobiliários, desde que a escolha caiba aos destinatários da oferta”.

Ainda segundo os termos da Instrução, se o controle tiver sido adquirido mediante pagamento em dinheiro, a oferta aos minoritários deverá ser realizada, também, em dinheiro, por valor igual a, pelo menos, oitenta por cento do preço pago ao controlador. Além disso, para garantir tratamento isonômico, caso o controlador tenha recebido o pagamento em momento anterior à realização da OPA, o cálculo do valor a ser oferecido aos minoritários deverá ser atualizado, até o momento do pagamento efetivo aos ofertados. É o que prevê o § 7º do artigo 29 da Instrução.

A necessidade de atualização do preço, pago ao controlador alienante em momento anterior, vem sendo reiteradamente reconhecida pela autarquia. Já em 1987, afirmava-se que “tem sido pacífico nesta autarquia o entendimento de que o preço acertado com o controlador deve ser atualizado, tendo em vista o prazo decorrido entre

52 Cf.: (i) BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 531; (ii) OLIVEIRA, Fernando A. Albino de. “A alienação do controle societário na Lei das S/A”, cit., p. 230; (iii) PEREIRA, Jorge Brito. *A OPA obrigatória*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 359; e (iv) CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. V. 4. T. II, cit., p. 166.

a negociação do controle e a liquidação junto aos minoritários”⁵³. Para Roberta Nioac Prado, o preço deve ser não apenas atualizado, mas acrescido de juros: “uma vez que o controlador recebeu o preço pelas ações de controle que alienou, pôde, desde esse momento, aplicar no mercado financeiro tal valor, recebendo por isto, no mínimo, além da devida correção monetária, quando cabível, os juros legais”⁵⁴.

Além disso, a doutrina costuma apontar que as mesmas condições de pagamento propostas ao controlador devem ser oferecidas aos destinatários da oferta pública. Assim, *v.g.*, se o alienante do controle recebeu a contraprestação à vista, não poderia o adquirente do controle pretender pagar aos minoritários a prazo⁵⁵.

7. Diluição do prêmio de controle

Diante da obrigatoriedade da OPA, vêm-se verificando situações em que adquirente e alienante do controle buscam, de algum modo, diluir ou disfarçar o prêmio pago pelo controle, com vistas a reduzir os custos da oferta pública e, indiretamente, fraudar os direitos dos seus destinatários. Uma das formas de alcançar este objetivo é a alienação, ao adquirente do controle, não só das ações integrantes do bloco controlador, mas também de ações preferenciais, estas últimas por preço substancialmente superior à sua cotação no mercado

53 Parecer CVM/SJU 006/1987, proferido por Luíza de Moraes em 17.03.1987. No mesmo sentido o Parecer CVM/SJU 118/1979, proferido por Paulo Cezar Aragão em 10.08.1979.

54 *Oferta pública de ações obrigatória nas S.A.*, cit., pp. 235-236.

55 Cf. (i) PRADO, Roberta Nioac. *Oferta pública de ações obrigatória nas S.A.*, cit., p. 244; (ii) PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. *Alienação do poder de controle acionário*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 188; (iii) CANTIDIANO, Luiz Leonardo. *Direito societário e mercado de capitais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, pp. 50-56; e (iv) PENALVA SANTOS, J. A.. “Direitos dos minoritários – alienação de controle da companhia aberta e os direitos dos minoritários. Análise do art. 254 da lei nº 6.404 de 1976”. In: LOBO, Jorge (coord.). *Reforma da lei das sociedades anônimas*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 499.

de valores mobiliários. Com a manobra, embute-se no preço pago pelas preferenciais parte do prêmio de controle, de modo que, no cálculo do valor para a aquisição das ações dos destinatários da oferta pública, esta parte do prêmio não será computada.

Este tipo de prática há muito é combatida pela Comissão de Valores Mobiliários. Já no início da década de 1980, afirmava-se que “a venda de ações preferenciais pertencentes ao controlador, numa operação de alienação de controle, (...) poderá configurar artifício empregado pelos contratantes com o intuito de diluir o preço real pago pelo controle, obtido via elevação do valor das preferenciais”⁵⁶. Roberta Nioac Prado formula exemplo esclarecedor:

Supondo que a cotação média do lote de ações ordinárias de determinada companhia aberta seja de R\$ 10,00 e os lotes integrantes do bloco de controle estejam sendo negociados por R\$ 15,00. Isto é, o sobrepreço atribuído ao controle é de R\$ 5,00 por lote de ações. Por outro lado, se o lote de ações preferenciais está cotado em média por R\$ 12,00, não há razão para que o adquirente do controle esteja pagando por tais ações de propriedade do acionista controlador valor superior ao de cotação em Bolsa, ou seja, R\$ 15,00. Caso a hipótese acima aventada seja identificada na prática, a solução para não resultar em prejuízo para os minoritários é calcular o sobrepreço que foi pago pelas ações preferenciais de propriedade do controlador, diminuindo o valor pago por tais ações, ou lote de ações, pela sua cotação média em Bolsa, à época. Em seguida, dividir este valor pelo número de ações ou lote de ações ordinárias de propriedade do acionista controlador, para identificar o sobrepreço de cada ação ou lote de ações, e, assim, estender esse sobrepreço aos acionistas minoritários⁵⁷.

56 Parecer CVM SJU 123/1983, proferido por Norma Jonssen Parente em 09.12.1983. No mesmo sentido o Parecer CVM SJU 30/1982, proferido por Norma Jonssen Parente em 28.04.1982.

57 *Oferta pública de ações obrigatória nas S.A.*, cit., pp. 283-286. No mesmo sentido: SIQUEIRA, Carlos Augusto Junqueira de. *Transferência do controle acionário*, cit., pp. 447-450.

É menos complexo identificar a tentativa de fraude quando as ações preferenciais são cotadas no mercado, comparando o seu valor de mercado e o preço pago pelo adquirente do controle, pelas preferências titularizadas pelo controlador. Já se não houver valor de mercado para a ação, alguns autores aventam a possibilidade de utilizar como parâmetro “o valor patrimonial, (...) sem inibir a adoção de outros (se inexistente o valor de mercado e se o patrimônio líquido estiver negativo) como, por exemplo, o preço de emissão recente ou o valor unitário da ação”⁵⁸.

Para constatar que a alienação de preferências com sobrepreço teve por escopo diluir o prêmio do controle, não é preciso que a aquisição do controle e a das ações preferenciais titularizadas pelo controlador tenham ocorrido simultaneamente. É possível que, preliminarmente à aquisição do controle, tenha havido antecipação de parte do prêmio por meio da aquisição de preferências, assim como pode haver postergação de parte do pagamento, com a aquisição de preferências em momento posterior à aquisição do controle. Em ambas as situações, se se verificar a relação direta entre as operações de alienação do controle e de alienação de preferências, é possível que tenha havido a tentativa de fraudar o tratamento isonômico dos acionistas minoritários⁵⁹. Assim, desde que comprovada a manobra, o valor adicional pago ao alienante do controle pelas ações preferenciais deverá ser computado no cálculo do preço a ser ofertado aos destinatários da OPA.

É crucial ressaltar, todavia, que nem sempre a aquisição de ações preferenciais por preço acima do mercado representará fraude ao tratamento equânime dos acionistas minoritários, devendo as peculiaridades de cada caso concreto ser examinadas com cautela.

58 SIQUEIRA, Carlos Augusto Junqueira de. *Transferência do controle acionário*, cit., pp. 447-450.

59 SIQUEIRA, Carlos Augusto Junqueira de. *Transferência do controle acionário*, cit., pp. 88-89.

Assim, o Colegiado da CVM já reconheceu que, por vezes, a aquisição de “pacote de ações”, incluindo ordinárias e preferenciais, pode ser legítima, ainda que as preferenciais sejam adquiridas por valor acima do mercado, com atribuição do mesmo preço às duas espécies de ações. A princípio, “a identificação do chamado ‘sobrepço’ no pagamento das ações PN, na venda em conjunto com as ações representativas do controle de uma companhia aberta, seria um indício de uma tentativa de se reduzir o cálculo do ‘tag along’, conforme a previsão da Lei”. Não obstante, “a constatação do ‘sobrepço’ é apenas um indício, o que não exige a autarquia de analisar os demais fatores que envolveram a negociação de aquisição de controle”. Deste modo, quando há justificativas razoáveis para a utilização do mesmo valor na aquisição das ações ordinárias e preferenciais – por exemplo, razões negociais –, a aquisição das segundas por valor acima do mercado não significará tentativa de manipulação do preço das ações ordinárias⁶⁰.

60 Processo Administrativo 2092/2011, relativo à alienação do controle da Vivo. No voto, lê-se: “o presente caso envolve discussão já realizada em situações passadas, acerca de uma possível manobra para reduzir a base de cálculo do *tag along*, previsto no artigo 254-A da Lei nº 6.404/76. (...) [O] caso ‘Trafo’, citado pelas partes e pela área técnica, consolidou o entendimento da autarquia – anteriormente manifestado no caso ‘Arcelor’ – no sentido de que é preciso mais do que a constatação do ‘sobrepço’ para que se caracterize a tentativa de burla à lei. (...) Não se pode ignorar, portanto, a possibilidade de imposição, por parte do vendedor do controle, para que o negócio envolva a totalidade de ações por ele detidas, independentemente do tipo de cada uma delas. Essa imposição pode ocorrer, por exemplo, nos casos em que o detentor do controle pretenda, com a venda, se desvencilhar completamente da companhia. E essa hipótese, ao que tudo indica, se aproxima das explicações dadas pela Telefónica para a negociação das ações da Vivo, com a Portugal Telecom, pelo mesmo preço para os tipos ON e PN. De fato, a Telefónica apresentou justificativa bastante pertinente ao explicar o porquê da compra do ‘pacote’ de ações ON e PN detidas pela Portugal Telecom: o principal objetivo do negócio, de integrar as atividades de telefonia móvel (Vivo) e fixa (Telesp, também controlada pela Telefónica), não seria possível enquanto a Portugal Telecom, que pertence a outro grupo de telefonia da Europa, mantivesse sua participação na Vivo. (...) Entendo que há justificativas razoáveis para a utilização do mesmo valor, pela Telefónica, na aquisição das ações ON e PN da Vivo. (...) Não vislumbro tentativa de manipulação do preço das ações ON adquiridas pela Telefónica, para efeito de subversão do cálculo do *tag along* na OPA que será realizada” (Trecho do voto do relator diretor Alexandro Broedel Lopes, em 17.03.2011). Vale conferir, a respeito, a seguinte notícia: “Passe de mágica: compra da Trafo pela Weg lança suspeita de que

A aquisição de preferenciais não é o único artifício utilizado para diluir o preço real pago pelo adquirente do controle. Para Roberta Nioac Prado, “qualquer operação paralela à venda de controle, realizada entre as partes, deveria, ao menos em tese, ser analisada a fim de identificar outras fórmulas que os contratantes podem ter encontrado para se furtarem à incidência do art. 254-A”⁶¹. No julgamento do Processo Administrativo 1996/2007, o então presidente da CVM, Marcelo Fernandez Trindade, aventou a possibilidade de diluição do prêmio de controle mediante a assunção de dívida do alienante pelo adquirente: “(...) mecanismos outros, como, por exemplo, a assunção de dívidas do vendedor, podem ser utilizados para camuflar parcela do preço, tanto em ofertas por alienação indireta como direta”. Carlos Augusto Junqueira de Siqueira, por sua vez, concebe outras hipóteses que, em tese, poderiam configurar pagamento disfarçado do prêmio do controle, como a retenção, pelo antigo controlador, de pequeno lote de ações, e posterior alienação ao adquirente do controle, de forma privada, por preço unitário superior ao praticado na alienação do bloco de controle⁶².

pagamento de valor idêntico por ações ON e PN seja um truque para reduzir o ‘tag along’ (YOKOI, Yuki. Disponível em , acesso em 17.01.2012).

61 *Oferta Pública de Ações obrigatória nas S.A.*, cit., pp. 283-286.

62 *Transferência do controle acionário*, cit., pp. 414-415. É possível encontrar outros exemplos de diluição do prêmio do controle na obra antes referida e também em: EIZIRIK, Nelson. *Sociedades Anônimas: jurisprudência*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, pp. 744-745. Vale conferir, ainda, os seguintes precedentes da Comissão de Valores Mobiliários: Processo Administrativo 7915/2002 – Neste caso, a aquisição do controle ocorreu em leilão extrajudicial. Inicialmente, o adquirente do controle entendeu que deveria considerar, para cálculo do preço da OPA, apenas o valor de 14 milhões de reais. Isto porque, apesar de ter desembolsado 20 milhões no leilão, acreditava que 6 milhões seriam referentes à aquisição de um crédito, e 14 milhões referentes ao preço de aquisição das ações integrantes do bloco de controle. A discussão foi objeto de procedimento arbitral, que determinou que o preço de aquisição do controle foi de 20 milhões, e não 14. Com isso, o adquirente refez os cálculos e submeteu à CVM a OPA tomando por base o preço de 20 milhões. Ainda assim os minoritários ficaram inconformados, por entenderem que deveria integrar o preço de aquisição, também, outros valores, o que foi negado pela CVM: “eventual dívida de acionistas com a companhia não pode ser tratada como participação societária, devendo ser desconsiderado o valor da dívida da controladora Conepar na soma do valor das ações da Ciquine” (Diretor Luiz Antonio de Sampaio Campos, em

Assim como já se tem reconhecido, nos últimos anos, que a aquisição de ações preferenciais por preço acima do mercado não representa, necessariamente, tentativa de burlar o direito dos minoritários, os demais exemplos citados no parágrafo anterior, igualmente, não representarão, por si só, tentativa de diluição do prêmio de controle, em prejuízo aos destinatários da oferta pública. É preciso verificar, no caso concreto, se realmente foi este o objetivo das partes.

8. Conclusão

Após breve análise acerca do histórico da OPA no Brasil, da definição de “alienação de controle”, para efeito da incidência do artigo 254-A, dos destinatários da oferta pública, da alternativa da oferta de prêmio, da forma de pagamento aos destinatários da oferta e da tentativa de diluição do prêmio de controle, é possível concluir que a oferta pública obrigatória para aquisição de ações, tal como atualmente prevista no ordenamento jurídico brasileiro, é mais um mecanismo de proteção aos acionistas não controladores com direito de voto das companhias abertas⁶³. É importante, contudo, compatibilizar

01.04.2003) –; e Processo Administrativo 3296/2007 – O caso concreto versava sobre oferta pública para cancelamento de registro de companhia aberta. Mesmo assim, ao longo dos votos, forem feitas considerações a respeito da OPA do artigo 254-A, a exemplo da seguinte: “somente os elementos que compõem o preço devem ser utilizados no cálculo do valor a ser ofertado aos demais titulares de ações ordinárias” (Diretor Marcos Barbosa Pinto, em 31.10.2007).

63 A oferta pública, da forma como prevista no ordenamento jurídico brasileiro, não está imune às críticas. Para Mauro Rodrigues Penteado, por exemplo, não se justifica a restrição do tratamento isonômico aos acionistas minoritários de companhias abertas, tendo em vista que, “nas companhias fechadas os acionistas minoritários encontram maiores dificuldades para vender as suas ações, a preços equitativos” (“Apontamentos sobre a alienação do controle de companhias abertas”, cit., p. 17). Já para Arthur Bardawil Penteado, a dificuldade em conceituar de maneira inequívoca o que seja alienação de controle para fim de aplicação do artigo 254-A é um entrave às negociações: “[a] redação circular desse § 1º dificulta a determinação concreta da alienação de controle que obriga a realização de oferta pública de aquisição de ações, trazendo como consequência, além de enorme insegurança jurídica, problemas para a avaliação da viabilidade econômica das operações de alienação de ações, já que o adquirente não poderá precisar o montante de capital necessário para implementar a operação. Portanto, a já

a proteção dos destinatários da OPA com os interesses legítimos do alienante do controle, na forma prevista pela legislação societária. Assim, diante de cada situação concreta, a análise acerca da exigibilidade da oferta pública deverá ser realizada com bastante cautela.

complexa análise da viabilidade econômica da operação ganha agora, com a introdução desse indigitado dispositivo, ingrediente que poderá obstar a realização de operações de aquisição de ações ou de controle de companhia aberta” (“CVM – decisão administrativa sobre alienação de controle- ações vinculadas a acordo de acionistas – o caso Votorantim (jurisprudência comentada)”. In: *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. V. 126. São Paulo: Malheiros, abr./jun. 2002, pp. 186-187).

RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS

RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS

O PEDIDO DE RESTITUIÇÃO ORDINÁRIA NA LEI Nº 11.101/2005

THE ORDINARY REQUEST FOR REFUND OF LAW Nº 11.101/2005

*Alexandre Ferreira de Assumpção Alves
Raul Gonçalves Baptista*

Resumo: Analisam-se questões relevantes envolvendo o pedido de restituição ordinária disciplinado na Lei nº 11.101/2005. Para melhor desenvolvimento do tema, a primeira parte volta-se à análise dos aspectos conceituais e históricos do instituto restituidor. Na segunda parte é estudado o pedido de restituição nos contratos em espécie, quais sejam: (i) alienação fiduciária em garantia; (ii) contrato estimatório; (iii) arrendamento mercantil e (iv) comodato, tratando, ainda, do conflito entre a cláusula resolutória expressa e a função social dos contratos à luz do interesse da massa falida e dos credores. A terceira parte dedica-se ao tratamento processual dado pela lei ao pedido de restituição ordinária.

Palavras-Chave: Restituição Ordinária. Falência. Propriedade (Direito de).

Abstract: Relevant issues involving ordinary request for refund of Law number 11.101/2005 are analyzed. To improve the theme development, the first part refers to the conceptual and historical aspects of refund. In the second part, the contract request for refund in cash is studied, as they are: (i) chattel mortgage warranty; (ii) estimate

contract; (iii) mercantile rent and (iv) lending. Also refers of the conflict between expressing termination clause and the social function of contracts highlight the bankruptcy estate and creditors interesting. The third part is devoted to the procedural treatment given by law to the ordinary request for refund.

Keywords: Ordinary Refund. Bankruptcy. Property (Right of).

SUMÁRIO: 1 – Introdução. 2 – Evolução Legislativa. 3 – Pedido de Restituição e a Teoria Geral dos Contratos. 3.1 – Alienação Fiduciária em Garantia. 3.2 – Contrato Estimatório. 3.3 – Arrendamento Mercantil. 3.4 – Comodato. 4 – Aspectos Processuais do Pedido de Restituição. 4.1 – Individualização do Bem e o Administrador Judicial. 4.2 – Rito Processual e Natureza Jurídica. 4.3 – Da sentença e do Recurso. 5 – Conclusão

1 — Introdução

O atual regramento falimentar, Lei nº 11.101/2005, tem por viés precípua a manutenção da atividade empresária e preservação da unidade produtiva que se demonstre viável, como forma de resguardar um equilíbrio entre as dificuldades do devedor, os direitos do credor e a atividade empresarial. Entretanto, nem sempre será possível se manter a atividade empresarial viva como se pretende, pois o empresário pode ter-se imiscuído por completo em dívidas e obrigações não adimplidas, de modo inviabilizar a manutenção de sua empresa.

Desta forma, atento aos novos ditames da atividade empresarial e dos fundamentos da Ordem Econômica constitucional, o legislador incumbiu-se de privilegiar o tratamento preventivo à quebra nas situações em que a empresa, embora esteja passando por graves percalços, ainda é viável e não deve ser liquidada de pronto. Com isto, preservam-se os interesses tanto do empresário, sócios e dos co-

laboradores e interessados em seu soerguimento, como fornecedores, empregados, credores e, até mesmo, o próprio Estado.

Todavia, nem sempre é possível ou eficaz o procedimento recuperatório. Há situações em que a crise está instaurada há muito tempo ou o descrédito é tamanho que não há outra alternativa senão o pedido de falência. Neste diapasão, não sendo possível elidir a impontualidade crônica ou tendo o próprio empresário verificado a inviabilidade do pedido de recuperação¹, será decretada sua falência.

Em razão do princípio da universalidade, os bens do falido serão arrecadados para posterior alienação judicial em prol do pagamento aos credores concursais e extraconcursais, de acordo com a ordem de preferência legal, e de maneira proporcional, *pro rata*, seguindo princípios que perseguirão um rateio equânime.

Todavia, por vezes, serão arrecadados bens que, embora em poder do devedor, sejam de titularidade de terceiros. Isto ocorre, e, deve ocorrer, pois não cabe ao administrador judicial, que é o responsável por essa arrecadação, perquirir quais os bens compõem ou quais não compõem o patrimônio do devedor. Dada função cabe ao juízo falimentar que deverá destacar esses bens da massa e restituí-lo ao seu real proprietário. Desta forma, tendo o terceiro sido atingido em seu patrimônio cabe-lhe ingressar no juízo falimentar com o pedido de restituição para reaver o bem.

Com este escopo, a restituição de bens injustificadamente incorporados à massa falida emerge como uma fase essencial ao processo falimentar, pois através desta fica a massa falida impedida de se valer de patrimônio alheio para saldar as dívidas do devedor, além de salvaguardar a propriedade de terceiros de constrições injustificadas.

1 Conforme art. 105 da Lei nº 11.101\05: O devedor em crise econômico-financeira que julgue não atender aos requisitos para pleitear sua recuperação judicial deverá requerer ao juízo sua falência, expondo as razões da impossibilidade de prosseguimento da atividade empresarial.

Na falência, a existência da previsão legal do pedido de restituição ordinária, modalidade especial do poder de reivindicar, não se trata, portanto, de uma inovação promovida pelo direito empresarial e sim no reconhecimento de um instituto preexistente fundado no direito de propriedade².

Sendo assim, o estudo do pedido de restituição se mostra preponderante para que se cumpra a *ratio* da Lei de Falências e Recuperações e do ordenamento jurídico como um todo.

O presente trabalho aborda em sua parte inicial os aspectos conceituais e históricos do pedido de restituição. A segunda parte trata do conflito entre a cláusula resolutória expressa e a função social dos contratos à luz do interesse da massa falida, sendo ainda estudado o pedido de restituição nos contratos em espécies, como: (i) a alienação fiduciária em garantia; (ii) o contrato estimatório; (iii) o arrendamento mercantil e (iv) o comodato.

Por fim, na terceira parte dedica-se ao tratamento processual que a lei dá ao pedido de restituição ordinária. Destaca-se que só será objeto de estudo a restituição fundada em direito real de propriedade, que não se reduza a restituição em dinheiro, chamada de restituição ordinária.

Assim, pretende-se com este trabalho analisar as divergências jurisprudenciais e doutrinárias quanto ao pedido de restituição ordinária com o escopo de identificar quais as hipóteses de cabimento, os seus efeitos com relação ao processo falimentar e o seu rito processual.

2 O direito de propriedade, entendido como direito fundamental, garantido na Constituição da República no art. 5º, inciso XXII, tem, por um dos seus consectários lógicos, assegurar ao proprietário o poder de reaver a coisa de quem injustamente a possui. Isto se dá através do que se chama de reivindicatio, ou como chamavam os romanos *reivindicatio*.

2 — Evolução legislativa do pedido de restituição

Prevía o Código Comercial (Lei nº 556/1850) em seu art. 874³ a figura do credor de domínio, isto é, aquele que detém o domínio sobre algum bem arrecadado na falência do comerciante. Asseverava ainda o Código Comercial que não restando dúvida sobre os credores de domínio estes receberiam de plano a coisa reclamada.

O instrumento hábil a intentar este recebimento era a ação de reivindicação disciplinada na lei civil. Tratava-se da única exceção legal a decretação de suspensão das execuções contra a massa, conforme art. 830⁴, o que era plenamente plausível, haja vista ter o instituto a finalidade de proteger o direito de propriedade no âmbito civil e não exclusivamente no falimentar. Destarte, poderia a desintegração de um bem da massa falida ocorrer tão logo tenha sido selado⁵, pois a ação civil poderia já ter reconhecido o direito de propriedade do terceiro e por consequência o seu direito de reaver o bem.

3 **Art. 874:** Pertencem à classe de credores do domínio:

1 — Os credores de bens que o falido possuir por título de depósito, penhor, administração, arrendamento, aluguel, comodato, ou usufruto;

2 — Os credores de mercadorias em comissão de compra ou venda, trânsito ou entrega;

3 — Os credores de letras de câmbio, ou outros quaisquer títulos comerciais endossados sem transferência da propriedade (art. 361 n. 3); [...]

8 — O vendedor antes da entrega da coisa vendida, se a venda não for a crédito (art. 198).

4 **Art. 830:** As execuções que ao tempo da declaração da quebra se moverem contra comerciante falido, ficarão suspensas até a verificação dos créditos, não excedendo de trinta dias; sem prejuízo de quaisquer medidas conservatórias dos direitos e ações dos credores privilegiados ou hipotecários. Se a execução for de reivindicação (art. 874), prosseguirá, sem suspensão, com o Curador fiscal. Todavia, se os bens executados se acharem já na praça com dia definitivo para sua arrematação fixado por editais, o Curador fiscal, com autorização do Juiz comissário, poderá convir na continuação, entrando para a massa o produto se a execução proceder de créditos que não sejam privilegiados nem hipotecários, ou o remanescente procedendo destes.

5 Neste ponto cabe um esclarecimento: determinava o art. 809 do Código Comercial que na sentença da abertura da quebra o Tribunal de Comércio deveria ordenar que se apusessem selos em todos os bens do falido como forma de torná-los indisponíveis. Tal procedimento tem ímpar influência do direito italiano onde dá-se grande importância à aposição de selos no estabelecimento comercial e nos bens do falido que serão arrecadados.

Tais dispositivos eram recorrentemente criticados pela doutrina⁶, dada a imprecisão técnica do legislador. Os terceiros donos de bens arrecadados na falência não são credores da massa falida, não há relação creditícia a ser tutelada, não há crédito de domínio como dispôs o legislador. Da mesma forma, o emprego da ação reivindicatória era impróprio, pois a reivindicação na falência não se limita à proteção do direito de propriedade, como tem por escopo o instituto civilista; em matéria falimentar se protege também as relações obrigacionais e pessoais dos terceiros.

Com a edição do Decreto-Lei nº 917/1890, passou o legislador no art. 68⁷ a denominar o terceiro dono de bem arrecadado de credor reivindicante, ao arrepio da crítica doutrinária.⁸ Determinava ainda o texto legal em seu art. 150 que ao credor reivindicante seria concedido o prazo de 3 dias para se manifestar, devendo, na oportunidade, trazer aos autos prova inequívoca de seu domínio, o que de pronto exaspera o caráter incidental do, hoje denominado, pedido de restituição que sabidamente não se prestar a dirimir conflito de proprie-

6 Por todos, José Xavier Carvalho de Mendonça que em diversas passagens de sua obra critica os dispositivos. *Tratado de direito comercial brasileiro*, v. VIII, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934.

7 **Art. 68:** São credores reivindicantes, quer tenham ação real ou rei-persecutoria quer não, propriedade plena ou jus in re:

- a) o dono de coisa adquirida pelo falido de quem não era o proprietário;
- b) o dono de coisa em poder do falido por título de depósito, penhor, anticrese, administração, arrendamento, comodato, usufruto, uso e habitação;
- c) os donos de mercadoria em comissão de compra ou venda, transito ou entrega;
- d) dono de coisa, embora fungível, em poder do falido por efeito de mandato, inclusive dinheiro, efeitos de comércio ou títulos a eles equiparados, endossados sem transferência de propriedade, ainda não pagos ou em poder de terceiro em nome do falido na época da falência; [...]

8 Leciona José Xavier Carvalho de Mendonça: “Se a própria expressão reivindicantes não evita censura, estas outras – credores de domínio, credores reivindicantes – são inegavelmente impróprias e ante-jurídicas, porque o dono da coisa não é credor de quem a possui; tem um *jus in re*, e não um *jus ad rem*, ou melhor não a recebe, em pagamento, a título de credor, mas, em restituição, a título de proprietário.” MENDONÇA, José Xavier Carvalho de Mendonça, *Tratado de direito comercial brasileiro*. v. VIII. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, p. 274.

dade. Não obstante, não sendo apresentada contestação e não havendo dúvida sobre o domínio da coisa, poderia o síndico (hoje, administrador judicial) promover a entrega do bem arrecadado, como definia o art. 68, §3º do Decreto-Lei nº 917/1890.

Em 1908, passou o instituto a ser regulado pela Lei nº 2.024, que em seu art. 138⁹ adotou a denominação “reivindicante”, o que igualmente era mal visto pela doutrina. Por outro lado, ciente da crítica doutrinária, o legislador expressamente previu o manejo do instituto na proteção dos direitos pessoais, tentando assim por via oblíqua corrigir a inconsistência jurídica da nomenclatura.

O Decreto nº 5.746/1929 repetiu o mesmo *nomem iuris* do diploma que revogara em seu art. 138¹⁰, o que não calou a doutrina como se denota da lição de Waldemar Martins Ferreira: “a reivindicação admitida no processo de falência não se reduz apenas à ação promovida pelo titular da propriedade, para restituição da coisa a seu dono. Estende-se, em rigor, à restituição pleiteada por quem, a título

9 **Art. 138:** Poderão ser reivindicados na falência os objetos alheios encontrados em poder do falido, e também, nos seguintes casos espécies, ainda que fundados em um direito pessoal:

1. As cousas em poder do falido a título de mandato, depósito regular, penhor, anticrese, administração, arrendamentos comodato, usufruto, uso e habitação.

2. As mercadorias em poder do falido a título de comissão de compra ou venda, transitio ou entrega.

Cessarà a reivindicação si as mercadorias tiverem sido vendidas e o preço creditado em conta corrente por autorização ou ordem do dono. [...]

5. As cousas vendidas a credito nas vésperas da falência e ainda em poder do falido, tendo sido o vendedor induzido por dolo ou fraude do mesmo falido.

10 **Art. 138:** Poderão ser reivindicados na concordata preventiva e na falência os objetos alheios encontrados em poder do falido, e também, nos seguintes casos, ainda que fundados em um direito pessoal.

1º As cousas em poder do falido a título de mandato, depósito regular, penhor, anticrese, administração, arrendamento, comodato, usufruto, uso e habitação.

2º As mercadorias em poder do falido a título de comissão de compra ou venda, transitio ou entrega.

Cessarà a reivindicação si as mercadorias tiverem sido vendidas e o preço creditado em conta corrente por autorização ou ordem do dono.[...]

de direito real ou de contrato, tenha o direito de reaver a coisa arrecadada em poder do falido.¹¹

No entanto, seguindo a orientação do mesmo autor passou a prever a reclamação reivindicatória também para a concordata preventiva, que só seria extinta pela Lei nº 11.101/2005.¹²

Não obstante, há de se destacar que todos os regramentos, até então, traziam em seu bojo um rol extenso de hipóteses de cabimento da ação reivindicatória, englobando, por vezes, grande parte dos credores da massa falida. Os tribunais pátrios, por sua vez, alargavam ainda mais o âmbito da reclamação reivindicatória, depauperando, com isso, o patrimônio falido, de modo a não permitir, comumente, qualquer magro rateio aos quirografários.¹³

O Decreto-Lei nº 7.661/1945 consagrou enfim o uso da expressão pedido de restituição em seu art. 76¹⁴. Delimitou com isto o legislador que o pedido de restituição “ou se alicerça em direito real, isto é, na propriedade em qualquer de suas manifestações, ou em relação de obrigação preexistente à falência, ou desta decorrente, a qual assegura ao reclamante o direito de reaver a coisa arrecadada.”¹⁵

11 FERREIRA, Waldemar Martins. *Tratado de direito comercial*. v. XV. São Paulo: Saraiva, 1966, p. 92.

12 Sugeriu Waldemar Ferreira: “antes de tudo aconselha que também se permita a reivindicação no processo da concordata preventiva, principalmente das coisas vendidas a crédito na véspera do requerimento desta, e ainda em poder do devedor. Inúmeros são os casos de comerciantes que, dias antes do requerimento de convocação dos credores, para lhes propor concordata preventiva, compram mercadorias, já com o intuito de não pagar.” Idem. *Questões de direito comercial*. 2ª série. São Paulo: Max Limonad, 1932, p. 172.

13 VALVERDE, Trajano de Miranda, *Comentários à lei de falências*. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.33.

14 **Art. 76:** Pode ser pedida a restituição de coisa a arrecadada em poder do falido quando seja devida em virtude de direito real ou de contrato.

§ 1º A restituição pode ser pedida, ainda que a coisa já tenha sido alienada pela massa. [...]

15 VALVERDE, Trajano de Miranda, Op. cit. p.32.

Destarte, estava superada a crítica de outrora, o pedido de restituição era agora o meio próprio a perquirir a restituição de um bem.

A atual Lei de Falências e Recuperação de Empresas, Lei nº 11.101/2005, manteve esta denominação em seu art. 85, intitulando a Seção II do Capítulo II “Do pedido de restituição”. Desta forma, os bens que vierem a sofrer constrição judicial, por estarem em poder do falido, mas que sejam de titularidade de terceiros, devem ser destacados da massa falida objetiva.

Há de se destacar que, em todos os regramentos, o pedido de restituição, antes ação reivindicatória, deveria ser proposto no juízo que determinara a quebra, não podendo o administrador judicial (anteriormente denominado síndico) oficiosamente proceder à restituição em entendendo ser esta devida.

Apontam, alguns autores, dentre eles Jozé Cândido Sampaio de Lacerda, que a verificação da titularidade dos bens só poderia se dá “judicialmente, a fim de se evitar, conluio para a subtração de valores.”¹⁶ Neste diapasão, o legislador tipificou penalmente a conduta do administrador que oficiosamente procede a restituição no art. 172 da Lei nº 11.101/2005 como forma de tolher tal comportamento dada a sua nocividade ao concurso de credores.

Em posição diametralmente oposta encontra-se Sérgio Campinho, que seguindo o modelo francês¹⁷ defende que:

16 LACERDA, Jozé Cândido de, *Manual de direito falimentar*. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, p. 165.

17 No modelo francês o pedido de restituição se dá administrativamente perante o administrador como define o “article L624-17: L’administrateur avec l’accord du débiteur ou à défaut le débiteur après accord du mandataire judiciaire peut acquiescer à la demande en revendication ou en restitution d’un bien visé à la présente section. A défaut d’accord ou en cas de contestation, la demande est portée devant le juge-commissaire qui statue sur le sort du contrat, au vu des observations du créancier, du débiteur et du mandataire de justice saisi.”

a Lei nº 11.101/2005 não evoluiu, em nosso sentir, adequadamente no tema. Somos partidários de um posicionamento mais liberal sobre a restituição de bens e valores. Pensamos seria útil se processasse administrativamente, perante o administrador judicial que, com a autorização do juiz, após a oitiva do comitê de credores, pudesse promover a restituição. A obrigatoriedade do procedimento judicial não contribui para as tão decantadas economia processual e celeridade do processo de falência (parágrafo único do artigo 75), pois diversos incidentes deverão ser processados, ocupando, muitas vezes, desnecessariamente, a máquina judicial.¹⁸

Em se tratando de pedido de restituição todas as medidas de cautela devem ser empregadas, pois a restituição de um bem que intuitivamente pertença à massa falida desnaturaria a garantia do *par conditio creditorum*. Ademais, a necessidade de ratificação judicial demandaria ao juiz a mesma análise que hoje é feita quando oposto um pedido de restituição, sendo a demora na prestação jurisdicional um problema exclusivamente forense ao qual esse eventual pedido de autorização também seria submetido.¹⁹

O melhor é, como prevê a Lei nº 11.101/2005, a prestação de uma caução pelo terceiro que pretenda rever o bem de sua propriedade antes mesmo do trânsito em julgado da decisão do pedido de restituição. Evita-se assim o desvio injustificado de bens da massa falida objetiva, que consubstancia a garantia dos credores, e, ao mesmo tempo, a possível deterioração do bem do terceiro.

Nota-se, então, pela evolução histórica, que o pedido de restituição, como a ação revocatória²⁰, foi sendo amoldado pelo regra-

18 CAMPINHO, Sérgio, *Falência e recuperação de empresa*. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 390.

19 O modelo italiano de restituição segue esta linha: “**Art. 87-bis. Inventario su altri beni:** In deroga a quanto previsto dagli articoli 52 e 103, i beni mobili sui quali i terzi vantano diritti reali o personali chiaramente riconoscibili possono essere restituiti con decreto del giudice delegato, su istanza della parte interessata e con il consenso del curatore e del comitato dei creditori, anche provvisoriamente nominato.”

mento falimentar a partir de um instrumento eminentemente civilista, mas que fora incorporado pelo legislador falimentar como meio de proteção dos interesses de terceiros que sejam prejudicados pela arrecadação de bens.

3 – Pedido de restituição e a teoria geral dos contratos

Informados pelo princípio da autonomia da vontade, os contratos representam, nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, “um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos”.²¹

Nos modelos de Estado liberal, sobretudo pós Revolução Francesa de 1789, mas ainda sob o trauma dos regimes absolutistas, a autonomia privada dos contratos era entendida como a maior expressão da liberdade dos indivíduos, um verdadeiro dogma que não poderia ser tolhido pelo Estado (“qui dit contractuelle, dit juste”²²). Na época em que os economistas primavam pela lei da oferta e procura para regular o mercado, acreditava-se que a liberdade criaria relações isonômicas entre os indivíduos naturalmente, sendo assim era desnecessária a intervenção estatal. Este contexto influenciaria o legislador na edição Código Civil de 1916 notadamente um código individualista e liberal.

Com a transição do modelo liberal para o social, fruto das profundas transformações sociais e econômicas, percebeu-se que a liberdade por vezes criava desequilíbrios. Destarte, deveria o Estado estabelecer regras e princípios que coibissem a liberdade toda vez que

20 A ação revocatória tem por origem histórica o instituto civilista da ação pauliana.

21 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Contratos. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 7.

22 Esta frase é atribuída ao filósofo do direito Alfred Fouillée.

ela causasse desigualdades. Mudou-se assim o paradigma da liberdade irrestrita para a liberdade vigiada, para o capitalismo social.

Neste diapasão surgiu o Código Civil de 2002, impondo limites aos contratos, dentre os quais a necessidade destes atenderem a sua função social, conforme art. 421 do Código Civil²³, mitigando assim o princípio da relatividade dos contratos ao impor efeitos que extrapolem a esfera dos contratantes. Neste ponto, e distante das críticas²⁴ à redação dada ao dispositivo, diverge a doutrina quanto ao alcance da função social como limite a autonomia privada.

Para uma corrente de entendimento, trata-se de um conceito jurídico indeterminado do qual cabe a doutrina e jurisprudência a integração. A função social do contrato assim não seria dotada de eficácia jurídica independente, mas, por outro lado, deveria ser considerada pelo legislador em seu mister.²⁵

Esta posição acaba por esvaziar a importância da função social, vez que esta só se manifestaria por intermédio de institutos jurídicos já positivados e não de forma autônoma.

23 Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

24 A doutrina diverge quanto à redação do art. 421 do Código Civil. Para uma corrente doutrinária, capitaneada por Álvaro Villaça Azevedo, pela redação do dispositivo legal, o legislador impôs a função social como limite à liberdade de contratar e não à liberdade contratual, que seria o correto. Já para outra corrente, por todos Gustavo José Mendes Tepedino, o dispositivo tem a redação correta, pois a busca de um fim socialmente útil não está relacionada apenas ao conteúdo do contrato, mas igualmente ao momento prévio que será a decisão de contratar ou não. Portanto a liberdade de contratar tem a função social como limite. Por esta última, o Ministério Público, por exemplo, poderia ajuizar uma ação civil pública para obstar a assinatura de um contrato lesivo ao meio ambiente.

25 Esta parece ser a opinião de Humberto Theodoro Júnior: "A lei prevê a função social do contrato, mas não a disciplina sistemática ou especificamente. Cabe à doutrina e à jurisprudência pesquisar sua presença difusa dentro do ordenamento jurídico e, sobretudo, dentro dos princípios informativos da ordem econômica e social traçada pela Constituição." THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.93.

Há, no entanto, outra corrente de pensamento que entende a função social como um instrumento capaz de impor a terceiros o dever de respeitar e zelar pela relação jurídica firmada entre os contratantes. Desta forma, não só os contratantes deveriam respeitar o contrato, como se infere do princípio da relatividade, mas também terceiros, que poderiam pela função social dos contratos serem responsabilizados caso contribuam para o descumprimento da obrigação firmada por aqueles. Este foi o entendimento adotado pelo Conselho da Justiça Federal na I Jornada de Direito Civil, consolidado no Enunciado nº 21.²⁶

Em sentido diametralmente oposto a que fora concebida a função social, esta posição acaba por dar aos contratantes uma garantia a mais de sua posição contratual. Originalmente, a função social prestava-se a impor limites e não benesses aos contratantes como forma de limitar a liberdade irrestrita criadora de desigualdades. Não obstante, é a boa fé objetiva que impõe aos terceiros não intervirem prejudicialmente nas relações contratuais das quais não fazem parte e não a função social do contrato, esta é fonte de deveres aos contratantes e não de direitos.

Nesta linha, defende uma terceira corrente à qual se filia Gustavo Tepedino, que a função social deve ser entendida como princípio que, nas palavras do autor, “impõe às partes o dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos”.²⁷

Continua o autor:

²⁶ Enunciado nº 21 — Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.

²⁷ TEPEDINO, Gustavo José Mendes. Op. cit., p. 149.

Os legítimos interesses individuais dos titulares da atividade econômica só merecerão tutela na medida em que interesses socialmente relevantes, posto que alheios à esfera individual, venham a ser igualmente tutelados. A proteção dos interesses privados justifica-se não apenas como expressão da liberdade individual, mas em virtude da função que desempenha para a promoção de posições jurídicas externas, integrantes da ordem pública.”²⁸

Neste ponto, ratifica o legislador a primazia da função social dos contratos, prevendo-a como questão de ordem pública, na forma do art. 2.035, parágrafo único do Código Civil²⁹. Ressalte-se que esta limitação se impõe inclusive aos contratos firmados antes da entrada em vigor do Código Civil, reafirmando assim a sua proeminência no ordenamento jurídico.

Neste diapasão, emerge o pedido de restituição que notadamente conjuga interesses conflitantes, a massa falida esforçando-se para manter o bem arrecadado e o terceiro, por sua vez, tentando evitar a sujeição ao concurso de credores.

Estabelece assim o artigo 85, *caput* da Lei nº 11.101/2005, que o proprietário de bem arrecadado no processo de falência ou que se encontre em poder do devedor na data da decretação da falência poderá pedir sua restituição. Trata-se do meio pelo qual o terceiro pode reaver o bem de sua propriedade. “Sendo esse o alicerce de sua pretensão, o reclamante deverá alegar e provar o domínio sobre o bem reivindicado e a posse injusta que sobre ele está sendo exercida.”³⁰

28 *Ibidem*, p. 151.

29 Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

30 CAMPINHO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 390.

Essa posse injusta pode ser delineada por diversos meios a depender da espécie do contrato.

Como determina o art. 117 da Lei nº 11.101/2005, os contratos bilaterais³¹ não se resolvem com a falência e a depender da manifestação do administrador judicial, com a autorização do Comitê de Credores, caso haja, poderão ser cumpridos. Nesta hipótese, o credor, em até 90 dias da data da assinatura do termo de compromisso do administrador judicial, poderá notificá-lo para que se manifeste em até 10 dias, importando o seu silêncio na extinção do contrato, sem prejuízo de eventuais perdas e danos, conforme art. 117, §1º.

Já quanto aos contratos unilaterais³² a lei faculta ao administrador judicial postular o cumprimento do contrato, caso seja autorizado pelo Comitê de Credores, se houver, importando assim a inércia do administrador judicial na rescisão do contrato.

Entretanto, com o escopo de se desvincular dessa faculdade que tem o administrador judicial no interesse da massa, tem sido cada vez mais frequente a disposição contratual que prevê a falência como causa de resolução de pleno direito do contrato. Por esta, independentemente da manifestação do administrador judicial e do interesse no cumprimento do contrato, na forma dos arts. 117 e 118, o contrato estará extinto com a decretação da falência de uma das partes e por consequência a posse da massa sobre o bem seria injusta.

No entanto, adstrito a esta disposição contratual pode ser que a manutenção da relação contratual favoreça a massa falida, e, por conseguinte, o interesse social. Nesta hora estará configurado o conflito entre o interesse da massa falida e a autonomia privada.

Neste ponto Fábio Ulhoa Coelho leciona:

31 Contrato bilateral é aquele em que as partes contratantes estão vinculadas a cumprir uma obrigação, uma para com a outra, sendo cada uma credora e devedora ao mesmo tempo.

32 Contrato unilateral é aquele que cria obrigações somente para um dos contratantes, há aqui um credor e um devedor, sem reciprocidade.

nos contratos interempresariais, costuma constar do instrumento a expressa previsão de resolução na hipótese de falência de um ou qualquer dos contratantes. Se as partes pactuaram cláusula de resolução por falência, esta é válida e eficaz, não podendo os órgãos da falência desrespeitá-la. O direito falimentar, como capítulo do direito comercial, tem normais contratuais de natureza supletiva da vontade dos contratantes; seus preceitos sobre obrigações contratuais só se aplicam se as partes não convencionaram diferentemente. Assim, o contrato se rescinde não por força do decreto judicial, mas pela vontade das partes contratantes, que o elegeram como causa rescisória do vínculo contratual.³³

Pactua deste entendimento Sérgio Campinho que mesmo prevendo a possibilidade de enfraquecimento da decretação judicial de manutenção da atividade empresária como forma de preservar o ativo, dá prevalência à cláusula resolutiva expressa³⁴.

Entende-se aqui, no entanto, que o interesse da massa deve prevalecer, logo a cláusula resolutiva expressa deve ser tida como ineficaz em relação à massa. Isto porque, não cumpre a mencionada cláusula com a sua função social, não sendo assim merecedora de eficácia jurídica.

Como pode uma cláusula contratual, fruto exclusivamente da autonomia privada e prevista antes da decretação da falência, elidir a preservação do ativo da massa falida?

Como dito, o juiz poderá na sentença pronunciar-se favoravelmente à continuação provisória da atividade empresarial do falido na

33 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v. 3. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 303.

34 Assim leciona o professor Sérgio Campinho: “Sendo ela deferida [a continuação provisória do negócio], caberá ao administrador judicial pronunciar-se a respeito da execução do contrato, salvo se houver cláusula expressa prevendo a falência como causa de extinção da relação contratual. Neste caso, em especial, pode ficar prejudicada a própria eficácia da manutenção da atividade.” CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa*. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 395.

forma do art. 99, XI. No entanto, caso exista algum bem do falido, essencial à sua atividade, em regime de alienação fiduciária sob esta cláusula, a determinação será inócua. A simples decretação da falência terá dado ensejo à resolução do contrato e o bem poderá ser alvo de um pedido de restituição ordinária, fulcrado no direito de propriedade, do art. 85.

Trata-se aqui de um interesse metaindividual que extrapola a relação entre credor e devedor. A manutenção dos contratos que permitam a preservação e manutenção dos ativos é uma garantia da massa de credores e um dever do administrador judicial.

Destarte, não se pode admitir que uma cláusula, no mais das vezes prevista em contratos de adesão³⁵ elaborados unilateralmente por instituições financeiras, possa alterar as regras do concurso de credores, condenando-os, em algumas hipóteses, a um rateio miserável. Ademais, o art. 75 da Lei nº 11.101/2005 impõe que o procedimento falimentar deva ter por primazia preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens arrecadados.

Neste ponto a lei espanhola de quebras parece ter evoluído, pois em recente reforma promovida pelo *Real Decreto-ley* nº 3/2009 à *Ley* nº 22/2003 (*Ley concursal*) passou o legislador daquele país a considerar não escrita a cláusula de contratos bilaterais que preveja a decretação da falência como causa de resolução de pleno direito, impondo expressamente a necessidade de manifestação do administrador judicial³⁶.

35 Tal hipótese é muito comum nos contratos de alienação fiduciária em garantia e no contrato de arrendamento mercantil.

36 **Artículo 61.** Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas.

1. En los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso.

2. La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con

Dessa forma, tal qual no direito comparado, deve prevalecer o interesse da massa falida e a função social dos contratos sobre a cláusula resolutiva expressa. Isto porque, “o princípio da autonomia privada deve ser revisitado e lido à luz dos valores constitucionais, não sendo possível admitir espécies de zonas francas de atuação da autonomia privada, imunes ao controle axiológico ditado pela Constituição da República”³⁷.

Isto posto, passa-se à análise de alguns contratos em espécie que fundamentam o pedido de restituição.

3.1 — Alienação Fiduciária em Garantia

De origem inglesa³⁸ o contrato de alienação fiduciária afigura-se como o contrato de garantia pelo qual o devedor fiduciante transfere o domínio resolúvel de um bem ao credor fiduciário por força de uma relação creditícia, de forma que a posse direta do bem permaneça com o fiduciante e o fiduciário passe a ter a posse indireta até o pagamento integral da dívida. Em se tornando inadimplente o devedor, poderá o credor alienar o bem objeto do contrato de garantia para satisfazer o seu crédito. Em contrapartida, com a quitação da dívida resolve-se o domínio que se consolida nas mãos do fiduciante.

obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa. [...]

3. Se tendrán por no puestas las cláusulas que estable can la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes.

37 TEPEDINO, Gustavo José Mendes. *Temas de direito civil*. tomo III, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 155.

38 O contrato de alienação fiduciária em garantia tem por origem o instituto inglês do *trust* que teve por escopo opor-se a sistemática aristocrática da *Comon Law*. Tratava-se do meio pelo qual os proprietários rurais ingleses, à época impossibilitados de transmitir por testamento a sua propriedade, podiam se valer para evitar que a sua propriedade se consolidasse nas mãos do *lord* (senhor da terra) na falta de herdeiros.

O legislador brasileiro disciplinou inicialmente o contrato de alienação fiduciária em garantia no art. 66 da Lei nº 4.728/65. No entanto, a imprecisão do art. 66, §2º que determinava que o devedor continuaria na posse do bem em nome do fiduciário tornou ineficaz, sobretudo, no aspecto processual, o instituto. Isto porque, as inúmeras controvérsias quanto à ação cabível para que o credor pudesse reaver o bem, e, assim, satisfazer o seu crédito, se ação de reintegração de posse ou imissão na posse ou, ainda, pela ação de compra e venda com reserva de domínio, maculavam a praticidade e a garantia que o instituto prometia aos credores.

Com o escopo de fortalecer os direitos do credor, o legislador editou o Decreto-Lei nº 911/69 alterando a redação original do aludido artigo, determinado assim que o contrato de alienação fiduciária em garantia transferiria o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa ao credor fiduciário, consagrando o desdobramento da posse. Melhor explicita o art. 4º ao determinar que, em não sendo possível se efetivar a busca e apreensão, seja por não ter sido encontrado o bem alienado fiduciariamente ou por não se achar na posse do devedor, o procedimento será convertido em ação de depósito.

Outra medida judicial relevante, prevista, neste Decreto-Lei, ratificadora dos direitos creditícios do credor é a restituição (art. 7º). O dispositivo determina que na falência do fiduciante fica assegurado ao credor, ora denominado proprietário fiduciário, o direito de requerer a restituição do bem, não se submetendo às incertezas do concurso de credores, ao contrário dos credores com garantia real.

Não obstante, fundado no ideal de ampliar as garantias do instituto, sobretudo, no que concernem às relações capitaneadas pelas instituições financeiras, foi editada a Lei nº 10.931/2004 que revogou o mencionado art. 66, passando a regulamentar a matéria no art.66-B da Lei nº 4.728/65.

Pela nova redação, o contrato de alienação fiduciária em garantia pode abarcar, como garantia, tanto bens infungíveis como fungíveis, como determina o art. 66-B, § 3º da Lei nº 4.728/65. Entendia a

jurisprudência que a instituição da garantia fiduciária sobre bem fungível desnaturaria o instituto em questão, pois a coisa objeto da garantia a ser porventura objeto de reivindicação poderia, e possivelmente seria, diversa daquela originalmente gravada com o ônus, o que para os tribunais, em sua maioria, representava um contra-senso.³⁹

Superada no entanto a discussão ante a nova redação legal, em sendo inadimplida a obrigação creditícia, terá o credor fiduciário o direito de intentar a ação de busca e apreensão sobre o bem e aliená-lo, independentemente de avaliação prévia, leilão ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo cláusula contratual em contrário, aportando o preço no pagamento da obrigação e nas eventuais despesas com a realização da garantia, como determina o art. 66-B da Lei nº 4.728/65.

Não obstante, em sendo insuficiente o preço obtido para pagamento integral do débito permanecerá o credor detentor de um crédito em face do devedor, não mais fiduciário, pois a garantia já fora executada. Entretanto, sendo superior o preço da venda em relação à dívida deverá o credor restituir ao devedor o saldo remanescente acompanhado do demonstrativo da operação realizada, como esclarece o art. 66-B.

Pode ainda o devedor, se empresário, ter a sua falência decretada. Nesta hipótese, terá o credor fiduciário o direito de intentar o pedido de restituição, conforme art. 7º do Decreto-Lei nº 911/69. Entretanto, trata-se de simples especificação normativa já que o próprio

39 Processual Civil e Civil. Recurso Especial. Alienação fiduciária em garantia. Ação de busca e apreensão. Ação de consignação em pagamento. Suspensão do processo. Bens fungíveis e consumíveis (comerciáveis). [...]

- Aplica-se o direito à espécie para manter, por fundamento diverso, a extinção do processo da ação de busca e apreensão, tendo em vista que, em se tratando de bens fungíveis e consumíveis (comerciáveis), é inadmissível a alienação fiduciária e tampouco a ação de busca e apreensão e de depósito a que se refere o Decreto-Lei nº 911/69. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp.346.240/SC. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, dia 03 de agosto de 2002.

artigo 85, *caput* da Lei nº 11.101/2005 abarcaria esta causa de pedir. Isto porque, o pedido de restituição do art. 7º é lastreado pelo direito de propriedade, tal qual na lei de falências e recuperação.

Entretanto, sob a vigência do Decreto-Lei nº 7.661/1945, caso os bens objeto da alienação fiduciária não fossem encontrados ou não houvessem sido arrecadados pelo juízo falimentar, resolvia-se o crédito no concurso de credores. Este também era o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁴⁰, haja vista que sob a égide do Decreto-Lei nº 7.661/45, expressamente se exigia a arrecadação prévia do bem para que fosse intentado o pedido de restituição, como determinava o art. 76.⁴¹

No atual regramento falimentar, contudo, poderá a restituição ser intentada com ou sem a arrecadação do bem, desde que o bem esteja na posse do falido quando da decretação da quebra, como determina o art. 85 da Lei nº 11.101/2005.

Incumbe destacar, que o credor fiduciário poderá, caso já tenha ingressado com a ação de busca e apreensão, requerer a conversão do procedimento em pedido de restituição, desde que não tenha

40 Alienação Fiduciária em Garantia. Ação de Busca e Apreensão. Conversão em Ação de Depósito. Falência da Empresa Fiduciária. Extinção do Processo Sem Resolução de Mérito. Credores Quirografários. 1. Proposta a ação de busca e apreensão antes da decretação da falência do devedor fiduciante, ainda que convertida em ação de depósito, em regra poderá o credor prosseguir a demanda, substituindo o pólo passivo pela Massa Falida, desde que os bens tenham sido objeto de arrecadação pelo Síndico. 2. Todavia, não localizados os bens dados em garantia fiduciária e, tampouco, arrecadados na falência, o proprietário fiduciário passa a deter um crédito meramente quirografário, regendo-se a controvérsia pela legislação falimentar. [...] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp.847.759/MG. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, dia 14 de dezembro de 2009.

41 O STJ chancelava este entendimento: Pedido de Restituição. Bem Alienado Fiduciariamente Não Arrecadado em Poder do Falido. Inviabilidade, Inclusive Quanto a Pretensão de Substituir-se a Coisa Por Dinheiro. Não Tendo Sido Arrecadado o Bem, Por Não Mais Existir ou Por Ter Sido Vendido Antes da Falência, Descabe o Pedido de Restituição. O Privilégio do Credor (Garantia Real) Esgota-se no próprio Bem alienado Fiduciariamente e Não Passa a Outros, Muito Menos ao Dinheiro. Recurso Especial Não Conhecido. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp. 39.208/SP. Relator: Ministro Barros Monteiro. Brasília, dia 14 de fevereiro de 1995.

sido efetivada a medida constritiva da busca. Isto porque por ela retirar-se o bem da posse do devedor o que, por conseguinte, inviabiliza a arrecadação pelo administrador judicial. Logo, diante desta hipótese não caberá o pedido de restituição por falta de fundamento legal, eis que o bem nem estará arrecadado nem em posse do falido.

Outro ponto relevante, ao qual a jurisprudência vem se repoustando é a necessidade ou não de registro do contrato de alienação fiduciária junto ao Cartório de Títulos e Documentos competente para que este seja eficaz. Nos contratos celebrados no âmbito do Código Civil a exigência se faz dada a redação do art. 1.361, que expressamente prevê a necessidade do registro. Quanto ao contrato firmado no âmbito do sistema financeiro, a Lei nº 4.728/1965 em seu art. 66-B, cuja redação fora dada pela Lei nº 10.931/2004, a exigência parece ser a mesma visto que a lei expressamente faz remissão, neste ponto, ao Código Civil.

Todavia, a jurisprudência vem solucionando a questão em dois momentos distintos. Prevalece o entendimento no qual não se exige o registro para que o contrato de alienação fiduciária seja válido e produza efeitos inter partes, seria o registro aqui mera formalidade. Por outro lado, somente o registro dará a publicidade exigida para que o contrato produza efeitos perante terceiros não participantes da relação contratual, como na falência, seria assim o registro condição de eficácia do contrato.⁴²

42 Com base neste último fundamento, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou o pedido de restituição de um bem objeto de contrato de alienação fiduciária em garantia: “Falência. Pedido de restituição. Contrato de abertura de crédito garantido por alienação fiduciária. Possibilidade de o devedor alienar fiduciariamente os bens integrantes de seu patrimônio, cabendo o pedido de restituição. O pedido de restituição dos bens, nessas circunstâncias, só é admissível desde que o contrato tenha sido celebrado e registrado antes do termo legal da falência. O registro do título, conforme exigência do art. 66, da Lei nº 4728/65, no caso da falência, é indispensável para valer contra terceiros, tratando-se de execução coletiva, sob pena de ofensa ao princípio da *“par conditio creditorium”*. Recurso ao qual se nega provimento.” BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 2002.001.0868-7. Relator: Desembargador Fernando Cabral. Rio de Janeiro, dia 25 de junho de 2002.

Neste diapasão decidiu recentemente o STJ, reafirmando assim que a exigência de registro não é requisito de validade do negócio jurídico, este vale perfeitamente entre os signatários. Ao revés, só será o negócio oponível a terceiros de boa fé com o registro.⁴³

Ultrapassada a divergência, e deferido o pedido de restituição pelo juízo da ação que decretou a quebra do devedor, o bem será destacado da massa e alienado nos moldes do art. 66-B da Lei nº 4.728/65, já analisado. Restando eventual saldo positivo, deverá o credor satisfeito entregar o respectivo saldo ao administrador judicial da massa falida que o submeterá ao concurso geral de credores.

No entanto, por vezes o produto da venda não extinguirá toda a dívida e nem saldará as despesas da alienação, nesta hipótese deverá o credor se habilitar na classe dos quirografários, pois já não terá o seu crédito qualquer privilégio em face dos demais credores.

Não obstante, deve-se ressaltar que o aludido pedido de restituição só será possível caso o administrador judicial da massa falida não deseje dar continuidade ao contrato, pois como nos contratos bilaterais na falência, o administrador judicial pode dar cumprimento ao contrato se julgar ser benéfico à massa falida (art. 117 da Lei nº 11.101/05). Assim entendendo o administrador judicial, este não deve olvidar esforços para cumprir a avença, haja vista ser a inadimplência causa resolutive legal do contrato.

43 Em seu voto, nos autos do ERESP nº 278.993/SP, o Min. Heman Benjamin, acompanhando o relator Min. Teori Zavascki e o Min. João Otávio de Noronha assim elucidou a questão: “como é cediço, o contrato de alienação fiduciária somente tem validade perante terceiros depois de devidamente registrado no Cartório, nos moldes ditados pela legislação mencionada. E, por oportuno, esclareça-se: a exigência do registro não é requisito de validade do negócio jurídico em questão. Para as partes signatárias a avença é perfeita e plenamente válida, independentemente do registro que, se ausente, traz como única consequência a ineficácia do contrato perante o terceiro de boa-fé, conforme estatuído na própria lei.(...)” BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. EREsp. 278.993/SP. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília, dia 9 de junho de 2010.

Da mesma forma, optando o administrador judicial pela manutenção do contrato, não poderá o bem ser afetado por ato falimentar, visto ser da propriedade de terceiro e não da massa falida, assim não poderá o bem, por exemplo, ser alienado pela massa.

Cabe aqui esclarecer que apesar de se optar por esta posição, ela não é unânime na doutrina. Há quem entenda que a decretação da falência gera o inadimplemento antecipado do contrato pela inequívoca insolvência do devedor permitindo assim que o credor retorne o bem.⁴⁴ Tal argumentação não parece ser verossímil, pois a decretação da falência de certo pressupõe a insolvência do falido, mas em contrapartida não acarreta o inadimplemento do contrato em questão. Pode o contrato ser plenamente adimplido sem que a decretação da falência tenha lhe causado qualquer efeito.

Destarte, com ainda mais razão, não deve o pedido de restituição preceder a manifestação do administrador judicial como assevera a jurisprudência do STJ.⁴⁵

Por fim, como já elucidado neste trabalho, entende-se que a existência de cláusula contratual tendo a falência como causa resolutive não deve prevalecer sobre o interesse da massa. Assim, mesmo com a previsão contratual deve o administrador judicial manifestar-se sobre o cumprimento do contrato conforme art. 117.

44 Esta parece ser a posição de Joaquim Antônio Penalva Santos, que leciona: “por força do inadimplemento antecipado do contrato, a lei permite ao credor fiduciante retomar a posse do bem alienado fiduciariamente, por meio da ação de restituição.” SANTOS, J.A. Penalva, Op. cit., p.77.

45 Comercial. Falência. Contrato Garantido por Alienação Fiduciária. Se, até a data da quebra, as respectivas obrigações estavam sendo rigorosamente cumpridas, a massa falida pode optar pelo cumprimento do contrato (DL 7.661/45, art. 43); antes da interpeação do síndico para que declare se cumpre ou não o contrato, o pedido de restituição do bem alienado fiduciariamente é prematuro. Recurso especial não conhecido.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp.172.367/PR. Relator: Ministro Ari Pargendler. Brasília, dia 30 de abril de 2002.

3.2 — Contrato Estimatório

Com o advento do Código Civil de 2002, a legislação nacional passou a prever o contrato estimatório como forma típica de contrato, antes as suas regras fundavam-se nas de outros contratos o que asseverava a discussão sobre a sua natureza jurídica.

De modo a amenizar a discussão o Código Civil italiano de 1942 tipificou, nos arts. 1.556 a 1.558⁴⁶, o contrato estimatório dando-lhe assim uma natureza jurídica própria, autônoma, o que fora adotado pelo Código Civil brasileiro nos arts. 534 a 537.

Desta forma, define Sylvio Capanema de Souza: o contrato estimatório é “aquele pelo qual uma pessoa recebe de outra, coisa móvel, com a obrigação de restituí-la ou pagar em prazo certo o preço estimado, tendo a faculdade de disposição da mesma”⁴⁷. Em outras palavras, uma parte entrega a outra um bem de sua propriedade para que esta pague determinado preço já estipulado ou devolva a coisa na forma e estado em que recebeu.

Com efeito, em ocorrendo a falência do consignatário cabe ao consignante intentar o pedido de restituição com base no art. 85 da Lei nº 11.101/2005 para reaver a coisa, pois somente os bens do falido compõem a garantia dos credores e não os de terceiros.

⁴⁶ Art. 1556. Nozione: Con il contratto estimatorio una parte consegna una o più cose mobili all'altra e questa si obbliga a pagare il prezzo, salvo che restituisca le cose nel termine stabilito.

Art. 1557. Impossibilità di restituzione: Chi ha ricevuto le cose non è liberato dall'obbligo di pagarne il prezzo, se la restituzione di esse nella loro integrità è divenuta impossibile per causa a lui non imputabile .

Art. 1558. Disponibilità delle cose: Sono validi gli atti di disposizione compiuti da chi ha ricevuto le cose; ma i suoi creditori non possono sottoporle a pignoramento o a sequestro finché non ne sia stato pagato il prezzo .

Colui che ha consegnato le cose non può disporne fino a che non gli siano restituite.

⁴⁷ DE SOUZA, Sylvio Capanema, Do contrato estimatório. In: TEXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo código civil*. v. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.57.

A arrecadação poderia ser obstada, *a priori*, pelo art. 536 do Código Civil que veda a constituição de penhora ou sequestro sobre o bem consignado enquanto o preço não for pago. Assim, com muito mais razão seria a impossibilidade de arrecadação pelo administrador desses bens que compõem o patrimônio do consignante e não do consignatário. Desta forma também conclui Frederico Augusto Monte Simionato.⁴⁸

No entanto, tal solução nos não parece adequada, pois como se infere do art. 110 da Lei nº 11.101/2005, os bens que forem de propriedade de terceiros serão elencados no inventário de arrecadação, ou seja, o administrador judicial deve arrecadar os bens que sabidamente não compõem a massa falida. Trata-se de uma regra de proteção ao concurso de credores. A arrecadação indiscriminada dos bens que forem encontrados com o falido assegura, ou ao menos pretende assegurar, aos credores que de fato todo o ativo do falido será destinado ao adimplemento dos seus respectivos créditos. Assim também decidiu o STJ.⁴⁹

48 Ademais, confirma o título de propriedade do consignante que a coisa consignada não pode ser objeto de penhora ou sequestro pelos credores do consignatário, enquanto não pago integralmente o preço (art.536, Código Civil). Se a coisa não pode ser objeto de penhora ou sequestro, mais ainda não poderá ser arrecadada na falência do consignatário, cabendo, assim o pedido de restituição, como legítimo proprietário. SIMIONATO, Frederico Augusto Monte, *Tratado de direito Falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.616.

49 Direito Comercial. Falência. Pedido de Restituição de Dinheiro. Alienação de Mercadorias Recebidas em Consignação Antes da Quebra. Contabilização Indevida pela Falida do Valor Equivalente às Mercadorias. Dever da Massa Restituir ou as Mercadorias ou o Equivalente em Dinheiro. Súmula 417 do STF. 1- O que caracteriza o contrato de venda em consignação, também denominado pela doutrina e pelo atual Código Civil (arts. 534 a 537) de contrato estimatório, é que (i) a propriedade da coisa entregue para venda não transferida ao consignatário e que, após recebida a coisa, o consignatário assume uma obrigação alternativa de restituir a coisa ou pagar o preço dela ao consignante. [...] 3- Se o consignatário vendeu as mercadorias entregues antes da decretação da sua falência e recebeu o dinheiro da venda, inclusive contabilizando-o indevidamente, deve devolver o valor devidamente corrigido ao consignante. Incidência da Súmula n.º 417 do STF. 4- A arrecadação da coisa não é fator de obstaculização do pedido de restituição em dinheiro quando a alienação da mercadoria é feita pelo comerciante anteriormente à decretação da sua quebra. [...] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp.710.658/RJ. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, dia 26 de agosto de 2005.

Deve-se atentar, no entanto, que cabe ao administrador judicial pronunciar-se sobre a continuação ou não do contrato para efeitos de restituição, com base no art. 117 da Lei nº 11.101/05, ainda que subsista a previsão de cláusula resolutiva expressa, face a necessidade de se otimizar e preservar a unidade produtiva dos bens, na forma do art. 75. Por exemplo, imagine que um contrato estimatório fora firmado para a venda de 100 barris de petróleo no valor de R\$ 18 mil e, neste período, sobrevêm a falência do consignatário. Contudo, no mesmo momento, há uma crise de desabastecimento, e o barril tem o seu valor triplicado. Nesta hipótese mais vale ao administrador judicial dar prosseguimento ao contrato, vendendo o bem por um valor bem acima do estipulado e entregando a quantia estipulada ao consignante, do que optar pela resolução do contrato e consequente entrega do bem. Melhor será, pois se estará angariando mais a massa falida objetiva.⁵⁰

3.3 — Arrendamento Mercantil

De origem norte-americana o contrato de arrendamento mercantil ou *leasing* pode ser conceituado genericamente como o contrato pelo qual uma das partes, pretendendo utilizar um bem, indica-o a uma instituição financeira para que ela o adquira e o alugue posteriormente a ele. Destarte, representa um forte instrumento de financiamento para a aquisição de bens, pois permite que o agente econômico aproveite do bem sem que para tal precise reduzir substancialmente o capital de giro da sociedade. Isto ganha ainda mais relevância quando se pensa nos bens sujeitos à maior desgaste, onde o arrendatário precisa promover constantes substituições.

50 Da mesma forma aponta Trajano de Miranda Valverde, ainda sob a vigência do Decreto-Lei nº 7.661/45, ao lecionar que “sobrevindo a falência, tem o consignante o direito, se o síndico [hoje administrador judicial] não mantiver o contrato, de reclamar a restituição da coisa [...]”. VALVERDE, Trajano de Miranda, Op.cit., p.54.

No entanto, o contrato de arrendamento mercantil⁵¹, apesar de facilitar o acesso ao crédito, não dá ao arrendatário a segurança jurídica que um proprietário tem, haja vista que como não há a transferência de propriedade o arrendatário poderia ser privado repentinamente de um bem essencial a sua atividade caso se torne inadimplente.

Neste contrato o arrendatário tem a obrigação de pagar o aluguel ajustado e conservar o bem, já o arrendador a obrigação de resguardar a posse mansa e pacífica do bem ao arrendatário durante a vigência do contrato. Como aponta Caio Mário da Silva Pereira, ao final do prazo estipulado no contrato, cabe ao arrendatário uma tríplice alternativa: ou restituir a coisa ou renovar o contrato ou adquirir o bem pelo valor estipulado no contrato.⁵²

A possibilidade de aquisição do bem pelo arrendatário ao final pelo preço anteriormente estipulado foi o que alavancou o instituto na seara comercial e posteriormente no campo jurídico.

No ordenamento pátrio o contrato de arrendamento mercantil foi tipificado pela Lei nº 6.099 de 12 de setembro de 1974, que apenas definiu o tratamento tributário da relação contratual, sendo esta regu-

51 Este ato de que decorre o arrendamento mercantil tem 3 figuras tradicionalmente: o arrendante ou arrendador, o arrendatário e o fornecedor do bem, definidos na lição de Sílvio de Salvo Venosa: “Arrendante é a empresa de leasing, de atuação financeira, com objetivo assim expresso nos estatutos sociais, conforme nosso Direito, que se encarrega de arrendar o bem ao arrendatário. Ressalte-se que a empresa de leasing deve ter autorização do Banco Central do Brasil para funcionamento e está sob fiscalização dessa autarquia. Arrendatário é o sujeito que, tendo necessidade de um bem móvel ou imóvel, dele se utiliza sob essa modalidade. O fornecedor do bem é o terceiro sujeito envolvido no negócio. Trata-se do alienante do bem encomendado pelo arrendatário à arrecadante. Não participa necessariamente do contrato”. VENOSA, Sílvio de Salvo, Op. cit., p.572.

52 Na lição de Caio Mário caberá ao arrendante: “ a) restituir a coisa ao arrendador, respondendo pelos danos que a mesma sofrer, salvo a deterioração advinda do uso regular, b) renovar o contrato, com o mesmo objeto ou outro de características iguais ou semelhantes; c) adquirir o bem pelo valor previsto no contrato, o qual consiste na pré-fixação de um preço que leva em consideração o uso da coisa pelo arrendatário e os pagamentos percebidos pelo arrendador (valor residual)”. PEREIRA, Caio Mario da Silva, Op. cit., p. 202.

lamentada inicialmente pela Resolução nº 351/1975 do Conselho Monetário Nacional, que fora revogada pela Resolução nº 980/1984, e, esta pela Resolução nº 2.309/96. Em sua redação original, o contrato de arrendamento mercantil só podia ser utilizado por pessoa jurídica, no entanto com a edição da Lei nº 7.123/1983, que deu nova redação ao art. 1º da Lei nº 6.099/74, passou-se a admitir que pessoas físicas assumissem a posição de arrendatário. Não obstante, a figura da arrendadora ainda é reservada às pessoas jurídicas, mais especificadamente às instituições financeiras sujeitas à fiscalização e controle do Banco Central.

A despeito da regulamentação legal, a característica primordial e que constitui a principal garantia do contrato é a manutenção da propriedade nas mãos do arrendante. Tal afirmativa ganha relevância no caso de decretação da falência do arrendatário. Nesta hipótese, pode o arrendante intentar o pedido de restituição para reaver o bem, já que é de sua propriedade. No entanto, como aponta Sérgio Campinho, para tal deverá provar “não só a titularidade sobre a coisa, mas também a posse ilegítima da massa falida”⁵³.

Neste diapasão, como em todo contrato bilateral, pode o administrador judicial entender pelo cumprimento do contrato, na forma do art. 117 da Lei nº 11.101/2005, nesta hipótese não há que se falar em restituição, pois não estará a massa falida na posse legal do bem e sim em virtude de contrato. No entanto, em entendendo pela resolução contratual, abre-se ao arrendante a possibilidade de ingressar com o pedido de restituição no juízo que decretou a quebra, conforme art. 85.

Pode ainda, e hoje é cada vez mais comum, o contrato expressamente dispor que em caso de falência haverá resolução do contrato de pleno direito, hipótese em que não se perquiriria a vontade do administrador judicial, podendo o arrendante perseguir o bem arrecadado pelo administrador pela via do pedido de restituição. No entan-

53 CAMPINHO, Sérgio, Op. cit., p. 394.

to, entende-se aqui que tal disposição não deve prevalecer sob o interesse da massa falida e do concurso de credores, pois não cumpre a mencionada disposição contratual com a função social exigida de todos os contratos, sendo assim é a cláusula ineficaz perante a massa falida.

Não obstante, pela própria natureza do contrato de arrendamento mercantil, entendendo o administrador judicial pelo cumprimento do contrato este está obrigado a adimpli-lo, pois em caso de mora estará o arrendante autorizado pela lei a rescindir o contrato e intentar o pedido de restituição ordinária com base na propriedade sobre o bem.

Este também foi o entendimento adotado no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ainda sob a égide do Decreto-Lei nº 7.661/1945, mas que muito se amolda a atual disposição legal⁵⁴.

54 **Falência.** Arrendamento mercantil sob forma de leasing. **Pedido de restituição.** Art. 76 da L.F. Trata-se de **contrato** de locação mercantil de quatro caminhões basculantes, sob a forma de leasing. Como se sabe, o leasing é um **contrato bilateral**, complexo e comutativo e, se trata de um **contrato**, dispõe o art. 43 da L.F.[hoje art. 117 da Lei nº 11.101/2005] que “os **contratos bilaterais** não se resolvem pela **falência** e podem ser executados pelo síndico, se achar de conveniência para a massa”. Cabe ao síndico, portanto, informar à outra parte contratante que pretende continuar com o negócio, cumprindo suas cláusulas, se isto for do interesse da Massa. Por seu turno, se nenhuma providência for tomada pelo síndico o contraente pode interpellá-lo para que lhe esclareça se pretende manter o **contrato** em vigor (par. único do art. 43). De forma que não se pode romper um **contrato** de arrendamento mercantil se o art. 43 da L.F. dispõe que ele não se resolve com a **falência** e se, por outro lado, o síndico sequer se manifestou sobre a conveniência do cumprimento dele. **Portanto, a decretação da falência não induz ao rompimento do contrato de arrendamento mercantil, salvo se houver mora ou declaração expressa do síndico de que não pretende dar continuidade ao contrato, casos em que poderá a arrendadora requerer a restituição.** Agravo rejeitado. Asseverou ainda, em seu voto, o desembargador Gustavo Kuhl Leite: “não se vislumbra como se possa romper um contrato de arrendamento mercantil se o art. 43 da L.F. dispõe que ele não se resolve com a falência e se, por outro lado, o síndico se quer se manifestou sobre a conveniência do cumprimento dele. **Ademais, acresce observar que foi concedida a continuação do negócio, em caráter excepcional, e o objeto social da falida é, exatamente, o transporte de coisas, de forma que é de toda conveniência, não só para a Massa como e, principalmente, para os seus credores, que a falência possa ser levantada, o que, por certo, não ocorrerá se forem retirados os veículos que constituem o instrumento de trabalho da empresa. Fique claro, contudo, que se ocorrer mora no pagamento das**

Ressalte-se, por fim, que, como já apontava José Xavier Carvalho de Mendonça “o proprietário não pode reivindicar a importância de rendas ou de aluguéis não pagos”⁵⁵, cabe-lhe apenas se habilitar na falência, submetendo-se assim ao concurso de credores, sob o manto da *par conditio creditorum*.

3.4 — Comodato

O contrato de comodato, apresentado por vezes sob o título de empréstimo, possui disciplina própria no Código Civil pátrio no art. 579, sendo definido como “o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis”. Em outras palavras, é o contrato pelo qual gratuitamente uma pessoa transfere a outrem um bem infungível para que se utilize e após promova a restituição.

Neste ponto, importante diferenciar o contrato de mútuo do contrato de comodato, já que ambos são apresentados como espécies típicas de empréstimo.

No contrato de mútuo, o mutuário recebe a propriedade da coisa a ele emprestada, por isso é conhecido como empréstimo de consumo. Aqui não há a repartição da posse em direta e indireta. O objeto do mútuo há de ser fungível, daí emerge a harmonização com a transmissão do domínio. A obrigação de restituir recai em um bem de mesmo gênero, qualidade e quantidade e não propriamente o mesmo bem que fora objeto do empréstimo, pois este no mais das vezes já fora consumido.

prestações e depois do síndico ter assumido o compromisso de dar cumprimento ao contrato, poderá a arrendadora, então, ingressar com o pedido de restituição.” (grifo) BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 2.016. Relator: Desembargador Gustavo Kuhl Leite. Rio de Janeiro, dia 21.10.1997.

55 MENDONÇA, José Xavier Carvalho de Mendonça, Op. cit., p. 290.

Em contrapartida, no comodato o comodante transfere apenas a posse do bem ao comodatário, permanecendo com o domínio sobre o bem. Aqui, há a repartição da posse, o comodatário possui a posse direta sobre o bem, ao passo que o comodante permanece com a posse indireta, já que é o proprietário do bem. Nesta hipótese, deverá o comodatário restituir exatamente o bem que fora dado em empréstimo, eis que este não se prestou ao consumo e sim ao uso, por isso é conhecido o comodato como empréstimo de uso.

Esta distinção tem reflexo primordial quanto ao pedido de restituição, pois só caberá o pedido de restituição no comodato. Isso porque, como dito, só no comodato o comodante permanece como proprietário do bem que é elemento da ação restitutória.

Sobrevindo assim a falência do comodatário, poderá o comodante intentar o pedido de restituição. Entretanto, este pedido estaria ou não condicionado a manifestação do administrador judicial pelo cumprimento ou não do contrato?

O antigo regramento falimentar, Decreto-Lei 7.661/1945, pouco tratava dos contratos unilaterais⁵⁶ e, portanto, por falta de regulamentação legal específica e uma interpretação a *contrario sensu* do então art. 43⁵⁷, apenas os contratos bilaterais eram poupados da resolução *ope legis*, isto é, por efeito da decretação da falência; aos contratos unilaterais em sendo o falido devedor importaria a resolução antecipada do contrato.

A atual lei de falência inovou nesta matéria ao dispor em seu art. 118 que o administrador judicial poderá dar prosseguimento aos

56 Majoritariamente, se não unânimes, a doutrina e da jurisprudência entendem que o contrato de comodato é um contrato unilateral, como leciona Sílvio de Salvo Venosa os contratos de comodato representam: “um contrato unilateral gratuito por meio do qual o comodante entrega bem não fungível para uso ao comodatário, o qual deve devolvê-lo após o tempo certo”. VENOSA, Sílvio de Salvo, Op. cit., p.180.

57 Art. 43: Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser executados pelo síndico, se achar de conveniência para a massa.

contratos unilaterais desde conte com a anuência do Comitê de Credores⁵⁸. Todavia, não consentindo o comitê, o contrato se resolveria tal qual no regramento anterior, devendo o comodante intentar o pedido de restituição, com base no art. 85, *caput* da Lei nº 11.101/2005.

Não obstante, o Comitê de Credores não é um órgão obrigatório nos processos de falência. Destarte, em não havendo, determina o art. 28 que as suas atribuições serão conferidas ao administrador judicial ou ao juiz, em caso de incompatibilidade, que no caso em tela nos parece haver.

Meio corriqueiramente adotado na prática comercial que se afasta desta discussão é a existência de cláusula contratual prevendo expressamente a resolução do contrato em caso de falência, quando o simples fato de ser decretada a falência, e a consequente arrecadação do bem, já enseja que o comodante ingresse com o pedido de restituição para reaver o bem de sua propriedade, como aponta Trajano de Miranda Valverde ao definir contrato de comodato: “são contratos que não se rescindem com a falência, salvo cláusula expressa em contrário”.⁵⁹

Neste ponto, valem os comentários anteriores sobre a preservação e otimização da utilização produtiva dos bens que se contrapõem a resolução expressa do contrato por uma cláusula.

4 – Aspectos processuais do pedido de restituição

Analisado o direito de propriedade que fundamenta o pedido de restituição ordinária, previsto no art. 85, *caput*, passa-se a estudar

58 Para Sérgio Campinho: “não sendo deferida a continuação provisória do negócio, não há mais atividade comercial entre as partes a justificar a permanência do empréstimo. Sendo ela deferida, caberá ao administrador judicial pronunciar-se a respeito da execução do contrato [...]” CAMPINHO, Sérgio, Op. cit., p. 395.

59 VALVERDE, Trajano de Miranda, Op. cit., p.58.

o procedimento e os efeitos do pedido de restituição ordinária na Lei de Falências e Recuperação de Empresas.

4.1 — Individualização do Bem e Manifestação do Administrador Judicial

Oriundo da ação romana *reivindicatio*, o pedido de restituição é tratado pela lei como um incidente processual ao procedimento falimentar que permite ao proprietário reaver o seu bem que esteja injustamente sobre a posse da massa falida, não permitindo que este seja alienado para satisfazer o quadro geral de credores. Isto porque, não podem bens de terceiros se prestarem a adimplir as obrigações do falido, sob pena de enriquecimento ilícito da massa falida, que verá seus débitos serem quitados à custa do patrimônio alheio.

Por outro lado, com a decretação da falência, deverá o administrador judicial nomeado pelo juízo falimentar arrecadar todos os bens que encontrar em poder do falido, não perquirindo neste mister a sua verdadeira titularidade, sendo esta uma prerrogativa exclusiva do juiz da falência, pois como define Waldemar Martins Ferreira são esses bens “presuntivamente pertencentes ao falido”⁶⁰. Sendo ainda uma obrigação legal do administrador judicial, que, caso não promova a arrecadação estará sujeito, conforme o art. 23⁶¹ da Lei nº 11.101/2005, às penalidades do crime de desobediência previsto no art. 330 do Código Penal.

O direito de propriedade, reconhecido como direito fundamental nos termos do art. 5º, XXII da Constituição da República, permite ao proprietário usar, gozar e dispor da coisa, e, sobretudo, o

60 FERREIRA, Waldemar Martins, *Tratado de direito comercial*, v. XV. São Paulo: Saraiva, 1966, p. 88.

61 Art. 23. O administrador judicial que não apresentar, no prazo estabelecido, suas contas ou qualquer dos relatórios previstos nesta Lei será intimado pessoalmente a fazê-lo no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de desobediência.

direito de reavê-la de quem a tenha injustificadamente, na forma do art. 1.228 do Código Civil, tal fazia o art. 524 do Código Civil de 1916. Destarte, o pedido de restituição ordinária é um corolário do direito constitucional de propriedade.

Sendo assim, assevera Jozé Cândido Sampaio de Lacerda que “na falência, o aparecimento da reivindicação não é, portanto, um favor especial criado pela lei, porém, tão somente o reconhecimento solene de um instituto preexistente, tendo por fundamento o direito de propriedade.”⁶²

Desta forma, independentemente da existência do instituto restitutivo ordinário no regramento falimentar, teria o terceiro proprietário de bem injustamente arrecadado a possibilidade de se insurgir contra tal constrição. Assim, ocorria no Código Comercial, onde os proprietários valiam-se do instituto civil da ação reivindicatória.

Exigia-se no ordenamento anterior, art. 76 do Decreto-Lei nº 7.661/45, que a coisa reclamada houvesse efetivamente sido arrecadada⁶³, do contrário deveria o terceiro, e agora, credor, habilitar-se no concurso de credores. Neste sentido também se manifestava o Superior Tribunal de Justiça quando instado⁶⁴.

62 LACERDA, Jozé Cândido de, Op. cit. p. 167.

63 Na doutrina lecionava Trajano de Miranda Valverde, ratificando a exigência legal, mas ampliando o instituto para os bens não arrecadados que estivessem à disposição do falido, ainda que na posse de terceiros: “Quer seja o fundamento do pedido o domínio ou a propriedade, quer seja uma relação de obrigação, dois requisitos são absolutamente necessários para justificar a pretensão do reclamante: a) que a coisa tenha sido arrecada em poder do falido; b) que ela seja devida em virtude de direito real ou de contrato. Consideram-se em poder do falido as coisas que se acham à disposição dele, em poder de terceiros.

64 REsp. 25715/SP: Falência. Pedido de Restituição de Bens art. 76, caput, do Del. 7661/45. Arrecadação. Pressuposto. Recurso Desacolhido – É Pressuposto de Pedido de Restituição a que Alude o art. 76 da Lei de Falências, Tenham Sido Arrecadados pelo Síndico os Bens cuja Devolução se Reclama Judicialmente. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp.25715/SP. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo. Brasília, dia 22.12.1994.

No mesmo sentido o REsp nº 5.250/SP: Alienação Fiduciária. Falência. Ação de Busca e apreensão. Decretada a Falência do Devedor, sem a Arrecadação do Bem Alienado Fiduciária-

A atual lei de falências neste ponto evoluiu ao prever expressamente em seu art. 85, *caput* que “o proprietário de bem arrecadado no processo de falência ou que se encontre em poder do devedor na data da decretação da falência poderá pedir a sua restituição”. Isto porque, permite ao terceiro defender a sua propriedade independentemente de um ato do administrador judicial, a sua defesa não está limitada como outrora à arrecadação do bem.

Por ser decorrente do direito de propriedade, o pedido de restituição ordinária deve estar devidamente fundamentado, ou seja, deve trazer em si prova cabal e indiscutível da propriedade, como determina o art. 87, pois não se presta o instituto restitutivo a dirimir cizânia quanto à titularidade do domínio. O pedido de restituição tem sim como único escopo restituir a coisa que esteja na posse da massa falida por fruto da arrecadação ou, excepcionalmente, do falido quando da decretação da falência.

Além de fundamentar, o autor deve na petição inicial descrever a coisa reclamada, pois não cabe pedido de restituição de coisa indeterminada. A primazia fundamental ligada ao pedido de restituição mostra a importância da descrição do bem e a preocupação de se ater ao princípio da devolução “in natura” sem prejudicar outros interesses em disputa, nas restituições especiais ou em dinheiro.

A importância de um determinado bem no acervo da massa falida pode comprometer a continuidade da atividade empresarial, quando determinada a restituição pelo juízo. Neste diapasão, um pedido de restituição mal formulado, e negligentemente deferido, pode engessar ou até impossibilitar a continuação da empresa pelo administrador judicial, e assim prejudicar o concurso de credores que possivelmente terá a sua garantia, qual seja, os bens do falido, deteriorados e/ou em menor contingente.

mente, Cabe ao Credor Habilitar seu Crédito como Quirografário. Recurso Conhecido, Mas Improvido. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp. 5.250/SP. Relator: Ministro César Asfor Rocha. Brasília, dia 19 de junho de 1997.

Dessa forma, a exigência legal de fundamentação, descrição do bem e manifestação ou não oposição do administrador judicial, mostra-se em plena conformidade com a “otimização” e utilização produtiva dos bens do falido, ditame da Lei nº 11.101/2005.

4.2 — Rito processual e natureza jurídica

O pedido de restituição, a ser dirigido ao juízo universal da falência, deve ser formulado por petição nos moldes do art. 282 do Código de Processo Civil e deverá, como já elucidado, descrever a coisa reclamada. Distribuída a inicial, ela será, como determina o art. 87, § 1º da Lei nº 11.101/2005, autuada em separado, como incidente processual que é, juntamente com os documentos que a instruem.

A autuação é feita em separado e o pedido de restituição tramita como um processo autônomo. Isso é necessário, pois se tal pedido fosse processado dentro dos autos da falência seria extremamente difícil seu andamento, tendo em vista as inúmeras providências que devem ser tomadas ao mesmo tempo no processo de falência. Aliás, o juiz da falência, de forma geral, determina muitas vezes a autuação em apartado de diversos incidentes, mesmo que não haja específica previsão legal para isso em nome da celeridade processual preconizada no art. 125, II do Código de Processo Civil.

Com o simples recebimento do pedido de restituição fica, como determina o art. 91 da Lei nº 11.101/2005, suspensa a disponibilidade da coisa até o trânsito em julgado da sentença. Destarte, deverá o administrador, tão logo tenha conhecimento da ação, sustar todos os atos que importem na alienação do bem objeto da demanda.

Não obstante, realizada a autuação, determinará o juízo a intimação do falido, do Comitê de Credores, caso exista, do administrador judicial e dos credores para que, no prazo sucessivo de 5 dias, se manifestem.

Na sistemática da lei anterior, o falido e o síndico eram intimados para responder em 3 dias e, só após, eram intimados os demais interessados para se manifestarem, caso apresentassem declaração de crédito, como aponta Trajano de Miranda Valverde. A atual lei de falências não faz qualquer exigência para a manifestação do credor, demonstrado o interesse jurídico, a manifestação é recebida e processada.

Apesar de ter por escopo agilizar o processo, a previsão de prazo sucessivo acaba por gerar o efeito contrário em alguns casos. Para que seja possível a manifestação, a parte terá que ter acesso aos autos que podem, porventura, terem sido retirados do cartório por um dos intimados acima enumerados, o que impossibilitaria os demais de ter acesso aos autos e, assim, viabilizaria a alegação posterior de nulidade do processo por cerceamento de defesa. O melhor seria, nos casos menos complexos, adotar a sugestão de Manoel Justino Bezerra Filho⁶⁵, que defende que o prazo de 5 dias deve correr em cartório, assim todos os legitimados teriam oportunidade de acesso aos autos indistintamente. Já nas hipóteses de maior complexidade, melhor seria se o juiz, quando da intimação, já fixasse um prazo para retirada dos autos pelas partes, pois para causas de grande complexidade a permanência dos autos em cartório dificultaria e, por vezes até inviabilizaria, a apresentação de manifestação.

Determina a lei que qualquer manifestação contrária a restituição apresentada por um dos interessados será havida como contestação (art. 87, §1º, *in fine*).⁶⁶ Apresentada assim a contestação, e deferido eventual pedido de prova, o juiz analisará a necessidade de au-

65 BEZERRA FILHO, Manuel Justino, Op. cit. p.207.

66 Neste ponto leciona Manoel Justino Bezerra Filho ao comentar o dispositivo: “Na realidade, trata-se de prazo para contestação, pois está previsto que a manifestação contrária vale como contestação. Por isso, deverá o juiz ter extrema prudência no exame de eventuais pedidos de dilação de prazo para manifestação, para que não cercear a apresentação de defesa por parte daqueles que não tiveram oportunidade de consulta aos autos, ante a sucessividade na contagem dos prazos.” Loc. cit.

diência de instrução e julgamento, podendo remeter os autos diretamente à conclusão, caso não seja requerida a produção de provas, ou, seja indeferido o pedido.

Neste ponto o novo regramento falimentar avançou, haja vista que na lei anterior havia a necessidade da aludida audiência, o que por vezes tornava o procedimento moroso e desnecessariamente formal. A nova redação legal permite uma maior celeridade, eis que pode o magistrado não realizar audiência, ainda que tenha deferido a produção de eventual prova, para os casos de menor complexidade.

Ademais, ordinariamente essa audiência não se faz necessária por ser o objeto da ação uma questão unicamente de direito, sem que seja necessária assim prova testemunhal. Este procedimento, mais célere, mostra-se essencial para evitar a deterioração da coisa ou sua ultrajante desvalorização.

4.3 — Da Sentença e do Recurso

Não sendo contestado o pedido de restituição, o juiz, caso reste comprovado o direito do autor, sentenciará o processo determinando a expedição de mandado para entrega da coisa reclamada em até 48 horas, como determina o art. 88, *caput*, da Lei nº 11.101/2005. Nesta hipótese, por força do parágrafo único do aludido artigo, a massa falida não será condenada ao pagamento de honorários advocatícios, cabendo assim o pagamento ao reivindicante.

Alguns autores se insurgem contra o pagamento dos honorários advocatícios pelo autor, haja vista que a coisa fora indevidamente arrecadada, tanto que não houve contestação, desta forma, caberia, igualmente à massa falida o pagamento. Em posição contrária Jozé Cândido Sampaio de Lacerda aponta: “Não parece com razão, pois que se a arrecadação decorreu de preceito legal, a ninguém caberá a culpa e o reclamante terá que arcar com aquelas despesas, mesmo

porque o fato de não haver contestação, não torna obrigatória a restituição. É preciso que ela seja por sentença reconhecida.⁶⁷

Opinião esta que se comunga, assim como, o faz Sérgio Campinho⁶⁸. O preceito legal, neste ponto, é claro; caso não haja contestação a massa falida não será condenada ao pagamento de honorários, não sendo possível assim entendimento em sentido diverso.

No entanto, a *contrario sensu*, em havendo contestação a massa falida será condenada em honorários advocatícios. Ressalte-se que a lei menciona somente a expressão “contestação”, e não “contestação apresentada pela massa falida”. Dessa forma, pode-se entender, erroneamente, que sendo apresentada contestação por qualquer dos demais legitimados e, em sendo o pedido de restituição julgado procedente, seria a massa condenada às sucumbências. Este entendimento não pode ser adotado, pois fere o razoável; a massa não pode ser condenada por uma contestação que não apresentou. Assim sendo, a melhor interpretação para o aludido dispositivo é de que será condenado aos honorários advocatícios o interessado que se opuser ao pedido do autor, podendo ainda serem rateados quando o pedido for contestado por mais de um legitimado.

Não obstante, em sendo julgado improcedente o pedido do autor, poderá o juiz determinar a sua inclusão no quadro geral de credores, caso reste comprovado a existência de uma relação creditícia, conforme art. 88. Se, no entanto, o autor não demonstrar o direito sobre a coisa ou sequer comprovar o seu crédito será o pedido simplesmente julgado improcedente, com a respectiva condenação do autor às custas e honorários advocatícios.

67 LACERDA, Jozé Cândido de, Op. Cit., p. 176 e 177.

68 Elucida o autor: “Inexistindo contestação ao pedido, não se admite imputação à massa falida de qualquer condenação relativa à verba honorária ou a custas judiciais, as quais deverão ser suportadas pelo requerente.” CAMPINHO, Sérgio, Op. cit., p. 401.

Essa disposição legal é salutar e célere, pois dispensa ao credor a necessidade de intentar uma nova medida judicial para que tenha o seu crédito habilitado. Neste ponto, a lei evoluiu em relação à anterior que facultava ao juiz a inclusão; pela nova redação legal, o juiz está obrigado a determinar a inclusão se comprovada a existência de crédito em favor do autor vencido.

Julgado procedente o pedido restitutivo contestado, o juiz condenará a parte vencida ao pagamento dos honorários advocatícios e igualmente determinará a entrega da coisa no prazo de 48 horas, desde que o autor tenha ressarcido a massa falida ou quem tiver suportado as despesas incorridas com a conservação da coisa reclamada. Não sendo de plano ressarcida, poderá a massa, ou quem estiver com a coisa, reter o bem até o pagamento das referidas despesas, por uma interpretação analógica e sistemática do art. 644 do Código Civil, já que nesta hipótese funcionou a massa ou o terceiro como depositário legal da coisa ao qual se legitima o direito de retenção.

Independentemente do resultado, da sentença que julgar o pedido de restituição caberá apelação com efeito meramente devolutivo, conforme art. 90 da Lei nº 11.101/2005. Na lei anterior no entanto a apelação era recebida também sob o efeito suspensivo, o que por vezes atravancava a efetividade da tutela jurisdicional, já que permitia que recursos meramente protelatórios impedissem a entrega do bem ao seu real titular, o que gerava em alguns casos a deterioração do bem.

Sem se descuidar da preservação da massa falida e buscando preservar essa efetividade das decisões, exige o legislador que o autor da ação que queria receber o bem antes do trânsito em julgado da sentença preste uma caução a ser realizada nos próprios autos, conforme art.90, parágrafo único.

Ponto relevante é o da legitimidade recursal. Segundo entendimento doutrinário amplamente majoritário, pode interpor o recurso de apelação o autor, o falido, o administrador judicial, ou, ainda qualquer credor, mesmo aquele que não tenha contestado o pedido.

Quanto ao membro do Ministério Público, na Lei nº 11.101/2005 o tema é controvertido, pois, via de regra, a atividade ministerial só se faz necessária nas hipóteses em que a lei taxativamente assim exigiu, sob pena de se impor ao procedimento uma morosidade insustentável.⁶⁹

Destarte, não exigindo expressamente a lei a intervenção do órgão ministerial, não poderá ser alegada qualquer nulidade pela sua não participação, a sua intervenção seria *numerus clausus*.⁷⁰

No entanto, no Estado do Rio de Janeiro, foi editada uma recomendação pelo procurador geral de justiça (Recomendação nº 1 de 2005) no sentido de aconselhar aos membros do Ministério Público com a atribuição em insolvência empresarial que continuassem a ofi-

69 Como aponta Sérgio Campinho: “Não há na lei dispositivo de largo alcance, tal qual se via no artigo 210 daquela revogada (Decreto-Lei nº 7.661/45), legitimando a intervenção do Ministério Público, sob forma de dever, em qualquer fase do processo de falência ou concordata, a bem do ‘que for necessário aos interesses da justiça’. Foi vetado o *caput* do artigo 4º que previa imperativamente a sua intervenção nos processos de recuperação judicial e falência.” CAMPINHO, Sérgio, Op. cit. p. 49.

70 Este entendimento foi acolhido pelo STJ em recente decisão da lavra da Ministra Nancy Andrichi: “Comercial e Processo Civil. Pedido de Falência Ajuizado na Vigência do DL nº 7.661/45. Intervenção do Ministério Público em ação Conexa Antes do Trânsito em Julgado da Decisão que Decreta a Quebra. Possibilidade. Anulação do Processo. Demonstração de Prejuízo. Necessidade.

1. Na vigência do DL 7.661/45 era possível a intervenção do Ministério Público durante todo o procedimento de quebra, inclusive em sua fase pré-falimentar, alcançando também as ações conexas.

2. Com o advento da Lei 11.101/05, houve sensível alteração desse panorama, sobretudo ante a constatação de que o número excessivo de intervenções do Ministério Público vinha asoberbando o órgão e embarçando o trâmite das ações falimentares. Diante disso, vetou-se o art. 4º da Lei 11.101/05, que mantinha a essência do art. 210 do DL 7.661/45, ficando a atuação do Ministério Público, atualmente, restrita às hipóteses expressamente previstas em lei.

3. Tendo em vista o princípio da instrumentalidade das formas, a anulação do processo falimentar ou de ações conexas por ausência de intervenção ou pela atuação indevida do Ministério Público somente se justifica quando for caracterizado efetivo prejuízo à parte.

4. Recurso especial não provido.”

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 1.230.431/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. Brasília, dia 18 de novembro de 2011.

ciar, requerer vistas e intimação para todos os processos ou procedimentos falimentares ou recuperatórios, manifestando-se fundamentadamente em defesa do crédito e da justa preocupação com a recuperação de empresas em dificuldades. Destarte, estaria se cumprindo o ditame constitucional que preceitua a atuação do Ministério Público na defesa dos direitos transindividuais, dentro os quais se amoldaria o sistema de insolvência empresarial.⁷¹

Neste diapasão, entende-se que poderá sim o membro do Ministério Público apelar da sentença do pedido de restituição desde que comprovado o interesse público na questão objeto da lide, valendo o mesmo raciocínio para a possibilidade de apresentação de contestação pelo órgão ministerial. Haja vista, que nem sempre estarão envolvidos direitos transindividuais; a primazia do pedido de restituição é intrinsecamente contrária a isto, baseia-se na defesa do proprietário do seu bem individualmente considerado. Ademais, poderá igualmente recorrer nos casos em que tenha oficiado, conforme entendimento consolidado no verbete da súmula do Superior Tribunal de Justiça nº 99⁷².

Por outro lado, a legitimidade dos demais credores na oposição ao pedido justifica-se na defesa, ainda que em tese, do montante de bens que poderá adimplir o seu crédito e não na defesa de interesses coletivos, aos quais não estariam nem legitimados.

71 Assim sustenta Márcio Souza Guimarães: “O sistema de insolvência empresarial (falência, recuperação judicial e extrajudicial) denota interesse social que demanda a intervenção do Ministério Público, sendo irrelevante o veto imposto ao art. 4 da nova Lei de Falências, não só pelo respaldo constitucional da atuação do *Parquet*, mas também pela regra inserida no art. 83 do Código de Processo Civil, cuja aplicação subsidiária é imposta pelo art. 189 da Nova Lei de Falências.” GUIMARÃES, Márcio Souza. O Ministério Público no Novo Sistema de Insolvência Empresarial: a habilitação e a impugnação de créditos. In: SANTOS, Paulo Penalva (Coord.). *A nova lei de falências e de recuperação de empresas — Lei nº 11.101/05*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 61.

72 Súmula nº 99 do STJ: O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte.

Desta forma, é que se sustenta que a atuação do Ministério Público não deve ser obrigatória, em nome da defesa de direitos transindividuais, e, sim, pontual e fulcrada na defesa do interesse público e da correta aplicação da lei. Do contrário, estaria sendo obstaculizado o pedido de restituição, que intrinsecamente exige celeridade como forma de se evitar a deterioração eventual dos bens injustamente arrecadados. Em outras palavras, é o órgão ministerial quem deve requerer a sua atuação provando a existência do interesse público no caso concreto, não sendo assim, a sua intimação só deve ocorrer nas hipóteses em que a lei expressamente exige.

Este também foi o entendimento adotado Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro na Apelação Cível nº 0097247-37.2004.8.19.0001 Na hipótese, o membro do Ministério Público perquiriria a reintegração à massa falida dos valores indevidamente restituídos ante a comprovação de simulação no negócio que embasara a restituição. Na contenda, é intuitiva a legitimidade ministerial eis que inolvidável o interesse público no combate aos negócios simulados.⁷³

73 Apelação Cível. [...] Ação de Revisão de Crédito Promovida pelo Ministério Público com Base no art. 99 do Decreto-Lei nº 7.661/45, Julgada Procedente, Determinando-se o Desfazimento da Decisão Proferida nos Autos do Pedido de Restituição, com o Conseqüente Retorno do Crédito à Massa Falida, Incluindo-se no Quadro Geral dos Credores Como Quirografário [...]

3. Demanda em questão — revisão de crédito — intentada com base no art. 99 do Decreto-Lei 7.661/45 (antiga Lei de Falências). A injuridicidade do pagamento efetuado nos autos do pedido de restituição, ante o extravio do maquinário em mãos da massa falida antes da arrecadação, resultou em atribuir ao Arrendador condição de credor, que nunca chegou a ter, mesmo como credor extraconcursal, circunstância esta que viabiliza o manejo pelo Parquet da ação prevista no referido artigo, de natureza eminentemente rescisória, para fazer retornar à administração da falência quantia paga antes do recebimento dos créditos da legislação do trabalho, com garantia real, tributários, com privilégio especial ou geral.

4. A necessidade de recolocar no âmbito do regime falencial quantia que fora indevidamente restituída é função indiscutivelmente atribuível ao Ministério Público, que ostenta condição de legitimado processual não só pelo seu poder de atuação *custos legis*, como também em decorrência das atribuições que lhe foram acrescidas pela nova ordem jurídica instaurada pela Constituição de 1988 (art. 127 e seguintes), ainda mais que o contexto da restituição aponta para a convicção de que tenha a operação perpetrada resultado de simulação. [...]

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0097247-37.2004.8.19.0001. Relatora: Desembargadora Jacqueline Lima Montenegro. Rio de Janeiro, dia

Ressalte-se, por fim, que em sede de recurso, caso haja algum vício no procedimento da ação restituitória que importe em prejuízo, a matéria deverá ser alegada na qualidade de preliminar, podendo o órgão colegiado declarar a nulidade da sentença proferida. Nesta oportunidade, determinará o Tribunal a prolatação de outra sentença, em estrita obediência das regras da legislação em vigor. Em outros casos, em que houver sido proferida sentença sem a resolução do mérito o próprio Tribunal pela aplicação da teoria da causa madura⁷⁴ pode julgar a causa, conforme art. 515, § 3º do Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária determinada pelo art. 189 da Lei nº 11.101/2005.

5 — Conclusão

Como elucidado, o pedido de restituição é meio processual que permite ao terceiro reaver o bem de sua propriedade arrecadado na falência, ou que esteja na posse do devedor quando da decretação da falência. Isto porque, o direito constitucional de propriedade permite ao dono da coisa reaver o bem de quem injustamente o possua, como ocorre nestas hipóteses.

Trata-se de um incidente processual em que o terceiro reivindicante deve comprovar a sua condição de proprietário, pois, como visto, não é compatível com o rito processual do pedido de restituição a aferição do domínio, esta deve ser dirimida numa ação autônoma.

16 de agosto de 2011.

74 Pela teoria da causa madura o Tribunal poderá julgar o mérito da causa em sede de recurso de apelação contra sentença que tenha julgado o processo extinto sem resolução do mérito. Isto ocorrerá quando versar a lide sobre matéria unicamente de direito, ou seja, versam exclusivamente sobre a aplicação da lei ao caso concreto e não sobre fatos. É o que dispõe o art. 515, §3º do Código de Processo Civil.

Além de se provar a propriedade é preciso a comprovação da posse injusta pela massa falida, pois do contrário o terceiro deve ser tido como credor, submetendo-se assim à execução concursal instaurada pela decretação da falência. Desta forma, analisaram-se algumas espécies contratuais onde a regularidade da posse da massa falida deveria ser aferida.

No contrato de alienação fiduciária, por exemplo, a restituição só será devida se houver o inadimplemento pela massa falida das parcelas devidas em virtude do contrato, pois é o inadimplemento causa de extinção de pleno direito do contrato e a consequente consolidação da propriedade nas mãos do credor fiduciário.

Já no contrato de comodato, o pedido de restituição não será viável simplesmente pela decretação da falência, a resolução contratual só se dará se o administrador judicial não diligenciar no sentido de cumprir o contrato. Aqui, por se tratar de um contrato unilateral, é o administrador quem deve se aprontar ao cumprimento do contrato, valendo a sua inércia como anuência à resolução do contrato. Isto ocorrerá, com mais frequência, quando não for deferida a continuação provisória das atividades do falido, onde a manutenção do empréstimo não mais se justificará. Resolvido o contrato, cabe então ao comodante, proprietário do bem, intentar o pedido de restituição ordinária.

Por outro lado, no contrato estimatório, em ocorrendo a falência do consignatário, é o administrador judicial que se manifestará sobre o cumprimento do contrato quando instado pelo consignante. Entendendo pela resolução do contrato, poderá o proprietário do bem consignado promover a ação restituitória.

Estudou-se ainda o pedido de restituição no contrato de arrendamento mercantil. Decretada a falência do arrendatário, em princípio caberá o pedido de restituição pelo arrendador, já que este não transferiu a propriedade do bem, mas, como aludido, este dependerá da manifestação do administrador judicial ou do inadimplemento da

obrigação, pois os contratos bilaterais não se resolvem com a falência, conforme o art. 117.

A exigência de manifestação do administrador judicial, como analisado, não se esvazia nem com a previsão contratual de resolução expressa pela decretação da falência de uma das partes contratantes. Isto porque, por vezes, tal cláusula impossibilitará a manutenção da unidade produtiva que tem por escopo preservar e “otimizar” os bens arrecadados para serem alienados e posteriormente adimplir as dívidas do falido no quanto for possível.

Ademais, a função social dos contratos impõe que os contratantes assumam um “compromisso” com toda a sociedade de perseguir através do contrato um fim socialmente útil e não apenas os interesses individuais. Desta forma é que a cláusula resolutiva expressa deve ser entendida como ineficaz, por não cumprir a função social dos contratos e ir de encontro com a inteligência do art. 75 do regimento falimentar.

No plano processual, a lei parece ter evoluído ao se desvencilhar de práticas extremamente formais e morosas que prejudicavam, por vezes, a almejada efetividade da tutela jurisdicional.

Assim, após a análise dos pormenores do pedido de restituição ordinária, pode-se concluir que o instituto é um importante instrumento de proteção do direito constitucional de propriedade, mas que deve ser lido à luz dos demais preceitos constitucionais a fim de que se promova um rateio justo e equânime como objetiva o regimento legal.

**NEGÓCIOS EMPRESARIAIS / RELA--
ÇÕES INTERNACIONAIS PRIVADAS**

**AVALISTA CASADO: INTERFERÊNCIAS DO
DIREITO DE FAMÍLIA NO DIREITO CAMBIÁRIO**

**AVALLISTA CONIUGATO: INTERFERENZE DEL DIRITTO DI
FAMIGLIA NEL DIRITTO CAMBIARIO**

Lilian Patrus Marques

Resumo: O presente ensaio trata do aval prestado por indivíduo casado e da necessidade de outorga conjugal para a concessão dessa garantia cambiária, bem como do paradoxo criado pela inserção dessa exigência no Direito Cambiário. Inicialmente, são mencionados aspectos históricos do tema no Direito Brasileiro, desde o final do século XIX até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, que, por meio do art. 1.647, inciso III, positivou a outorga do cônjuge como requisito de validade do aval. Em seguida, considerando a jurisprudência dos Tribunais Brasileiros e a doutrina civilista, busca-se esclarecer as consequências do aval dado sem a exigida outorga conjugal; ou seja, se seria possível ou não invalidar a garantia prestada sem esse requisito (CC, art. 1.649). Por fim, são tratadas algumas questões análogas ao instituto e de importante repercussão prática, como os direitos de terceiros prejudicados pela invalidação da garantia, as diferenças entre outorga conjugal e aval simultâneo e o reflexo da autorização sobre o patrimônio do casal.

Palavras-chave: Direito Cambiário; Direito de Família; outorga conjugal; aval; nulidade; ineficácia; direitos de terceiros; aval simultâneo; responsabilidade patrimonial.

Riassunto: Questo saggio si riferisce all'avallo concesso dal soggetto coniugato e alla necessità del consenso coniugale per la concessione della garanzia cambiaria, così come del paradosso sorto dall'inserzione di questa esigenza nel Diritto Cambiario. Inanzitutto, sono menzionati aspetti storici del tema nel Diritto Brasiliano, dalla fine del XIX secolo, fino all'entrata in vigore del Codice Civile del 2002, che, per mezzo dell'art. 1.647, inciso III, ha positivamente il consenso coniugale come presupposto di validità dell'avallo. Inoltre, partendo dalla giurisprudenza dei Tribunali Brasiliani e dalla dottrina civilista, si cerca di chiarire le conseguenze dell'avallo dato senza il consenso coniugale; cioè, se sarebbe possibile o meno invalidare la garanzia concessa senza questo presupposto (CC, art. 1.649). Alla fine, sono trattati alcune questioni simili all'istituto e di importante repercussione pratica, come i diritti dei terzi lesionati dall'invalidazione della garanzia, le differenze tra consenso coniugale e avallo simultaneo ed il riflesso dell'autorizzazione sul patrimonio della coppia.

Parole chiavi: Diritto Cambiario; Diritto di Família; consenso coniugale; avallo; nullità; inefficacia; diritti di terzi; avallo simultaneo; responsabilità patrimoniale.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Nota histórica sobre o aval prestado por indivíduo casado. 3. O alcance nas disposições do Código Civil de 2002 sobre a necessidade de outorga conjugal no aval. 3.1. Ineficácia, nulidade ou anulabilidade? 3.2. O direito do terceiro prejudicado com a invalidação do aval dado sem outorga do cônjuge. 4. Outorga conjugal e aval simultâneo. 5. Reflexo da autorização sobre o patrimônio do casal. 6. Conclusão.

1. Introdução

O aval é uma garantia cambiária típica, utilizada apenas para os títulos de crédito¹. Pode ser fornecida por um dos subscritores do título ou por terceiros e tem por objetivo reforçar o crédito cambiário

original preexistente, através da constituição de nova obrigação cambiária².

A respeito do instituto, merece destaque sua função econômica, na medida em que favorece a circulação de riquezas por meio da valorização da confiança, possibilitando o trespasse do documento entre diversos tomadores³. A exigência, por parte do credor, de que o título seja garantido por aval não traduz simplesmente uma preocupação em reduzir o risco de inadimplemento, mas visa, outrossim, a resguardar a predominante função de circulação dos títulos de crédito:

Se toda a construção doutrinária dos títulos de crédito teve como preocupação propedêutica facilitar a circulação das riquezas, daí resultando todo o fenômeno da inoponibilidade das exceções extracartulares em relação ao terceiro portador de boa-fé, torna-se de perceptibilidade imediata que o aval desempenha o papel de colaborador nessa função de circulação dos títulos⁴.

Por razões óbvias, se há maior probabilidade de que o crédito inserido no título venha a ser integralmente satisfeito pela existência

1 Nesse sentido: ROSSI, Guido. *L'avallo come garanzia cambiaria típica*, Milano: Dott. A. Giuffrè, 1962, p. 16.

2 ROSSI, Guido. *L'avallo come garanzia cambiaria típica*, Milano: Dott. A. Giuffrè, 1962, p. 14.

3 DE LUCCA, Newton. O aval. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. LXXX, 1985, p. 342. Conforme destaca Héctor Alegria: “El reforzamiento del crédito se logra así mediante la actuación de un sujeto con esa intensidad específica, con lo que se obtiene en definitiva una más fluida posibilidad de circulación del documento, pues le agrega su responsabilidad como valorizador objetivo de confianza. O El aval, en especial, no es visto hoy como disfavor ni como señal de ausencia de crédito, sino como recaudo normal y, a veces, como valorizador de la firma del deudor avalado, quien ha inspirado una confianza a tal grado que merece su exteriorización cambiaria objetiva en un acto de pura garantía”. (*El aval*, Buenos Aires: Astrea, 1982, p. 4).

4 DE LUCCA, Newton. O aval. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. LXXX, 1985, p. 343.

de um número maior de coobrigados, certamente, sua circulação será facilitada. Ademais, a segurança do título é reforçada pela autonomia entre as obrigações do avalista e do avalizado e pelas formalidades inerentes ao direito cartular.

Segurança é, portanto, um atributo essencial aos títulos de crédito, sem o qual não se poderia realizar sua função precípua de transportar, no tempo e no espaço, as riquezas que lhe são incorporadas⁵.

O Código Civil de 2002 inovou no que diz respeito ao aval, ao estabelecer, no art. 1.647, inciso III, que nenhum dos cônjuges pode prestar tal garantia sem a autorização do outro, exceto se o regime do casamento for o da separação absoluta⁶.

Trata-se, como observa a doutrina⁷, de indevida intromissão do direito de família na regência dos títulos de crédito. Ao passo que o direito cambiário preocupa-se em resguardar a segurança do crédito inserido na cártula, facilitando sua circulação e utilização em larga escala no comércio por meio da valorização dos atributos de literali-

5 GALIZZI, Gustavo Oliva; FÉRES, Marcelo Andrade. Aval entre a legislação cambiária e o Código Civil de 2002. *Repertório de Jurisprudência IOB*, vol. III, nº 11/2004, p. 343. Rachel Sztajn e Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa prelecionam que, em matéria de títulos de crédito, “a certeza e a segurança do direito são absolutamente essenciais. (...) Função dos títulos de crédito, espécie particular de documento, é tornar mais simples, rápida e segura a circulação da riqueza mobiliária, agilizando operações no tráfico negocial”. (A disciplina do aval do novo Código Civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 128, p. 33-34).

6 Há quem defenda a impossibilidade de o Código Civil conter previsão distinta do que determina o Decreto 57.663/1966, porquanto este decorre da incorporação da Lei Uniforme de Genebra ao nosso ordenamento, por meio da assinatura de um tratado. Assim, o tratado não poderia ser revogado por simples lei ordinária. O STF, no entanto, decidiu em sentido contrário, no julgamento do RE 80.004/SE. Para uma análise mais completa do tema, conferir: ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; OLIVEIRA, Jacilene Ribeiro. Conflito entre o novo Código Civil e a Lei Uniforme de Genebra quanto à obrigatoriedade da outorga uxória para a validade do aval. *Revista dos Tribunais*, nº 810, abr/2003, p. 15-20.

7 Rachel Sztajn e Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa destacam que, por meio das previsões nos artigos 887 e 1.647, III, o Código Civil criou uma “dicotomia perversa”. (A disciplina do aval do novo Código Civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 128, p. 37-38).

dade e autonomia (art. 887 do *codex*), no capítulo referente à família, o legislador procurou proteger o patrimônio comum dos cônjuges, exigindo a aquiescência do marido/mulher para prestação do aval, tal como ocorre com a fiança. Segundo Gustavo Oliva Galizzi e Marcelo Andrade Féres:

É difícil conceber uma exigência de tal monta, manifestamente contrária aos princípios sobre os quais repousam a rapidez e a segurança da circulação cambiária. Como conciliar com tais princípios uma exigência que obriga os adquirentes do título a procederem a uma indagação prévia, fora dele, a respeito do estado civil dos respectivos avalistas? A proteção do patrimônio do casal é uma aspiração acima de tudo louvável, mas é contraproducente querer realizá-la tornando praticamente inacessível ao cônjuge casado na condição acima referida o uso de um instituto precioso como o título de crédito⁸.

Justamente em face da incongruência gerada pela lei civil, a doutrina e a jurisprudência têm se debatido quanto à aplicação e à abrangência do inciso III do art. 1.647 do *codex*. Sem embargo da disposição legal, desde a publicação do Código Civil até hoje prevalece o entendimento de que “o aval não pode ser anulado por ausência de vênua conjugal, de modo que o inciso III do art. 1.647 apenas caracteriza a oponibilidade do título ao cônjuge que não assentiu”⁹.

A exigência de outorga conjugal no aval também deu ensejo à discussão se o consorte estaria sempre se obrigando como avalista ou não, ao apor sua firma no título. Ademais, estaria a norma em questão dando margem a que o garantidor e seu cônjuge possam se beneficiar da própria torpeza, ocultando seu estado civil no momento de assina-

8 GALIZZI, Gustavo Oliva; FÉRES, Marcelo Andrade. Aval entre a legislação cambiária e o Código Civil de 2002. *Repertório de Jurisprudência IOB*, vol. III, nº 11/2004, p. 336.

9 Entendimento firmado na *Jornada de Direito Civil*, realizada no Superior Tribunal de Justiça nos dias 11 a 13 de julho de 2002. Conforme: LÔBO, Paulo Luiz Netto. Comentários ao art. 1647 do Código Civil, *In: AZEVEDO, Álvaro Villaça* (coord.). *Código Civil Comentado*, vol. XVI, São Paulo: Atlas, 2003, p. 259.

tura da cártula? Quais as consequências da autorização sobre o patrimônio do casal? E qual seria a sanção legal aplicável ao ato viciado: ineficácia, nulidade ou anulabilidade?

O objetivo do presente trabalho é abordar as questões acima e outras pertinentes ao tema. Tratar-se-á, portanto, da exigência legal de que o cônjuge autorize a concessão de aval pelo seu consorte, com espeque no entendimento da doutrina e dos tribunais pátrios acerca do tema.

De início, porém, faz-se necessário realizar uma breve digressão histórica a respeito da legitimidade do indivíduo casado para prestar aval. A discussão está presente no direito brasileiro desde a década de 1920, especialmente pela aproximação feita por alguns entre aval e fiança. Posteriormente, com a edição do Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/1962), a controvérsia foi sepultada, tendo ressurgido com a publicação do Código Civil em vigor.

2. Nota histórica sobre o aval prestado por indivíduo casado

A posição jurídica do aval prestado pelo marido sem a outorga uxória¹⁰ já foi objeto de amplo debate no direito brasileiro.

O Código Civil de 1916 dispunha, em seu art. 235, inciso III, que o marido não podia prestar fiança sem o consentimento da mulher. Tal norma levou a doutrina da primeira metade do século passado a discutir se a necessidade de outorga uxória deveria também ser estendida ao aval.

Com efeito, a vênua conjugal para a alienação, afetação do patrimônio ou para prestar garantia pessoal decorre de uma preocupa-

10 A expressão outorga conjugal é mais ampla, pois abarca tanto a outorga uxória (da mulher) quanto a outorga marital (do homem). Contudo, desde a Constituição de 1988, a distinção é apenas terminológica, pois, com a consagração do princípio da isonomia entre homem e mulher, os efeitos de ambos os institutos são os mesmos.

ção do legislador em instituir um controle recíproco dos cônjuges sobre os bens do casal¹¹. Em prol desse controle, criou-se uma restrição ao exercício da autonomia privada no âmbito do direito patrimonial de família¹², a fim de que alguns negócios jurídicos de disposição praticados individualmente por pessoas casadas demandem autorização do consorte para serem considerados válidos. Desse modo, aparentemente, a finalidade da norma estaria esvaziada caso o marido pudesse avaliar sem o consentimento da mulher¹³.

A respeito do tema, adquiriu notoriedade a posição propedêutica de Antônio Magarinos Torres, expressada ainda na década de 1920, segundo a qual o aval teria paridade com a fiança; ou seja, ambos traduziriam uma obrigação de garantia, com semelhanças de ordem econômica¹⁴. O autor, muito embora reconheça a distinção exis-

11 Carvalho Santos destaca que tanto o marido quanto a mulher têm o dever de prover o sustento da família e contribuir para as despesas do casal. Assim, como os imóveis oferecem “base segura ao bem estar da família”, o cônjuge virago tem “interesse direto em intervir nas alienações dos mesmos e nos litígios, fiscalizando a ação do marido no intuito de evitar possíveis dilapidações”. Citando Clóvis Beviláquia, prossegue: “A fiança compromete os bens do fiador impossibilitando de cumprir sua obrigação de sustentar a família nas condições em que poderia fazer sem o ônus pesado que assumisse, sem correspectivo. A situação econômica em cujo gozo se acha a família pode ser irremediavelmente perdida por uma imprudência do marido. É justo que não dê semelhante passo sem acordo daquela cuja sorte prendeu à sua, e cujo amor pela prole comum há de fazer previdente e cautelosa”. (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. IV, 7ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, p. 363, 364 e 379).

Outra não é a posição do Superior Tribunal de Justiça: “A exigência de outorga uxória ou marital para os negócios jurídicos de (presumidamente) maior expressão econômica previstos no artigo 1647 do Código Civil (como a prestação de aval ou a alienação de imóveis) decorre da necessidade de garantir a ambos os cônjuges meio de *controle da gestão patrimonial*, tendo em vista que, em eventual dissolução do vínculo matrimonial, os consortes terão interesse na partilha dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento” (STJ, REsp n. 1.163.074, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe 4.2.2010).

12 Nesse sentido: BENINCASA, Vanessa. *Regimes patrimoniais da família*. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2004, p. 96.

13 Nesse sentido: CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. IV, 7ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, p. 379-380 e TORRES, Antônio Magarinos. *Nota promissória* (estudos da lei, da doutrina e da jurisprudência cambial brasileira), ed. fac-sim, Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2003, p. 173.

tente entre os dois tipos de garantia pessoal, preocupa-se, sobretudo, em resguardar a teleologia do art. 235, III, do diploma civilista revogado, qual seja, a tutela ao patrimônio familiar, instituindo uma preponderância do direito de família sobre os princípios que regem o direito cambial. Logo, defende a necessidade de autorização conjugal também para que o indivíduo casado possa avalizar título de crédito.

A posição do autor, certamente, não ficou imune a críticas, escoradas, principalmente, no conceito e na finalidade econômica da cambial, que se traduz em um título destinado a circular fácil e fiduciariamente¹⁵.

De fato, a circulação dos títulos cambiais é protegida por meio de princípios rigorosos, que admitem temperanças apenas em situações excepcionais. Em benefício da segurança dos títulos de crédito, “a aparência, a forma, a vontade declarada valem mais do que a substância, o fundo, a vontade real que não se manifestou ou que se manifestou nos termos da declaração cambial”¹⁶. O direito dos terceiros de boa-fé que adquiriram o título ignorando os vícios de origem é tutelado de forma quase absoluta pelo direito cambial, sob pena de se desnaturar sua larga utilização no comércio. Assim, justamente porque a cambial foi pensada para circular livremente, não se poderia interpretar extensivamente o § 3º do art. 235 do Código Civil de

14 Magarinos Torres assim argumentou a respeito do tema: “Quanto ao aval do home casado, comerciante ou não, (...) sou de parecer que o aval, neste caso, por paridade com a fiança, que é apenas annullavel, e só pela mulher ou pelos herdeiros della, é vallido como acto cambial e obriga a meação da mulher enquanto por ela não for annullado. Mas pode ser annullado por falta de autorização. A expressão *fiança* do Código Civil, para não ser ludibriada, não pode deixar de entender-se no sentido genérico, de obrigação de garantia, e o aval tem esse caráter (...). É justamente nisso que o aval se assemelha à fiança”. (TORRES, Antônio Magarinos. *Nota promissória* (estudos da lei, da doutrina e da jurisprudência cambial brasileira), ed. fac-sim, Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2003, p. 172).

15 CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. IV, 7ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, p. 381.

16 BORGES, João Eunápio. *Do aval*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 52.

1916, obrigando os adquirentes a uma indagação prévia acerca do estado civil dos respectivos avalistas¹⁷.

Nesse contexto, a fim de afastar interpretação extensiva da norma que impunha outorga conjugal para validade da fiança, adquiriu grande relevância a distinção entre este instituto e o aval¹⁸; justamente para demonstrar que, pelas características de cada um, as restrições impostas à liberdade de afiançar não se coadunam com os pilares do direito cambial.

Lembre-se de que a fiança é uma obrigação acessória, secundária e adjeta, decorrente de um contrato, ao passo que o aval corresponde a uma declaração unilateral e é autônomo, principal e independente do dever assumido pelo avalizado. Muito embora exista um vínculo formal entre o aval e a obrigação avalizada, substancialmente, são completamente autônomos, de modo que a garantia não se prejudica por eventual nulidade da primeira firma ou incapacidade de seu signatário¹⁹, como está regulado no art. 32 da Lei Uniforme de Genebra²⁰.

17 CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. IV, 7ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, p. 381. No mesmo sentido, posicionou-se Pontes de Miranda: “Desde logo observemos que a hipótese de ato cambiário anulável é de extravagância sem par diante dos princípios de direito cambiário, que é direito fundado na aparência, onde o próprio título criado pelo louco pode vir a existir, validamente, no direito cambiário, se, ficando curado e capaz, concorre para que a generalidade confie na aparência do título”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, Parte Especial, tomo XXXIV, 3ª ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 388).

18 A respeito do direito estrangeiro, João Eunápio Borges dá notícia de que, na Alemanha e na Espanha, de acordo com a doutrina dominante, aval não se confunde com fiança, pois é ato substancialmente autônomo e independente da obrigação garantida. A França, por outro lado, conceitua aval como fiança, derivando-se para o avalista um vínculo acessório. Por fim, na Itália e na Argentina, segundo João Eunápio, as opiniões são divergentes. Para maiores detalhes, conferir: BORGES, João Eunápio. *Do aval*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 24-42.

19 BORGES, João Eunápio. *Do aval*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 41.

20 Art. 32 LUG: “O dador de aval é responsável da mesma maneira que a pessoa por ele afiançada. A sua obrigação mantém-se, mesmo no caso de que a obrigação que ele garantiu ser nula por qualquer razão que não seja vício de forma”.

Assim, diferentemente do que ocorre com a fiança, o avalista fica vinculado à declaração unilateral de vontade por ele expressa no título, razão pela qual não pode se opor ao pagamento alegando matérias atinentes à origem da cártula ou ligadas à pessoa do avalizado²¹. Em se tratando do contrato de fiança, por outro lado, a nulidade da obrigação principal acarreta a extinção da garantia automaticamente, porquanto se trata de pacto acessório e subordinado ao principal²².

Além disso, apenas a fiança admite a invocação, pelo garantidor, do benefício de ordem, disciplinado no art. 827 do Código Civil, ao passo que, no aval, o sujeito passivo da obrigação não tem como se esquivar do pagamento com base nesse instituto.

Na década de 1960, a Lei 4.121/1962 (Estatuto da Mulher Casada) colocou um ponto final na discussão que se vinha travando a respeito do tema, ao dispor, em seu art. 3º: “Pelos títulos de dívida de qualquer natureza, firmados por um só dos cônjuges, ainda que casado pelo regime de comunhão universal, somente responderão os bens particulares do signatário e os comuns até o limite de sua meação”.

Desse modo, consolidou-se o entendimento de que a garantia cambiária sem o consentimento do cônjuge é considerada negócio jurídico válido. Para que o credor lograsse atingir todo o patrimônio do casal deveria provar que a dívida trouxe benefício à sociedade conjugal como um todo²³. Do contrário, respondia pela execução do débito apenas o patrimônio daquele que se obrigou no título. Tratam-

21 ASSUMPÇÃO, Márcio Calil de. O aval e a Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, nº 35, jan-mar/2007, p. 49-50.

22 VIZZOTTO, Tamara Benetti. Ineficácia relativa da fiança concedida sem a outorga conjugal. *Revista da Ajuris*, nº 104, dez/2006, p. 331.

23 Nesse sentido: TAVARES PAES, Paulo Roberto. *O aval no direito vigente*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 27-28; PARADA, Deise Maria Galvão. *Regime de bens entre cônjuges*. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2002.

do-se de avalista casado, tal garantia era reduzida ao seu patrimônio pessoal e à sua meação.

O Código Civil de 2002 alterou o regime quanto aos requisitos para que o indivíduo casado avalize obrigação cambiária, ao instituir a invalidade da garantia prestada sem a vênua conjugal. Como era de se esperar, foram levantadas inúmeras críticas contrárias a essa exigência as quais, na sua maioria, reiteram os argumentos que, na primeira metade do século XX, foram utilizados para combater as ideias de Magarinos Torres.

De acordo com o regime legal instituído pelo Código Civil, portanto, é obrigatória a autorização do cônjuge para a concessão de aval, exceto se o regime de bens do casamento for o da separação absoluta.

3. O alcance nas disposições do Código Civil de 2002 sobre a necessidade de outorga conjugal no aval

Feita a evolução histórica acerca do tema, passa-se a discorrer, brevemente, acerca do regime instituído pelos artigos 1.645 a 1.650 do Código Civil de 2002.

A outorga conjugal para a concessão de aval é exigida pela lei em quase todas as hipóteses. Diversamente do diploma de 1916, que impunha essa autorização independentemente do regime de bens, o *codex* em vigor não estende tal exigência àqueles que forem casados sob o regime da separação absoluta. A redação do *caput* do art. 1.647, contudo, deixa margem à dúvida quanto à qual regime de separação o legislador faz referência: apenas ao regime da separação voluntária de bens ou também ao da separação obrigatória²⁴.

24 Esse questionamento é levantado com propriedade por Débora Gozzo, que conclui que a norma em questão abarcaria ambos os regimes de separação de bens. (Apontamentos sobre o patrimônio no casamento e na união estável, *In*: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de

A esse respeito, o Superior Tribunal de Justiça assentou que apenas em se tratando do regime da separação voluntária de bens há dispensa da outorga uxória ou marital para a prática dos atos enumerados no art. 1.647 do *codex*. Por outro lado, caso o avalista seja casado com separação legal de bens, permanece a obrigatoriedade de anuência de seu consorte²⁵.

No julgamento do recurso especial nº 1.163.074, a terceira turma do STJ consignou que a expressão “*regime da separação absoluta*”, presente no *caput* do art. 1.647 do Código Civil, refere-se apenas ao regime da separação convencional, pois, na separação obrigatória de bens, os consortes não manifestaram sua vontade no sentido de que cada um ficará como senhor absoluto de seu patrimônio após o casamento. Além disso, nos termos da súmula 377/STF, “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”, de modo que, “neste regime, ao contrário do que ocorre na separação convencional, cada cônjuge guarda consigo a expectativa de, eventualmente, se beneficiar de parcela do patrimônio do outro”²⁶. Logo, prevaleceria a necessidade de se manter o con-

Cerqueira; ROSAS, Roberto (coords.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 148-149.

25 “1. É necessária a vênua conjugal para a prestação de aval por pessoa casada sob o regime da separação obrigatória de bens, à luz do artigo 1647, III, do Código Civil. 2. A exigência de outorga uxória ou marital para os negócios jurídicos de (presumidamente) maior expressão econômica previstos no artigo 1647 do Código Civil (como a prestação de aval ou a alienação de imóveis) decorre da necessidade de garantir a ambos os cônjuges meio de controle da gestão patrimonial, tendo em vista que, em eventual dissolução do vínculo matrimonial, os consortes terão interesse na partilha dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento. 3. Nas hipóteses de casamento sob o regime da separação legal, os consortes, por força da Súmula n. 377/STF, possuem o interesse pelos bens adquiridos onerosamente ao longo do casamento, razão por que é de rigor garantir-lhes o mecanismo de controle de outorga uxória/marital para os negócios jurídicos previstos no artigo 1647 da lei civil” (STJ, REsp 1163074/PB, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 15.12.2009, DJe 04.02.2010).

No mesmo sentido: STJ, REsp 1199790/MG, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJRS), Terceira Turma, julgado em 14/12/2010, DJe 02.02.2011.

26 Trecho do voto proferido pelo Ministro Massai Uyeda, no julgamento do REsp 1163074.

trole da mulher sobre os atos de alienação e afetação patrimonial do marido e vice-versa.

Portanto, sempre que o regime de bens do casamento for o da comunhão universal, comunhão parcial, participação final nos aquestos²⁷ ou da separação obrigatória de bens é imprescindível a outorga conjugal. Dispensa-se a autorização apenas quando se estiver diante do regime da separação voluntária.

A autorização do cônjuge para a concessão de aval, caso seja denegada sem motivo ou quando o cônjuge não puder concedê-la, poderá ser suprida judicialmente (art. 1.648, CC).

Ausente a outorga e caso ela não tenha sido suprida por ato judicial, o aval ficará sujeito à invalidação, que poderá ser pleiteada apenas pelo cônjuge prejudicado ou seus herdeiros (art. 1.645 e 1.650, CC), no prazo decadencial de dois anos a contar do término da sociedade conjugal (art. 1.649, CC).

O Código Civil não determina forma específica para o ato de autorização do consorte. Contudo, nos termos do art. 220 do mesmo diploma, preferencialmente, a anuência deverá ser prestada no próprio título. Contudo, a lei civilista não veda que a outorga seja materializada em instrumento apartado, inclusive porque se admite seja prestada *a posteriori* (art. 1.649, parágrafo único).

Ressalte-se, no entanto, que tal previsão confronta diretamente com o princípio da literalidade, aplicável aos títulos de crédito, que impõe seja levado em conta apenas o que consta da cártula, não valendo qualquer obrigação ou declaração aposta em documento em separado²⁸.

27 Com relação ao regime da participação final nos aquestos, o art. 1.656 do Código Civil autoriza que se convençione a dispensa da necessidade de outorga conjugal.

28 Bruno Vaz de Carvalho defende, no entanto, que “admitida a necessidade de outorga para a validade do aval, sua concessão em documento separado não teria o condão de viciar o aval, já que a outorga não tem natureza cambial, o que afastaria a necessidade de que fosse prestada

A incongruência gerada pelo Código Civil de 2002 entre a disciplina dos títulos de crédito e a obrigatoriedade de autorização do cônjuge para concessão de aval refletiu na jurisprudência dos Pretórios estaduais que, até hoje, vacilam na aplicação literal do inciso III do art. 1.647 do diploma em vigor.

Logo após a publicação do *codex*, durante seu período de *vacatio legis*, por ocasião da I Jornada de Direito Civil, levada a efeito no Superior Tribunal de Justiça em junho de 2002, decidiu-se por interpretar o inciso III do referido dispositivo que trata da outorga do cônjuge no sentido de que “o aval não pode ser anulado por falta de vênua conjugal, de modo que o inc. III do art. 1.647 apenas caracteriza a inoponibilidade do título ao cônjuge que não assentiu”. Note-se que esse enunciado manteve a disciplina anterior, instituída pelo Estatuto da Mulher Casada, preservando-se, a despeito das disposições do Código Civil de 2002, a validade da garantia prestada sem a vênua conjugal do avalista.

Na esteira desse entendimento, encontram-se vários julgados de diversos Tribunais estaduais determinando a validade do aval prestado sem autorização do consorte, que poderá defender sua meação em eventual execução da obrigação cambial assumida por seu marido/mulher:

A melhor exegese do disposto no art. 1647, III, do CC/02 é, segundo o que restou assentado na Jornada STJ 114, que: ‘O aval não pode ser anulado por falta de vênua conjugal, de modo que o inc. III, do art. 1647 apenas caracteriza a inoponibilidade do título ao cônjuge que não assentiu’²⁹.

no próprio título, embora recomendável”. (Aval e outorga no casamento e na união estável, *In*: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coords). *Temas de Direito Civil-Empresarial*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 435).

29 TJMG, Ap. Cível nº 1.0134.07.090325-4/001, Rel. Des. Selma Marques, j. 21.01.09, DJMG 13.02.09. No mesmo sentido: TJMG, Ap. Cível nº 1.0647.07.074944-3/001, Rel. Des. Rogério Medeiros, j. 09.10.08, DJMG 02.12.08.

O desatendimento da autorização do cônjuge para a prestação de fiança ou aval não importa em nulidade, mas apenas em ineficácia em relação à sua meação do patrimônio comum do casal. Inteligência do artigo 1.647, III, CCB³⁰.

A ausência da vênia conjugal não acarreta a invalidade do ato, mas apenas a sua inoponibilidade ao cônjuge que não consentiu. Precedentes. Embargos julgados parcialmente procedentes para declarar válido o aval prestado pelo embargante no contrato de empréstimo bancário, até o limite de sua meação³¹.

Em se tratando de aval na nota promissória é dispensável a outorga uxória para este tipo de garantia cambial, resguardando-se, todavia, a meação do cônjuge, na forma do art. 3º da Lei 4.121/62. 2. Nos termos do Enunciado n.º 114 do CEJ, o aval não pode ser anulado por falta de vênia conjugal, de modo que o inciso III do art. 1.647 do Código Civil apenas caracteriza a inoponibilidade do título ao cônjuge que não assentiu com a garantia prestada³².

O Superior Tribunal de Justiça ainda não teve a oportunidade de debater o tema de uma forma abrangente e satisfatória. Os julgados encontrados nessa Corte acerca da necessidade de outorga conjugal no aval têm por objeto principal o alcance da expressão *exceto no regime da separação absoluta*, encontrado na parte final do *caput* do art. 1.647 do Código Civil, conforme apontado acima.

30 TJMG, Ap. Cível nº 1.0073.05.021706-3/001, Rel. Des. Luiz Carlos Gomes da Mata, j. 25.11.10, DJMG 19.01.11. Em sentido semelhante: TJMG, Ap. Cível nº 1.0707.09.187918-9/001, Rel. Des. Electra Benevides, j. 22.06.10, DJMG 12.07.10.

31 TJSP, Ap. Cível nº 0003693-23.2009.8.26.0213, Rel. Des. Castro Figliolia, j. 23.03.11. No mesmo sentido: TJSP, Ap. Cível nº 0145423-07.2008.8.26.0100, Rel. Des. Heraldo de Oliveira, j. 27.04.11.

32 TJRS, Ap. Cível nº 70021954078, Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, j. 21.05.2008. No mesmo sentido: TJRS, Ap. Cível nº 70020314753, Rel. Des. José Aquino Flores de Camargo, j. 29.08.2007.

Contudo, incidentalmente, foi enfrentada a validade da garantia prestada sem autorização do cônjuge, concluindo-se pela sua nulidade quando não observada a exigência do inciso III do referido dispositivo legal. É o que se depreende do seguinte julgado:

RECURSO ESPECIAL — AÇÃO ANULATÓRIA DE AVAL — OUTORGA CONJUGAL PARA CÔNJUGES CASADOS SOB O REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS — NECESSIDADE — RECURSO PROVIDO.

1. É necessária a vênia conjugal para a prestação de aval por pessoa casada sob o regime da separação obrigatória de bens, à luz do artigo 1647, III, do Código Civil.

2. A exigência de outorga uxória ou marital para os negócios jurídicos de (presumidamente) maior expressão econômica previstos no artigo 1647 do Código Civil (como a prestação de aval ou a alienação de imóveis) decorre da necessidade de garantir a ambos os cônjuges meio de controle da gestão patrimonial, tendo em vista que, em eventual dissolução do vínculo matrimonial, os consortes terão interesse na partilha dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento.

3. Nas hipóteses de casamento sob o regime da separação legal, os consortes, por força da Súmula n. 377/STF, possuem o interesse pelos bens adquiridos onerosamente ao longo do casamento, razão por que é de rigor garantir-lhes o mecanismo de controle de outorga uxória/marital para os negócios jurídicos previstos no artigo 1647 da lei civil.

4. Recurso especial provido³³.

33 STJ, REsp 1163074/PB, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 15.12.2009, DJe 04.02.2010.

No ano passado, foi ratificada, superficialmente, em sede de agravo regimental, a posição de que o aval prestado sem anuência do consorte seria nulo. Porém, a fundamentação mencionou precedente que trata da hipótese de doação de bens sem outorga uxória; ou seja, a controvérsia, todavia, não foi apreciada sob a ótica do direito cambial:

Necessária a vênia conjugal para a prestação de aval por pessoa casada, por força do artigo 1647, III, do Código Civil. Precedentes específicos desta Corte³⁴.

(...)

De fato, a decisão recorrida está em consonância com o entendimento firmado na jurisprudência desta Corte, para o qual é necessária a outorga uxória nos casos de aval.

Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. DOAÇÃO DE BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO EM REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA. OUTORGA UXÓRIA. NECESSIDADE. FINALIDADE. RESGUARDO DO DIREITO À POSSÍVEL MEAÇÃO. FORMAÇÃO DO PATRIMÔNIO COMUM. CONTRIBUIÇÃO INDIRETA. SÚMULA N. 7 DO STJ. RECURSO IMPROVIDO.

1. Negativa de prestação jurisdicional. Inexistência.
2. Controvérsia sobre a aplicação da Súmula n. 377 do STF.
3. Casamento regido pela separação obrigatória. Aquisição de bens

34 STJ, AgRg no REsp 1109667/PB, Rel. Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 07.06.2011, DJe 10.06.2011.

durante a constância do casamento. Esforço comum. Contribuição indireta. Súmula n. 7 do STJ.

4. Necessidade do consentimento do cônjuge. Finalidade. Resguardo da possível meação. Plausibilidade da tese jurídica invocada pela Corte originária.

5. Interpretação do art. 1.647 do Código Civil.

6. Precedente da Terceira Turma deste Sodalício: “A exigência de outorga uxória ou marital para os negócios jurídicos de (presumidamente) maior expressão econômica previstos no artigo 1647 do Código Civil (como a prestação de aval ou a alienação de imóveis) decorre da necessidade de garantir a ambos os cônjuges meio de controle da gestão patrimonial, tendo em vista que, em eventual dissolução do vínculo matrimonial, os consortes terão interesse na partilha dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento. Nas hipóteses de casamento sob o regime da separação legal, os consortes, por força da Súmula n. 377/STF, possuem o interesse pelos bens adquiridos onerosamente ao longo do casamento, razão por que é de rigor garantir-lhes o mecanismo de controle de outorga uxória/marital para os negócios jurídicos previstos no artigo 1647 da lei civil.” (REsp n. 1.163.074, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe 4-2-2010).

6. Recurso especial improvido. (REsp 1199790/MG, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 02/02/2011)

Dessa forma, está o *decisum* recorrido em harmonia com a jurisprudência desta Corte.

Os acórdãos acima colacionados dão indícios de que o Superior Tribunal de Justiça, quando tiver a oportunidade de apreciar o tema em caráter principal e considerando a garantia cambiária, tenderá a privilegiar o sentido literal do art. 1.647, inciso III, do Código Civil, determinando a nulidade do aval prestado sem a vênua do cônjuge. Ademais, o diploma civilista acabou igualando fiança e aval pe-

rante o direito de família, no que se refere à relação entre essas garantias e a proteção ao patrimônio familiar. Desse modo, tendo o STJ pacificado o entendimento de que a fiança concedida sem autorização do consorte é nula³⁵, há grande probabilidade de que transporte esse raciocínio para o aval, inobstante as diferenças expressivas entre os dois tipos de garantia pessoal já apontadas acima.

O posicionamento expresso nos julgados supra colacionados, em confronto com a norma analisada neste estudo, evidencia que o *codex* de 2002 ressuscitou a discussão anteriormente sepultada com a edição da Lei 4.121/1962: o aval prestado sem outorga conjugal é inválido ou apenas parcialmente ineficaz, facultando-se ao cônjuge que não deu seu consentimento a defesa de seu patrimônio/meação? Além disso, caso se esteja no campo da invalidade, seria caso de nulidade ou anulabilidade? A despeito do que prevê o art. 1.649 do Código Civil, a solução não se afigura assim tão simples.

3.1. Ineficácia, nulidade ou anulabilidade?

De fato, a previsão do art. 1.647, inciso III, do Código Civil é extremamente criticável, em síntese, por contrariar a função primordial dos títulos de crédito – dinamicidade e rapidez de sua circulação – bem como as características eminentemente cambiárias do aval. Assim, buscando harmonizar os interesses de família com os princípios e a finalidade dos títulos de crédito, há quem defenda que o aval prestado sem a autorização do cônjuge deve ser sancionado com a pena de ineficácia parcial e não invalidade³⁶. Desse modo, a garantia

35 Nesse sentido: “É pacífico neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a falta da outorga uxória invalida a fiança por inteiro”. (STJ, REsp 832.669/SP, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 17.05.2007, DJ 04.06.2007, p. 437). Tal entendimento restou inclusive sumulado pelo STJ. Súmula 332/STJ: “A fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia”.

36 Silvia Ferreira Persechini defende, em dissertação de mestrado apresentada na Faculdade Milton Campos, que a disposição do inciso III do art. 1647 do CC conflita com os princípios

ficaria incólume e o marido/mulher que não tiver dado sua aquiescência para a realização do negócio pode defender sua meação, a fim de que sua parcela do patrimônio familiar não responda pela dívida.

No entanto, o art. 1.649 do Código Civil não deixa dúvidas: a sanção cominada na lei para a garantia prestada sem autorização do cônjuge é a invalidade e não a ineficácia parcial³⁷.

Com efeito, a validade de determinado negócio jurídico ad-

que regem os títulos de crédito, de modo que se deve interpretá-la no sentido de que “a falta do consentimento do cônjuge para se dar aval está relacionada ao plano da eficácia, e não ao da validade. Portanto, na ausência da outorga conjugal, o aval dado em títulos de crédito regulados pela lei cambial, ainda que subsidiariamente, não será considerado inválido, mas, sim, parcialmente ineficaz porque a meação do cônjuge que não assentiu com a garantia cambial não poderá ser atingida”. O argumento apresentado na dissertação, contudo, é frágil, no sentido de que “(...) a exigência da outorga para se dar aval contraria o conteúdo normativo do princípio da autonomia das obrigações, positivado pela Lei Uniforme de Genebra e pela Lei do Cheque”. (*Outorga conjugal no aval: uma análise no plano da eficácia do fato jurídico*. Dissertação apresentada no curso de pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2010. Disponível em: “<http://www.mcampos.br/posgraduacao/mestrado/dissertacoes/2010/silviaferreirapersechinioutorgaconjugalnoavai.pdf>”. Acesso em 06/08/2011, p. 169 e 183).

Mesmo dentre os autores de direito de família, há quem sustente a subsistência do art. 3º do Estatuto da Mulher Casada, a exemplo de Maria Berenice Dias: “Em sede de responsabilidade patrimonial dos cônjuges, mister atentar que ao menos um artigo do Estatuto da Mulher Casada não se encontra revogado (EMC 3º). (...) Essa norma permanece no sistema jurídico, nunca foi derogada, pois jamais outra lei dispôs sobre o tema. Inclusive sua vigência é referendada na lei civil, ao afirmar, ainda que de forma pouco clara, no mesmo sentido (CC 1663, § 1º): as dívidas contraídas no exercício da administração obrigam os bens comuns e particulares do cônjuge que os administra, e os do outro na razão do proveito que houver auferido”. (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 229). No mesmo sentido: GUIMARÃES, Marilene Silveira. Família e Empresa – questões controvertidas, *In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Afeto, ética, família e o novo Código Civil Brasileiro: Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

37 Para Bruno Vaz de Carvalho, o ato não é considerado ineficaz, mas anulável porquanto a finalidade da norma é de proteção ao patrimônio do casal e não apenas do cônjuge “eventualmente implicado no negócio jurídico”. Apenas nesse último caso poderia se tratar de ineficácia relativa para que o aval dado sem a outorga pudesse obrigar o patrimônio pessoal e a meação do avalista (Aval e outorga no casamento e na união estável, *In: ALVES, Alexandre Ferreira de Assunção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coords.). Temas de Direito Civil-Empresarial*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 439).

vém de sua formação conforme os requisitos previstos na lei, enquanto a eficácia se relaciona a sua aptidão para produzir efeitos. Segundo Caio Mário da Silva Pereira:

Inválida, *lato sensu*, quando é contrariada a norma, isto é, quando foram deixados sem observância os requisitos indispensáveis à sua produção de efeitos, seja por ter o agente afrontado a lei, seja por não reunir as condições legais de uma emissão útil de vontade. (...) Ineficácia, *stricto sensu*, é a recusa de efeitos quando, observados embora os requisitos legais, intercorre obstáculo extrínseco, que impede se complete o ciclo de perfeição do ato³⁸.

A outorga conjugal no aval está ligada à legitimidade do avalista para prestar a garantia. Afasta-se eventual relação desse requisito com a capacidade do agente, a despeito de eventuais menções encontradas na doutrina, pois “não se trata de *captis diminutio* fundada no casamento”³⁹. O indivíduo não sofre uma redução de sua capacidade por contrair matrimônio, passando a necessitar de assistência de seu consorte para a prática de alguns atos comerciais ou de afetação patrimonial. Por outro lado, há apenas exigência de consentimento para a realização de alguns negócios específicos e não para todo e qualquer ato da vida civil. Com efeito, a legitimidade distingue-se da capacidade porque esta é genérica, referindo-se aos atos da vida civil em geral. Aquela, por sua vez, é específica para a prática de determinados negócios jurídicos. Segundo Humberto Theodoro Júnior:

A legitimidade relaciona-se com exigências de lei que devem ser cumpridas ou observadas para que a pessoa possa validamente praticar um certo negócio jurídico. Quando o agente, mesmo sendo dotado de capacidade de exercício, não atende a tais requisitos, será

38 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. I, 21ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 630-632.

39 CARVALHO, Bruno Vaz de. Aval e outorga no casamento e na união estável, *In*: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coords.). *Temas de Direito Civil-Empresarial*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 440.

havido como não legitimado à prática do aludido negócio. É o que se passa com os contratos cuja prática a lei condiciona à autorização ou anuência de outra pessoa, sem a qual ter-se-á a invalidade do negócio⁴⁰.

A legitimidade, portanto, é requisito legal para a celebração de determinado negócio cuja validade esteja atrelada à existência de autorização de *outrem*, como, por exemplo, o filho relativamente incapaz depende de anuência dos pais para contrair matrimônio (art. 1.517 do CC); a venda de ascendente a descendente, que impescinde da concordância dos demais descendentes (art. 496 do CC), ou então a vedação a que um dos cônjuges, sem autorização do outro, salvo no regime da separação voluntária de bens, aliene, grave de ônus real os bens imóveis, faça doação de bens comuns ou preste fiança ou aval (art. 1.647 do CC)⁴¹.

Ainda a respeito da legitimidade, Antônio Junqueira de Azevedo destaca que há duas espécies, sendo que uma delas está ligada ao plano da validade dos negócios jurídicos, ao passo que a outra se refere ao plano da eficácia. A primeira é definida pelo autor como “a qualidade do agente consistente na aptidão, obtida por *consentimento de outrem*, para realizar validamente um negócio jurídico”; ao passo que, na “*legitimidade – fator de eficácia*”, a aptidão do agente decorre do fato de ele ser *titular de um poder*, concedido por força de um mandato, por exemplo⁴². A “*legitimidade – requisito de validade*” é ilustrada pelo civilista com a hipótese da venda de ascendente a descendente, já mencionada no parágrafo anterior.

40 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, vol. III, t. II, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 538.

41 Exemplos de legitimidade dados por Humberto Theodoro Júnior. *Comentários ao novo Código Civil*, vol. III, t. II, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 539.

42 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4ª ed., 7ª tir., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 58-59.

Note-se, portanto, que o aval dado pelo homem casado sem outorga do cônjuge situa-se no campo da invalidade e não da ineficácia, pois se está diante de um negócio dependente de anuência para sua realização em conformidade com os requisitos legais. A principal distinção entre a *legitimidade – requisito de validade* e *legitimidade – fator de eficácia* é que, no primeiro caso, por força de uma relação jurídica anterior, o agente imprescinde da anuência de um terceiro para realização do negócio; enquanto nesta última ele realiza o ato escorado no poder que lhe foi outorgado por *outrem* com quem mantém uma relação jurídica. Diz-se que a legitimação ora se apresenta sob um aspecto negativo ora sob um aspecto positivo. “Quando se trata de *legitimidade – requisito de validade*, é a *existência* de uma relação jurídica que impede a realização (válida) do negócio, e, quando se trata de *legitimidade – fator de eficácia*, é a *inexistência* de uma relação jurídica que impede a realização (eficaz) do negócio”⁴³.

Nesse contexto, como em razão das núpcias, o avalista deve ter anuência de seu cônjuge para prestar a garantia cambiária, está-se diante de um requisito de validade do negócio. Caso se tratasse de eficácia, a lei exigiria, por exemplo, que o garantidor fosse mandatário de seu consorte para obrigá-lo também pelo pagamento do título. Contudo, como se verá mais adiante, a autorização do cônjuge não faz dele coavalista da cártula. Trata-se de mero requisito para validade do aval.

Ressalte-se que não se está aqui a defender a disposição do inciso III do art. 1.647 do Código Civil. De fato, melhor seria que fosse extirpada do diploma civilista a exigência de outorga do cônjuge para o oferecimento de aval. Entretanto, não se pode elidir a disposição legal e tampouco interpretá-la aleatoriamente, sem considerar o regramento da teoria das nulidades dos negócios jurídicos. Se a norma existe, é válida e está em vigor, resta ao operador do direito submeter-se a ela até que se positive regime diverso.

43 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4ª ed., 7ª tir., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 59

Afastada a inserção do ato no plano da eficácia, passa-se a discutir se a garantia prestada sem autorização do cônjuge tornaria o ato nulo ou anulável.

O artigo 1.649, *caput*, do Código Civil estabelece que a falta de autorização, quando não suprida, tornará o ato anulável. Há ainda outras normas no mesmo capítulo que, se confrontadas com a teoria das nulidades dos negócios jurídicos, corroboram a classificação feita pela referida disposição legal e a opinião de grande parte da doutrina⁴⁴. Isso porque apenas o cônjuge que não interveio ou seus sucessores são legitimados para reclamar o vício, de modo que a sanção é prevista exclusivamente no interesse privado de proteção à família e de controle recíproco dos cônjuges sobre o patrimônio comum. Ademais, o ato admite convalidação, nos termos do parágrafo único do art. 1.649 do Código Civil. Eventual ratificação retroagirá seus efeitos à data da concessão da garantia. Todas essas previsões impedem a regulação da ausência de outorga como causa de nulidade absoluta do ato.

Consequentemente, os efeitos da decisão que reconhece o vício e invalida o ato são *ex nunc* e não *ex tunc*. Sabe-se que, pela teoria das nulidades, os atos nulos são fulminados no momento de seu nascimento, de modo que não produzem efeitos, em regra⁴⁵. Por outro lado, os atos meramente anuláveis, por não decorrerem de defeitos tão graves, produzem suas consequências e, desse modo, têm eficácia plena. Logo, o decreto judicial de nulidade produz efeitos *ex tunc* e a sentença que invalida ato anulável gera efeitos *ex nunc*, respeitando as consequências geradas anteriormente⁴⁶.

44 Nesse sentido: ASSUMPÇÃO, Márcio Calil de. O aval e a Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, nº 35, jan-mar/2007, p. 53-54; e RESTIFFE, Paulo Sérgio. Garantias tradicionais no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, nº 821, mar/2004, p. 738.

45 Como exceção, mencione-se o casamento putativo que, a despeito de nulo, produz efeitos. Nesse sentido: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4ª ed., 7ª tir., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 50.

Com relação ao aval em que falta autorização do cônjuge, como o ato é anulável, o avalista é responsável pelo pagamento da dívida até o momento da decretação de invalidade do ato e, eventual pagamento realizado anteriormente à sua anulação será reputado válido.

3.2. O direito do terceiro prejudicado com a invalidação do aval dado sem outorga do cônjuge.

O Código resguarda os interesses do terceiro prejudicado com a sentença que retira a validade da garantia, conferindo-lhe direito de regresso em face do cônjuge que prestou o aval sem outorga ou de seus herdeiros (art. 1.646, CC). Dispositivo semelhante podia ser encontrado no *codex* de 1916, que também previa direito regressivo em face do marido caso a mulher obtivesse êxito em anular a fiança concedida sem o seu consentimento (art. 250, CC/1916).

Tal norma visa a evitar que o avalista possa se beneficiar com a invalidação do ato e, com isso, seja levado a, agindo de má-fé, omitir ou falsear seu estado civil no momento de apor sua assinatura ao título para depois pleitear sua anulação e esquivar-se do cumprimento da obrigação.

Note-se que o *codex* não distingue, para efeitos de direito regressivo, o terceiro de boa-fé do terceiro de má-fé. Nesta última hipótese, poder-se-ia pensar que quem concorreu para a prática do ato ilícito deveria também sofrer as consequências e, desse modo, não poderia se voltar contra o avalista em caso de anulação do ato. Mas, caso esse entendimento prevalecesse, o avalista, principal responsável pelo ato contrário à lei, acabaria beneficiado, o que não se admite⁴⁷.

46 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. I, 21ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 642-646.

Entretanto, o Código não explicita como se dará esse direito de regresso. Não se sabe, a partir da lei, qual patrimônio ficará sujeito à execução caso o terceiro prejudicado decida acionar o avalista pela invalidação da garantia.

Clóvis Beviláqua, ao comentar o Código revogado, destaca que, para solução desse problema, deve-se perquirir se o terceiro estava ou não de boa-fé (única hipótese em que interessa o estado subjetivo do terceiro). Respondendo-se afirmativamente à indagação e caso o casal tenha auferido proveito com o ato, todo o patrimônio comum responde pela invalidação da garantia. Por outro lado, ausente o benefício à família e provada a má-fé do credor, apenas os bens particulares e a meação do avalista podem ser arrestados para a quitação do aval⁴⁸.

Assim, para o comprometimento de todo o patrimônio familiar, devem-se comprovar dois requisitos: a) a boa-fé do terceiro, autor da ação regressiva; e b) o benefício auferido pela família com o oferecimento da garantia. Caso contrário, a meação do cônjuge que não deu sua autorização estará resguardada, bem como seu patrimônio particular.

4. Outorga conjugal e aval simultâneo

A exigência de outorga do cônjuge para a prestação de aval tem ensejado, outrossim, discussão quanto à validade e à eficácia do ato de autorização diante das disposições presentes da Lei Uniforme

47 ESPÍNOLA, Eduardo. *Anotações ao Código Civil Brasileiro*, vol. III, t. II, São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1930, p. 300.

48 BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, vol. II, 3ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1928, p. 148. No mesmo sentido: CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. IV, 7ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961, p. 481.

de Genebra (LUG) e do princípio da literalidade aplicável aos títulos de crédito.

É cediço que as declarações cambiais devem ser lançadas no título, sob pena de se tornarem inexistentes para fins cambiais⁴⁹. O princípio da literalidade determina que apenas o que estiver inserido no título pode ser levado em consideração, não valendo qualquer obrigação expressa em documento dele separado. “É pela literalidade que se determina a existência, o conteúdo, a extensão e a modalidade do direito constante do título”⁵⁰.

Logo, eventual autorização do marido ou da mulher para o aval também deverá constar da cártula. Segundo Raquel Sztajn e Haroldo Verçosa:

Isso porque a disciplina e a segurança do direito, no que tange aos títulos de crédito, prendem-se ao formalismo do documento e, se a certeza na circulação do crédito depende da observância de regras claras, é evidente que, ou a outorga conjugal estará presente no título ou de nada servirá por se tratar de declaração extra-cartular que não circula com o documento⁵¹.

No entanto, de acordo com a legislação cambial, seria possível a figura da autorização ou, fatalmente, para atendimento da exigência do inciso III do art. 1.647 do Código Civil, o cônjuge do garantidor teria que igualmente avalizar o título para evitar a nulidade do ato? Em outras palavras, a necessidade de outorga conjugal acabaria por impor um aval simultâneo do casal?

De fato, a autorização não existe dentre as declarações cambiais previstas no Decreto 57.633/1966 e, desse modo, há quem de-

49 COSTA, Willie Duarte. *Títulos de crédito*, 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 133.

50 COSTA, Willie Duarte. *Títulos de crédito*, 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 69.

51 SZTAJN, Raquel; VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. A disciplina do aval do novo Código Civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 128, p. 39.

fenda que sua estipulação pode levar à nulidade da outorga ou será a mesma considerada não escrita; ou ainda, caso se considere válida a autorização, o cônjuge signatário seria considerado coavalista com seu consorte⁵².

Sem embargo das críticas que podem ser feitas à exigência instituída pelo Código Civil de 2002, não há nenhuma vedação expressa no Decreto 57.633/1966 à possibilidade de inserção de outorga conjugal no título. Além disso, o Código Civil não criou nenhuma declaração cambial nova, mas apenas um requisito até então inexistente para o oferecimento de aval, ligado à legitimidade do garantidor.

A outorga conjugal, inclusive, sempre se situou na esfera do direito comum⁵³. Tanto que, desde o advento do Código Civil de 1916, discutia-se a possibilidade de se interpretar extensivamente o artigo que previa a obrigatoriedade da autorização para a fiança, aplicando-o também para o aval.

Nesse contexto, embora criticável, a declaração aposta no títu-

52 Essa é a argumentação desenvolvida por Raquel Sztajn e Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa nos seguintes termos: “Acontece que a legislação de títulos de crédito limita taxativamente a expressão da literalidade, prevendo, consequentemente, somente alguns tipos específicos de posições cambiais, por meio das devidas assinaturas: sacador ou emitente, sacado/aceitante, endossante e avalista. Não existe a figura do ‘autorizador’. Disso decorrem dois efeitos jurídicos possíveis. Em primeiro lugar, de acordo com a Lei Uniforme em matéria de Letra de Câmbio (Decreto 57.633/1966), os elementos constantes de sua literalidade específica constam do art. 1º. Estipulações não autorizadas pela Lei Uniforme recebem dois destinos: ou são consideradas não escritas ou são nulas. Aplicando-se tais regras para o aval, a ‘autorização’ do cônjuge será considerada não escrita ou nula, levando indiferentemente à sua falta de efeito cartular. (...) Em segundo lugar, ainda que se venha a aceitar como regularmente presente no título e para os seus devidos efeitos a chamada *autorização do cônjuge* (outorga) deverá ser considerada necessariamente como aval, por exclusão, isto é, por haver no título uma assinatura que não é saque, aceite ou endosso. Isto quer dizer que, assinando o documento, o signatário será co-avalista com o outro cônjuge”. (A disciplina do aval do novo Código Civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 128, p. 38-39).

53 Nesse sentido: GALIZZI, Gustavo Oliva; FÉRES, Marcelo Andrade. Aval entre a legislação cambiária e o Código Civil de 2002. *Repertório de Jurisprudência IOB*, vol. III, nº 11/2004, p. 336.

lo com o intuito de autorizar o aval é válida e eficaz. Posta essa premissa, cumpre perquirir se a assinatura do cônjuge acaba por criar um novo aval ou se resume à autorização mencionada na lei como requisito de validade do ato de garantia.

Isso porque, embora o art. 1.647 do *codex* tenha a finalidade de proteção do patrimônio familiar e controle recíproco dos cônjuges sobre os atos realizados pelo outro que possam comprometer os bens comuns, em última análise, ele acabou por agravar a situação do casal em face da prática adotada, principalmente pelas instituições financeiras, de, aproveitando a equiparação entre aval e fiança da pessoa casada, exigir que ambos os consortes figurem como avalistas no título de crédito⁵⁴.

Assim, o cônjuge que, de acordo com o legislador, deveria apenas autorizar o aval, acaba respondendo da mesma maneira que o avalizado. Lembre-se que a posição do avalista é mais grave que a do fiador, pois eventual nulidade da obrigação do avalizado não é capaz de fulminar a que foi assumida pelo avalista. Da mesma forma, este não pode se opor ao pagamento valendo-se de exceções pessoais do avalizado. Nessa senda, curiosamente, “a exigência do aval é contraditória com o objetivo da autorização do cônjuge ao prestá-la. A autorização protege o interesse familiar; e o aval pode comprometê-lo ou sacrificá-lo”⁵⁵.

Para além dessa prática condenável difundida pelas instituições financeiras, contudo, a assinatura do cônjuge de outorga conjugal não se trata de outro aval, mas, tão-somente, de uma autorização, exigida por força de lei. Basta, para resguardar terceiros de boa-fé, que a assinatura “se ache precedida de palavra ou palavras que expri-

54 Nesse sentido: FARIA, Werter R. O aval, o Código Civil e os bancos. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 134, abr/jun 2004, p. 60.

55 FARIA, Werter R. O aval, o Código Civil e os bancos. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 134, abr/jun 2004, p. 63.

mam, justamente, a negação de qualquer vínculo ou responsabilidade cambial”⁵⁶. De acordo com Márcio Calil de Assumpção:

(...) considerando a intenção do cônjuge de apenas *autorizar* o aval e não de prestá-lo, considerando ainda o disposto no art. 112 do NCC, conclui-se que a autorização lançada no próprio título, desde que sob a rubrica de ‘autorização’, não implicará em aval de ambos os cônjuges, mas apenas do aval de um devidamente autorizado pelo outro⁵⁷.

Constata-se, portanto, que é abusiva a exigência, feita com es-
peque no inciso III do art. 1.647 do Código Civil, de que ambos os
cônjuges avalizem o título para higidez da garantia. A lei determina
apenas que, conforme o regime de bens, o marido ou a mulher do
avalista lancem sua autorização na cártula e tal assinatura não implica
em aval simultâneo, mas em mera outorga conjugal.

5. Reflexo da autorização sobre o patrimônio do casal

Outra questão surgida com a obrigatoriedade de outorga para
oferecimento de aval quando o garantidor for casado refere-se aos
reflexos dessa autorização sobre os bens familiares. Ou seja: o cônju-
ge que apenas autorizou o outro a prestar aval também responde
pela dívida ou eventual execução pode recair apenas sobre os bens
pessoais e a meação do avalista?

56 GALIZZI, Gustavo Oliva; FÉRES, Marcelo Andrade. Aval entre a legislação cambiária e o Código Civil de 2002. *Repertório de Jurisprudência IOB*, vol. III, nº 11/2004, p. 336.

57 ASSUMPÇÃO, Márcio Calil de. O aval e a Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, nº 35, jan-mar/2007, p. 56. No mesmo sentido, preleciona Marilene Silveira Guimarães: “O cônjuge que autoriza o outro a prestar aval ou fiança não se torna fiador ou avalista e, por consequência, não é solidariamente responsável pela dívida” (Família e Empresa – questões controvertidas, *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Afeto, ética, família e o novo Código Civil Brasileiro*: Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 462).

Na mesma linha do entendimento manifestado no tópico anterior, se a outorga uxória ou marital não se confunde com aval simultâneo, é ululante que o cônjuge não se torna, a princípio, responsável pelo adimplemento do valor inserido no título, “pois apenas expressa sua autorização para que o aval de seu consorte seja plenamente válido e eficaz, podendo, portanto, proteger sua parcela do patrimônio comum”⁵⁸.

Além disso, conforme já explicitado acima, a finalidade da norma insculpida no inciso III do art. 1.647 do Código Civil é de controle recíproco dos cônjuges sobre o patrimônio familiar. Desse modo, para exercer tal verificação dos atos que podem comprometer os bens do casal, basta a outorga conjugal para a concessão da garantia. Seria inclusive um contrassenso com a ideia de proteção à família obrigar todo o patrimônio por meio de um simples ato de autorização. Apenas um aval simultâneo do casal poderia comprometer a integralidade dos bens comuns em eventual execução.

No entanto, para evitar que sua meação seja comprometida, o cônjuge deve comprovar que não obteve proveito com a assunção da dívida. O ônus da prova recai sobre o cônjuge, segundo assentou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça para os casos de fiança e outros débitos contraídos na constância do matrimônio:

‘A mulher casada responde com sua meação, pela dívida contraída exclusivamente pelo marido, desde que em benefício da família. — Compete ao cônjuge do executado, para excluir da penhora a meação, provar que a dívida não foi contraída em benefício da família’ (AgR-AgR-AG n. 594.642/MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 08.05.2006)”⁵⁹.

58 GALIZZI, Gustavo Oliva; FÉRES, Marcelo Andrade. Aval entre a legislação cambiária e o Código Civil de 2002. *Repertório de Jurisprudência IOB*, vol. III, nº 11/2004, p. 335.

59 STJ, AgRg no Ag 1322189/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 17.11.2011, DJe 24.11.2011.

É do cônjuge meeiro o ônus da prova de que a dívida contraída pelo(a) esposo(a) não beneficiou a família. Precedentes⁶⁰.

Logo, em regra, apenas o patrimônio pessoal do avalista e o comum, até o limite da meação, respondem por eventual execução da garantia. Todos os bens do casal podem vir a sofrer com o pagamento da dívida desde que tenha havido proveito da família com a assunção do débito.

6. Conclusão

Sempre existiu uma tensão entre o direito de família e o direito comercial. Enquanto o primeiro visa à proteção da entidade familiar, por meio da valorização do princípio da dignidade da pessoa humana e do afeto nas relações, o segundo, marcado pelo individualismo, preocupa-se com a simplificação dos atos negociais visando à facilitação e ao incremento do comércio. Além disso, o direito de família é caracterizado pela solenidade de seus atos, envolve direitos imprescritíveis e irrenunciáveis e possui diversos institutos voltados à proteção do patrimônio familiar, como o bem de família e a outorga conjugal; em sentido diametralmente oposto ao que vigora no direito empresarial.

Em face dessas diferenças principiológicas e teleológicas, nas situações de sobreposição entre os dois ramos do Direito, é comum deparar-se com dificuldades conciliatórias e interpretativas.

No tema da obrigatoriedade ou não de autorização de um dos cônjuges para a validade do aval concedido pelo outro, a tensão se instaura entre a necessidade de proteção ao patrimônio familiar, de um lado, e os princípios que regem o direito cambial, do outro, os

60 STJ, AgRg no REsp 866.738/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 09.08.2007, DJ 17.09.2007, p. 264

quais visam a facilitar sua circulação e larga utilização no comércio. Nesse conflito, o que deve prevalecer?

O Código Civil de 2002 fez opção pelo direito de família ao impor, no inciso III, do art. 1.647, ser anulável o aval concedido sem outorga do cônjuge quando o regime de bens for o da comunhão universal, comunhão parcial, participação nos aquestos e separação obrigatória de bens⁶¹. A escolha do legislador, contudo, não foi a mais acertada.

Sabe-se da importância dos títulos de crédito para o comércio. Sua disciplina foi construída ao longo dos séculos justamente para facilitar sua utilização nesse campo, com a principal vantagem de fácil circulação e grande segurança quanto ao direito inserido na cartúla. A exigência de autorização do consorte para o oferecimento de aval, contudo, compromete a dinamicidade e a certeza inerentes aos títulos de crédito.

Por outro lado, o regime anterior, instituído pelo art. 3º da Lei 4.121/1962, conferia certa proteção ao patrimônio familiar, resguardando a meação do cônjuge de eventual execução em face do avalista, ao passo que preservava a disciplina cartular tal como positivada no Decreto 57.633/1966 (Lei Uniforme de Genebra).

Por esse motivo, a inovação trazida pelo Código Civil de 2002 tem sido tão criticada pela doutrina e encontrado resistência por parte da jurisprudência.

No entanto, não se pode afastar o teor dos novos dispositivos. O aval dado sem outorga do cônjuge estará sujeito à invalidação, exceto se o regime de bens for o da separação voluntária. Não se trata de ineficácia parcial da garantia, como defendem alguns autores e julgados.

61 Nesse último caso, conforme entendimento assentado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.163.074.

Ainda quanto à nova disciplina do aval, a outorga do cônjuge não significa aval simultâneo e, por conseguinte, seu patrimônio pessoal e sua meação, em regra, não responderão por eventual execução da garantia aposta no título.

A FALÊNCIA DECRETADA NO EXTERIOR COMO FATO NO BRASIL

[TÍTULO EM LÍNGUA ESTRANGEIRA]

*Daniel Gruenbaum*¹

Resumo: O presente artigo cuida dos efeitos de fato ou eficácia material da sentença estrangeira de falência. Conclui-se que, como ato jurisdicional, a eficácia da sentença estrangeira de falência depende de prévia homologação pelo Superior Tribunal de Justiça. Como fato jurídico, contudo, sua eficácia (eficácia material ou eficácia como fato) só depende do que dispuser a norma material aplicável pelo juiz brasileiro ao caso.

Sommaire: Cet article est consacré aux effets de fait où efficacité matérielle dun jugement étranger de faillite. On conclut qu'entant qu'acte juridictionnel, lefficacité du jugement étranger de faillite dépend de ce que lexequatur soit accordé par le Superior Tribunal de Justiça. En tant que fait juridique, cependant, son efficacité (effet de fait ou efficacité matérielle) ne dépende que de la règle de droit applicable en l'espèce par le juge.

¹ Agradeço à Professora Carmen Tiburcio e à doutora Marcela Harumi pelas discussões e comentários a versões anteriores do texto. O artigo é dedicado à memória e admirável tirocínio empresarial de Samuel Podval.

Palavras-Chave: Falência. Direito Internacional Privado. Homologação de sentença estrangeira. Efeito de fato. Eficácia material.

Mots-Clet: Faillite. Droit international privé. Reconnaissance des jugements étrangers. Effet de fait. Efficacité matérielle.

SUMÁRIO: Introdução. I. Falência estrangeira como ato jurisdicional. I.1. Reconhecimento automático. I.2. Reconhecimento por homologação. II. Falência estrangeira como fato jurídico. II.1. Fundamentos. II.2. Lei aplicável. II.3. Efeitos de fato e homologação da sentença estrangeira. II.4. Exemplos no Direito brasileiro. III. Conclusão.

Introdução

Em que medida falência decretada no exterior produz no Brasil certas consequências jurídicas mesmo antes e independentemente de homologação da sentença estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça? Dessa questão se ocupa o presente artigo. Para ilustrar do que se tratará, pode-se desde já questionar se, antes e independentemente de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, a falência do devedor decretada no exterior acarretaria, por exemplo, o vencimento antecipado de obrigação (art. 333, I do Código Civil (CC), art. 77 da Lei n.º 11.101/05), impediria que seu fiador gozasse do benefício de ordem (art. 828, III CC) ou autorizaria o vendedor a sobrestar a entrega da coisa (art. 495 CC) ou o afiançado a exigir a substituição do fiador (art. 826 CC). Ou ainda – sempre antes e independentemente de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça –, se a falência do sócio decretada no exterior acarretaria sua exclusão de pleno direito de sociedade simples (art. 1.030, parágrafo único CC).

A resposta para essas perguntas depende de uma distinção fundamental entre dois perfis de uma sentença estrangeira de falência: como ato jurisdicional estrangeiro (I) e como simples fato jurídico (II).

I. Falência estrangeira como ato jurisdicional

Em razão da relativa independência e autonomia dos sistemas jurídicos, para que os efeitos próprios a um ato jurisdicional sejam sentidos em um sistema jurídico diverso daquele onde proferido, é preciso que tal ato seja aceito por esse outro sistema jurídico. Essa aceitação tradicionalmente recebe o nome de reconhecimento e, conforme o país, pode ocorrer segundo variados modelos.² Dois são os mais frequentes: o reconhecimento automático (*ope legis*) (I.1) e o reconhecimento por homologação (*ope judicis*) (I.2).

I.1. Reconhecimento automático (*ope legis*)

De acordo com o primeiro modelo, o reconhecimento no foro nacional de falência decretada no exterior ocorre automaticamente – isto é, independentemente de prévia decisão judicial (ou de algum outro órgão) – desde que satisfeitos os pressupostos previstos pelo direito do foro. Fala-se, então, em reconhecimento automático, de plano ou *ope legis*.³

Esse modelo é adotado em alguns sistemas, como no direito da União Europeia (direito comum europeu), segundo o qual uma falência decretada em um Estado-membro é reconhecida em todos os

2 Note-se desde já que esses modelos não implicam, por si só, quais serão os pressupostos para o reconhecimento, tampouco qual a extensão e a lei aplicável aos efeitos da falência – matéria sujeita a grande variação mesmo entre os sistemas que seguem um mesmo modelo – alguns aplicando, como regra, o direito do foro estrangeiro onde aberta a falência (*lex fori concursus*), outros o direito nacional (*lex fori*), outros uma combinação do direito estrangeiro para algumas matérias e o direito nacional para outras –, mas apenas se o reconhecimento depende ou não de prévia manifestação de algum órgão do foro onde requerido.

3 Automático não significa, porém, que não haja pressupostos para tanto, tampouco que todos os efeitos da sentença estrangeira sejam sempre aceitos. Significa apenas que o reconhecimento independe de manifestação prévia de algum órgão do foro nacional e que qualquer juiz ou autoridade pode conhecer dos efeitos da sentença estrangeira de falência, decidindo incidentalmente sobre a satisfação dos pressupostos do reconhecimento.

outros Estados-membros sem necessidade de procedimento especial.⁴ O mesmo ocorre, de forma notável, no direito alemão, aplicável às sentenças não abarcadas pelo regime comum europeu. Com efeito, a Lei de Falências alemã (*Insolvenzordnung* – InsO), na sequência de célebre orientação jurisprudencial⁵, determina que a sentença estrangeira de falência é reconhecida independentemente de processo especial (§ 343 I InsO), produzindo efeitos automaticamente, ou seja, sem necessidade de processo especial.⁶ Para tanto, a sentença estrangeira deve, essencialmente, e independentemente de reciprocidade⁷, (i) ter sido decretada por juízo que, à luz do direito alemão, seja internacionalmente competente (§ 343 I 1 InsO)⁸ e (ii) não produzir resultado manifestamente contrário à ordem pública internacional (§343 I 2 InsO).

4 Regulamento (CE) nº 1346/2000 do Conselho, de 29 de Maio de 2000, relativo aos processos de insolvência, *Jornal Oficial*, nº L 160 de 30.6.2000, p. 1-18, consid. 22, art. 16 (1) e art. 17 (1). O Regulamento não se aplica à Dinamarca.

5 Bundesgerichtshof (BGH) 11.7.1985 – IX ZR 178/84, *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* (BGHZ) 95, 256 = *Neue Juristische Wöchenschrift* (NJW) 1985, 2897 (abandonando antiga jurisprudência e afirmando que “a abertura de concurso no exterior também abarca o patrimônio situado na Alemanha”).

6 Já assim expressamente a exposição de motivos da lei que acrescentou o dispositivo. Veja-se Deutscher Bundestag, *Drucksache* 15/16 (25.10.2002), disponível em <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/15/000/1500016.pdf>, p. 21 (explicando que o § 343 I 1 reproduz o princípio dominante do direito da falência internacional alemão do reconhecimento automático, de modo que a abertura de um processo de falência estrangeiro implica que este diretamente, ou seja, sem necessidade de um processo especial de reconhecimento, produz efeitos na Alemanha).

7 BGH 27.05.1993 – IX ZR 254/92, BGHZ 122, 373, 375 (“A reciprocidade não é pressuposto do reconhecimento”); BGH 14.11.1996 – IX ZR 339/95, BGHZ 134, 79, 90 (“A reciprocidade pode de fato ser duvidosa com relação à Noruega [...]. Isso, porém, não impede o reconhecimento na Alemanha”). Isso é diferente do que ocorre com o reconhecimento de sentenças estrangeiras em matéria civil e comercial, em que se exige reciprocidade (§ 328 I 5 *Zivilprozessordnung* – ZPO).

8 Trata-se do chamado princípio do espelho (Spiegelbildprinzip), pelo qual o direito alemão entende por legítima a competência internacional do juiz estrangeiro na medida e dentro dos limites em que a atribui aos seus próprios tribunais. Veja-se, a respeito da falência, SCHACK, Haimo. *Internationales Zivilverfahrensrecht*. 5ª ed.

Um bom exemplo de aplicação do regime alemão foi dado com o reconhecimento da decisão da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo que deferiu o processamento da recuperação judicial da Varig Logística S.A.⁹ Tratava-se, na espécie, de reclamação trabalhista ajuizada na Alemanha por credor habilitado no processo brasileiro. A reclamação foi rejeitada pelo tribunal do trabalho de Frankfurt am Main¹⁰, ao argumento de que o autor não poderia buscar a satisfação de seu crédito paralelamente nos dois países, porque isso prejudicaria os demais credores habilitados no processo de recuperação. E, em grau de recurso, em acórdão do Tribunal Regional Trabalho de Hessen, em cuja ementa se lê o seguinte:

(1) O processo de recuperação brasileiro é um processo de insolvência no sentido do art. 343, §1º da Lei de Falências. (2) De acordo com o direito brasileiro, todos os credores devem habilitar seus créditos no processo de recuperação. (3) Se um processo estrangeiro de insolvência for reconhecido no foro nacional, então todos os credores locais devem habilitar seus créditos no processo estrangeiro de acordo com as formas e prazos lá vigentes. Uma ação judicial é inadmissível no foro nacional.¹¹

O acórdão é interessante por diversos aspectos. Mas, para ilustrar o modelo de reconhecimento automático de sentenças estrangeiras de falências em vigor no direito alemão, basta ressaltar o trecho do parágrafo 66 da fundamentação, em que o Tribunal Regional do Trabalho de Hessen afirmou:

9 Processo nº 0121755-70.2009.8.26.0100.

10 Arbeitsgericht Frankfurt am Main 24.8.2012 – 11/18 Ca 4843/08, não publicado.

11 Landesarbeitsgericht Hessen 4.8.2011 – 5 Sa 1550/10, *Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht (ZInsO)* 29/2012, p. 1333, também disponível em <http://www.rechtsprechung.hessen.de> ou <http://openjur.de/u/307589.html>.

O reconhecimento da abertura do processo estrangeiro de insolvência significa em particular que ele produz diretamente no foro interno – isto é, sem um processo especial de reconhecimento – os efeitos que lhe são atribuídos pelo direito aplicável à falência (art. 335 da Lei de Falências).

I.2. Reconhecimento por homologação

Já de acordo com o segundo modelo, o reconhecimento dos efeitos de sentença estrangeira de falência depende de prévia manifestação de algum órgão do foro nacional, não ocorrendo automaticamente pela simples satisfação dos pressupostos previstos pelo direito desse foro. Diz-se, então, que se trata de reconhecimento por homologação¹² ou *ope judicis*.

Esse modelo é seguido, por exemplo, pelo direito espanhol¹³, francês¹⁴ e suíço¹⁵, bem como no direito brasileiro. Com efeito, como

12 Em alguns países, a homologação é chamada de *exequatur*. No Brasil, porém, *exequatur* é o nome tradicionalmente dado à decisão que defere a diligência solicitada por carta rogatória. Veja-se, por exemplo, art. 2º da Resolução nº 9, de 4.5.2005, da Presidência do Superior Tribunal de Justiça, a respeito da qual, ARAUJO, Nadia de (Coord.). *Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça. Comentários à Resolução nº 9/2005*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

13 Art. 220 da Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE nº 164, de 10 de julio de 2003, p. 26905) (“mediante el procedimiento de exequátur”). O título IX da Ley Concursal espanhola é inteiramente dedicado às normas de direito internacional privado. Para um exemplo de aplicação do dispositivo no reconhecimento na Espanha da falência do Lehman Brothers International Europe na Inglaterra, veja-se Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid, j. 4.7.2009 – Auto nº 211/2009, Recurso nº 569/2008, ROJ: AJM 41/2009, disponível em <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>.

14 Entre muitos anteriores, Cour de cassation, 1^{er} chambre civil (Cass. 1^{er} civ.) 28.3.2012 – Nº 11-10.639, *Revue des sociétés*, 2012, p. 400 = *Bulletin d'information de la Cour de cassation* (BICC) v. 765 (1.7.2012), Arrêt no. 896, disponível em http://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/Bicc_765.pdf (“Na falta de exequatur, uma decisão de liquidação judicial proferida no exterior não pode produzir na França nenhum efeito de suspensão das ações individuais”). No mesmo sentido, AUDIT, Bernard. *Droit international privé*. 6ª ed. Paris: Economica,

explicado pela doutrina¹⁶ e confirmado pelos tribunais¹⁷, os efeitos de falência decretada no exterior só serão sentidos no Brasil se e depois que a respectiva sentença estrangeira for homologada pelo Superior Tribunal de Justiça.¹⁸ Como antes da homologação a sentença estrangeira de falência é ineficaz no sistema jurídico nacional – ou seja, não produz nenhum de seus efeitos declaratórios, constitutivos ou condenatórios, tampouco seu conteúdo goza da autoridade de coisa julgada –, o falido no exterior continua *in bonis* no país.¹⁹

2010, parágrafo 793; BUREAU, Dominique / WATT, Horatia Muir. *Droit international privé*. t. II. 2ª ed. Paris: PUF, 2010, parágrafo 1090.

15 Art. 166, §1º da Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP); Tribunal fédéral 6.3.2008, *Recueil officiel des Arrêts du Tribunal Fédéral* (ATF) 134 III 366, 373 (afirmando que uma sentença estrangeira de falência não pode ser reconhecida incidentalmente, mas apenas a título principal); Tribunal fédéral 23.9.2008, ATF 135 III 40, 44 (afirmando que “não se trata da extensão direta da falência estrangeira sobre o território suíço, mas antes de uma espécie de cooperação jurídica em favor de um processo estrangeiro”). Veja-se, para outros exemplos de aplicação do dispositivo, Tribunal fédéral 10.10.2011, ATF 137 III 517 (acerca do pressuposto da reciprocidade, afirmando que a Finlândia a acorda); Tribunal fédéral 6.10.1999, ATF 126 III 101 (afirmando que não é necessário que o julgamento estrangeiro de falência tenha força de coisa julgada, bastando que seja executório no Estado em que proferido).

16 Assim, por exemplo, VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1955, nº 1.235, p. 85 (“A homologação não é somente necessária para os atos de execução, senão ainda para que a sentença declaratória de falência comece a produzir os seus efeitos regulares”).

17 STJ, j. 19.4.1994, RESP 19.263, Rel. Min. Antonio Torreão Braz, *LEXSTJ* 65/113 = *RSTJ* 76/143 (“A sentença estrangeira que declara a falência de empresa comercial só tem eficácia no Brasil depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal, de acordo com as disposições legais em vigor”); STJ, j. 28.5.1996, RESP 15.708, Rel. Min. Paulo Costa Leite, *RT* 741/207 (“Sentença estrangeira declaratória de falência só tem eficácia no Brasil depois de homologada pelo STF”). Para precedentes mais antigos, veja-se, com vastas referências, OCTAVIO, Rodrigo. *Dicionário de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1933, p. 159-165.

18 Sobre a extensão da competência do Superior Tribunal de Justiça para o processo de homologação, veja-se TIBURCIO, Carmen, As Inovações da EC 45/2004 em Matéria de Homologação de Sentenças Estrangeiras. In: *Temas de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 191.

19 De forma similar, embora centrados na sorte do estabelecimento empresarial, FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. vol. 15. São Paulo: Saraiva, 1966, nº 4247, p. 613 (afirmando a respeito da falência no exterior de titular de estabelecimento no Brasil que “[o]

Tem-se, então, uma pessoa jurídica manca, uma sociedade claudicante – falida no exterior, não falida no Brasil.²⁰ Relações jurídicas mancadas (*binkende Rechtsverhältnisse, limping legal relationships, rapports juridiques boiteuses*) surgem sempre que uma mesma relação jurídica é válida em um sistema, mas inválidas em outro, ou quando, embora válida em ambos, possui diferentes efeitos em cada um.²¹ O fenômeno não é inteiramente estranho ao direito societário: um caso bastante conhecido ocorre quando uma sociedade, apesar de personificada e regular à luz do direito do foro onde constituída, é qualificada como sociedade irregular e despersonificada à luz do direito do foro onde sua administração tem sede efetiva, com a consequência de que os sócios gozam de responsabilidade limitada à luz do direito do primeiro país, mas são ilimitadamente responsáveis pelas dívidas da sociedade à luz do direito do segundo país.²²

titular dêste, destarte, a despeito de falido no lugar daquele estabelecimento matriz, não será, só por falido no estrangeiro, falido no Brasil [...]”; VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1955, nº 1.230, p. 82 (“Pode ainda acontecer que o seja [falido] no país onde funciona a casa matriz e aqui continue *in bonis*”). Veja-se também CAMPINHO, Sérgio. *O Direito de Empresa à Luz do Novo Código Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 272-273.

20 Relembre-se aqui a distinção entre o falido e as sociedades de que eventualmente seja sócio, especialmente importante quando a falida no exterior for sociedade estrangeira controladora de sociedade nacional: ainda que haja a homologação da sentença estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça, falida será a sociedade-mãe, e não a sociedade-filha. A menos, por óbvio, que a decretação da falência no exterior tenha abarcado ambas sociedades e se venha a entender – o que é altamente controverso e não precisa ser resolvido aqui – que tal sentença estrangeira poderia ser homologada sem restrição ao capítulo relativo à sociedade nacional.

21 Com mais referências e exemplos, GRUENBAUM, Daniel. Foreign Surrogate Motherhood: mater semper certa erat, *American Journal of Comparative Law* vol. 60 (2012), p. 475, esp. p. 500-502.

22 Veja-se, por exemplo, BGH 27.10.2008 – II ZR 158/06, NJW 2009, 289, parágrafo (I)(1)(c) (considerando uma companhia validamente constituída segundo o direito suíço como despersonalizada na Alemanha, onde sua administração tinha sede, com a consequência de que seus acionistas, embora gozassem de responsabilidade limitada na Suíça, seriam pessoal e ilimitadamente responsáveis pelas dívidas sociais na Alemanha).

Sociedades claudicantes são por vezes inevitáveis e, no caso específico da falência, são consequência direta do modelo de reconhecimento por homologação adotado no Brasil, que privilegia os interesses dos credores locais e protege as sociedades nacionais de ações de credores no exterior. Embora bastante tradicional e adotado desde a época do Império²³, o modelo tem o inegável potencial para, até que a sentença estrangeira seja homologada, cindir a unidade do patrimônio do devedor, frustrar eventual universalidade do concurso reclamada pelo direito do foro onde processada a falência e, especialmente, desbalancear a paridade entre os credores do falido (*par conditio creditorum*). De fato, a necessidade de prévia homologação confere certa vantagem aos credores locais, que poderão aproveitar a seu favor o tempo entre a decretação da falência no exterior e o reconhecimento da sentença no Brasil para obter a satisfação de seu crédito.²⁴

Neste caso, contudo, devem os credores avaliar o risco de serem obrigados a restituir à massa o que obtiverem no país fora da execução concursal estrangeira. Isso pode vir a ocorrer por, no mínimo, dois motivos. Primeiro, caso se entenda – o que é controverso e não precisa ser aprofundado aqui – que, uma vez homologada no Brasil, a sentença estrangeira de falências produziria efeitos desde a sua prolação no exterior. Segundo, caso o direito do foro estrangeiro onde aberta a falência considere que a execução individual brasileira proporcionou enriquecimento sem causa que deve ser restituído pelo credor à massa ou ao síndico, ainda que a falência não tenha sido reconhecida no País. Tal dever de o credor restituir o obtido em prejuízo da massa é expressamente previsto em falências regidas pelo

23 Veja-se com mais referências, VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. v. III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, p. 40-44.

24 No mesmo sentido, VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1955, nº 1.235, p. 85 (“O sistema da unidade ou universalidade da falência sofre um rude golpe, pois, no intervalo que vai da sentença da falência à sua homologação pelo Supremo Tribunal Federal, continuam devedor e credores locais, como iremos ver, com a faculdade de praticar atos que influem na solução final da falência”).

direito alemão²⁵, espanhol²⁶, holandês²⁷ e pelo direito europeu comum²⁸, mas talvez não em falências regidas pelo direito francês²⁹.

25 Assim expressamente § 342 I InsO (“Se um credor no processo de insolvência obtiver, por execução judicial, por prestação do devedor ou por qualquer outro meio, às custas dos bens envolvidos no processo de falência, algo a partir dos bens que não estão situados no estado onde aberto o processo, ele deverá devolver o que obteve ao administrador da falência. Os dispositivos a respeito do enriquecimento sem causa aplicam-se no que couber”). E, mesmo antes de dispositivo expresso, ainda na vigência da lei anterior, BGH 13.07.1983 – VIII ZR 246/82 (“Sparkassenfall”), BGHZ 88, 147 = NJW 1983, 2147 (afirmando na ementa que “[s]e um credor concursal doméstico de um processo concursal doméstico, por meio de execução no exterior, obtém bens do falido lá situados que pertenciam à massa, então ele deve, em razão de enriquecimento sem causa, devolvê-los ao síndico”). Para o estado do direito alemão na vigência da lei anterior, veja-se SPAHLINGER, Andreas. *Sekundäre Insolvenzverfahren bei grenzüberschreitenden Insolvenzen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998, p. 140-146. Para o atual estado, entre muitos outros, HESS, Harald. *Insolvenzrecht: Großkommentar*. Band II. Heidelberg: C.F. Müller, 2007, § 342 parágrafo 4-11; SCHACK, Haimo. *Internationales Zivilverfahrensrecht*. 5ª ed. München: C.H. Beck, 2010, parágrafo 1174; STEPHAN, Guido. In: *Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung*. 4ª ed. Heidelberg: C.F. Müller. 2006, § 342 parágrafo 5-10.

26 Art. 218, §1º da Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (“El acreedor que, tras la apertura de un concurso principal en España, obtuviera un pago total o parcial de su crédito con cargo a bienes del deudor situados en el extranjero o por la realización o ejecución de los mismos deberá restituir a la masa lo que hubiera obtenido, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 201. En el caso de que dicho pago se obtuviera en un procedimiento de insolvencia abierto en el extranjero, se aplicará la regla de imputación de pagos del artículo 229”). Salvo se a execução individual no exterior tiver sido autorizada pelo juiz espanhol, nos termos do art. 218, §2º (“Cuando el Estado donde se hallaren os bienes no reconociera el concurso declarado en España o las dificultades de localización y realización de esos bienes así lo justificaren, el juez podrá autorizar a los acreedores a instar en el extranjero la ejecución individual, con aplicación, en todo caso, de la regla de imputación prevista en el artículo 229”).

27 Veja-se VEDER, Michael. *Cross-Border Insolvency Proceedings and Security Rights*. The Hague: Kluwer, 2004, p. 141-156, explicando em detalhes o art. 203 da Lei de Falência holandesa (*Failissementswet*), assim por ele vertido para o inglês: “A creditor who after the declaration of bankruptcy has recovered his claim separately, either in whole or in part, from goods situated abroad of a debtor declared bankrupt in the Netherlands, which are not subject to a priority right in his favour, must pay the amount so recovered into the estate”.

28 Art. 20, §1º do Regulamento (CE) nº 1346/2000 (“Qualquer credor que, após a abertura de um processo referido no nº 1 do artigo 3º, obtiver por qualquer meio, nomeadamente com carácter executório, satisfação total ou parcial do seu crédito com base nos bens do devedor situados no território de outro Estado-Membro, deve restituir ao síndico o que tiver obtido, sob reserva do disposto nos artigos 5º e 7º). Mas é improvável – diante da referência do texto a “situados no território de outro Estado-Membro” – que o dever de restituição previsto no Re-

II. Falência estrangeira como fato jurídico

Viu-se que a homologação é pressuposto da eficácia da sentença estrangeira no Brasil, ou seja, de seus efeitos sentenciais e da autoridade de seu conteúdo. Dela não depende, porém, a sua existência ou validade, as quais estão sujeitas exclusivamente ao que dispuser o direito do foro onde proferido o julgado estrangeiro. Por isso, além de ser um ato jurisdicional, a sentença de falência também pode ser analisada como fato jurídico. Disso se ocupam os próximos itens, que cuidarão dos fundamentos dos efeitos de fato **(II.1)**, da lei que lhes é aplicável **(II.2)**, da necessidade ou não de homologação **(II.3)** e de alguns exemplos **(II.4)**.

II.1. Fundamentos

Uma sentença estrangeira não homologada ou cuja homologação tenha sido denegada não é ato inexistente ou inválido no Brasil, mas apenas um ato ineficaz.³⁰ Afinal, como já se ressaltou com

gumento também se aplique se o credor se satisfizer com bens situados fora do território de um Estado-membro (por exemplo, no Brasil). Nesse caso, o dever de restituição dependerá do que dispuser o direito autônomo do foro onde aberto a falência e não do art. 20, §1º do Regulamento. Nesse sentido, VIRGÓS, Miguel / GARCIMARTÍN, Francisco. *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*. The Hague: Kluwer, 2004, parágrafo 463; RIEDEMANN, Susanne. In: PANNEN, Klaus (ed.). *European Insolvency Regulation*. Berlin, De Gruyter, 2007, Art. 20, parágrafo 12; DUURSMA-KEPPLINGER, Henriette-Christine / CHALUPSKY, Ernst. In: DUURSMA-KEPPLINGER, Henriette-Christine / DUURSMA, Dieter / CHALUPSKY, Ernst. *Europäische Insolvenzverordnung: Kommentar*. Wien: Springer, 2002, Art. 20, parágrafo 16.

29 Cour d'appell de Versailles, 20.3.2008 – BNP Paribas Suisse c. M. Chavane de Dalmassy ès qualités, *Revue critique de droit international privé* (Rev. crit. DIP) 2008, p. 649, note Louis d'Avout (cassando decisão do Tribunal de comércio de Versalhes que condenara a sociedade BNP Paribas Suisse a reembolsar ao síndico da SAS Neil & Man a quantia equivalente a US\$200.000, recebida da falida na Suíça após a declaração da quebra na França, porque, segundo a CA, a universalidade da falência declarada na França só atingiria a conta corrente da falida mantida na Suíça depois de sua aceitação pelo sistema jurídico suíço).

30 BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Sentença Estrangeira (parecer), in *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*. vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 201.

propriedade, não se poderia homologar algo que ainda não existe³¹ e, justamente por isso, Pontes de Miranda admite que a existência da sentença estrangeira seja objeto de ação declaratória no Brasil³². E, como fato, a sentença estrangeira também pode desencadear a produção de certos efeitos jurídicos.³³

Fala-se, então, em eficácia material (*materielle Wirkung, efficacité matérielle*³⁴) ou, em sentido amplo, de eficácia de fato (*Tatbes-*

31 BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Sentença Estrangeira [parecer]. In: *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*. vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 201. Veja-se também BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. V. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, art. 483, parágrafo 54 (explicando que, mesmo antes da homologação, o julgado estrangeiro já produz ao menos um efeito, se presentes todos os requisitos, “o de gerar, para quem haja de fazê-lo valer aqui, o direito à homologação”).

32 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 142 (“É admissível ação declaratória, positiva ou negativa, a respeito da existência de sentença estrangeira, ou de ter eficácia alhures”). O que é provavelmente correto, desde que, nesse caso, a sentença declaratória tenha por objeto apenas a existência – a simples existência – da sentença estrangeira como fato jurídico ocorrido no exterior, não versando sobre o accertamento dos pressupostos previstos para que tal ato seja eficaz como ato jurisdicional no Brasil.

33 Assim, por exemplo, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. V. 13ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2006, art. 483, parágrafo 54; PEREIRA, Marcela Harumi Takahashi. *Sentença Estrangeira: Efeitos Independentes da Homologação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 81; aparentemente, assim também PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p.98 (“se o Estado da importação confere outra força ou outro efeito, é força ou efeito seu, que nada tem com a homologação, força ou efeitos que ele cola à sentença estrangeira como fato jurídico, ato jurídico, negócio jurídico, ou o que quer que seja, e não força ou efeito do *judgado* estrangeiro *integrado* em sua eficácia. Alguns efeitos anexos podem ocorrer”). Veja-se ainda ARAGÃO, Paulo Cezar. In: ROSAS, Roberto / ARAGÃO, Paulo Cezar. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 243 (afirmando que, se a homologação for julgada improcedente, “a sentença estrangeira, em si, como comando, nenhum efeito poderá gerar em nosso país, cabível sempre, porém, a sua invocação para fins meramente probatórios, utilizada então como simples *fato jurídico*. Se o *fato*, pela nacionalização, não se pode transformar em *ato*, nada impede que, enquanto *fato*, dele se sirva o juiz nacional”).

34 LOUSSOUARN, Yvon / BOUREL, Pierre / VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de. *Droit international privé*. 8ª ed. Paris: Dalloz, 2004, parágrafo 493-1; AUDIT, Bernard. *Droit international privé*. 6ª ed. Paris: Economica, 2010, parágrafo 458.

*tandswirkung*³⁵, *effet de fait*³⁶) da sentença estrangeira – embora mais claro talvez fosse falar em eficácia *como* fato. Trata-se de efeitos programados por norma de direito material e liberados em razão da existência da sentença, que não se confundem com os efeitos principais (declaratório, constitutivo, condenatório) que decorrem da sentença como ato jurisdicional. Na eficácia de fato ou material, a sentença estrangeira é mero dado da realidade tomado como relevante pelo suporte fático (*Tatbestand, fattispecie*) de uma norma jurídica do direito material aplicável, de modo que os efeitos jurídicos não decorrem propriamente da sentença estrangeira como ato decisório, mas da norma material aplicada pelo juiz nacional a um determinado caso.

Aqui, diversamente do que ocorre quando a sentença estrangeira é homologada, o juiz brasileiro não estará vinculado pela autoridade de seu conteúdo, mas considerará o julgado estrangeiro como

35 Veja-se, todos com mais referências, SÜß, Theodor. Die Anerkennung ausländischer Urteile. In: *Beiträge zum Zivilprozessrecht: Festgabe zum siebzigsten Geburtstag von Leo Rosenberg*. München: C.H. Beck, 1949, p. 229, esp. p. 259-269; MATSCHER, Franz. Über die Nebenwirkungen der Zivilurteile mit besonderer Berücksichtigung der ausländischen Urteile, *Juristische Blätter* (JBL) 1954, p. 54-59; MÜLLER, Klaus. Zum Begriff der 'Anerkennung' von Urteilen in §328 ZPO, *Zeitschrift für Zivilprozess* (ZZP) vol. 79 (1966), p. 199, esp.p. 241-244; MARTINY, Dieter. *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts*. vol. III/1. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1984, parágrafo 427-435; SCHACK, Haimo. *Internationales Zivilverfahrensrecht*. 5ª ed. München: C.H. Beck, 2010, parágrafo 870-874.

36 Precursor, BARTIN, Étienne. Le jugement étranger considéré comme un fait, *Journal du droit international* (JDI) 1924, 857. Mais recentemente, AUDIT, Bernard. *Droit international privé*. 6ª ed. Paris: Economica, 2010, parágrafo 461; BUREAU, Dominique / WATT, Horatia Muir. *Droit international privé*. t. II. 2ª ed. Paris: PUF, 2010, para. 1090; PÉROZ, Hélène. *La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*. Paris: L.G.D.J., 2005, parágrafo 86-88; MAYER, Pierre / HEUZÉ, Vincent. *Droit international privé*. 8ª ed. Paris: Montchrestien, 2004, parágrafo 456. Veja-se ainda na jurisprudência da Corte de Cassação, embora em alguns casos o resultado seja questionável, Cour de cassation, Chambre commerciale (Cass. com.) 4.10.2005, JDI 2006, 601, note G. Cuniberti = *Rev. crit. DIP* 2006, 407 note H. Muir Watt (considerando como um fato a transferência de propriedade sobre um navio vendido em hasta pública); Cass. civ. 1^{er} 25.4.2006, *Rev. crit. DIP* 2007, 113, note S. Lemaire (atribuindo efeito de fato a resoluções do Conselho de Segurança da ONU), Cass. civ. 1^{er} 22.1.2009, *Rev. crit. DIP* 2009, 533, note H. Muir Watt (rejeitando que um julgamento belga relativo à titularidade de direito autoral fosse considerado apenas um fato em ação de contrafação na França).

um fato, a ser por ele livremente apreciado, do qual extrairá as consequências previstas pela norma aplicável.³⁷ Sob este perfil, então, a sentença estrangeira não se diferencia de outros acontecimentos considerados como juridicamente relevantes por alguma norma (nascimento com vida, passagem do tempo, declaração negocial etc.).³⁸

Apesar de pouco tratado pela doutrina nacional, que costuma abordar o tema sob uma perspectiva puramente interna, restrito aos efeitos secundários ou anexos da sentença nacional³⁹, não são poucos os exemplos do direito positivo brasileiro em que a sentença estrangeira goza de eficácia material – criando, modificando ou extinguindo direitos em razão de sua simples existência como fato (e não como ato decisório estrangeiro).

Relativamente comum é a sentença estrangeira constituir fato de cujo implemento dependa a eficácia do negócio jurídico ou a exi-

37 Nesse sentido, como afirmado em antigo julgado do Supremo Tribunal Federal, a respeito de ação de cobrança proposta no Brasil na qual a sentença estrangeira foi apresentada como prova do débito: “Não há se confundir sentença estrangeira a ser executada, com documento de procedência estrangeira para servir de prova. A sentença em questão foi oferecida na qualidade de documento para servir como prova com o valor que lhe fôsse dado pelo Juiz da demanda”. STF, j. 17.6.1946, Embargos no Recurso Extraordinário n. 8441, Rel. Ministro Lafayette de Andrada, Diário da Justiça (Apenso), nº 258, de 7.11.1947, p. 4177. O trecho é do voto do Ministro Relator. Da ementa do acórdão consta: “Embargos. Não há se confundir sentença estrangeira a ser executada, nem documentos de procedência estrangeira para servirem de prova. Só no primeiro caso há necessidade de prévia homologação”. Sou grato à Seção de Pesquisa de Jurisprudência e à Seção de Arquivo do Supremo Tribunal Federal por ter identificado e encaminhado cópia digitalizada do Diário da Justiça onde publicado o acórdão, bem como do andamento processual do caso.

38 Assim também MARTINY, Dieter. *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts*. vol. III/1. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1984, parágrafo 427.

39 Com relação às sentenças nacionais, entre muitos, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. III. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 212-214; SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. vol. 2, t. I. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 378-381; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I. 42ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 479-480; DIDIER JR, Fredie / BRAGA, Paula Sarno / OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 6ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 372-377.

gibilidade de alguma prestação.⁴⁰ Exemplo doutrinário tradicional é o contrato de honorários advocatícios cujo valor e vencimento estão subordinados à prolação de sentença estrangeira⁴¹. Mas também se está diante de eficácia de fato da sentença na vedação da concessão de visto ou naturalização ordinária ao estrangeiro condenado no exterior (respectivamente, art. 7º, IV e art. 112, VII da Lei n.º 6.815/80), em certos casos previstos na legislação penal (art. 7º, §2º, d do Código Penal)⁴², na interrupção da prescrição em razão da decisão estrangeira que ordena a citação do réu (art. 202, I CC)⁴³, ou ainda – de forma bastante marcante – na impossibilidade de homologação de sentença arbitral anulada no foro da sede do tribunal arbitral (art. V, §1º, e da Convenção de Nova York⁴⁴ ou art. 38, VI da Lei n.º 9.307/96 c/c art. VII, §1º da Convenção de Nova York)⁴⁵, hipótese em que a sentença

40 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. V. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, art. 483, parágrafo 54 (“Mas também *como documento*, utilizável para fins probatórios, a sentença estrangeira pode mostrar-se apta a surtir efeitos no território nacional, independentemente de ato formal de reconhecimento. É concebível que se torne necessário, em processo instaurado perante a Justiça brasileira, provar o *próprio fato* da prolação de uma sentença, pela Justiça de outro Estado, sobre determinada matéria, *v.g.*, se esse evento foi previsto como condição suspensiva ou resolutive em certo ato jurídico, e o juiz nacional tem de verificar se ocorreu o implemento da condição; em tal hipótese, não se há de reclamar a homologação para que seja utilmente exibido em juízo, como prova do fato, o documento em que se corporifica a sentença estrangeira”).

41 BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Sentença Estrangeira [parecer]. In *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*. vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 201; PEREIRA, Marcela Harumi Takahashi. *Sentença Estrangeira: Efeitos Independentes da Homologação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 82.

42 PEREIRA, Marcela Harumi Takahashi. *Sentença Estrangeira: Efeitos Independentes da Homologação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 82-89.

43 Com mais detalhes, GRUENBAUM, Daniel. Prescrição Extintiva no Direito Internacional Privado Brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC)* (em publicação).

44 Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, promulgada pelo Decreto nº4.311, de 23.7.2002.

45 A respeito, com mais referências, CASELLA, Paulo Borba / GRUENBAUM, Daniel. Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira Anulada. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 9 (abr. 2009), p. 207.

estrangeira judicial anulatória produz, como simples fato, o efeito de extinguir o direito à homologação da sentença arbitral estrangeira.⁴⁶

Essas considerações, desenvolvidas a respeito das sentenças estrangeiras em geral, podem ser aplicadas também às de falência: tal como qualquer sentença estrangeira, a de falência pode ser considerada não só como ato jurisdicional, mas como um fato e, então, eventualmente gozar de eficácia material se assim estipular determinada norma aplicável pelo juiz nacional⁴⁷.

II.2. Lei aplicável

Os efeitos de fato da sentença estrangeira de falência dependem da norma material que os tenha programado e que deva ser aplicada pelo juiz nacional a determinado caso em razão do direito internacional privado brasileiro.⁴⁸ Essa norma pode então, conforme o

46 No mesmo sentido, CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à lei nº9.307/96*. 2ªed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 377 (“Anulada a sentença arbitral (no país de origem), bastará a produção de tal prova pelo réu para que a homologação seja denegada”).

47 Mas veja-se, ao menos indiretamente e de passagem, FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. vol. 15. São Paulo: Saraiva, 1966, nº 4256, p. 625, o qual, depois de se referir ao art. 796 do Código de Processo Civil de 1939, que cuidava da força probante da sentença estrangeira não homologada, afirma: “Não valerá a sentença, em tais condições, com a força de coisa julgada, que a homologação lhe teria comunicado; mas quiçá como elemento de prova do ato ou fato que constituir a relação processual da ação a que se juntar. Ter-se-á então um dos casos da chamada prova emprestada, que o Juiz apreciará no conjunto das demais provas que no feito se produzirem”. Veja-se também VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1955, nº 1.235, p. 85 (“A sentença de falência [estrangeira] vale como prova do fato que ela positiva”).

48 No mesmo sentido, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 103 (“Os efeitos anexos dependem das regras de direito internacional privado”). O ponto é pacífico na doutrina alemã: SCHACK, Haimo. *Internationales Zivilverfabrensrecht*. 5ª ed. München: C.H. Beck, 2010, para 870; MARTINY, Dieter. *Handbuch des Internationalen Zivilverfabrensrechts*. vol. III/1. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1984, para. 428; GEIMER, Reinhold. *Internationales Zivilprozessrecht*. 6ª ed. Köln: Otto Schmidt, 2009, para. 48, para. 2786; TKATCHENKO, Nikita. *Anerkennung der*

que indicar a regra de conexão, ser do direito brasileiro ou de algum direito estrangeiro – mas não necessariamente sempre do direito do foro onde a sentença de falência tiver sido proferida (*lex fori concursus*)⁴⁹.

A correta identificação da lei aplicável é, por isso, ponto de partida para que se possa discutir quais efeitos de fato a sentença estrangeira de falência poderá desencadear e se eles dependem de prévia homologação. Aqui, complexos problemas de qualificação podem surgir.⁵⁰ Tome-se, como exemplo, a impossibilidade de o fiador do falido se valer do benefício de ordem em caso de falência do devedor principal. Trata-se de instituto abarcado pela lei que rege o contrato de fiança (*lex contractus*), pela lei do foro onde a falência foi decretada (*lex fori concursus*) ou pela lei do foro do processo de cobrança (*lex fori processus*)? Caso se conclua pela qualificação contratual – como parece mais correto –, então o fiador só perderá o benefício de ordem em razão da decretação de falência do devedor principal no exterior na hipótese de assim determinar o direito que rege o contrato de fiança, independentemente de assim também determinar o direito do país onde a falência foi decretada (*lex concursus*) ou do país onde proposta a execução (*lex fori processus*).

Por isso, caso o benefício de ordem seja qualificado como questão contratual, regida pela *lex contractus*, apenas no caso de a fiança ser regida pelo direito brasileiro é que será possível discutir em que medida a sentença estrangeira de falência acarreta a vedação do art. 828, III CC (*infra* II.4.2). Se, todavia, o contrato de fiança for regido pelo direito estrangeiro, então é o direito estrangeiro que deverá ser consultado para que determine se e em que medida uma sentença

Restschuldbefreiung nach der EuInsVO. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2009, p. 40-41.

49 Aparentemente contra, PEREIRA, Marcela Harumi Takahashi. *Sentença Estrangeira: Efeitos Independentes da Homologação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p.128 (afirmando que, em matéria cível, “a regra geral é que tais efeitos obedeçam ao direito material do foro de origem”).

50 A respeito, em geral, DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 363-384.

de falência desencadeia igual consequência. O cenário não é simples, mas possível.

Pense-se, por exemplo, em execução movida perante os tribunais brasileiros por exportador brasileiro (credor) em face do banco fiador de importador francês (devedor principal). O contrato de fiança é regido pelo direito alemão. A falência do importador (devedor principal) foi decretada na França. Goza o banco (fiador) do benefício de ordem na execução brasileira? Como a questão recebe qualificação contratual, a resposta depende do direito que rege o contrato, ou seja, do direito alemão. Com efeito, sendo a fiança regida pelo direito alemão, então, ainda que a execução se processe no Brasil, o benefício de ordem – como matéria contratual – será regido pelo direito estrangeiro. Nesta hipótese, o direito alemão prevê que o benefício de ordem (*Einrede der Vorausklage*) está excluído na hipótese de falência do devedor principal (art. 773 I 4 BGB). Como a falência decretada na França – salvo exceções que não incidem no exemplo – é diretamente eficaz na Alemanha por força do art. 16 (1) do Regulamento (CE) n.º 1346/2000⁵¹, o suporte fático do art. 773 I 4 BGB está satisfeito e, conseqüentemente, o banco fiador não pode mais arguir o benefício de ordem perante a execução brasileira.

II.3. Efeitos de fato e homologação da sentença estrangeira

Uma das maiores controvérsias do tema diz respeito à questão sobre se os efeitos de fato da sentença estrangeira dependem de prévia homologação. Pontes de Miranda, um dos poucos a tratar (ainda que muito brevemente) do tema, não é muito claro. Embora em um trecho afirme que os efeitos anexos da sentença estrangeira “depen-

51 Na verdade, a eficácia direta por meio do reconhecimento automático facilita um pouco o exemplo, porque evita que se tenha que discutir em que medida, à luz do direito alemão, o art. 773 I 4 BGB se contentaria com a simples existência da sentença estrangeira de falência, independentemente de ela satisfazer os pressupostos para o seu reconhecimento como ato jurisdicional na Alemanha.

dem das regras de direito internacional privado”⁵², mais adiante afirma que não se produzem “antes da homologação no Brasil, os efeitos anexos da sentença condenatória; *e.g.*, hipoteca judiciária”.⁵³ Já Paulo Cezar Aragão, embora afirme que, apesar de o julgado estrangeiro não ter sido homologado, “nada impede que, enquanto *fato*, dele se sirva o juiz nacional”⁵⁴, conclui não ter “fundamento a opinião de uma ala da doutrina que faz tais efeitos [*efeitos secundários*] prescindirem de homologação, omitindo a necessária diferença entre *eficácia documental* (probatória) e *eficácia jurisdicional necessária* e implícita [...]”.⁵⁵

A posição doutrinária que defende a necessidade de homologação em qualquer caso aparentemente desconsidera que as condições para a eficácia material da sentença estrangeira dependem exclusivamente do que dispuser a norma específica aplicável ao caso – seja direito brasileiro, seja de direito estrangeiro – que tenha programado tal eficácia. Assim, pode até ser correto que a hipoteca judicial dependa, como afirma Pontes de Miranda, de prévia homologação da sentença estrangeira.

Mas a extrapolação do raciocínio para todos os casos de eficácia material da sentença estrangeira é inadequada e não se sustenta diante da constatação de que, apesar de a hipoteca judiciária depender de prévia homologação, dela não dependem tantas outras hipóteses de efeitos de fato da sentença estrangeira, como: a vedação da aplicação extraterritorial da lei penal no caso de absolvição no exte-

52 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 103.

53 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 113 (“Nem se podem produzir, antes da homologação no Brasil, os efeitos anexos da sentença condenatória; *e.g.*, hipoteca judiciária”).

54 ARAGÃO, Paulo Cezar. In: ROSAS, Roberto / ARAGÃO, Paulo Cezar. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 243

55 ARAGÃO, Paulo Cezar. In: ROSAS, Roberto / ARAGÃO, Paulo Cezar. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 164.

rior (art. 7º, II do Código Penal)⁵⁶, a liberação da eficácia do negócio jurídico ou exigibilidade da prestação subordinada à prolação da sentença estrangeira⁵⁷ ou a extinção do direito à homologação da sentença arbitral estrangeira anulada (art. V, §1º, e da Convenção de Nova York ou art. 38, VI da Lei n.º 9.307/96 c/c art. VII, §1º da Convenção de Nova York).⁵⁸

Parece, então, não haver resposta única condicionando ou não a eficácia material à homologação, de modo que a extensão e condições para que a sentença estrangeira produza efeitos como fato só podem ser resolvidas a partir de interpretação da norma específica (brasileira ou estrangeira, conforme o direito aplicável à causa) que os tenha programado.

II.4. Exemplos no Direito brasileiro

II.4.1. Exceção de insegurança (art. 477 CC), sobrestamento da entrega da coisa vendida (art. 495 CC), garantia de restituição no mútuo (art. 590 CC) e substituição do fiador insolvente (art. 826 CC)

De acordo com o Código Civil, se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incum-

56 Assim, expressamente, PEREIRA, Marcela Harumi Takahashi. *Sentença Estrangeira: Efeitos Independentes da Homologação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 84 (fazendo referências a Heleno Cláudio Fragoso e Paulo José da Costa Jr.).

57 Assim, expressamente, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. V. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, art. 483, parágrafo 54.

58 No mesmo sentido, CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à lei nº9.307/96*. 2ªed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 377 (“Anulada a sentença arbitral (no país de origem), bastará a produção de tal prova pelo réu para que a homologação seja denegada”).

be, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la (art. 477 CC). Trata-se da “exceção de insegurança”⁵⁹, que encontra desdobramentos em outros dispositivos. Nos contratos de compra e venda, se antes da tradição o comprador “cair em insolvência”, o vendedor poderá sobrestar a entrega da coisa “até que o comprador lhe dê caução de pagar no tempo ajustado” (art. 495 CC)⁶⁰; nos contratos de mútuo, o mutuante pode exigir garantia de restituição “se antes do vencimento o mutuário sofrer notória mudança em sua situação econômica” (art. 590 CC); nos contratos de fiança, o afiançado pode exigir a substituição do fiador que se tornar insolvente (art. 826 CC). Os dispositivos contemplam hipóteses em que a capacidade de cumprimento da prestação se torna duvidosa ante a deterioração da situação patrimonial do devedor.⁶¹

A insolvência, a diminuição do patrimônio ou a mudança na situação econômica do devedor são elementos do suporte fático das respectivas normas materiais que podem vir a ser satisfeitos por uma série de dados da realidade. Pode-se questionar, então, em que medida tais elementos também estariam satisfeitos pelo fato de falência ter sido decretada no exterior. Nestes casos, poder-se-ia sustentar que não se trataria de efeitos da sentença estrangeira como ato jurisdicional, atribuídos pelo direito do foro estrangeiro onde proferida (*lex fori concursus*), mas apenas de efeito programado pelo próprio direito aplicável ao contrato (*lex contractus*) – no exemplo, o direito bra-

59 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. t. XXVI. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, §§ 3.129 – 3.130, p. 109-113; TEPEDINO, Gustavo / BARBOZA, Heloisa Helena / MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado*. vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 156.

60 Anota-se a respeito do sobrestamento da entrega da coisa (art. 495) que a norma se satisfaz com “a mera insolvabilidade, isto é, estado patrimonial que permita presumir a insolvência” e que o “essencial é que haja justo receio de que o comprador não conseguirá honrar o compromisso antes assumido” (TEPEDINO, Gustavo / BARBOZA, Heloisa Helena / MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado*. vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 156).

61 TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento Anterior ao Termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 185.

sileiro. Poderia até ocorrer de o direito estrangeiro não atribuir à sentença de falência tal efeito. Seria irrelevante, porque não se trataria de efeitos atribuídos pela *lex fori concursus* à sentença de falência, mas dos efeitos atribuídos pela *lex contractus* – no exemplo, o direito brasileiro – à deterioração patrimonial do comprador.

Se assim for, então – sempre conforme a apreciação a ser feita pelo juiz nacional – a falência do devedor decretada no exterior poderia ser considerada como fato apto – se o negócio jurídico for regido pelo direito brasileiro⁶² – a autorizar que uma parte se recusasse a prestar até que a parte falida satisfizesse a que lhe competisse contratualmente ou até que desse garantia bastante (art. 477); que o vendedor suspendesse a entrega da coisa vendida até que o comprador falido lhe desse caução de que pagaria no tempo ajustado (art. 495); que o mutuante exigisse garantia de restituição da coisa emprestada (art. 590 CC); ou, finalmente, que o afiançado exigisse do devedor principal a substituição do fiador insolvente (art. 826).

Mas a apreciação do juiz nacional é indispensável, porque as circunstâncias de cada caso podem compor matrizes bastante diversas. É concebível, por exemplo, que a companhia possua bastantes e significativos bens no Brasil, formando vultuoso patrimônio, e que a sentença estrangeira de falência tenha, segundo o próprio direito do foro onde proferida (*lex fori concursus*), eficácia meramente territorial, restrita aos poucos bens situados no foro estrangeiro. Apreciando tal cenário, não seria de se espantar que o juiz nacional concluísse que, malgrado a decretação de falência no exterior, o suporte fático dos artigos 477, 495, 590 ou 826 CC não estaria satisfeito porque não teria havido degradação patrimonial substancial do devedor no país.

62 Se o negócio jurídico não for regido pelo direito brasileiro, então, como visto (*supra* II.2), o efeito de fato da sentença estrangeira de falência dependerá da interpretação da normas do direito estrangeiro aplicável.

II.4.2. Benefício de ordem do fiador do falido (art. 828, III CC)

Como regra, o fiador demandado pelo pagamento da dívida garantida tem o direito de exigir que os bens do devedor principal sejam executados antes dos seus (art. 827, *caput* CC). Trata-se do conhecido benefício de ordem. Ao fiador não aproveita, porém, este benefício “se o devedor for insolvente, ou falido” (art. 828, III CC). A razão é simples: para gozar do benefício de ordem, o fiador deve nomear bens do devedor, sitos no mesmo município, livres e desembaraçados, quantos bastem para solver o débito (art. 827, *parágrafo único* CC).⁶³ Ora, se foi decretada a falência do devedor principal, não haverá bens livres e desembaraçados a serem nomeados.⁶⁴ Parece, pois, ser pressuposto da norma que o devedor principal tenha perdido a disponibilidade de seus bens em razão da decretação de sua falência.

Considerando, porém, que antes da homologação da sentença estrangeira de falência, o falido no exterior continua *in bonis* no Brasil, com plena disponibilidade sobre seus bens, pode-se indagar se a impossibilidade de o fiador se valer do benefício de ordem (art. 827, III CC) não dependeria de prévia homologação da sentença de falência no Brasil: não porque a perda do benefício de ordem seja efeito principal da sentença estrangeira de falência, mas porque o suporte fático da norma brasileira não se satisfaria apenas com a mera decretação da quebra no exterior. A norma exigiria, antes, a indisponibilidade dos bens, que só é alcançada com a eficácia da sentença estrangeira no País. Se assim for, então, antes da homologação, o fiador ainda poderia invocar o benefício de ordem, se conseguisse indicar bens livres e desembaraçados do devedor no foro.

63 TEPEDINO, Gustavo / BARBOZA, Heloisa Helena / MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado*. vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 644.

64 CAMPINHO, Sérgio. *Falência de Recuperação da Empresa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 313 (“A partir da decretação da falência, o devedor perde o direito de livremente administrar os seus bens e deles dispor (artigo 103)”).

II.4.3. Vencimento antecipado (art. 333, I CC c/c art. 77 da Lei n.º11.101/05)

A decretação da falência determina o vencimento antecipado das dívidas do devedor (art. 333, I CC c/c art. 77 da Lei n.º 11.101/05). Tal como ocorre com o benefício de ordem do fiador do falido, também aqui a norma pressupõe que o devedor tenha perdido o poder de disposição sobre seu patrimônio. Não por outro motivo, afirma-se que o vencimento antecipado só se justifica após a decretação da falência⁶⁵ e, em verdade, que seria um dos seus efeitos típicos.⁶⁶ Por essa linha, então, o vencimento antecipado não seria eficácia material da sentença estrangeira de falência, mas verdadeiro efeito sentencial, o qual dependeria de prévia homologação para ser sentido no País.

As incertezas são menores, porém, quando o vencimento antecipado for previsto contratualmente. Com efeito, é bastante frequente, especialmente nos contratos de longa duração, que as partes estipulem eventos futuros que, uma vez ocorridos, geram o poder de o credor exigir o adimplemento antes do termo contratual. Um desses eventos é a decretação de falência do devedor. Nesses casos, desencadearia a falência estrangeira as consequências contratualmente previstas?

A resposta à questão depende, essencialmente, de interpretação da cláusula à luz do direito aplicável ao contrato. Pode ocorrer de as partes terem expressamente previsto que o vencimento antecipado ocorreria em caso de falência “onde quer que decretada” ou “no Brasil ou no exterior”, e, então, a decretação de falência em qualquer foro pode satisfazer o pressuposto da cláusula contratual, acarretan-

65 Nesse sentido, MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. vol. V. t. I. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 405.

66 PACHECO, José Silva. *Processo de Falência e Concordata*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 278 (“Entenda-se que produz o vencimento antecipado a sentença que decreta a falência. É parte da eficácia da sentença. Dela flui, com força ínsita, o vencimento de todos os créditos [...]”).

do – como efeito de fato da sentença – o vencimento antecipado da obrigação⁶⁷. Pode ocorrer, porém, de a cláusula não ser clara a respeito, prevendo o vencimento antecipado caso, por exemplo, “seja decretada a falência de qualquer uma das Partes”, de modo que a solução dependerá de interpretação contratual.

O importante é a constatação de que, se esse for o convencionado pelas partes, então a sentença estrangeira de falência pode desencadear os efeitos programados pela cláusula contratual independentemente de homologação, porque o vencimento antecipado não terá seu efeito como ato jurisdicional, mas apenas efeito da sua existência como dado da realidade, ou seja, como um fato. Aqui, a sentença estrangeira de falência não se diferencia de outros fatos ocorridos no exterior que frequentemente provocam, por expressa disposição contratual, o vencimento antecipado da obrigação, como a redução da classe de risco do devedor (*downgrading*), a alteração da sua composição acionária ou a perda de alguma licença ou autorização governamental.

II.4.4. Exclusão do sócio falido da sociedade simples (art. 1.030, parágrafo único CC)

O sócio declarado falido será excluído de pleno direito da sociedade simples (art. 1.030, parágrafo único CC), dispositivo também

67 Pressupõe-se, por óbvio, que a disposição contratual seja válida. Afinal, não se pode esperar que todas as cláusulas contratuais que atribuam alguma consequência jurídica à decretação da falência sejam válidas. Comparem-se, a respeito de cláusula em contrato de *swap* que alterava a ordem e prioridade dos pagamentos do devedor, as posições dos tribunais norte-americanos em *Lehman Brothers Special Financing Inc. v. BNY Corporate Trustee Services Limited* (In re *Lehman Brothers Holdings Inc.*), 422 B.R. 407 (Bankr. S.D.N.Y. 2010) (considerando a cláusula ineficaz porque violava a proteção conferida pelo direito falimentar norte-americano – 11 U.S.C. §§ 365(e)(1), 541(c)(1)(B) – contra as chamadas “cláusulas *ipso facto*”), com a posição da Suprema Corte do Reino Unido em *Perpetual Trustee Co Ltd v BNY Corporate Trustee Services Ltd* [2011] UKSC 38, [2011] 3 WLR 521 (considerando a mesma cláusula contratual válida e não violadora da “anti-deprivation rule”).

aplicável às sociedades limitadas regidas supletivamente por suas regras (art. 1.053, parágrafo único CC). Não há dúvidas de que a exclusão do sócio é efeito de fato da sentença de falência previsto pelo direito brasileiro para as sociedades nacionais⁶⁸. A questão é, então, saber se tal efeito de fato depende ou não da prévia homologação da sentença estrangeira de falência. O ponto já foi enfrentado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Tratava-se de caso no qual se discutiu a validade de deliberação social que excluía o autor de sociedade limitada brasileira de que era sócio em razão da decretação de sua falência na Argentina.⁶⁹ O acórdão, por votação majoritária, foi pela invalidade da deliberação social, essencialmente porque a sentença estrangeira de falência não fora previamente homologada pelo Superior Tribunal de Justiça. A posição da maioria a respeito da necessidade de homologação foi bem explicada no voto do desembargador Ênio Santarelli Zuliani, para quem a falência do sócio só teria repercussão nas relações sociais quando

os efeitos da falência impliquem na extinção do dever de colaboração que cada sócio deve dar a sociedade, porque se a falência não afetar a capacidade do sócio de continuar prestando a sua responsabilidade limitada ao capital social, será forçoso concluir que não há motivo jurídico ou econômico para a medida resolutiva da exclusão. [...] Portanto, o que interessa os demais sócios interessados em excluir o sócio falido, é o efeito da falência e não o fato declarado pela falência. [...] A falta da homologação da sentença estrangeira obsta que

68 Se a sociedade não for regida pelo direito brasileiro, então a questão dependerá do que dispuser a lei da nacionalidade da sociedade (*lex societatis*).

69 TJSP, j. 11.10.2007, Apelação Cível nº 450.267-4/0, Rel. Des. José Geraldo de Jacobina Rabello ("Sociedade comercial – Exclusão extrajudicial de sócio de empresas – Fundamento dos atos a incidir em falência do sócio em outro país – Necessidade de homologação da decisão estrangeira para se mostrar com eficácia no Brasil (Constituição Federal, artigo 105, n. I, letra "i"; CPC, artigo 483 – Causa invocada que não podia ser tomada como substituta de outro motivo grave para justificar as exclusões – Sociedade a não se confundirem com as empresas, cuja preservação é o que mais importa – Deliberações sociais de exclusão dos sócios anuladas – Apelação acolhida para esse requerido fim").

a massa falida possa exigir a liquidação do sócio [...], sendo que esta situação elimina o direito de exclusão do sócio, por justa causa.

Do trecho transcrito parece ser possível extrair que, para a maioria, o suporte fático do art. 1.030, parágrafo único do Código Civil dependeria não apenas da decretação de falência, mas de o falido ter perdido a disponibilidade de seus bens, o que, como visto, só ocorre após sua homologação.⁷⁰

Em judicioso voto divergente, porém, o desembargador Fernando Maia da Cunha sustentou que não se tratava, no caso, de cumprimento de sentença estrangeira – o qual dependeria de prévia homologação –, mas “de simples consideração de um motivo, como outro qualquer, com previsão legal, para justificar a exclusão do sócio autor”. E, mais adiante, embora sem nomeá-lo, prossegue o voto descrevendo o efeito de fato da sentença estrangeira de falência:

Impenoso repetir à exaustão, com a devida vênia da douta maioria, que não se trata de dar eficácia para cumprimento de sentença estrangeira no Brasil ao que seria indispensável a sua homologação junto ao Colendo Superior Tribunal de Justiça, mas de simples prova documental referente ao motivo que ensejou a exclusão do sócio autor. [...] Conquanto sutil, é diferente a eficácia para execução da sentença estrangeira no Brasil, a circunstância de ter, como motivação para a exclusão da sociedade, a confissão de estado falimentar na Argentina feita pelo autor ao pedir a própria falência. A prova documental existente a respeito não é para atos de execução daquele pedido falimentar, como arrecadação de bens e outros, mas exclusivamente para comprovar que, declarando-se o autor falido naquele País, dava motivo legal para a sua exclusão das empresas rés.

70 Essa parece também ser a posição do Superior Tribunal de Justiça, que, ao menos de passagem, reconheceu, justamente em razão desse dispositivo, o interesse dos sócios de sociedade brasileiro na homologação da sentença estrangeira de falência de outros sócios. Veja-se, a respeito da falência decretada em Portugal de sócios portugueses de sociedade brasileira, STJ, j. 12.5.2012, SEC 1735, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 3.6.2011; STJ, j.15.9.2010, SEC 1734, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Rel. p/ acórdão Min. Felix Fischer, DJe 16.2.2011.

Pode-se cogitar se o resultado do caso seria diferente se a exclusão do sócio tivesse como fundamento não o dispositivo legal, mas cláusula específica do contrato social que autorizasse a exclusão do sócio em caso de “falência decretada no Brasil ou no exterior, independentemente de prévia homologação pelo Superior Tribunal de Justiça”. Pressupondo-se que tal cláusula seja válida, então seria possível concluir que a sentença estrangeira de falência poderia ser considerada fato apto a satisfazer o suporte da disposição contratual e, assim, acarretar a exclusão do sócio independentemente de homologação.

III. Conclusão

Em conclusão, a sentença estrangeira de falência pode ser analisada sob dois perfis: como ato jurisdicional estrangeiro ou como fato jurídico. Como ato jurisdicional, a eficácia da sentença estrangeira de falência depende de prévia homologação pelo Superior Tribunal de Justiça. Assim, antes da homologação, o falido no exterior permanece *in bonis* no Brasil. Como fato jurídico, contudo, a eficácia da sentença estrangeira de falência – chamada de eficácia material ou eficácia de fato – só depende do que dispuser a norma material indicada pelo direito internacional privado brasileiro como aplicável pelo juiz brasileiro. A distinção entre eficácia sentencial e eficácia de fato, porém, nem sempre é simples.

Bons e relativamente incontroversos exemplos da eficácia de fato da sentença estrangeira de falência podem ser encontrados em negócios jurídicos que atribuem o poder de uma das partes pôr-lhes fim (por resolução ou resilição, conforme o caso) em razão de ter sido decretada a falência da outra parte no exterior. Para além daqueles criados no exercício da autonomia privada, há outros exemplos no direito brasileiro de situações em que pode se manifestar a eficácia de fato da sentença estrangeira de falência, como a exceção de insegurança (art. 477 CC), o sobrestamento da entrega da coisa ven-

dida (art. 495 CC), a garantia de restituição no mútuo (art. 590 CC), a substituição do fiador insolvente (art. 826 CC), a perda do benefício de ordem do fiador (art. 828, III CC) ou a exclusão do sócio falido da sociedade simples ou sociedade limitada regida supletivamente pelas regras da sociedade simples (art. 1.030, parágrafo único CC).

Em todos esses casos, porém, pode-se questionar se a eficácia de fato estaria condicionada à prévia homologação da sentença estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça. Quando se tratar de eficácia de fato prevista em negócio jurídico, a menos que interpretação contratual conduza à conclusão em contrário, a homologação é desnecessária. Quando, porém, a eficácia de fato é prevista em lei, a resposta depende exclusivamente de interpretação da norma que tiver programado a eficácia em questão, não havendo solução única para todos os casos.

**PROPRIEDADE
INTELLECTUAL**

PROPRIEDADE INTELLECTUAL

NANOTECNOLOGIA: CONSIDERAÇÕES GERAIS, PATENTEAMENTO E IMPLICAÇÕES PARA A SAÚDE PÚBLICA

NANOTECHNOLOGY: GENERAL, PATENTING AND IMPLICATIONS FOR PUBLIC HEALTH

*Leonardo da Silva Sant'Anna
Aldo Pacheco Ferreira
Maria Simone de Menezes Alencar*

Resumo: O presente trabalho tem por escopo apresentar a nanotecnologia, que é um campo do conhecimento científico multidisciplinar, baseado no desenvolvimento, na caracterização, na produção e na aplicação de estruturas, dispositivos e sistemas com forma e tamanho na escala nanométrica, que podem apresentar propriedades químicas, físico-químicas e comportamentais diferentes daquelas apresentadas em escalas maiores. O seu desenvolvimento tem sido apontado como uma nova revolução tecnológica, uma vez que é capaz de atuar em diversos setores da economia. Neste sentido, é importante analisar a produção de conhecimento, potenciais riscos à saúde pública, as ações empreendidas no sentido de adequação e modernização do marco regulatório no país para concessão de patentes e comercialização de produtos com nanopartículas.

Palavras-Chave: Nanotecnologia, Patenteamento, Saúde Pública

Abstract: The present work presents the nanotechnology,

which is a multidisciplinary scientific field based on the development, characterization, production and application of structures, devices and systems with a size on the nanometer scale that can provide chemical, physic-chemical and behavior different from those presented in larger scales. Its development has been touted as a new technological revolution, since it is capable of acting in various sectors of the economy. In this sense, it is important to analyze the production of knowledge, potential public health risks, the actions undertaken in order to adapt and modernize the regulatory framework in the country for patenting and marketing of products with nanoparticles.

Keywords: Nanotechnology, Patenting, Public Health.

SUMÁRIO: I – Introdução. II – O desenvolvimento. III – As patentes como elemento da Propriedade Industrial. IV – International Organization for Standardization. V – Nanotecnologia e Saúde. VI – Programas Governamentais. VII – Investimentos. VIII – A produtividade científica e tecnológica brasileira. IX – Potenciais Riscos, Patentamento e Regulação. X – Conclusão.

I – Introdução

A nanotecnologia introduz uma nova era tecnológica na história da sociedade humana, uma vez que suas ramificações estão presentes na maior parte das ciências e estabelecem novas formas de comunicação. Avaliar nanopartículas é estar diante de algo inimaginável, pois toda informação científica adquirida ainda não serve de parâmetro, uma vez que a dimensão influencia diretamente os nanomateriais. De tal modo que uma pequena diferença de dosagem pode ser letal ao ser humano, enquanto que na medida certa faz a ficção científica tornar-se realidade. Cabe salientar que o processo em si se traduz pela transdisciplinaridade e interdisciplinaridade do tema, e assim, subsidiam operações envolvendo a nanotecnologia e a sociedade em meio às imbricações da economia/avanço tecnológico,

avanço tecnológico/consumo, consumo/meio ambiente e nanotecnologia/direito.

As patentes são uma forma de monitorar a produção de produtos e serviços e se tratam de espécie do gênero propriedade industrial, ramo do Direito Comercial, visto que a propriedade industrial é um dos campos de estudo deste Direito. Por ser um processo inovador, há um incremento substancial do depósito de pedidos de nanopatentes em todo o mundo.

Entretanto, por conta da existência de uma lacuna quanto aos impactos ambientais e na saúde, estas temáticas têm sido objetos de discussões em todo o mundo. Sendo assim, torna-se relevante analisar o nanopatenteamento: a produção de conhecimento e potenciais riscos à saúde pública.

II – Revolução tecnológica

O desenvolvimento da nanotecnologia¹ tem sido apontado como uma nova revolução tecnológica, devido ao seu enorme potencial de inovação² para o desenvolvimento industrial e econômico³. Assim, a nanotecnologia é definida como um campo científico multidisciplinar baseado no desenvolvimento, na caracterização, na produção e na aplicação de estruturas, dispositivos e sistemas com forma e tamanho na escala nanométrica que podem apresentar propriedades químicas, físico-químicas e comportamentais diferentes daquelas apresentadas em escalas maiores⁴.

1 MEDEIROS, E. S.; PATERNO, L.G.; MATTOSO, L.H.C. Nanotecnologia. In: DURÁN, N.; MATTOSO, L.H.C.; MORAIS, P.C. (Eds.) *Nanotecnologia: introdução, preparação, e caracterização de nanomateriais e exemplos de aplicação*. São Paulo: Artliber, 2006, p. 13.

2 ROSSI-BERGMANN B.A. *Nanotecnologia: da saúde para além do determinismo tecnológico*, v. 60, n. 2. São Paulo: Ciência e Cultura (SBPC), 2008, pp. 54-57.

3 FERNANDES, M.F.M.; FILGUEIRAS, C.A.L. *Um panorama da nanotecnologia no Brasil (e seus macro-desafios)*. v. 31, n. 8. São Paulo: Quím. Nova, 2008, pp. 2205-2213.

Zanetti-Ramos & Creczynski-Pasa⁵ e Rossi-Bergmann⁶ revelam que esta nova tecnologia representa, potencialmente, um enorme mercado mundial, sendo que as regiões que mais investem em nanotecnologia são os EUA, Europa e Japão, entretanto países como a Rússia, China, Índia e Brasil têm feito investimentos significativos no setor nos últimos anos, onde os investimentos superam dois bilhões de dólares por ano.

Atualmente, as propriedades dos nanomateriais encontram aplicações em praticamente todos os setores industriais e de serviços, como cosmética, alimentícia, biotecnologia, medicina, farmacêutica, bem como setores de manufatura, energia, engenharia, negócios, eletrônica e educação⁷.

Segundo R. F. Wilson⁸ o termo “nanotecnologia” em muitos aspectos é impróprio:

[...] não trata de uma tecnologia, e sim de muitas. Ela inclui, desde os nanotubos de carbono de parede única, a marcadores quânticos, utilizados na imagem e como marcadores biológicos e, também “buckyballs”, uma nova forma de carbono (C60) utilizado para fabricar mais leves e mais fortes materiais. De acordo com a “National Nanotech Initiative”, nanotecnologia é uma tecnologia que envolve a imagem, medição, modelagem, ou manipulação da matéria a esta escala.

Os impactos ambientais e na saúde pelas nanotecnologias⁹

4 ROSSI-BERGMANN B.A. Op. Cit., p. 54-57.

5 ZANETTI-RAMOS, B.G.; CRECZYNSKI-PASA, T.B. *O desenvolvimento da nanotecnologia: cenário mundial e nacional de investimentos*. Rev. Bras. Farm., v. 89, n.2, 2008, pp. 95-101.

6 ROSSI-BERGMANN B.A. Op. Cit., pp. 54-57

7 MEDEIROS, E. S.; PATERNO, L.G.; MATTOSO, L.H.C. Op. Cit., p. 14.

8 WILSON, R.F. *Nanotechnology: the challenge of regulating known unknowns*. J. Law, Medicine & Ethics, local, v. 34, n. 4, 2006, pp. 704-713.

9 CRAMER, J.; ZEGVELD, W. C. L. *The Future Role of Technology in Environmental Management*. Futures, v. 23, n.5, 1991, pp. 461-72.

têm sido discutidos atualmente em todo mundo^{10,11}. Devido ao seu tamanho pequeno, os nanomateriais possuem propriedades físicas únicas que podem influenciar a sua absorção, distribuição e comportamento no organismo, bem como as torna difíceis de detectar e controlar¹². Além destas particularidades relacionadas à sua propriedade, existem outras preocupações que se devem ao fato de não existir longa experiência com nanomateriais, bem como poucas avaliações de exposição, de toxicologia, e pouca base para classificar os seus riscos¹³.

Schmidt¹⁴ informa que notícias sobre o risco da nanotecnologia surgiram a partir de estudos em relação à inalação de partículas de fuligem ultrafinas com dimensões em nanoescala. Após a inalação, algumas destas partículas conseguiram penetrar nas células endoteliais¹⁵ atingindo a circulação sanguínea, carreando estas partículas a órgãos potencialmente sensíveis, como por exemplo, a medula óssea, coração e sistema nervoso central.

Apesar das expectativas promissoras dos ganhos trazidos pela nanotecnologia, cresce da mesma forma a preocupação quanto a potenciais danos ao meio ambiente¹⁶. As mesmas especialidades que

10 Grupo ETC. *Nanotecnologia. Os Riscos da Tecnologia do Futuro*. L&PM Editores. Porto Alegre. 2005.

11 MARTINS, P R. *Nanotecnologia, Sociedade e Meio Ambiente*. Associação Editorial Humanitas: São Paulo, 2005.

12 RATTNER, H. *Nanotecnologia e a política de ciência e tecnologia*. Passages de Paris, n. 2, 2005, pp. 180-188.

13 MURRIELLO, S.; CONTIER, D., KNOBEL, M. *Desafios de uma exposição sobre nanociência e nanotecnologia*. JCOM. 2006.

14 SCHMIDT, C.W. *Nanotechnology-Related Environment, Health, and Safety Research, Examining the National Strategy*. Environmental Health Perspectives, v. 117, n. 4, 2009, pp. 158-161.

15 Célula endotelial é um tipo de célula achatada de espessura variável que recobre o interior dos vasos sanguíneos, especialmente os capilares sanguíneos, formando assim parte da sua parede.

tornam as nanopartículas interessantes do ponto de vista de aplicação tecnológica podem ser indesejáveis quando essas são liberadas ao meio ambiente¹⁷. O pequeno tamanho das nanopartículas facilita sua propagação e transporte nos diferentes ecossistemas e, por outro lado, tende a dificultar a remoção por necessitar de técnicas mais dispendiosas e especiais. A contaminação do meio ambiente por nanomateriais com grande área superficial, boa resistência mecânica e atividade catalítica pode resultar na concentração de compostos tóxicos na superfície das nanopartículas, com posterior transporte no meio ambiente ou acúmulo ao longo da cadeia alimentar; na adsorção de biomoléculas, com conseqüente interferência em processos biológicos 'in vivo', promovendo e facilitando a entrada e o acúmulo de nanopartículas em células vivas¹⁸; e, em suma, gerando uma maior resistência e persistência no meio ambiente, por participar de reações químicas indesejáveis no meio ambiente.

Staggeers et al¹⁹ alertam sobre preocupações mais imediatas de segurança na utilização de nanomateriais na área da saúde. Segundo os autores, pesquisadores, funcionários, consumidores ou os pacientes podem inadvertidamente inalar produtos terapêuticos. Deste modo, precauções para evitar a inalação de emergência são necessários, pois as proteções atuais com luvas, máscaras, botas podem não proporcionar uma proteção adequada. Logo são necessárias novas investigações sobre o assunto e investimentos em novos equipamentos de proteção individual, com regulamentação específica sobre o tema.

16 DAGANI, R. *Nanomaterials: Safe or Unsafe?* Chem. Eng. News, v. 81, n.17, 2003, pp. 30-33.

17 QUINA, F.H. *Nanotecnologia e o meio ambiente: perspectivas e riscos*, v.27, n. 6. São Paulo: Quím. Nova, 2004, pp. 1028-1029.

18 CARLES, M.; HERMOSILLA L. *O futuro da medicina: nanomedicina*. Revista Científica Eletrônica de medicina veterinária, v.6, n. 10, 2008. Disponível em "www.revista.inf.br" 2008. Acesso em: 15 fev. 2012.

19 STAGGEERS, N.; MC CASKY, T.; BRAZELTON, N.; KENNEDY, R. *Nanotechnology: The coming revolution and its implications for consumers, clinicians, and informatics*. Nursing Outlook, v. 56, n.5, 2008, pp. 268-274.

Em relação aos potenciais riscos e perigos oriundos do incremento da utilização da nanotecnologia, tanto os Estados Unidos e a União Européia abarcaram as primeiras discussões para a avaliação de risco de nanomateriais, bem como a necessidade de futura implementação de regras e legislação específicas a produtos que contêm em sua composição substâncias em nanoescala²⁰.

Por conseguinte, devem-se intensificar pesquisas de forma a identificar os potenciais riscos que os produtos nanotecnológicos podem trazer para a saúde humana e ao meio ambiente, além de identificar e analisar criticamente as principais regulações existentes no processo de concessão de patentes e comercialização de nanoprodutos a nível nacional, comparando seus diferentes textos e tipificando, em especial, restrições de natureza sanitária no sentido de adequação e modernização do marco regulatório no Brasil.

III – As patentes como elemento da Propriedade Industrial

A propriedade industrial é o ramo do conhecimento, também sendo do Direito, da Economia, etc. Trata dos bens imateriais, com aplicação industrial. A Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, que atualmente regulamenta a matéria é de fundamental relevância para a sociedade, visto que são dedicados à preservação de sua utilidade e desenvolvimento tecnológico e econômico.

A propriedade, a partir da Constituição Federal de 1988, deixa de ter apenas aspecto privado e teve mais um elemento a ser considerado, a sua função social²¹.

20 PASCHOALINO, M.P.; MARCONE, G.P.S.; e JARDIM, W.F. *Os Nanomateriais e a Questão Ambiental*, v. 33, n. 2. São Paulo: Quim. Nova, 2010, pp. 421-430.

21 SANT'ANNA, L. S.; PEREIRA, A. T. *O princípio da função social da propriedade e sua aplicação no âmbito da propriedade industrial*. RSDE. Revista Semestral de Direito Empresarial, v. 6, 2010, p. 181-203.

A função social da propriedade surge do objetivo primário do Estado em organizar a sociedade de forma justa e solidária. Desta forma é necessário que a propriedade, seja ela material ou imaterial, objetive um fim, devendo este ser de interesse coletivo.

A função que cada propriedade possui deverá ser respeitada a priori, a mera cumulação de riquezas não condiz mais com os interesses sociais atuais.

O direito sobre a utilização de marcas e sinais sempre preocupou o homem. Logo após a Revolução Industrial, esta inquietação sobre a propriedade industrial ficou mais patente obrigando que fosse disciplinada.

A internacionalização da proteção à propriedade intelectual ocorreu com a criação de um sistema internacional de propriedade intelectual. Foi materializado em 1883 com a Convenção de Paris pela Proteção da Propriedade Industrial (CUP) e, em 1886, com a Convenção de Berna pela Proteção do Trabalho Artístico e Literário (CUB).

Em 1893, a CUP e a CUB unificaram seus escritórios dando origem ao Bureaux Internationaux Réunis pour la Protection de la Propriété Intellectuelle (BIRPI), acrônimo francês que significa Escritório Internacional Unificado pela Proteção da Propriedade Intelectual, que teria a função de administrar ambos os acordos.

A Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), ou em inglês *World Intellectual Property Organization* (WIPO) é uma entidade internacional com sede em Genebra (Suíça) e integra o sistema da Organização das Nações Unidas (ONU). É uma das 17 agências especializadas da ONU e tem por propósito a promoção da proteção da propriedade intelectual ao redor do mundo através da cooperação entre Estados-membros e foi criada em 1967.

No Brasil, a primeira legislação que regulou o instituto foi o Alvará de 28 de abril de 1809, que dispunha que:

[...] VI – Sendo muito conveniente que os inventores e introductores de alguma nova machina, e invenção nas artes, gozem do privilegio exclusivo além do direito que possam ter ao favor pecuniário, que sou servido estabelecer em beneficio da industria das artes; ordeno que todas as pessoas que estiverem neste caso apresentem o plano do seu novo intento à Real Junta do Commercio; e que esta, reconhecendo a verdade, e fundamento delle, lhes conceda o privilégio exclusivo por quatorze annos, ficando obrigadas a publicar-o depois, para que no fim desse prazo toda a Nação goze do fructo dessa invenção. Ordeno outrosim, que se faça uma exacta revisão dos que se acham actualmente concedidos, fazendo-se publico na fórma acima determinada, e revogando-se todos os que por falsa allegação, ou sem bem fundadas razões obtiveram semelhantes concessões²².

Posteriormente as Constituições²³ regulamentaram o privilégio temporário exclusivo sobre patentes e invenções.

A propriedade imaterial, ou direitos imateriais, é gênero de que são espécies a propriedade intelectual e os direitos de personalidade. A propriedade intelectual, por sua vez, divide-se entre os direitos autorais e conexos, e a propriedade industrial.

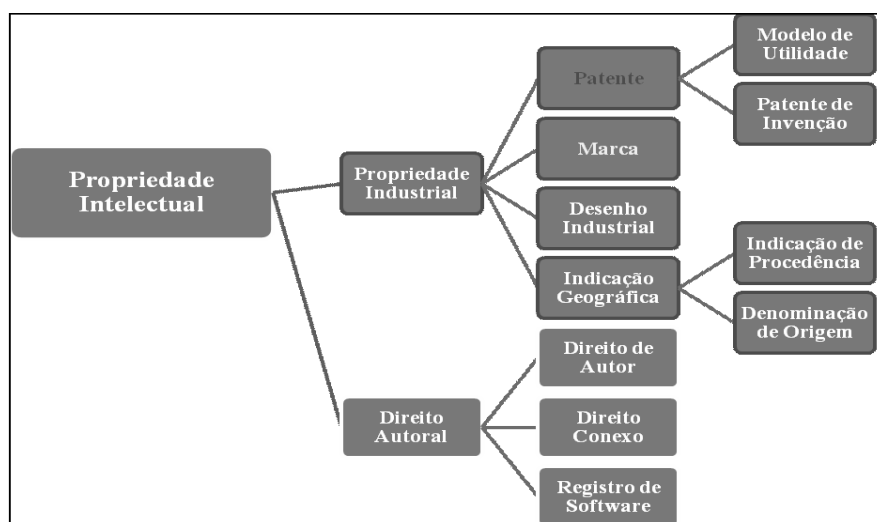
22 Manteve-se a grafia da época.

23 Na Carta Imperial de 1824 e na Carta Republicana de 1891, vigia, ainda, um conceito individualista de propriedade, compatível com o período histórico de suas edições, garantindo o “direito de propriedade toda a sua plenitude”, só excepcionado pela desapropriação. Com a edição da Constituição de 1934, foi introduzida (art. 113, nº 17) a garantia de que o direito “de propriedade não poderá ser exercido contra o interesse social ou colectivo”.

Com o fim do “Estado Novo” de Vargas, a Constituição de 1946, é minudente na definição da função social e, embora garantido o direito de propriedade (art. 141, §16) no art. 147 ressalva que: “O uso da propriedade será condicionado ao bem estar social. A lei poderá com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”. A Constituição de 1967, com a redação introduzida pela Emenda Constitucional de 1969, manteve em parte o dispositivo (art. 160, III), acomodando-o à situação política vigente, sem afastar a propriedade de “sua característica básica”, ou seja, o cumprimento da função social. SOARES, V. B. N. *O Direito de Propriedade: Caracterização na Concepção de Autores Clássicos e Contemporâneos e Breves Comentários Acerca da Função Social*. Derecho y Cambio Social. n.7, 2006. Disponível em: “<http://www.derechoycambiosocial.com/revista007/propiedad.htm>”. Acesso em: 02 jan. 2010.

A patente pode ser de modelo de utilidade ou de invenção. É uma espécie do gênero propriedade industrial, que também possui a marca, a indicação geográfica e o desenho industrial. A propriedade industrial compõe o patrimônio do homem, sendo esta imaterial, pois incide sobre as criações intelectuais destinadas à indústria, marcas, desenhos ou invenções. Destaca-se também que possui tratamento diferente daquela propriedade disposta no Código Civil, sendo regulada pela Lei nº 9.279/96. A figura 1 denota as questões de patente como propriedade intelectual.

Figura 1. Esquema diagramático da patente como parte da propriedade intelectual



Fonte: Elaboração própria

As Leis nº 9.609 e nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, normatizam a propriedade intelectual de programa de computador e sua comercialização, bem como os direitos autorais, respectivamente.

Na Constituição Federal de 1988, o tema é previsto no artigo 5º, inciso XXIX, *in verbis*:

XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

IV – *International Organization for Standardization*

Em abril de 2007, o periódico ISO FOCUS, que é publicado pelo *International Organization for Standardization* (ISO), foi dedicado a Nanotecnologia. Essa organização tem olvidado esforços no sentido de estruturar normas para esse campo do conhecimento. Ainda em 2007, o Comitê Técnico (ISO TC 229) focou em padronizar um conjunto de práticas nas áreas de saúde, segurança e meio ambiente em nanotecnologias²⁴ (Priestly et al., 2007). Esse projeto definiu as seguintes especificações:

Compreensão e controle da matéria e processos em escala nanométrica, tipicamente, mas não exclusivamente, abaixo de 100 nanômetros em uma ou mais dimensões onde o aparecimento de fenômenos dependentes de tamanho permite normalmente novas aplicações;

Utilização das propriedades de materiais em nanoescala que diferem das propriedades dos átomos individuais, moléculas e da matéria a granel, para criar melhores materiais, dispositivos e sistemas que explorem essas novas propriedades.

V – Nanotecnologia e Saúde

No setor da saúde, a nanotecnologia tem sido apontada como uma das áreas de grande potencial para atender os Objetivos do Mi-

24 PRIESTLY, B.G; Harford, A.J; and SIM, M.R. *Nanotechnology: a promising new technology— but how safe? MJA, local*, v. 186, n.4, 2007, pp. 187-188.

lênio das Organizações das Nações Unidas (ONU). Salamanca-Buentello et al²⁵ mapearam as dez aplicações mais importantes da nanotecnologia, e de que forma estas podem contribuir para alcançar as metas propostas pela ONU. Dentre estas, três estão relacionadas com a saúde: (i) mapeamento e diagnóstico de doenças; (ii) sistema para liberação de drogas; e (iii) monitoramento da saúde

No tocante ao mapeamento e diagnóstico de doenças, pode-se observar o desenvolvimento de diagnósticos ultra-rápidos e sensíveis usando nanosensores. Diagnósticos rápidos que requerem diminutas amostras biológicas estão sendo desenvolvidos por microfluídica e nanotécnicas, usando partículas como pontos quânticos, nanopartículas de ouro, nanopartículas magnéticas ou fulerenos²⁶.

Um dos setores da nanotecnologia com maior potencial de aplicação são os sistemas de carregamento e liberação de drogas. Drogas que foram anteriormente descartadas podem ser utilizadas em escala nanométrica²⁷ por ter suas propriedades alteradas nesta dimensão²⁸. Com a utilização desta nova tecnologia, surge a possibilidade do patenteamento de novos produtos e processo.

A importância da nanotecnologia para a saúde pública é atestada por Rossi-Bergmann²⁹, que afirma haver vantagens dos sistemas de liberação controlada de fármacos sobre os sistemas convencionais, pois estes podem resultar em maiores benefícios à sociedade:

25 SALAMANCA-BUENTELO F, PERSAD D.L, COURT E.B, MARTIN D.K., DAAR A.S. *Nanotechnology and the Developing World. PLoS Med*, n. 2, v. 5, 2005, p. 97.

26 JAIN, K.K. *Nanotechnology in clinical laboratory diagnostics*. *Clinica Chimica Acta* v.358, n.1-2, Aug. 2005, pp. 37-54.

27 SHAFFER, C. *Nanomedicine transforms drug delivery*. *Drug Discovery Today*, local, v.10, n.2324, 2005, pp. 1581-1582.

28 ALENCAR, M.S.M. *Estudo de futuro através da aplicação de técnicas de prospecção tecnológica: o caso da nanotecnologia*. Rio de Janeiro, 2008. 193 f. Tese (Doutorado) — Escola de Química, Universidade Federal do Rio de Janeiro.

29 ROSSI-BERGMANN B.A. Op. Cit., 2008, pp. 54-57.

Os sistemas de liberação controlada de fármacos apresentam várias vantagens em relação aos sistemas convencionais, tais como: a) maior controle da liberação do princípio ativo, diminuindo o aparecimento de doses tóxicas e subterapêuticas; (b) utilização de menor quantidade do princípio ativo, resultando em menor custo; (c) maior intervalo de administração; (e) melhor aceitação do tratamento pelo paciente; (f) possibilidade de direcionamento do princípio ativo para seu alvo específico.

Por conseguinte, devem-se intensificar pesquisas de forma a identificar os potenciais riscos que os produtos nanotecnológicos podem trazer para a saúde humana e ao meio ambiente, além de identificar e analisar criticamente as principais regulações existentes no processo de concessão de patentes e comercialização de nanoprodutos a nível nacional, comparando seus diferentes textos e tipificando, em especial, restrições de natureza sanitária no sentido de adequação e modernização do marco regulatório no Brasil, o que será desenvolvido nesta pesquisa.

O monitoramento para a saúde é uma área de vital relevância nos dias atuais, porque este é proposto dentro de um novo paradigma em que o foco principal é o usuário do sistema de saúde, permitindo que a informação monitorada possa ser conhecida à distância³⁰.

Dispositivos implantáveis no organismo podem monitorar continuamente os níveis sanguíneos de certos indicadores biológicos e ajustar automaticamente a liberação de drogas em quantidades apropriadas. Por exemplo, no diabetes o paciente poderá acompanhar os níveis de açúcar no sangue em tempo real e administrar ele mesmo as doses necessárias de insulina³¹.

30 SENE, JÚNIOR, I.G. *Arquitetura para desenvolvimento de aplicações de rede de sensores para monitoramento da saúde humana*. Brasília, 2009. 162 f. Tese (Doutorado) Engenharia Elétrica. Universidade de Brasília.

31 ARYA, A. K.; KUMAR, L.; POKHARIA, D.; TRIPATHI, K. *Applications of Nanotechnology in Diabetes*. Digest Journal of Nanomaterials and Biostructures, v. 3, n.4, 2008, pp. 221-225.

Rossi-Bergmann³² (2008) também ressalta que:

As nanotecnologias têm sido muito utilizadas na saúde. O aumento exponencial nos últimos anos no depósito de patentes de novos materiais biocompatíveis e de novos processos de preparação e funcionalização de nanopartículas para diagnóstico ou tratamento de doenças reflete sua enorme potencialidade.

VI – Programas Governamentais

No Brasil, estudos relacionados à nanotecnologia vêm sendo incentivados pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) e Ministério de Ciência e Tecnologia (MCT), desde 2001, quando foram criadas 4 redes de pesquisa em Nanociência e Nanotecnologia, nas seguintes áreas: (i) Materiais Nanoestruturados; (ii) Interfaces e Nanotecnologia Molecular; (iii) Nanobiotecnologia; e (iv) Nanodispositivos Semicondutores.

Com o objetivo de promover o desenvolvimento novos produtos e processos em nanotecnologia com vista ao aumento da competitividade da indústria no país, algumas iniciativas foram desenvolvidas pelo Governo Federal, entre elas destacam-se as ações do Programa “Desenvolvimento da Nanociência e Nanotecnologia”, no âmbito do Plano Plurianual (PPA)³³ 2004-2007, a criação da Ação Transversal de Nanotecnologia nos Fundos Setoriais.

Em 2005, o Governo Federal realizou o lançamento do Programa Nacional de Nanotecnologia³⁴ (PNN), que uniu as ações do Pro-

32 ROSSI-BERGMANN B.A. Op. Cit., pp. 54-57.

33 As medidas, gastos e objetivos a serem seguidos pelo Governo Federal são definidos por planos quadrienais, denominados Plano Plurianual (PPA).

34 BRASIL. Ministério da Ciência e Tecnologia. Programa Nacional de Nanotecnologia. 2005. Disponível em: <http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/27137.html>. Acesso em: 02 dez. 2010.

grama de Desenvolvimento da Nanociência e da Nanotecnologia do PPA 2004-2007, com outras ações de grande impacto nos cenários científico e tecnológico brasileiro, as quais foram possibilitadas por recursos provenientes da Ação Transversal de Nanotecnologia³⁵.

Vale destacar que o PNN foi composto por um conjunto de ações apoiadas com quatro ações: (i) Apoio a Redes e Laboratórios de Nanotecnologia; (ii) Implantação de Laboratórios e Redes de Micro e de Nanotecnologia; (iii) Fomento a Projetos de Pesquisa e Desenvolvimento em Micro e Nanotecnologia; e (iv) Fomento a Projetos Institucionais de Pesquisa e Desenvolvimento em Nanociência e Nanotecnologia.

Iniciativas também foram desenvolvidas a nível internacional entre elas a criação do Centro Binacional de Nanociências e Nanotecnologia entre Brasil e Argentina (CBAN), em 2005.

O Programa de Ciência, Tecnologia e Inovação (C,T&I) para Nanotecnologia no período de 2007-2010 foi composto por um conjunto de ações planejadas no Plano de Ação em Ciência, Tecnologia e Inovação (PACTI) e no PPA 2007-2010, além daquelas propostas pelo Programa de Desenvolvimento Produtivo (PDP), no âmbito do Programa Mobilizador na Área Estratégica de Nanotecnologia³⁶.

Segundo o PACTI, o foco das ações governamentais para o desenvolvimento da nanociência e da nanotecnologia brasileira concentra-se no apoio às seguintes ações: a) projetos de pesquisa básica; b) projetos de P,D&I e institucionais entre ICTs³⁷ e sociedades empresárias; c) formação de redes de pesquisa em nanotecnologia; d) infraestrutura de laboratórios (nacionais e regionais multiusuários); e)

35 FERNANDES, M.F.M.; FILGUEIRAS, C.A.L. *Um panorama da nanotecnologia no Brasil (e seus macro-desafios)*. Quím. Nova, São Paulo, v. 31, n. 8, 2008, p. 2205-2213.

36 BRASIL. Ministério da Ciência e Tecnologia. Plano de Ação em Ciência, Tecnologia e Inovação Principais Resultados e Avanços 2007-2010. 2010. Disponível em: "<http://www.protec.org.br/arquivos/publicacoes/Balan%C3%A7oPACTI.PDF>" Acesso em: 25 dez. 2010.

37 Institutos de Ciência e Tecnologia.

cooperação internacional; f) formação e capacitação de recursos humanos; g) apoio a sociedades incubadas; e h) subvenção econômica nas sociedades.

Entre os principais resultados alcançados neste período destacam-se:

- A implantação de seis laboratórios multiusuários de nanotecnologia: Centro de Pesquisas Estratégicas do Nordeste (CETENE), Centro Brasileiro de Pesquisas Físicas (CBPF), Laboratório de Nanometrologia do Inmetro, Laboratório Nacional de Nanotecnologia para o Agromércio (Embrapa Instrumentação-São Carlos), Laboratório Regional de Nanotecnologia (LRNano), na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), e Centro de Nanociência e Nanotecnologia Cesar Lattes (C2Nano), em Campinas;
- Com relação à pesquisa básica, foram apoiados 175 projetos de pesquisa até 2010;
- Em termos de formação e capacitação de recursos humanos, a existência de 376 alunos de pós-graduação, no Brasil, com projetos na área de nanotecnologia. Nesse aspecto, levantamento realizado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) registra 1.644 projetos em nanotecnologia. Foram realizados em 2008 e 2009 treze eventos organizados pela Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI) e MCT visando articulação com a PDP. Em 2010 ocorreu o lançamento do Edital MCT/CNPq nº 74/2010 para seleção pública de propostas para apoio à formação de redes cooperativas de pesquisa e desenvolvimento em Nanociência e nanotecnologia; e
- Foram assinados acordos bilaterais de cooperação em nanotecnologia, com México, Portugal, China, Espanha e Cuba.

São consideradas prioritárias para a ampliação dos investimentos em P&D da economia brasileira as tecnologias da informação e da comunicação; aeroespacial e de defesa; o complexo econômico-

industrial da saúde; e as tecnologias transversais como biotecnologia e nanotecnologia, que possuem aplicações nos mais diversos setores de atividade, e que devem ser fomentadas com ênfase na política industrial³⁸.

Como tecnologias portadoras de futuro, a nanotecnologia e a biotecnologia são tratadas conjuntamente nas políticas governamentais brasileiras. As metas do Plano Plurianual que impactam esses setores para o período de 2012-2015 são:

- Aumentar de 41% para 50% a participação dos setores estratégicos no dispêndio empresarial brasileiro em pesquisa e desenvolvimento;
- Aumentar em 40% do número de pedidos de patentes de produtos, processos e serviços biotecnológicos depositados no Brasil e no exterior por residentes no país; e
- ampliar para 120 o número de sociedades empresárias que realizam pesquisa e desenvolvimento em nanotecnologia em seus processos produtivos.

O Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC) será responsável por promover a competitividade das sociedades de base biotecnológica e nanotecnológica, por meio do fortalecimento da capacidade inovativa e adensamento da cadeia produtiva da indústria, via atração de investimentos e oferta de infraestrutura tecnológica para alcance de economia de escala no período. As metas previstas para este ministério em relação à nanotecnologia no quadriênio 2012-2015 são:

- Realização de duas rodadas de negócios para sociedades empresárias, academia e governo;

38 BRASIL. Ministério do Planejamento. Plano Plurianual 2012-2015. 2011. Disponível em: <http://ppa20122015.planejamento.gov.br>. Acesso em: 02 fev. 2012.

- Fixação de sociedades empresárias âncora para os núcleos de nanotecnologia e biotecnologia, como estratégia de atração; e
- Divulgação, junto à sociedade, do papel da biotecnologia e da nanotecnologia como fator de melhoria na qualidade de vida, geração de emprego, renda, produtos, processos e serviços.

VII – Investimentos

O Brasil é um país em estágio intermediário de desenvolvimento tecnológico, mesmo com a ampliação significativa do investimento em atividades de Ciência e Tecnologia (C&T) nos últimos anos. O dispêndio em C&T em relação ao PIB passou de 1,30%, em 2000, para 1,57% em 2009. Enquanto as economias desenvolvidas investem aproximadamente 2% do PIB em atividades de pesquisa científica e desenvolvimento tecnológico (P&D), o Brasil investiu 1,19% do PIB nessas atividades em 2009³⁹.

Nesse sentido, faz-se necessária a ampliação dos investimentos em P&D no país. Esta é uma preocupação explicitada no PPA 2012-2015 no tocante às Políticas de Desenvolvimento Produtivo e Ambiental, que propõe a meta de crescimento de investimentos de 0,59% do PIB, em 2010, para 0,9% do PIB, em 2015. Este documento prevê ainda estímulo para que as sociedades empresárias inovadoras se utilizem ao menos de um dos diferentes instrumentos de apoio governamental à inovação, aumentando de 22,3% para 30% sua participação e, assim, elevando de 3.425 para 5.000 o número de sociedades empresárias que fazem P&D contínuo.

39 BRASIL. Ministério da Ciência e Tecnologia. Plano de Ação em Ciência, Tecnologia e Inovação Principais Resultados e Avanços 2007-2010. 2010. Disponível em: "<http://www.protec.org.br/arquivos/publicacoes/Balan%C3%A7oPACTI.PDF>". Acesso em: 25 dez. 2010.

VIII – A produtividade científica e tecnológica brasileira

Segundo o relatório “Nanotecnologia: Investimentos, Resultados e Demandas”, divulgado em 2006 pelo MCT⁴⁰, entre 2002 e 2005 houve o envolvimento de 77 instituições de ensino e pesquisa, 13 sociedades, além de 300 pesquisadores, que publicaram mais de 1.000 artigos científicos e depositaram mais de 90 patentes⁴¹.

Neste sentido, o Brasil vem investindo cada vez mais em nanotecnologia. Segundo Fernandes & Filgueiras⁴² a produção científica em nanociência e nanotecnologia (N&N) no Brasil desfruta de certo prestígio no cenário mundial, com uma comunidade científica composta por cerca de três mil indivíduos e a melhor infra-estrutura da América Latina. Entretanto, quando se trata de produção de inovações percebe-se o país precisa melhorar, apesar do governo federal estar investindo em uma série de instrumentos que visam fortalecer o potencial inovador brasileiro em N&N, como os editais do CNPq e da Financiadora de Estudos e Projetos (FINEP) voltados ao desenvolvimento tecnológico de produtos, processos ou serviços nesta área, bem como em estratégias regulamentadoras como a Lei de Inovação, Lei nº 10.973 de 2004, que estabelece medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, com vistas à capacitação e ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento industrial do País.

Em estudo realizado pelo Núcleo de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, em 2004, foram destacados alguns dados relevantes sobre o patenteamento em nanotecnologia e sua comer-

40 BRASIL. Ministério da Ciência e Tecnologia. Nanotecnologia: Investimentos, Resultados e Demandas. 2006. Disponível em: “http://www.mct.gov.br/upd_blob/0008/8075.pdf”. Acesso em: 02 dez. 2010

41 GONCALVES DA SILVA, C. *O Programa Nacional de Nanotecnologia e o Centro Nacional de Referência em Nanotecnologia*, 2003. Disponível em: “http://www.lnls.br/info/programaNano_a.pdf”. Acesso em 01 jun. 2010.

42 FERNANDES, M.F.M.; FILGUEIRAS, C.A.L. Op. Cit., pp. 2205-2213.

cialização. Segundo este estudo, a nanotecnologia por ser pervasiva, ou seja, sua tecnologia ser de interesse a todos os setores da economia, as sociedades de todos os setores industriais estão desenvolvendo produtos nanotecnológicos ou já incorporaram aos seus portfólios algumas patentes nanotecnológicas. Além disto, com a incorporação da extensão de patentes para outro país, realizada pelas sociedades empresárias, percebe-se que no Brasil, no ano de 2004, existiam mais de duzentas patentes estendidas por sociedades empresárias estrangeiras, que representam 90% do total de patentes relacionadas à nanotecnologia depositadas no INPI⁴³.

O Brasil tem demonstrado um grande potencial para desenvolvimento na área de N&N, entretanto o número de patentes registradas no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) ainda é incipiente. Segundo Marcelo Tredinnick⁴⁴, examinador de patentes do INPI, o número de patentes em nanotecnologia concedidas no Brasil ainda é muito baixo em comparação com países desenvolvidos. Até 2006, o Brasil ainda não tinha patentes concedidas, apesar de existirem no INPI treze registros de depósitos de patentes nesta área. Dentre as metas propostas do Grupo de Trabalho do MCT na criação do Programa Nacional de Nanotecnologia destacou-se a necessidade da criação de uma cultura patentária, ou seja, a importância de levar a registro o fruto do desenvolvimento tecnológico, bem como o uso das informações contidas nos documentos de patentes.

Em suma, todo este cenário que se aponta no País sobre a nanociência e nanotecnologia nos revela que esta tecnologia está sendo desenvolvida e comercializada no país, entretanto percebe-se que esta nova tecnologia resente de uma normatização, isto é, de normas e padrões que constituem instrumentos importantes para a

43 BRASIL. Estudos Estratégicos em Nanotecnologia. Brasília: Núcleo de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, 2004

44 TREDINNICK, M.R.A.C. Painel: uma questão crítica: depósitos das patentes de nanotecnologia no Brasil. 2006. Palestra proferida no II Congresso e Feira Internacional de Nanotecnologia (Nanotec 2006).

fabricação de produtos, como ocorreu no processo de regulamentação dos produtos transgênicos. Neste sentido, dada a falta de amplo conhecimento do que seja nanotecnologia por parte de consumidores e reguladores, bem como o desconhecimento dos riscos que podem estar associados à produção e ao uso desta tecnologia, tornam-se necessárias cautela e maior regulamentação.

IX – Potenciais Riscos, Patenteamento e Regulação

Fica patente que o comportamento de nanomateriais pode trazer riscos à saúde humana e ao meio ambiente e, portanto, investigações sobre os riscos em nanotecnologia devem ser incentivadas e realizadas em todo o mundo. Não há consenso com se deve fazer a regulação do setor e assim há quem considera que uma saída para a regulamentação do setor seria a adequação das normas já existentes para os produtos em escala nano⁴⁵ (Paschoalino et al., 2010).

Segundo Valle⁴⁶ (2006), é necessário que haja maior investimento sobre a nanosseguurança, conjunto de estudos e procedimentos que visa controlar eventuais problemas suscitados pelas pesquisas nanotecnológicas. E ressalta que:

[...] verificamos que existe muita ciência para produzir um produto, mas pouca para analisar as questões de segurança. [...] Considerando ser o lobby e o poder das nanotecnologias maior do que o da engenharia genética, o cenário brasileiro para se aprovar e implementar uma legislação com preocupações ambientais e com a saúde humana é sombrio. [...] a lógica das políticas oficiais e dos atuais governantes é liberar as tecnologias com uma visão desenvolvimentista de curto prazo. Como outras tecnologias no passado, alguma medida de con-

45 PASCHOALINO, M.P.; MARCONE, G.P.S.; e JARDIM, W.F. Op. Cit., pp. 421-430.

46 VALLE, S. *Uma reflexão sobre nanosseguurança*. In: MARTINS, Paulo Roberto (org). *Nanotecnologia, sociedade e meio ambiente*. São Paulo: Xamã, 2006.

trole e mitigação só será implementada, lamentavelmente, após um grave acidente que, em determinadas circunstâncias, poderá ter enorme impacto social e econômico.

Tais questões suscitam a reflexão sobre a regulamentação e regulação dos produtos e processos que envolvam a nanotecnologia. Esse movimento segue a lógica ocorrida em outras tecnologias tais como a de genoma ou de organismos geneticamente modificados, que desenvolveram programas de pesquisa denominados ELSI (*ethical, legal, and societal implications*). Na área de nano há uma iniciativa denominada NELSI (*Nanotechnology's ethical, legal, and societal implications*) que é foco de pesquisa do *The Center on Nanotechnology and Society (Nano & Society)*, ligado ao *Illinois Institute of Technology* (IIT).

No cenário mundial, várias iniciativas para normalização das nanotecnologias vêm sendo realizadas. O Congresso Americano, através de ato do Presidente George W. Bush em dezembro de 2003, declarou que a Iniciativa Nacional de Nanotecnologia não deve ser limitada a questões técnicas, mas também engajamento com questões conexas como éticas, legais, sociais, de saúde, ambientais, de segurança, que envolvem a força de trabalho e educação⁴⁷.

Em 2005, aconteceu a Primeira Reunião Internacional sobre Normalização das Nanotecnologias, organizada pela *British Standards Institution* (BSI, órgão de normalização britânico), da qual participaram delegações de 22 países, como, por exemplo, a AFNOR (Associação Francesa de Normalização). A proposta do BSI foi assegurar que o Reino Unido tenha um papel de vanguarda na criação de normas, que garantirão ao país o crescimento dessa indústria emergente. Em outros países como Japão e Alemanha também foram realizadas várias discussões relativas à necessidade ou não de legislações nacionais específicas.

47 CAMERON, N.M.S. *The NELSI imperative: nano ethical, legal and social issues, and federal policy development*. *Nanotechnology Law & Business*, v. 3, n. 2, 2006, pp. 159-166.

No Brasil, o tema tem sido discutido pela Rede Brasileira de Pesquisa em Nanotecnologia, Sociedade e Meio Ambiente (Renanosoma), que desde 2004 realiza seminários a cada biênio.

O segundo seminário sobre Nanotecnologia, Sociedade e Meio Ambiente, realizado em 2006, dividiu-se em 6 sessões onde foram debatidas questões relacionadas a regulação, com diversos pesquisadores nacionais e internacionais. Na sessão intitulada a “Nanotecnologia, Inovação e Regulação” teve, entre outros expositores, a advogada e coordenadora do Núcleo de Propriedade Intelectual do Centro Universitário do Pará, ex-secretária-executiva da CTNbio⁴⁸/MCT e membro da Renanosoma, Eliane Cristina P. Moreira, que discorreu sobre a necessidade de definir políticas públicas capazes de direcionar o País para qual caminho que ele quer seguir em relação à nanotecnologia e os riscos que ela comporta. Segundo Moreira⁴⁹ (2006):

A regulamentação de um tema aponta para onde o país quer caminhar e, nesse sentido, ela pode ser utilizada com diversos fins. Ela pode ser utilizada para potencializar a tecnologia, ou seja, para fazer com que esta se desenvolva de forma ainda mais célere e com uma atuação estatal mínima (este o sentido da lei dos Estados Unidos: seu mote é permitir que o país tenha a liderança na nanotecnologia), ou pode-se encaminhar para um sistema de proteção, não da tecnologia, mas do cidadão – aliás, este sim sujeito de direitos – pela via de um sistema de controle e fiscalização dos usos e aplicações de uma determinada tecnologia. É possível, no outro extremo, pensar na proibição de uma tecnologia, com a finalidade de vedar o desenvolvimento da tecnologia ou para prever e decidir sobre as conseqüências dessa tecnologia. Ou seja, antes de pensar na regulamentação deste

48 Comissão Técnica Nacional de Biossegurança.

49 MOREIRA, E.C.P, Nanotecnologia e regulação: as inter-relações entre o Direito e as ciências In: MARTINS, Paulo Roberto (org). *Nanotecnologia, sociedade e meio ambiente*. São Paulo: Xamã, 2006.

tema, é preciso apontar opções sociais e políticas, e esta é a tarefa mais árdua nos processos legislativos do Brasil.

O último seminário sobre Nanotecnologia, Sociedade e Meio Ambiente realizado em 2010, ocorreu na cidade do Rio de Janeiro, tendo sido organizado pela Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ).

Em nível governamental foi criado um Grupo de Trabalho (GT) sobre Marco Regulatório no Fórum de Competitividade de Nanotecnologia. Este Fórum foi criado no final de 2009, por iniciativa do MDIC, de acordo com os objetivos da PDP, fortalecendo a Nanotecnologia como programa mobilizador em área estratégica. Participam do Fórum de Competitividade de Nanotecnologia representantes do setor privado, academia e governo.

Além do GT de Marco Regulatório, o fórum é composto ainda de outros três grupos: ⁵⁰.

O grupo de trabalho sobre marco regulatório inicialmente tinha as seguintes propostas:

1. Estudo da regulação de insumos, intermediários e produtos nanotecnológicos com base na legislação vigente;
2. Inclusão da Agenda Nanotecnológica nas agências reguladoras nacionais, contemplando a discussão técnica com representantes dos três atores: governo, indústria e academia;
3. Estudo da legislação vigente para produtos dos diferentes setores econômicos e sua análise para abranger os produtos nanotecnológicos;
4. Identificação de eventuais barreiras não tarifárias impostas por outros países;

50 Mais informações sobre o Fórum podem ser obtidas em <http://www.mdic.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=3&menu=2469&refr=2469>.

5. Nanometrologia – rede laboratorial pública acreditada;
6. Integração do Brasil com redes internacionais – aspectos regulatórios; e
7. Promover interface com outros Fóruns de Competitividade da PDP que contemplem nanotecnologia.

O grupo de trabalho realizou várias reuniões desde o seu início e utiliza a definição da ISO TC 229 (citada anteriormente) sobre nanotecnologia. A última reunião realizada na cidade de São Paulo, no final de 2011, cuja coordenação dos trabalhos esteve a cargo do Prof. Dr. Wilson Engelmann (Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS), e tem a pretensão de elaborar o Termo de Referência do marco legal e legislação para o desenvolvimento de inovações para a indústria com base na nanotecnologia e compará-la com EUA, Canadá, demais países dos BRICS, União Européia e Mercosul. O estudo deverá abranger toda a legislação que se refere à regulação e aos incentivos para a indústria que atue com inovações de base nanotecnológica.

Pat Mooney⁵¹, diretor do ETC Group, organização não governamental (ONG) que monitora novas tecnologias, entende que se deve haver preocupação com concessões de patentes, porque se age com manipulação a nível básico, podendo ocorrer a possibilidade de uma sociedade empresária monopolizar parte da produção de um setor.

Em suma, é válido ressaltar que as diversas leis existentes no País, podem até vir a respaldar o uso da nanotecnologia como é o caso da Lei nº 9.279/1996, conhecida como Lei de Propriedade Indus-

51 MOONEY, Pat. O discurso para a Rio+20 vende a ideia de que a solução de todos os problemas está na tecnologia, e não está. Revista Poli: saúde, educação, trabalho. Ano 4, n. 21, jan./fev. 2012. Disponível em <http://www.epsjv.fiocruz.br/upload/EdicoesRevistaPoli/R23.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2012.

trial (LPI), que regula os direitos e obrigações relativas à propriedade industrial, e dá outras providências e que foi alterada em alguns artigos pela Lei nº 10.196 de 2001. A LPI revogou a Lei nº 5.772 de 1971, o Código de Propriedade Industrial (CPI), e veio atualizar a legislação brasileira, que era protecionista ao extremo e atualiza nossa legislação para se adequar à competição mundial existente. O acordo TRIPS⁵² foi incorporado ao ordenamento através do Decreto nº 1.355, de 1994, e foi sem dúvida fator fundamental para atualização legislativa, bem como a pressão internacional sofrida para que se ajustasse às regras da Organização Mundial do Comércio (OMC).

Em termos práticos, a LPI permitiu um aumento de matérias patenteáveis, possibilitando a proteção em todos os campos tecnológicos.

Com base na da Lei nº 10.196/2001, houve importantes alterações ao texto da LPI, entre as quais permitiu que pedidos de patentes depositados até 31 de dezembro de 1994 referentes a produtos químico-farmacêuticos e medicamentos, e seus processos de obtenção ou modificação, fossem indeferidos, bem como o indeferimento dos pedidos de patentes de processos de obtenção de produtos químico-farmacêuticos e medicamentos apresentados entre 1º de janeiro de 1995 e 14 de maio de 1997. Além de ressaltar que a concessão de patentes para produtos e processos farmacêuticos dependerá da prévia anuência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária — ANVISA (Art. 229-C).

Entretanto, entendendo ser a nanotecnologia pervasiva, ou seja, capaz de atuar em diversos setores da economia, fica claro que para regular o uso e comercialização da nanotecnologia é necessário todo um arcabouço legislativo específico para o tema, como outros países vem desenvolvendo ao longo da última década.

52 É o mais recente acordo multilateral sobre patentes, o Acordo Sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (Acordo ADIPC) ou *Trade Related Intellectual Property Right Agreement* (TRIPS).

Os Organismos Geneticamente Modificados (OGMs) obtiveram com a Lei de Biossegurança, Lei 11.105 de 2005, a criação do seu marco regulatório próprio, deixando assim de também utilizar a LPI.

A ANVISA que foi criada pela Lei nº 9.782, em 1999, e teve sua legislação alterada pela MP 2190-34, de 23 de agosto de 2001, tem como objetivo conforme previsão legal, *in verbis*:

Art. 6º- A Agência terá por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras.

O Advogado-Geral da União, ministro Luís Inácio Lucena Adams, aprovou parecer que preserva a competência da ANVISA e do INPI para concessão de patentes de um medicamento. O objetivo é evitar a superposição de atribuições, pois a ANVISA havia ingressado com pedido de reconsideração. O Parecer reitera o posicionamento da AGU, firmado através da aprovação do Parecer nº 210/PGF/FA/2009, de 07 de janeiro de 2009, quando as autarquias solicitaram análise sobre as competências para a liberação das patentes, tendo em vista o conflito positivo de atribuições.

De acordo com o Parecer nº 337/PGF/FA/2010, de 07 de janeiro de 2011, cabe ao INPI analisar o cumprimento dos requisitos para a concessão de uma patente, que estão previstos na legislação que trata do assunto. Já a ANVISA não pode recusar a concessão da anuência prevista no art. 229-C da LPI, lastreada em requisitos de patenteabilidade, sendo que nada obsta que a ANVISA apresente ao INPI considerações sobre o disposto no artigo 31, para avaliar a segurança e eficácia do medicamento.

Art. 31. Publicado o pedido de patente e até o final do exame, será facultada a apresentação, pelos interessados, de documentos e informações para subsidiarem o exame.

X – Conclusão

A nanotecnologia caracteriza-se pela utilização das propriedades de materiais em nanoescala que diferem das propriedades dos átomos individuais, moléculas e da matéria a granel, para criar melhores materiais, dispositivos e sistemas que exploram essas novas propriedades.

A nanotecnologia tem sido apontada como uma das áreas de grande potencial para atender os Objetivos do Milênio das Organizações das Nações Unidas (ONU) com seus efeitos positivos, porém, tendo em vista prováveis efeitos negativos, não há consenso como se deve fazer a regulação do setor, e há quem considera que uma saída para a regulamentação seria a adequação das normas já existentes para os produtos em escala nano.

O Brasil deve efetivamente cumprir as metas previstas no Plano Plurianual que impacta para o setor da Nanotecnologia no período de 2012 a 2015.

**DIREITO
ECONÔMICO**

**O PROCESSO DE CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL
E SEUS REFLEXOS PERANTE O DIREITO DE LIVRE
CONCORRÊNCIA NO BRASIL À LUZ DA NOVA LEI
DO CADE E SUAS REPERCUSSÕES NAS ÁREAS DE
FUSÕES E AQUISIÇÕES**

**THE PROCESS OF BUSINESS CONCENTRATION AND ITS
CONSEQUENCES TO THE RIGHT OF FREE COMPETITION IN
BRAZIL UNDER THE NEW LAW OF CADE AND ITS EFFECTS IN
THE MERGERS AND ACQUISITIONS AREA**

Marcella Blok

Resumo: O presente artigo jurídico explorará o instituto da concentração econômica cada vez mais acirrada por conta das fusões e aquisições ocorridas no Brasil e mais presente no capitalismo mundial, o que traz importantes consequências nos âmbitos jurídico e comercial. Quer-se, aqui, expor o seu reflexo para a livre concorrência comercial, com base na regulamentação dada em nosso país, dando especial atenção à nova Lei do CADE e como ela passará a regular as fusões e aquisições ocorridas no Brasil, bem como o julgamento dos atos de concentração.

Abstract: This article will explore the legal institute of economic concentration increasingly fierce due to mergers and acquisitions in Brazil and present in world capitalism, which has important consequences in the legal and trade fields. We wish here to expose our reflection to the free trade competition, based on the rules given in

our country, giving special attention to the new Law of CADE and how it will regulate mergers and acquisitions in Brazil, as well as the judgment of concentration acts.

Palavras-Chave: Lei nº 12.529/2011. CADE. Fusões e Aquisições.

Keywords: Law nº 12.529/2011. CADE. Mergers and Acquisitions.

SUMÁRIO: 1 – Introdução. 2 – Da legislação pertinente. 2.1 – Da nova lei do CADE e de seu papel na defesa da concorrência e nos atos de concentração decorrentes das fusões e aquisições. 3 – Dos atos de concentração econômica em afronta à livre concorrência. 3.1 – Das infrações à ordem econômica. 4 – Das fusões e aquisições no âmbito do direito concorrencial e societário. 5 – Conclusão.

1 – Introdução

Com o advento da globalização, a concentração econômica das empresas torna-se uma exigência inevitável na reestruturação dos mercados, com vigorosos impactos na otimização de capital e na estrutura de empresas modernas.

Passa a ser necessária uma nova abordagem da reorganização das incorporações, não somente sob a égide da Lei das S.A., mas também pelo prisma anticoncorrencial.

A defesa da concorrência está pautada na proteção do mercado, ou seja, na busca da livre concorrência e da livre iniciativa, princípios estes constantes na ordem jurídica constitucional. A livre iniciativa visa motivar e reconhecer o direito de todos de explorar atividades empresariais, conferindo, dessa forma, autonomia patrimonial aos particulares e pessoas jurídicas.

Todo e qualquer ato que possa afetar as estruturas e condições de competição de um determinado mercado encontra-se sujeito

à apreciação e à aprovação pelo órgão nacional de defesa econômica, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

O Direito somente reprimirá o abuso de poder econômico que causar a eliminação da concorrência, domínio de mercado e aumento arbitrário dos lucros.

A Lei nº 12.529/2011, a qual entrou em vigor em maio, estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. Anteriormente, a defesa da concorrência era feita com base na Lei nº 8.884/94, a qual foi quase que totalmente revogada no que toca aos artigos 1º a 85 e 88 a 93, tendo sido mantidos em vigor apenas os artigos 86 e 87, que apenas alteravam o Código de Processo Penal e o Código de Defesa do Consumidor, respectivamente.

Com a abertura econômica pós 1990 que expôs o Brasil à concorrência internacional, são, cada vez mais comuns, as práticas de atos de concentração tais como os de fusões, aquisições e incorporações, visto que os diversos agentes econômicos globais têm sentido a necessidade de fortalecimento neste mercado mundial cada vez mais competitivo.

Abordar-se-á no capítulo segundo do presente ensaio a legislação pertinente ao tema, demonstrando os dispositivos constitucionais pátrios que regulam a livre concorrência por meio da repressão ao abuso de poder econômico que vise à eliminação da concorrência, domínio de mercado e o aumento arbitrário de lucros, dando, em seu subcapítulo próprio, especial ênfase à nova Lei do CADE – a Lei nº 12.529/2011. Com a nova lei, o CADE assumiu poderes decisórios e políticos mais significativos, sendo único órgão responsável por analisar e julgar as fusões e aquisições, além de ser responsável pela prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e, neste diapasão, passou a ter um papel ainda mais relevante no que toca à defesa da concorrência e aos atos de concentração decorrentes das fusões e aquisições.

O rol de atos de infrações à ordem econômica, consubstanciando-se em atos de concentração econômica em afronta à livre concorrência, serão abordados no capítulo terceiro, seguinte.

O capítulo quarto

de fundamental importância nesse ensaio, mergulhará com maior profundidade nas fusões e aquisições cada vez mais crescentes no Brasil e no mundo e demonstrará suas repercussões negativas no que tange à livre concorrência e à proteção do direito concorrencial.

Concluir-se-á que a lei nova representou um divisor de águas, sobretudo, no que toca à revisão dos atos de concentração, intimamente relacionados com os atos de fusões e aquisições, seja por meio da necessidade de submissão prévia ao CADE e de aprovação *a priori* (e não mais *a posteriori*, tal como ocorria na vigência da Lei 8.884/94) por parte do órgão regulador, seja por meio da delimitação do prazo de aprovação por parte do órgão regulador (330 dias, no máximo), o que confere uma maior celeridade ao processo, seja por meio de limitações mais objetivas no que tocam às práticas anticoncorrenciais.

2 – Da legislação pertinente

A Constituição de 1988, no que tange ao aspecto econômico, adotou um perfil neoliberal, pois privilegiou, em seu artigo 170, inciso IV¹, a livre iniciativa, e, conseqüentemente, assegurou aos particulares a primazia da produção, circulação de bens e serviços bem como afirmou outros valores que não devem ser desrespeitados como, por exemplo, a livre concorrência.

Rachel Sztajn define livre mercado e livre concorrência do seguinte modo: “livre mercado e livre concorrência são dois conceitos

1 Constituição Federal: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV — livre concorrência;”.

distintos e inconfundíveis. O primeiro trata da entrada, permanência ou saída do mercado; o outro trata da competição honesta, da garantia de que se alguém desejar entrar no mercado, não encontrará barreiras, o que não tem a ver com o custo desta entrada”.²

A inserção da livre iniciativa na ordem constitucional visa motivar e reconhecer o direito de todos de explorar atividades empresariais, conferindo, pois, autonomia patrimonial aos particulares e pessoas jurídicas.

A defesa da livre iniciativa se impõe a todos, isto é, aos cidadãos que devem respeitar as práticas lícitas de concorrência, e ao Estado que deve intervir minimamente no desenvolvimento das atividades econômicas, justificando-se apenas nas hipóteses previstas em lei e quando as condutas dos agentes econômicos causarem ou forem suscetíveis de causar lesões às estruturas do livre mercado.

Para assegurar a defesa da livre concorrência, o art. 173, § 4º de nossa Magna Carta³, dispõe que a lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à eliminação da concorrência, domínio de mercado e aumento arbitrário dos lucros.

Nessa trilha, a Constituição ao estruturar a economia pelo princípio da livre concorrência admitiu a generalidade de práticas empresariais voltadas à conquista de mercados. Somente quando a competição está em risco é que a nossa *Lex Lege* reputa abusivo seu exercício e autoriza a lei a realizar a devida repressão.

Eros Roberto Grau aponta que “a Constituição do Brasil define a livre concorrência como meio, instrumento voltado ao alcance de

2 SZTAJN, Rachel. Os custos provocados pelo Direito. *Revista de Direito Mercantil*, nº 112. São Paulo: Malheiros, out-dez/1998, p. 75.

3 Constituição Federal: “Art 173. (...) § 4º. A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

um bem maior, o de ‘assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social’”.⁴

Até maio de 2012, quando entrou em vigor a nova Lei Antitruste brasileira nº 12.529/2011, a Lei que regulava e defendia o mercado dos atos de concentração econômica era a Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994, a qual tinha por escopo a defesa da livre concorrência por meio da prevenção e repressão às infrações à ordem econômica, buscando evitar a formação de grandes conglomerados econômicos.

Conforme se denota, a aplicação da Lei Antitruste não deve ser feita dissociada da referência constitucional, pois a livre concorrência deve ser prestigiada como estrutura fundamental da ordem econômica e a repressão dos abusos do poder econômico deve servir unicamente de sua garantia.⁵

2.1 – Da nova lei do CADE e de seu papel na defesa da concorrência e nos atos de concentração decorrentes das fusões e aquisições

A nova Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/11), publicada em 30 de novembro de 2011, entrou em vigor em 30 de maio de 2012 e trouxe mudanças significativas às atuais práticas concorrenciais no país.

O CADE é a entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e competências previstas na vetusta Lei nº 8.884/94 e na atual Lei nº 12.529/2011.

4 GRAU, Eros Roberto e FORGIONI, Paula. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 191.

5 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. Vol. 1. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 200.

Este novo diploma legal reforçou os poderes do CADE, agora apelidado de SuperCADE⁶. As funções atualmente exercidas pela SEAE/MF (Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda) e da SDE/MJ (Secretaria de Defesa Econômica do Ministério de Justiça), relativas à análise de atos de concentração e investigação de condutas anticompetitivas, serão transferidas para uma Superintendência-Geral que será criada no CADE.

O CADE é agora o único órgão responsável por analisar e julgar as fusões e aquisições, vez que possui legislação específica e regras internas para análise das operações de fusão e aquisição sempre que da realização destas resulte em concentração de participação no mercado relevante ou possível restrição à livre concorrência, ademais de ser responsável pela prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e contará ainda com a estrutura de uma Superintendência-Geral e de um Tribunal. A primeira investigará e instruirá processos administrativos e atos de concentração enquanto o Tribunal será responsável pelo julgamento de ambos.

Haverá, ainda, um Departamento de Estudos Econômicos, com o objetivo de aprimorar as análises econômicas e fornecer maior segurança sobre os efeitos das decisões do CADE e uma Procuradoria Federal, que representará a Autarquia perante o Poder Judiciário.

As competências do Tribunal Administrativo vêm expostas nos artigos 9º a 11 da Lei nº 12.529/2011 (competências do Plenário, do Presidente e dos Conselheiros do Tribunal), as da Superintendência-Geral estão arroladas no artigo 13 da mesma, enquanto as do Departamento de Estudos Econômicos vêm resumidamente previstas no artigo 17 do mesmo diploma legal.

A análise dos atos de concentração econômica dar-se-á da seguinte forma:

6 Segundo notícia publicada no jornal Valor Econômico de 16.02.2012, “*preocupação é se o Cade terá estrutura para dar conta do aumento das tarefas*”. (<http://www1.valoronline.com.br/brasil/1195744/os-impactos-da-nova-lei-do-cade>). Acesso em: 13.03.2012.

No âmbito da Superintendência Geral, uma vez havendo uma notificação e a publicação de determinado edital, poderá haver uma aprovação direta, a qual ocorrerá, via de regra, em casos de menor potencial ofensivo e quando houver uma dispensa de novas diligências. Em não ocorrendo uma aprovação direta, será determinada uma instrução complementar. Esta Superintendência Geral manifestar-se-á acerca da instrução complementar ter sido satisfatória ou se a mesma deverá ser refeita. No último caso, a operação será declarada “complexa” e será determinada nova instrução complementar, podendo haver prorrogação de prazo para esse cumprimento. Haverá, posteriormente, uma aprovação sem restrições ou a interposição de uma impugnação perante o Tribunal Administrativo.

Havendo um recurso de terceiros, o Tribunal Administrativo poderá analisá-lo de ofício, respeitando-se um prazo de 15 dias a contar da publicação da decisão da Superintendência Geral. Na ocorrência de uma impugnação desta, o Conselheiro Relator poderá (i) colocá-la em pauta para julgamento, (ii) solicitar uma instrução complementar ou (iii) não conhecer do recurso em um prazo de 5 dias úteis a contar do recebimento. A resposta à impugnação da Superintendência Geral deverá se dar em um interregno de 30 dias. O Conselheiro relator poderá, então, novamente, incluir em pauta para julgamento ou requerer instruções complementares. A resposta ao recurso dar-se-á em 5 dias úteis, quando houverá o conhecimento do recurso ou um relatório da instrução complementar e, em ato posterior, a decisão final.

Com relação às investigações de condutas anticoncorrenciais, como cartéis, vendas casadas e abuso de posição dominante, a nova lei prevê uma punição entre 1% e 30% do faturamento no mercado específico no qual ocorreu a prática (e não do faturamento bruto da empresa, como se dava na Lei nº 8.884/94) referente ao ano anterior à instauração do processo administrativo.

As principais alterações trazidas pela nova lei têm aspecto institucional, e são especialmente relevantes no que se refere ao julgamento dos atos de concentração.⁷

As disposições de maior repercussão referem-se à revisão dos atos de concentração. Nos termos da novel lei, os negócios deverão ser submetidos previamente e somente poderão ser concluídos com a aprovação do CADE.

Revogou-se, pois, o artigo 54 da Lei nº 8.884/94 anterior⁸, que permitia a revisão *a posteriori* dos atos de concentração. Trata-se de alteração substancial no Antitruste brasileiro, uma vez que o Brasil era uma das únicas jurisdições do mundo com controle de concentrações empresariais *a posteriori*.

Na vigência da Lei nº nº 8.884/94, as empresas participantes das operações de fusões e aquisições deveriam notificar obrigatoriamente o sistema brasileiro de defesa da concorrência, ao CADE, acerca dos negócios que iriam realizar ou realizados, em território nacional, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário que *i*) implicassem participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20% de um mercado relevante; ou *ii*) em que qualquer dos participantes tivesse registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$

7 Vide art. 90 da Lei nº 12.529/11: “Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando: I — 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; II — 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas; III — 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou IV — 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture”.

8 Lei nº 8.884/1994: “Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE”.

400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais)⁹. Esta lei, vetusta, adotava regime em que a consumação da operação não está condicionada à aprovação prévia do CADE. Isso significa que, após o fechamento do negócio, o CADE poderia vetar ou impor restrições a determinadas operações.

Hodiernamente, o Brasil alinhou-se às práticas internacionais e as operações de fusões e aquisições terão que ser submetidas ao CADE antes de serem concretizadas e há um prazo máximo para o julgamento.

O CADE terá 240 dias para analisá-las (vide o art. 88, parágrafo 2º da Lei nº 12.529/11)¹⁰, prorrogáveis por mais 90 dias, totalizando 330 dias, ou 11 meses (conforme o parágrafo 9º, II, do mesmo ordenamento pátrio vigente¹¹), prazo igual ao praticado nos Estados Unidos da América.

Isto pode reparar um imbróglio que, em muito, contribuía para o clima de insegurança das empresas, isto é, a existência de companhias insatisfeitas por suas operações terem sido reprovadas anos depois que o negócio havia sido selado e que entravam na Justiça questionando a decisão do CADE. A Nestlé, por exemplo, discute há oito anos na Justiça o veto do CADE à incorporação da Garoto.

9 Lei nº 8.884/1994: “Art 54. (...) § 3º. Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em **vinte por cento de um mercado relevante**, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado **faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais)**.” (grifos do autor)

10 Lei 12.529/11: “Art 88. (...) § 2º. O controle dos atos de concentração de que trata o caput deste artigo será prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda”.

11 Lei 12.529/11: “Art 88. (...) § 9º. O prazo mencionado no § 2º deste artigo somente poderá ser dilatado: II — por até 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada do Tribunal, em que sejam especificados as razões para a extensão, o prazo da prorrogação, que será não renovável, e as providências cuja realização seja necessária para o julgamento do processo”.

A lei nova, portanto, adota o regime de aprovação prévia, pelo qual o fechamento da operação fica condicionado à aprovação prévia do CADE, sendo que o período máximo para a análise da operação pelo órgão é de 330 dias corridos a contar da data do protocolo.

O projeto de lei previa, ainda, a aprovação tácita de negócios que não forem analisados no prazo máximo estabelecido por lei, mas tal regramento não foi adiante, já que recebeu um veto por parte da Presidente da República.

As operações condicionadas à aprovação prévia por parte do CADE são:

- (i) Fusão de empresas antes independentes;
- (ii) Contratos associativos, consórcio ou *joint ventures*, salvo se destinados a licitações públicas (incluindo os contratos delas decorrentes);
- (iii) Incorporação; e
- (iv) Aquisição, direta ou indireta, do controle ou partes de uma ou outras empresas, mediante compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou outro meio ou forma.

O novo diploma dispõe que apenas deverão ser apresentados para julgamento os negócios nos quais pelo menos um dos grupos econômicos participantes detenha faturamento bruto, no País, de R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais), registrado no último balanço anual, e pelo menos um outro grupo tenha registrado faturamento de R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais), conforme dispõe o artigo 88 da Lei nº 12.529, *ipse literis*:

Art. 88. Serão submetidos ao CADE pelas partes envolvidas na operação **os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:**

I — pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a **R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais)**; e

II — pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, **equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais)**.

(grifou-se)

Neste diapasão, o “teste” de 20% de participação no mercado relevante foi excluído pela nova lei, revogando o parágrafo terceiro do artigo 54 da Lei de 1994¹². Na nova lei, não há critério relacionado à participação de mercado (*market share*) das partes, contrariamente ao que se previa na antiga lei, em que, caso a operação implicasse participação de empresa em 20% de um mercado relevante, seria obrigatória a notificação. Nesse sentido, as operações que se enquadrem nos critérios de submissão ao CADE, mas que não sejam apresentadas, serão consideradas nulas, ficando as partes responsáveis pela notificação sujeitas a multas que variam de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais) e abertura de processo administrativo, conforme disposto pelo parágrafo 3º do mesmo dispositivo legal supramencionado, *in verbis*:

Art 88. (...) § 3º Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo **não podem ser consumados antes de apreciados**, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, **sob pena de nulidade**, sendo ainda imposta **multa pe-**

12 Lei 8.884/1994: “Artigo 54. (...) 3º. Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em **vinte por cento de um mercado relevante**, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais). (grifou-se)

cuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, **sem prejuízo da abertura de processo administrativo**, nos termos do art. 69 desta Lei. (grifou-se)

Conforme o conceito de mercado relevante, expresso nas Merger Guidelines do Departamento de Justiça dos EUA, a vantagem sobre o mercado se traduz na detenção de tal poder em “mercados economicamente significativos — isto é, mercados que possam ser sujeitos ao exercício de poder de mercado”, especialmente quanto ao controle de seus preços.

Com a aprovação do CADE como condição suspensiva, a análise de riscos concorrenciais deve ocorrer no início de cada operação e a preparação da notificação ao CADE deve seguir em paralelo à elaboração dos instrumentos da operação.

Entre as provisões vetadas, ademais do dispositivo legal que estabelece a aprovação tácita de atos de concentração por descumprimento de prazos legais pelo CADE, destacam-se os dispositivos:

(i) Impossibilidade de as empresas requererem imediata concretização da operação, no ato de notificação da operação, em até um ano após a entrada em vigor da Lei, tendo em vista que isso poderia atrasar a efetivação do mecanismo de análise prévia dos atos de concentração econômica;

(ii) A lei poderia ser aplicada aos atos pendentes de julgamento pelos órgãos integrantes do SBDC, nos seguintes casos: quando fosse de natureza processual; quando deixasse de defini-lo como infração; ou quando implicasse sanção menos severa, dado que isto contrariaria a Constituição Federal, que assegura o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

(iii) Restrição da possibilidade de celebração de acordos (Termos de Compromisso) após etapa de instrução dos processos.

As operações de fusões e aquisições (“M&A”) que preenchem os critérios de submissão da nova lei devem, portanto, considerar o novo regime de análise prévia durante a elaboração dos documentos relevantes da operação.

Os novos prazos representam, nesta trilha, um grande avanço para as companhias e para os mercados, tendo em vista o histórico de atuação do CADE. A análise da compra da Sadia pela Perdigão levou aproximadamente o dobro do tempo máximo imposto pela nova lei (330 dias, leia-se, 11 meses). A operação foi feita em 2009 e o CADE se pronunciou apenas em julho de 2011 (tardando aproximadamente 22 meses), determinando a suspensão de algumas marcas e de parte da capacidade de produção.

No que toca ao fechamento da operação, deve estar este condicionado à prévia aprovação pelo CADE e os documentos da mesma devem contemplar condições precedentes ou suspensivas. Tendo em vista ter o CADE um período máximo de análise de 330 dias corridos, conforme referido anteriormente, as partes podem, hodiernamente (leia-se, a partir de maio de 2012) quando da vigência da nova lei, estabelecer, ainda, mecanismos para determinar o ajuste do preço de compra resultante da variação de elementos econômicos, financeiros e contábeis (dependendo do critério utilizado na definição do preço de compra) entre as datas de assinatura e da consumação do negócio pela transferência da participação ao adquirente. Assim, podem as partes negociar um prazo limite, o qual, sendo ultrapassado, surtiria a perda dos efeitos dos documentos da operação, caso o CADE não tenha manifestado a sua aprovação dentro do novo prazo legal estabelecido.

Ocorre que como o prazo de avaliação por parte do CADE ainda é relativamente longo, há o receio de que as condições de mercado possam mudar (premissas econômicas, financeiras e mercadológicas) a ponto de alterar as condições do negócio.

No que tange às cláusulas contratuais sobre aspectos concorrenciais, faz-se mister atentar à alocação dos riscos concorrenciais em

operações complexas. Devem ser estas cuidadosamente redigidas a fim de que haja concessões mais amplas e aceitáveis para que as partes, juntas, possam obter a aprovação do CADE. Ademais, deve haver uma efetiva cooperação entre as partes relativa à elaboração da notificação e ao respectivo processo administrativo perante o CADE.

No que toca às cláusulas acerca da condução dos negócios e bastante utilizadas nas operações de M&A para assegurar que a empresa alvo conduza seus negócios normalmente entre as datas de assinatura e de consumação, importante inovação traz a Lei nº 12.529/2011 ao determinar que as condições de concorrência entre as partes envolvidas devem ser preservadas até que a decisão final seja tomada pelo CADE, nos termos do § 4º do artigo 88¹³.

Cabe ressaltar, todavia, que a extensão dos efeitos deste parágrafo, ainda não foi estabelecida na doutrina e na jurisprudência, mas é possível que, enquanto pendente a decisão final, as partes estejam vedadas de tomar conjuntamente, decisões operacionais e/ou estratégicas, ou simplesmente trocar informações empresariais. Deste modo, deve haver uma atenção redobrada em relação à troca de informações entre as partes e a sociedade alvo. As penalidades em caso de descumprimento variam entre R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) e R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), conforme disposto pelo artigo 88, parágrafo 3º supramencionado.

Se tamanha for a abrangência do dispositivo legal, o adquirente estará alijado de participar de importantes decisões empresariais da sociedade adquirida, as quais podem trazer efeitos adversos aos seus negócios, afetando, inclusive, a sua participação no mercado (*market share*). Dito de outra forma, as premissas econômicas, financeiras e mercadológicas que balizaram os termos dos contratos podem ter sido materialmente alteradas na data do fechamento da operação.

13 Lei 12.529/2011: “Art 88. (...) § 4º. Até a decisão final sobre a operação, deverão ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas, sob pena de aplicação das sanções previstas no § 3º deste artigo”.

Como consequência disto, cláusulas comumente utilizadas para preservar a situação patrimonial e financeira da sociedade alvo entre a assinatura dos instrumentos da operação e fechamento da operação podem não mais ser mecanismos suficientemente satisfatórios para resguardar os interesses do comprador. De forma similar, cláusulas indenizatórias habitualmente utilizadas em operações do gênero, poderão vir a se tornar insuficientes, diante das substanciais alterações nas condições financeiras e patrimoniais que podem ocorrer nas sociedades nesse ínterim.¹⁴. Acesso em 9 mar. 2012.

Nessa mesma trilha, cláusulas conhecidas como MAE (*material adverse effect*) bastante utilizadas nos Estados Unidos e, todavia, pouco aplicadas no direito brasileiro, podem se tornar mais comuns nos contratos celebrados no âmbito de operações de M&A entre sociedades brasileiras. Por fim, eventuais litígios envolvendo a responsabilidade das partes por atos de gestão praticados antes da decisão do CADE, poderão tornar-se mais frequentes.

Da condução das atividades até o seu fechamento, a nova lei exigirá que o comprador não deva ter participação ativa nos negócios alvo até a aprovação do CADE. No entanto, o contrato pode ter garantias em favor do comprador, bem como obrigação de manutenção do curso ordinário dos negócios e de manutenção de ativos, relações comerciais, funcionários-chave, e da abstenção de contração de dívidas acima de determinado patamar.

As partes devem adotar procedimentos para prevenir o *gun jumping*, bem como atender às regras sobre o fluxo de informações entre as partes até o fechamento do negócio perante clientes, fornecedores e terceiros em geral.

Ressalte-se que os contratos celebrados no âmbito de operações de M&A poderão estabelecer cláusulas para lidar com possíveis

14 RAMOS, Felipe Freitas. Os impactos da nova lei do CADE. **Valor Econômico**, Rio de Janeiro, 16 jan. 2012. Disponível em [.valor.com.br](http://valor.com.br)

rejeições ou imposições de condições à operação pelo CADE. Nesses casos, cláusulas de rescisão, negociações complementares e/ou indenizações poderão ser estipuladas nos documentos da operação.

Faz-se necessário, outrossim, a assinatura de termo contendo obrigações de confidencialidade e não uso das informações para fins alheios à operação.

No mesmo sentido, as partes devem negociar e determinar quem será responsável pela elaboração e protocolo da notificação ao CADE (o vendedor ou o comprador), os termos e as condições sob os quais a operação será submetida ao Conselho de Defesa Econômica e se haverá ou não a necessidade de tratamento confidencial. Outras cláusulas acerca desse tema podem ser estabelecidas nos contratos de aquisição (a título de exemplo: o dever das partes de fornecer documentos e informações necessários para a aprovação, bem como a divisão das despesas, tais como as relativas a taxas e honorários advocatícios).

As discussões contratuais que devem ganhar importância, em suma, versam sobre (i) garantias de pagamento do preço; (ii) ajustes de preço; (iii) cláusulas referentes a circunstâncias materialmente adversas; (iv) declarações e garantias entre assinatura e fechamento; (v) possibilidade de desistência e pré-fixação de indenizações; e (vi) ausência de mudanças significativas.

3 – Dos atos de concentração econômica em afronta à livre concorrência

Concorrer é competir, é disputar a preferência de quem adquire ou utiliza produto ou serviço oferecido.¹⁵

15 SANTIAGO, Luciano Sotero. *Direito da concorrência – doutrina e jurisprudência*. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 209.

A livre concorrência dá-se a partir de uma situação de igualdade jurídico-formal, onde os empresários disputam o mercado, obtendo cada qual a sua parcela, segundo os méritos que apresentam.¹⁶

A concorrência assume especial importância no mercado de consumo, pois possibilita aos consumidores obter o melhor produto pelo menor preço.

Essa concorrência deve acontecer de maneira livre, sem nenhum tipo de artilagem que possa, de alguma forma, causar empecilho, dificultando ou impedindo a atuação livre dos concorrentes.

Segundo a lição de Luciano Sotero Santiago,

A livre concorrência se caracteriza pela livre ação dos agentes econômicos, de forma que estes tenham liberdade para empregar os meios que julgarem próprios e adequados para conquistarem a preferência do consumidor. A livre concorrência se caracteriza, também, na liberdade em que os agentes econômicos, atuais ou potenciais, têm para entrar, permanecer e sair do mercado. A livre concorrência se caracteriza, ainda, pela liberdade de escolha para o consumidor¹⁷.

O direito pátrio não admite duas formas de concorrência: a desleal e a promovida com abuso de poder.¹⁸

A concorrência desleal envolve apenas os interesses dos particulares envolvidos e não atinge as estruturas da ordem econômica.

Por sua vez, a concorrência com abuso de poder afeta as estruturas da livre iniciativa, consubstanciadas por infrações da ordem econômica, as quais serão analisadas no seguinte subcapítulo.

16 PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica*. São Paulo: RT, 2008.

17 Op. cit., pp. 29-30.

18 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, vol 1. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 189.

3.1 – Das infrações à ordem econômica

A Lei nº 12.529/2011 define os atos que constituem infração à ordem econômica, independentemente de culpa dos agentes econômicos, em um rol exemplificativo, a saber, *in verbis*:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I — limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II — dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III — aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV — exercer de forma abusiva posição dominante.

(...)

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I — acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;

c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II — promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III — limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV — criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

V — impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

VI — exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

VII — utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

VIII — regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

IX — impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de

pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

X — discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XI — recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

XII — dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

XIII — destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

XIV — açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XV — vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;

XVI — reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

XVII — cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;

XVIII — subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e

XIX — exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

Cumpra salientar que tais atos sujeitarão os infratores de maneira objetiva, vale dizer, independentemente de culpa e, também, independentemente do resultado.

Todavia, a conquista do mercado que ocorra de forma natural, em razão da maior eficiência de um concorrente frente aos demais, não caracteriza infração à ordem econômica.

Dito de outra forma, o domínio de mercado por si só não é proibido na legislação brasileira. Na realidade o que é regulado é o domínio deste mercado com eventual prejuízo à livre iniciativa e à concorrência, tal como trata o parágrafo primeiro do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011, *in verbis*:

Art 36. (...) § 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

O sujeito ativo das infrações previstas na lei em comento pode ser tanto pessoa física como pessoa jurídica, de direito público ou privado. Também assim qualquer associação de entidades ou de pessoas, de fato ou de direito, com ou sem personalidade jurídica.

No caso das empresas, a responsabilidade pela infração à ordem econômica estende-se também aos seus dirigentes e administradores, que responderão solidariamente.

Haverá solidariedade, também, entre empresas que pertençam ao mesmo grupo econômico – seja este de fato ou de direito – sempre que uma delas praticar ato que implique infração à ordem econômica.

A lei também prevê a possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica do infrator, em casos de abuso de direito, ex-

cesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, bem como, de falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Não é demais lembrar que a infração à ordem econômica é uma das hipóteses em que o direito pátrio admite a responsabilização penal da pessoa jurídica, nos termos do artigo 173, § 5º, da Constituição Federal.¹⁹

Por isso mesmo que a lei em comento já traz a especificação da pena a ser cominada quando a infração é cometida por uma empresa (vide art. 37, I, da Lei nº 12.529/11²⁰).

O direito de punir as infrações contra a ordem econômica prescreve em 5 anos. Esse prazo será contado a partir da prática do ato. Caso o ato seja contínuo ou permanente, o prazo prescricional terá início quando cessar a prática do ato ilícito e tal prazo poderá ser interrompido por qualquer ato, administrativo ou judicial, que tenha por escopo a apuração da infração, assim como a notificação ou intimação do agente investigado.

A prescrição ficará suspensa no período em que vigorar o compromisso ou acordo celebrado com o fim de cessar a prática do ato, na forma do art. 85, parágrafo 9º, da mesma lei²¹e haverá prescri-

19 Constituição Federal: “Art 173. (...) § 5º. A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a a punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”.

20 Lei 12.529/2011: “Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: I — no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; (...)”.

21 Lei 12.529/2011: “Art 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da

ção intercorrente, quando o processo administrativo ficar paralisado por mais de 3 anos.

Independentemente de processo administrativo, qualquer pessoa que se sinta prejudicada pela prática do ato infracional, poderá exercer seu direito de ação, para obter a cessação da prática, bem como eventual indenização por perdas e danos.

O direito de ação poderá ser exercido pelo próprio titular, ou pelos legitimados previstos no art. 82 do CDC, vale dizer: (a) Ministério Público;(b) a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; (c) as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC; e (d) as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

4 – Das fusões e aquisições no âmbito do direito concorrencial

Como afirmava Tulio Ascarelli,

o processo de expansão da empresa torna-se mais penoso em um mercado onde há efetiva concorrência (...). A concorrência obriga os produtores a procurarem, constantemente, a melhoria de seus produtos e a diminuição de seu preço de custo.²²

O que o agente econômico buscará é a neutralização da con-

prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei. (...) § 9º O processo administrativo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo”.

22 ASCARELLI, T. *Os Contratos de cartel e os limites de sua legitimidade no Direito Brasileiro*. In: *Ensaios e Pareceres*, São Paulo, Saraiva, 1952, p. 223.

corrência por meio do domínio de mercado ou mesmo através da realização de acordos com o objetivo de regular ou atenuar mutuamente as forças concorrenciais. Contudo, a concentração das empresas, instrumentalizada por fusões e aquisições, pode resultar em restrições à concorrência.

De acordo com relatório elaborado pela Consultoria PricewaterhouseCoopers, em 2008, foram realizadas 639 operações societárias no Brasil, sendo que o número de aquisições de controle aumentou 4% em relação a 2007, mantendo-se como o tipo de operação mais usual, representado 66% de transações do ano.

Entre 1994 e 2001, nada menos que 2.440 operações de fusão e de aquisição foram submetidas ao CADE, sendo que 50% desse total ocorreu no eixo Rio de Janeiro-São Paulo. O volume setorial abrangeu quase todo o segmento da economia, abarcando desde alimentos, bebidas e fumos (com 10,6% do total), empresas de tecnologia da informação (6,7%), telecomunicações (6,2%), atingindo, ainda, setores historicamente avessos a este formato de negócio, como construção e produtos de construção (2,3%).²³

As fusões e aquisições ganham cada vez mais destaque na economia globalizada, sendo importantes agentes responsáveis pela realocação dos recursos na economia e na execução de estratégias corporativas, revelando-se como alternativas para a adequação do porte e da estrutura organizacional das empresas no mercado e na conjuntura econômica mundial.

Para Joseph Bower, autor do renomado artigo “*Not all M&As are alike*”²⁴, os motivos estratégicos para determinada aquisição são, sobretudo, os seguintes:

23 Fonte: *KPMG nem sempre ganha com as fusões*. O Estado de São Paulo, São Paulo, p. B-5, 07, abril 2002, acesso em 23.03.2012.

24 BOWER, J.L. *Not all M&As are alike and that matters*. Harvard Business Review, March, 2001, p. 45.

(i) Economias de escala e/ou de escopo:

Aumentar a eficiência por meio de ganhos de escala é o motivo mais frequentemente alegado nas recentes mega fusões. Ocorre que o uso eventualmente equivocado do conceito, contudo, questiona-nos acerca de sua veracidade e idoneidade.

Ter economias de escala não significa “ser grande”. Economias de escala ocorrem por meio da diluição de custos fixos. Basicamente, se uma parcela significativa dos custos de uma empresa é fixa, então, o aumento de produção fará com que o custo unitário caia. Nesta trilha, uma aquisição que visa à obtenção de economias de escala precisa ter como prioridade a presença muito bem definida dos custos fixos de determinada empresa (ociosidade de estoque, custos de transação com o frete e com a utilização de especialistas, investimento no desenvolvimento e especialização de pessoal, ademais dos ativos em si) e como estes serão diluídos.

Na prática, existem duas situações para se tirar proveito da economia de escala: o investimento fixo que se deseja viabilizar e aquele em que já foi incorrido.

A economia de escopo, por sua vez, é a redução do custo causada pelo aumento na variedade de produtos e serviços que uma empresa produz. Em termos práticos, o mecanismo é o mesmo da economia de escala, por isso, alguns economistas classificam esta como espécie daquela, tendo em vista que a redução de custos com a introdução de novos produtos e serviços dá-se pelo uso comum de algum recurso, tal como se dá na economia de escala. Um exemplo clássico é o das canetas Montblanc: após um custo alto para o desenvolvimento da marca, a mesma foi facilmente aproveitada em acessórios, e, sobretudo, relógios com os preços bem acima que os do mercado em geral.

O efeito negativo da economia de escopo dá-se quando há uma sinergia entre os produtos, assumindo, eventualmente, um aspecto de poder de mercado, prática rechaçada por nossa lei pátria.

(ii) Concentração de poder de mercado

J. William Grava, em sua brilhante explanação “Fusões e Aquisições: motivadores econômicos e estratégicos”, ensina-nos que:

A concentração de poder de mercado é frequentemente confundida com a busca de economias de escala, visto que também implica um raciocínio de tamanho da empresa, e por ter uma conotação negativa, é frequentemente apresentada como se fosse aquela (...). Poder de mercado, em termos práticos, é a capacidade de impor aos clientes um preço mais alto ou aos fornecedores, um preço mais baixo do que seria possível em um mercado competitivo. As fontes de poder de mercado podem ser uma posição dominante em tamanho ou um poder de monopólio sobre um recurso.²⁵

Para o autor referido, “uma fonte de poder de mercado menos festejada e ao mesmo tempo mais ligada às aquisições é o tamanho relativo ao mercado²⁶”. Ao revés do que ocorre nas economias de escala, o ponto nodal de preocupação do CADE não se refere à ocupação de capacidade ou de diluição dos custos, mas sim, à relação de dependência que o tamanho relativo impõe a clientes e/ou fornecedores. Em outras palavras, quem concentra o mercado, seja do lado da compra, seja do lado da venda, deixa o outro lado sem alternativas. Este domínio está sempre sob a vigilância do público, da sociedade e, sobretudo, do CADE. Quando a Antarctica e a Brahma se fundiram, por exemplo, deteriam, juntas, cerca de 70% do *market share* de cerveja, o que gerou uma acalorada discussão antes da aprovação do negócio.

(iii) Vencer ou erigir barreiras à entrada

Barreiras à entrada costumam estar associadas a uma atratividade mais alta da indústria pelo fato de restringirem o número de

25 GRAVA, J William, Fusões e Aquisições: motivadores econômicos e estratégicos. *Fusões e Aquisições: aspectos jurídicos e econômicos*. São Paulo: IOB, 2002, p. 12.

26 *Idem*, p. 13.

competidores. Neste caminho, aqueles que conseguem vencê-las habilitam-se a participar de um mercado mais lucrativo, vez que com muitas chances de ganho e com menos competitividade.

É o caso do mercado de cerveja. Há alguns anos, a líder de mercado era a Brahma, tomando o espaço da Antarctica e com uma distância significativa da Kaiser. Somente um grande competidor internacional poderia ser o seu concorrente. E este, devido às barreiras de entrada, não iria “começar do zero” no mercado brasileiro, sendo a aquisição a melhor forma de fazê-lo. A formação da Ambev certamente levou isso em conta e ainda agregou um produto novo e muito consumido no Brasil — o guaraná.

(iv) Redução de capacidade e de competição

Ademais da busca de poder de mercado e de escala, esta é uma das principais razões para os processos de consolidação de uma indústria. Quando duas empresas com capacidade ociosa se unem com sucesso, podem tirar proveito de dois efeitos: elas não são mais competidoras e passam a agir em cooperação e há uma maior eficiência operacional, dado que a nova empresa poderá optar por qual parte de sua estrutura operacional desativar, trocando uma parte menos eficiente da primeira empresa por uma mais eficiente da segunda. Dessa forma, a ocupação total não estaria aumentando, mas a eficiência média da empresa nova aumentaria.

(v) Substituição de pesquisa e desenvolvimento (P&D)

O desenvolvimento de novos produtos ou de novas tecnologias carece de um altíssimo investimento para financiar as pesquisas, tanto seus métodos como sua mão de obra especializada. A combinação do capital, de um lado, e da expertise, de outro, sela um bom resultado, exprimido por meio de uma empresa frequentemente lucrativa. Nos meados de 1990, no Brasil, pudemos perceber uma série de pequenos laboratórios nacionais em busca de entidades cujas patentes pudessem transformar-se em produtos lucrativos.

Vista esta como uma estratégia moderna, a aquisição como substituição de P&D traz a redução de custos e um ganho na velocidade de desenvolvimento. Ocorre que a empresa corre sempre o risco de desqualificar-se para o desenvolvimento futuro, tornando-se dependente de procura de novos alvos de aquisição.

(vi) Diversificação

Este fator é bastante polêmico. Nem sempre a diversificação representa a criação de valor para uma determinada sociedade, muitas vezes o que se vê é justamente o contrário.

Pela teoria das Finanças, a diversificação não somente não cria valor, como também o destrói.

De acordo com outra corrente, surgiriam conflitos de agência, visto as imperfeições do ambiente econômico, o que faz os agentes se comportarem de diversas formas, muitas vezes imprevistas. Para esses defensores, tal como para os primeiros, a diversificação representaria uma destruição de valor e não uma criação do mesmo.

Uma terceira corrente, dissonante das duas primeiras, entende que em mercados emergentes, haveria situações que demandariam uma diversificação não relacionada, isto é, a aquisição de empresas com atividades independentes.

Uma operação de fusão e aquisição é, pois, considerada bem sucedida quando resulta em ganhos para ambas as partes envolvidas, adquirente e adquirida. Uma transação mal sucedida traz prejuízos e malefícios para todos que estão na cadeia evolutiva do bem ou serviço. A título de ilustração, mencionamos: (i) em 1991, a AT&T comprou a NCR por US\$ 7,5 bilhões, mas cinco anos depois, em 1996, segregaram-se suas operações em uma operação de *spin off* pelo valor de US\$ 3,5 bilhões, reconhecendo-se uma perda de 53%, ou seja, de US\$ 4 bilhões; (ii) em 1994, a Novell adquiriu a WorldPerfect/QuattroPro por US\$ 1 bilhão, vendendo-a dois anos mais tarde por menos de US\$ 200 milhões, o que representou uma perda de

80%; e (iii) em 1994, a Quaker comprou a Snapples por US\$1,7 bilhão, vendendo-a em 1997 por US\$ 300 milhões, o que representou uma perda de US\$ 1,4 bilhão, ou seja, uma perda de 82%.²⁷

5 – Conclusão

Não se pode ignorar ou pretender eliminar o poder econômico. O Direito pode somente disciplinar o exercício do mesmo, reprimindo as iniciativas que comprometam as estruturas do livre mercado.

O sistema capitalista moderno, bem como a economia globalizada, em determinadas situações, incentiva a prática de concentração empresarial, principalmente frente ao mercado externo e à crescente concorrência.

Contudo, é necessário cautela para não ocasionar a dominação de mercado e a eliminação da concorrência, com a qual o maior prejudicado é o consumidor, ou seja, a coletividade. Isto contraria tanto os preceitos constitucionais como a própria Lei antitruste brasileira.

A atuação da autarquia antitruste deve estar sempre harmonizada com a política econômica do governo, ou seja, devem ser consideradas as diversas hipóteses em que a prática tipificada como infração à ordem econômica repercute favoravelmente em outros aspectos da economia.

A necessidade de modernização da lei era premente. O mercado mudou muito nos últimos 17 anos. Os avanços tecnológicos mudaram a feição dos negócios. Era evidente que a lei também precisaria de um *upgrade*.

A nova lei veio em boa hora, no momento em que o primeiro

27 Fontes: Global Finance, KPMG, Thomson Financial Securities.

mundo atravessa uma grave crise econômica e o Brasil é saudado com uma economia emergente, para onde vão convergir os interesses das grandes empresas mundiais, com todo seu poderio econômico.

Embora restem alguns detalhes a serem clarificados pela nova Lei (um deles é quando deve ser notificada a fusão ou aquisição, já que pela regra anterior, contar-se-ia a partir do primeiro documento “vinculativo” entre as empresas), importantes fatores de insegurança jurídica parecem estar saindo da frente das empresas.

Representa esta Lei uma importante inovação, sobretudo, ao campo das fusões e aquisições, regulando de forma mais restrita os prazos outrora bastante dilatados de aprovação ou não destes atos de concentração econômica.

As companhias abertas, por sua vez, devem avaliar seus riscos concorrenciais com maior cautela, mas sabedoras de que os atos de concentração, como as fusões e aquisições, ganharão com esse novo diploma legal mais celeridade e eficiência.

Em linhas gerais, o novo regime previsto pela Lei nº 12.529/2011 traz às empresas, aos agentes econômicos e à sociedade como um todo o desafio da redefinição dos limites das responsabilidades e obrigações durante esse interregno de tempo, bem como os mecanismos contratuais mais apropriados de *way out* para cada caso concreto, *vis a vis* as alterações das premissas negociais tomadas à época da assinatura dos documentos. A prática será a melhor chave para a proteção dos interesses das partes envolvidas.

**PARECERES E ATUALIDADES
JURISPRUDENCIAIS**

PARECERES E ATUALIDADES JURISPRUDENCIAIS

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA RECURSO ESPECIAL Nº 1.313.725 – SP (2011/0286947-4)

RELATOR : MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

RECORRENTE: SADIA S/A

ADVOGADOS: PEDRO DA SILVA DINAMARCO

MARIANNA COSTA FIGUEIREDO E OUTRO(S)

MÁRCIO ARAÚJO OPROMOLLA

LUIS FERNANDO GUERRERO

RECORRIDO: A L F

ADVOGADOS: TIAGO RAVAZZI AMBRIZZI E OUTRO(S)

ELAYNE LOPES LOURENÇO

EDGARD SILVEIRA BUENO FILHO E OUTRO(S)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. SOCIEDADE ANÔNIMA. RESPONSABILIZAÇÃO DO DIRETOR FINANCEIRO. APROVAÇÃO DAS CONTAS POR ASSEMBLEIA GERAL SEM RESSALVAS. PRÉVIA ANULAÇÃO. PRECEDENTES. SÚMULA Nº 211/STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte.

2. Esta Corte Superior mantém o entendimento de que, salvo se anulada, a aprovação das contas sem reservas pela assembléia geral exonera os administradores e diretores de quaisquer responsabilidades.

3. A matéria versada nos demais artigos apontados como violados no recurso especial não foi objeto de debate pelas instâncias ordinárias, sequer de modo implícito, motivo pelo qual, ausente o requisito do prequestionamento, incide o disposto na Súmula nº 211/STJ.

4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de não ser possível a revisão do quantitativo em que autor e ré decaíram do pedido para fins de aferir a sucumbência recíproca ou mínima, por implicar reexame de matéria fático-probatória, vedado pela Súmula nº 7/STJ.

5. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Nancy Andrichi, Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedido o Sr. Ministro Massami Uyeda.

Brasília (DF), 26 de junho de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

Relator

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2011/0286947-4 **PROCESSO ELETRÔNICO**
REsp 1.313.725 / SP

Números Origem: 20091638653 3625877320098260000
990093625873 99009362587350000

PAUTA: 12/06/2012. JULGADO: 19/06/2012

SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**

Ministro Impedido

Exmo. Sr. Ministro : **MASSAMI UYEDA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA

Secretária

Bela. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : SADIA S/A

ADVOGADOS : PEDRO DA SILVA DINAMARCO

MARIANNA COSTA FIGUEIREDO E OUTRO(S)

MÁRCIO ARAÚJO OPROMOLLA

LUIS FERNANDO GUERRERO

RECORRIDO : A L F

ADVOGADOS : TIAGO RAVAZZI AMBRIZZI E OUTRO(S)

ELAYNE LOPES LOURENÇO

ASSUNTO: DIREITO CIVIL — Responsabilidade Civil

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o pro-

cesso em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator):

Recurso especial interposto pela Sadia S.A., fundamentado no artigo 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, contra acórdão da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Rel. Des. Enio Zuliani, com a participação dos Desembargadores Teixeira Leite e Fábio Quadros), assim ementado:

“Ação de responsabilidade de diretor financeiro que teria dado causa a prejuízos para a companhia em razão de operações (derivativos) de riscos não autorizados. Inadmissibilidade de se cogitar de competência da Justiça do Trabalho, de obrigatoriedade de criar litisconsórcio passivo, esticando a relação processual contra a vontade da autora — Todavia e porque uma segunda assembleia (ordinária) se realizou e aprovou as contas da administração, sem ressalvas, implica exoneração da responsabilidade de todos os administradores e diretores — Interpretação dos arts. 159 e 134, § 3º, da Lei 6404/76. Provimento para extinguir a ação por ausência de pressuposto obrigatório para regular desenvolvimento (art. 267, IV, do CPC)” (fl. 3.023).

Os embargos declaratórios suscitando omissão e contradição foram rejeitados (fl. 3.183/3.191).

Nas razões do apelo especial, de início, sustenta a recorrente nulidade do acórdão por violação dos artigos 128, 131, 165, 458, inciso II, 460, 463 e 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil, por negativa de prestação jurisdicional e por ausência de motivação. Para tanto, sustenta que,

“(...) naquela oportunidade de interposição dos embargos declaratórios, alertou-se que a ausência dessa análise pontual ou a rejeição dos aclaratórios violariam os arts. 165, 458, II, 463, II, e 535, I e II, todos do CPC, devendo, por conta disso, ou reconhecer-se que houve o prequestionamento das matérias jurídicas aduzidas, ainda que implicitamente, ou que, então, houvesse anulação do v. Acórdão a quo, a fim de que outro fosse proferido no sentido de discutir, expressamente, tais aspectos, tudo a ensejar o oportuno de necessário prequestionamento para viabilizar trâmite de recursos extraordinário e especial.

(...)

Ao largo do tom carregado que foi empregado no v. Acórdão (...) a formação da convicção judicial deu-se com base em elementos não constantes dos autos (...) Note-se bem que não busca a Recorrente que essa C. Corte analise os fatos, mas sim que anule as rr. Decisões a quo por absoluta falta de fundamentação, uma vez que o v. Acórdão atacado baseou-se em doutrina errada e inaplicável ao caso concreto, violando frontal e diretamente seu dever de fundamentar a decisão, conforme os art. 165, 458 e 463, II, todos do CPC.

Fundamentar errado é o mesmo que não fundamentar! (...)” (fls. 3.236/3.239).

Segue apontando como violados os artigos 126, 165, 335, 458, inciso II, 473, 514, II e III, 515 e 524, inciso II, do Código de Processo Civil, por afronta ao princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*, haja vista que

“(...) A ora recorrente, desde sua contraminuta recursal (...) alegou vício no então recurso de agravo de instrumento do Recorrido, que ensejou a formação dos vv. acórdãos atacados, e que se referia à falta de impugnação recursal específica, nos termos do verbete 182 desse C. STJ (...) naquela oportunidade de interposição de seu agravo de instrumento, o dever de impugnar, especificamente, cada questão versada na r. Decisão vergastada, sob pena de não se transferir ao Tribunal ad quem a matéria discutida. Contudo, o Recorrido assim não procedeu; mas, pior, limitou-se, apenas e tão-somente, a repetir e a repro-

duzir as suas alegações veiculadas em sua contestação (...)” (fl. 3.242).

Alega inexistência de exoneração de responsabilidade civil do recorrido por quitação, afirmando que foram malferidos os artigos 134, § 3º, 159, § 1º, da Lei nº 6.404/76; 138, 177, II, do Código Civil e 267, inciso IV, do Código de Processo Civil, pois

“(...) a AGO — Assembléia Geral Ordinária de 27/04/2009, que deliberou acerca das demonstrações financeiras e contas dos administradores da companhia ora Recorrente, por não ter feito ressalva ou reserva, teria implicitamente alterado e modificado o conteúdo deliberado e aprovado expressamente na AGE — Assembléia Geral Extraordinária anterior, esta de 06/04/2009, que havia autorizado o ajuizamento da ação civil de responsabilidade, com base no art. 159, caput e § 1º, da Lei nº 6.404/76, contra o Recorrido.

O v. Acórdão dos embargos de declaração, por seu turno, re-afirmou essa conclusão (...) E, por consequência dessa equivocada conclusão, reconhecendo-se o não-cumprimento de um pressuposto processual, privou-se a eficácia da autorização assemblear de a Recorrente demandar contra o Recorrido pelos prejuízos que ele, confessadamente, inclusive, causou-lhe.

Acontece, porém, que os referidos vv. Acórdãos, ao estabelecerem tal conclusão, com o devido respeito, não deram a melhor aplicação à questão jurídica sob discussão e, por conseguinte, violaram e negaram vigência a diversos dispositivos legais (...) As deliberações tomadas na AGE — Assembléia Geral Extraordinária de 06/04/2009 (autorização para ingresso com ação de responsabilidade civil contra ex-Diretor Financeiro, com ressalva implícita de suas contas) e na AGO — Assembléia Geral Ordinária de 27/04/2009 (aprovação de demonstração financeiras e das contas dos demais administradores) coexistem harmonicamente no mundo jurídico, não havendo que se cogitar da revogação da deliberação anterior pela posterior.

Não se aplica ao caso o art. 134, § 3º, da Lei 6.404/76, porque, em momento nenhum as contas do Recorrido foram aprovadas, mas na realidade, e muito ao contrário do que decidido pelos vv. Acórdãos atacados, foram elas, implicitamente, rejeitadas, em decorrência da

autorização expressa para ajuizamento de ação de responsabilidade civil contra ele pelos prejuízos causados à Recorrente.

(...)

Resta evidenciado que a AGE de 06/04/2009 tinha por objeto uma situação excepcional — análise de relatório que demonstraria que os prejuízos acarretados à companhia pelos atos de seu ex-Diretor Financeiro, o Recorrido, e a autorização para a propositura de ação para sua responsabilização em decorrência disso — e a AGO de 27/04/2009 tinha por objeto o cumprimento de uma obrigação legal periódica, mediante análise ordinária das demonstrações financeiras e das contas dos administradores.

Trata-se, como demonstrado, de matérias incontrastáveis e inconfundíveis aquelas que foram objeto dos mencionados conclaves (...)” (fls. 3.244/3.247).

Afirma também que as provas utilizadas foram obtidas de forma ilegal, o que viola os artigos 8º, § 2º, 9º, inciso V, da Lei nº 6.385/76, e 155, I, 332, 363, IV, do Código de Processo Civil, pois:

“(...) Os vv. Acórdãos atacados, em diversas passagens, fazem referência e destacam como fonte de sua fundamentação para concluir pela — inexistente, diga-se — exoneração de responsabilidade do Recorrido, o resultado de investigação da CVM (fls. 3.000 e 3.004/3.005).

Essa investigação junto à CVM — e os documentos que a acompanham — tramita sob sigilo, que está resguardado pela legislação pertinente — arts. 8º, § 2º, e 9º, V e § 2º da Lei 6.385/76 (Lei da CVM) e aos arts. 155, I=332, 363, IV do CPC — estando acessível somente às partes e seus procuradores, não sendo a ora Recorrente parte em referida investigação, não tendo acesso a essa investigação nem tem conhecimento dessa documentação.

É inadmissível a produção de prova desse jaez e sem que à Recorrente fosse dada a oportunidade de analisar e peticionar sobre o mencionado procedimento (...)” (fl. 3.254).

Prossegue apontando desrespeito ao ato jurídico perfeito (art. 104 do CC e 6º, § 2º, da LICC), porquanto

“(...) a ata da AGE de 06/04/2009 (...), que, expressamente autorizou a propositura de ação de responsabilidade em face do Recorrido, um ato jurídico perfeito, em especial no presente caso, já que, de um lado, não existe nenhum vício que propiciasse sua nulidade nem foi ajuizada nenhuma demanda nesse sentido, e, de outro lado, ademais, encontra-se essa mesma ata definitivamente arquivada perante o assentamento competente (...) presumindo-se, no mínimo, sua validade, e tendo eficácia perante terceiros, no momento em que o c. Tribunal a quo (...) modificou a deliberação tomada (...) violou esse ato jurídico perfeito (...)” (fl. 3.255).

Aduz, ainda, que não foi corretamente observada a inviabilidade de imposição mandatária de assembleias gerais conjuntas (art. 159, § 3º, e 287, II, ‘b’, da Lei nº 6.404/76) nem o lapso temporal de legitimação ativa exclusiva (art. 122, III, 132, e 159, § 1º, da Lei nº 6.404/76), que *“permite que a deliberação acerca da propositura de ação de responsabilidade civil contra administrador possa ser tomada em assembleia-geral ordinária (AGO), mas desde que tal conste da ordem do dia de sua convocação, mas preferindo que tal deliberação seja realizada por meio de assembléia-geral extraordinária (AGE), na medida em que não é da competência de assembleia-geral ordinária, salvo expressa convocação nesse sentido”* (fls. 3.256/3.257).

Por fim, afirma ser absurda a imposição da presença do recorrido ao conclave que autorizou a propositura da ação de responsabilidade civil (art. 134, § 1º, da Lei nº 6.404/76), porque *“ele já não mais era administrador da companhia”* e *“o local adequado para o Embargado exercer sua defesa seria na esfera judicial, como lhe foi grantado neta demanda”* (fl. 3.259) e que a fixação da verba honorária está em desconformidade com a regra legal (art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC), pois a ação foi extinta sem resolução do mérito.

Oferecidas contrarrazões (fls. 3.311/3.341), não foi o especial admitido, sendo, no entanto, por força da decisão de fl. 3.505, conhecido, com determinação de reautuação como recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator):

De início, cabe asseverar que não é hipótese de retenção do recurso especial (art. 542, § 3º, Código de Processo Civil) porque o acórdão, ao prover o agravo de instrumento, proferiu decisão final de extinção do processo.

De fato, na origem, a Sadia propôs ação indenizatória pretendendo obter do recorrido, que exercia a função de diretor financeiro da empresa, indenização correspondente ao valor das operações (derivativos) que realizou sem consentimento e que geraram prejuízos de grande monta em razão da disparidade cambial, inclusive destacando uma operação, realizada em 10/9/2008, de US\$ 1,4 bilhão (fls. 347/386).

Na contestação, dentre outras matérias, o ora recorrido sustentou que o processo deveria ser julgado extinto diante da aprovação das contas e das demonstrações financeiras, sem nenhuma reserva, nos termos do artigo 134, § 3º, da Lei nº 6.404/76.

Inconformado com o saneador que rejeitou a prejudicial ao fundamento de que *“o fato de assembléia geral ordinária ‘convocada para julgar as contas e as demonstrações financeiras de seus administradores’ ter deliberado pela aprovação das mesmas, sem quaisquer ressalvas, por si só, não retira da autora seu interesse jurídico de agir, consubstanciado, agora na forma do disposto no artigo 159, da lei 6.404, em buscar ser ressarcida ‘pelos prejuízos causados ao seu patrimônio’ eventualmente pelo réu”* (fl. 2.691), o réu, ora recorrido, interpôs agravo de instrumento, que restou, por maioria, provido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

I — Da negativa de prestação jurisdicional e falta de motivação

Quanto ao primeiro ponto do inconformismo, registre-se que

a negativa de prestação jurisdicional nos embargos declaratórios somente se configura quando, na apreciação do recurso, o tribunal de origem insiste em omitir pronunciamento sobre questão que deveria ser decidida e não foi.

Não é o caso dos autos.

Com efeito, provocado pelos declaratórios, o Tribunal de origem enfrentou toda a matéria posta, nos seguintes termos:

“(…)

O primeiro ponto dos embargos foi colocado nos seguintes termos (item 1 de fl. 3051):

‘(1) não observância de obrigatoriedade de intimação e manifestação da CVM Comissão de Valores Mobiliários, na qualidade de amicus curiae, com violação ao art. 31, da Lei 6.385/76, ao art. 5º, parágrafo único, da Lei 9.469/97, art. 2º, caput e parágrafo único, da Lei 6.616, de 16/12/1978, e ao art. 482, §3º, do CPC (aplicável por força dos arts. 126 e 335, do CPC, e do art. 4º, da LICC), evidenciando-se, com isso, a omissão do julgado (art. 535, II, do CPC).’

Escreve-se o seguinte: a ação é de responsabilidade civil de administrador e não teria sentido algum admitir a intervenção da CVM como amicus curiae, pois os dispositivos citados e transcritos não obrigam o Judiciário a admitir a intervenção, mormente em ação fadada ao insucesso pela inadmissibilidade, como é o dos autos. Ademais e porque a CVM não fez pedido para intervir e não há como obrigá-la a participar, parece ilógico pretender fazer com que ocorra a participação forçada de terceiro. O interesse da CVM é diferente do que se discute aqui, porque a acusação que se apura no âmbito administrativo diz respeito a eventual falta de diligência e cuidado na gestão da companhia em virtude da falta de publicidade das operações. Ademais e segundo documentos exibidos em memoriais dos embargados, a CVM teve ciência inequívoca (foi notificada) e peticionou nos autos sem, contudo, deduzir pretensão para intervir na presente ação (ofício de 26 de janeiro de 2010, subscrito pelo Procurador Federal, Dr. José Eduardo Guimarães Barros). Não há nulidade alguma.

O segundo item (item 2 de fls. 3051) foi assim redigido pela embargante:

'(2) ausência de fundamentação judicial do v. Acórdão quanto: (i) aos motivos que levaram a estabelecer honorários advocatícios de sucumbência em 15% se (a) o julgamento da questão deu-se por maioria de votos, (b) a ação foi extinta, sem resolução do mérito, com base no art. 267, IV, do CPC (falta de pressuposto processual), e (c) a decisão tem cunho declaratório (reconhecimento de exoneração de responsabilidade), não implicando nenhuma condenação da Embargante, casos em que, então, a legislação impõe que a verba de sucumbência seja fixada de forma equitativa pelo Juiz, nunca se tomando como parâmetro o percentual sobre o valor da causa, com violação ao art. 20, §4º, do CPC, (ii) à ocorrência de sucumbência recíproca, na medida em que cada litigante foi em parte vencedor e vencido, tendo o Embargado decaído de parte significativa do pedido, com violação ao art. 21, caput e parágrafo único, do CPC, e (iii) aos motivos que levaram ao cancelamento da ordem de trâmite sob sigredo de justiça que, por utilização de peças e documentos aparentemente obtidos de forma irregular, porque oriundos de procedimento administrativo que tramita perante a CVM sob sigilo, caracteriza a nulidade do processo, por violação aos arts. 8º, §2º, e 9º, V e §2º, da Lei 6.385/76 (Lei da CVM), e aos arts. 155, I, 332, e 363, IV, do CPC, tudo isso a ensejar a nulidade do julgado por violação ao art. 165, do CPC, tudo isso a ensejar a nulidade do julgado por violação ao art. 165, do CPC, evidenciando-se, com isso, a omissão do julgado (art. 535, II, do CPC).'

Cabe remeter o interessado ao último parágrafo do voto condutor para estabelecer que o arbitramento seguiu as diretrizes do § 4º, do art. 20, do CPC e resultou de consenso da Turma Julgadora. Evidente que foram considerados o trabalho desenvolvido pelos Advogados e a complexidade da matéria, anotando-se que o fato de ter sido declarada extinta a ação não significa que o trabalho tenha sido singelo ou indigno da remuneração fixada. Não houve sucumbência recíproca, mas, sim, completa da embargante, o que faz inadmissível a incidência do art. 21, do CPC. Impossível fragmentar o desfecho do conjunto de preliminares para entender que a rejeição de uma ou duas repercute no arbitramento que se faz pelo

resultado final. O réu da ação nada perdeu. Quanto ao segredo de justiça e independente do eventual ou suposto interesse da CVM, não existe, para o Judiciário, razões que justifiquem manter em segredo algo que é do conhecimento público e que interessa à sociedade, como o resultado de atividades de companhia de capital aberto e que investem em operações de alto risco. Os dispositivos citados não modificam os fundamentos do que foi posto no voto condutor.

O item 3 (fl. 3051) diz o seguinte:

‘(3) ausência de julgamento da questão processual arguida pela Embargante em sua contraminuta (fls. 2.687-2732), relativa à falta de impugnação recursal específica, com violação aos arts. 514, II e III, 515 e 524, II, do CPC, infringência, por analogia, ao verbete da Súmula 182, do STJ, e aplicação do art. 473, do CPC, evidenciando-se, com isso, vício por omissão, nos termos do art. 535, II, do CPC.’

O voto condutor do Acórdão não poderia reconhecer que falta correlação ou raciocínio lógico na exposição de um recurso que, ao final, foi acolhido (provido) e esse absurdo dispensa maiores comentários. Nada se escreveu sobre a tese que pretendeu convencer de faltar lógica na petição de agravo, sendo que a repetição de argumentos (reproduzir no recurso o que se colocou na contestação) não constitui erro ou algo que se deva censurar com a sanção de não conhecimento. Os argumentos da questão de direito continuam os mesmos e não obrigatoriedade de se buscar linguagem diferente apenas para disfarçar que não se está reproduzindo o que consta dos autos. Os dispositivos atacados não foram citados porque o resultado implica na rejeição da tese.

O quarto ponto diz:

‘(4) violação ao ato jurídico perfeito, AGE de 06/04/2009, que autorizou o ajuizamento da ação de responsabilidade civil contra o Embargado, caracterizando a nulidade de tal decisão, por confrontar o disposto no art. 5º, XXXVI, da CF/88, no art. 104, do CC, e no art. 6º, §2º, da LICC, evidenciando-se, com isso, a omissão e a contradição do julgado (art. 535, I e II, do CPC).’

A partir desse enfoque a embargante dá começo ao projeto de alteração do que se decidiu, o que é inadmissível. O voto não desrespeita ato jurídico (AGE) porque considerou que o que se deliberou em seguida (AGO) é que modificou o ato anterior, pois a aprovação, sem ressalvas, significa quitação e exoneração de responsabilidade (art. 134, § 3º, da Lei 6404/76). Os dispositivos citados não foram violados.

Reproduz-se, agora, o item 5:

‘(5) imposição pelo v. Acórdão de que a Embargante deveria ter realizado AGE e AGO conjuntas, em que pese se tratar de assembleias-gerais (AGE e AGO) com matérias distintas, caracterizando tal imposição como violação ao art. 159, §1º, da Lei 6.404/76, evidenciando-se, com isso, a contradição e a obscuridade do julgado (art. 535, I, do CPC.)’

O voto condutor não estabelece qualquer imposição para que se regularize a situação da companhia frente ao ex-diretor financeiro e sequer teria a Turma Julgadora como estabelecer regras sobre como deveriam agir os acionistas e seus advogados. O que se decidiu e isso foi resultado de convicção, de que a quitação, sem ressalvas, exonera o diretor. Os dispositivos mencionados não foram arranhados pela fundamentação do voto condutor e não há contradição alguma.

Sobre o item 6, cabe transcrever as razões dos embargos:

‘(6) imposição de ajuizamento de ação de responsabilidade em período temporal mais reduzido do que o prazo de 03 (três) meses estabelecido no art. 159, §3º, da Lei 6.404/76, na medida em que, se no interregno entre a AGE de 06/04/2009 e a AGO de 27/04/2009, houvesse sido proposta a ação de responsabilidade, não incidiria o ‘presuposto processual’ de exoneração, com violação ao art. 159, §3º, da Lei 6.404/76, evidenciando-se, com isso, a contradição do julgado (art. 535, I, do CPC.)’

O Tribunal decidiu um caso concreto e admitiu que a quitação, sem ressalvas, na AGO, exonera a responsabilidade do ex-diretor e a motivação do voto exterioriza resultado de interpretação sobre os fatos, a literatura jurídica, precedentes e cir-

cunstâncias particulares, sendo inadmissível que a parte vencida pretenda, por embargos declaratórios interpostos a pretexto de preencher lacunas inexistentes, obrigar os juízes a mudarem o convencimento de matéria decidida com reflexão e a maturidade dos debates. O caminho para esse desiderato é outro que não o previsto no art. 535, I e II, do CPC.

Finalmente e quanto ao último tópico (item 7, de fl. 3052), cabe descrever o que foi redigido nos embargos:

‘(7) imposição de presença do Embargado ao conclave da companhia que autorizou a moção de ajuizamento de ação judicial contra ele, em que pese não existir determinação legal nesse sentido, mas sim de que no referido conclave esteja presente um administrador, o que foi cumprido, verificando-se violação ao art. 134, §1º, da Lei 6.404/76, evidenciando-se, com isso, a omissão e a contradição do julgado (art. 535, I e II, do CPC).’

Curiosa a arguição dos embargos, pois se agora a recorrente advoga a desnecessidade da presença do ex-diretor na assembleia de prestação de contas (com o argumento de que ele não era administrador) porque pretende dar a ele status de administrador com exclusiva competência e soberania para aplicar em derivativos ao propor e obter aprovação, na assembleia extraordinária anterior, licença para responsabilizá-lo. O Acórdão não é contraditório. A recorrente que é incoerente e a Turma Julgadora não admite que tenha ocorrido omissão ou ofensa aos dispositivos citados.

O voto condutor, com as limitações do relator, foi redigido de maneira a tornar transparente o porque do resultado declarado e cumpriu o mandamento constitucional (art. 91, IX, da CF), sendo que foi observada a cautela de não expor alguns raciocínios que são apropriados e que, naquele instante, não teriam relevância para o desfecho, como a possibilidade de ser intencional a omissão do assunto (responsabilidade do ex-diretor) na AGO, para que não testemunhasse a embargante, pelo voto dos acionistas que tomaram ciência das contas, a rejeição expressa da autorização para processar o ex-diretor, o que se cogita como deliberação provável caso o tema fosse votado ou que a não inserção do tema em pauta se deu por falta de preparo jurídico,

o que não deve se descartar. Culpa dos juízes, contudo, não é, como se pretendeu transferir para o voto condutor o defeito desfavorável, o que é de se lamentar. As razões do voto condutor ficam mantidas e não há o que modificar.

Ficam os embargos rejeitados.

(...)” (fls. 3.184/.191 — grifou-se).

Da análise do acórdão vergastado, infere-se que foram enfrentados todos os pontos suscitados pela recorrente, tanto que integram o objeto do próprio recurso especial e serão enfrentados logo adiante, não havendo falar em falta de fundamentação nos acórdãos impugnados.

De fato, a prestação jurisdicional dada corresponde àquela efetivamente objetivada pelas partes, sem omissão a ser sanada, tampouco contradição ou obscuridade a ser aclarada. O Órgão Colegiado pronunciou-se de maneira fundamentada, abordando todos os aspectos fundamentais do julgado, dentro dos limites impostos por lei.

II — Da afronta ao princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*

Quanto ao argumento de que o recorrido, nas razões do agravo de instrumento, teria deixado de atacar especificamente os fundamentos da decisão impugnada, sem razão a recorrente.

Com efeito, ao decidir que não faltou lógica nas razões do agravo, “*sendo que a repetição de argumentos (reproduzir o que se colocou na contestação) não constitui erro ou algo que se deve censurar ...*”, pois “*os argumentos da questão de direito continuam os mesmos*”, o tribunal decidiu em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, conforme se verifica nos seguintes arestos:

“Processual civil. Apelação. Requisito de admissibilidade. Artigo 514, II, do CPC. Repetição. Peça contestatória. Ataque aos fundamentos da

sentença.

1. A mera repetição dos argumentos declinados na peça contestatória não é motivo bastante para inviabilizar o apelo, desde que nítido o desejo de reforma ou anulação da sentença atacada, como ocorreu na espécie. Precedentes.

2. Recurso especial provido” (REsp 1.245.769/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 8/11/2011, DJe 22/11/2011).

“Processo civil. Recurso Especial. Apelação. Requisitos de admissibilidade. Princípio da dialeticidade recursal. Repetição dos argumentos deduzidos na contestação. Possibilidade.

I— ‘A repetição dos argumentos deduzidos na contestação não impede, por si só, o conhecimento do recurso de apelação, notadamente quando suas razões estão condizentes com a causa de pedir e deixam claro o interesse pela reforma da sentença’ (REsp 707.776/MS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 01/12/2008).

Recurso Especial provido” (REsp 1.172.829/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 3/5/2011, DJe 13/5/2011).

Ademais, a revisão das premissas fáticas assentadas na origem é pretensão vedada nesta instância especial (Súmula nº 7/STJ).

III — Da exoneração da responsabilidade civil do recorrido

Quanto à ação de responsabilidade por dano causado pelo administrador de sociedade por ações, estatui o artigo 159 da Lei nº 6.404/76, sob a rubrica de “Ação de Responsabilidade”:

“Art. 159. Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembléia geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio.

§ 1.º A deliberação poderá ser tomada em assembléia geral ordinária e, se prevista na ordem do dia, ou for consequência direta de assunto nela incluído, em assembléia geral extraordinária.

O conflito dos autos surge em relação ao artigo 134, § 3º, da referida norma, ao prescrever que **“A aprovação, sem reserva, das demonstrações financeiras e das contas, exonera de responsabilidade os administradores e fiscais, salvo erro, dolo, fraude ou simulação (art.286)”**.

Na presente hipótese, que se refere à exoneração de responsabilidade civil do recorrido, decidiu o Tribunal que

“(…)

Em 6.4.2009 a Assembleia Geral Extraordinária (AGE) aprovou o ajuizamento da ação contra o recorrente, sendo que em 27.4.2009, os acionistas se reuniram (AGO) e aprovaram, sem reservas, as contas.

(…)

Considera-se que o acesso à ordem jurídica deve ser irrestrito (art. 5º, XXXV, da CF), sendo essa uma verdade constitucional impeditiva de interpretações que, na dúvida, retirem do litigante o seu interesse e a sua legitimidade de ir a Juízo postular reparação de direitos lesados. A lei introduziu uma ressalva nas ações de responsabilidade civil que são movidas pela companhia contra os administradores, condicionando o seu exercício a uma prévia e transparente posição democrática (votação em assembleia) e, no caso em apreço, surgiu uma incerteza por uma incoerência nas deliberações. A primeira foi no sentido de autorizar a ação uti universi e a outra, quando examinadas as contas (AGO), deliberou-se aprovar as contas, sem reservas.

Caso a ação tivesse sido ajuizada no interregno entre as duas assembleias não caberia controverter sobre a primazia da vontade declarada na assembleia extraordinária (de 6.4.2009). Porém e porque a ação foi promovida em junho, ou seja, dois meses depois de ter sido realizada a assembleia ordinária (27.4.2009) que, sem ressalvas, aprovou as contas da administração, é forçoso reconhecer que quando protocolizada a inicial não existia mais autorização para demandar o ex-diretor.

As declarações de pessoas coletivas são interpretadas mediante fatores

objetivos, exatamente porque o art. 134, § 3º, da Lei 6404/76, estabelece que a 'aprovação, sem reserva' das demonstrações financeiras e das contas exonera de responsabilidade os administradores e fiscais, salvo erro, dolo, fraude ou simulação'. O texto é de incidência internacional e foi admitido, na Itália (...). Os escritores entraram na discussão levantada por De Gregório, que repudiava a conclusão simplista de que a mera aprovação das contas exonera o administrador culpado e reafirmaram que a assembleia, ao aprovar os balanços apresentados sem um anexo contendo a contestação dos atos praticados, assume o risco e imputa a si mesmo o dano causado pelo seu mandatário (obra citada, p. 239, § 379 — bis).

Chama atenção o desmembramento das assembleias, embora não caiba afirmar a impropriedade de convocar os acionistas para, de forma extraordinária, votar sobre a responsabilidade do administrador, embora o mais coerente e democrático seria inserir a matéria na ordem do dia da assembleia geral ordinária, porque decorrência da questão principal a ser votada (...).

O tema (responsabilidade) seria propício para debate junto da aprovação de contas, em virtude da singularidade da operação e da condição subalterna do sujeito a ser investigado para reparar os danos da sociedade, de modo que é muito mais evidente que, quando os acionistas tomaram conhecimento da oportunidade de aprovarem as operações (com reserva ou sem a reserva da ação ainda não ajuizada) deliberaram encerrar a questão que colocaria o recorrente como exclusivo estrategista de operações que sempre foram praticadas com beneplácito da companhia e que, em virtude de mudança de política cambial, inverteu o resultado ganhando nocividade financeira. E isto pode estar, de alguma maneira, ao rumo da investigação aberta pela CVM, cujo relatório, de 7.12.2009, atribuiu responsabilidade ao recorrente e a mais 13 integrantes da Sadia, inclusive Walter Fontana Filho, Presidente do Conselho de Administração e membro do Comitê Financeiro da Sadia (fl. 2893). O encerrar o caso não é, portanto, deliberação sem causa, de modo que dar como exonerados os administradores (e não só o diretor, ora re-

corrente) integra plano de política empresarial que urge respeitar. **O fato é que a licença da assembleia para a companhia agir contra o administrador significa, sempre, uma rejeição das contas e uma condenação, que deveria ser pormenorizada, do administrador acusado de mentor do ato danoso não autorizado e se revela incompatível com o desejo de processar ou acusar, o fato de menos de trinta dias serem aplaudidas as contas, sem uma denúncia formal de que persistiria a responsabilidade do recorrente diante das operações e do resultado financeiro aprovado.**

(...)

O que vale é a segunda assembleia (ordinária) quando, examinada a operação desastrosa com derivativos diante do contexto global da companhia, atos pretéritos e estrutura financeira organizada para receber tais derivativos, concluiu-se que o melhor seria encerrar o conflito e não criar a lide. Esse o interesse da companhia declarado por expressão vinculativa, o que implica afirmar que o recorrente está livre da responsabilidade que se lhe quer imputar.

Veja-se que essa fragmentação de reuniões implicou na eliminação (porque afastado da companhia) do direito do recorrente apresentar perante os acionistas, suas justificativas e ordens de aprovação para agir da forma como procedeu. É de boa ordem que se permitisse a palavra do diretor acusado de responsabilidade pelo prejuízo, como determina o art. 134, § 1º, da LSA, o que não se verificou.

(...)

Isso posto, dá-se provimento para, na forma do art. 267, IV, do CPC, julgar extinta a ação (falta de pressuposto obrigatório para desenvolvimento da ação de responsabilidade uti universi) (...)" (fls. 3.026/3.030 — grifou-se).

Com efeito, já no Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, o Brasil adotava o entendimento de que a aprovação da gestão constitui ato jurídico perfeito a proteger os interesses dos administradores, sem cuja anulação estes não podem ser responsabilizados.

Já dizia o artigo 101 da citada norma que “*A aprovação, sem reserva, do balanço e das contas exonera de responsabilidade os membros da diretoria e do Conselho Fiscal, salvo erro, dolo, fraude ou simulação (artigo 156)*”.

Na época, escreveu Trajano de Miranda Valverde:

“(…)

A deliberação da assembléia geral ordinária, que aprovou o balanço das contas da diretoria pode ser anulada (art. 156), quando eivada de erro, dolo, fraude, simulação (...) Em qualquer dos casos, é manifesto que a deliberação da assembléia geral que aprovou o balanço e as contas foi obtida por meio de atos, processos ou expedientes a deliberação. Tanto a sociedade como qualquer acionista poderão pleitear, judicialmente a anulação da deliberação.” (Sociedade por Ações, Edição Revisada Forense, Rio de Janeiro, 1953, Vol. II, págs. 140/141)

Com razão a aprovação do balanço e das contas implicava a quitação dos administradores da sociedade anônima, cuja anulação só poderia ser perseguida pela via judicial, mediante a prova de erro, dolo, fraude ou simulação.

Tal entendimento foi mantido na Lei nº 6.404 de 15/12/1976, conhecida como a Lei das Sociedades Anônimas:

“Art. 134. Instalada a assembléia-geral, proceder-se-á, se requerida por qualquer acionista, à leitura dos documentos referidos no artigo 133 e do parecer do conselho fiscal, se houver, os quais serão submetidos pela mesa à discussão e votação.

§ 3º A aprovação, sem reserva, das demonstrações financeiras e das contas, exonera de responsabilidade os administradores e fiscais, salvo erro, dolo, fraude ou simulação (artigo 286)”. (grifou-se)

“Art. 159. Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembléia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio.”

“Art. 286. A ação para anular as deliberações tomadas em assem-

bléia-geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, violadoras da lei ou do estatuto, ou eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação, prescreve em 2 (dois) anos, contados da deliberação.”

Verifica-se que a regra do artigo 134, § 3º, da Lei nº 6.404/76 é especial em relação ao artigo 159 do mesmo diploma legal, de modo que, no caso de aprovação de contas, não bastaria a prévia deliberação da assembleia geral para a propositura da ação de responsabilidade civil, mas, sim, antes ou concomitantemente, o ajuizamento da ação de anulação da assembleia que aprovou as contas.

Nesse sentido tem-se posicionado a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, conforme se verifica nos seguintes precedentes:

“Ação de responsabilidade civil sociedade anônima. Necessidade de prévia ação de anulação da assembléia de aprovação de contas. Prescrição. Agravo Regimental ao qual se nega provimento. Aplicação da multa do artigo 557, § 2º do CPC.

*1. Ação de responsabilidade. Prescrição: **o entendimento dominante neste STJ é de que, para propositura da ação de responsabilidade civil contra os administradores, é necessária a prévia propositura da ação de anulação da assembléia de aprovação de contas da sociedade** no prazo bienal previsto no artigo 286 da Lei 6.404/76. A partir do trânsito em julgado da sentença que acolher a anulação é que começa a fluir o prazo trienal para a ação de responsabilidade.*

2. Agravo regimental ao qual se nega provimento” (AgRg no Ag 640.050/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 19/5/2009, DJe 1º/6/2009 — grifou-se).

“Agravo Regimental — Sociedade Anônima — Aprovação sem ressalvas das contas pela Assembléia Geral — Prévia anulação do ato de aprovação para eventual responsabilização do administrador — Necessidade — Agravo improvido.

*1. **Salvo se anulada, a aprovação das contas sem reservas pela assembléia geral exime os administradores de quaisquer responsabilidades.***

2. *Agravo regimental improvido*”(AgRg no Ag 950.104/DF, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 19/3/2009, DJe 30/3/2009 — grifou-se).

*“Comercial. Prescrição. Sociedade Anônima. Aprovação das contas dos administradores. **A aprovação das contas pela assembleia geral implica quitação, sem cuja anulação os administradores não podem ser chamados à responsabilidade.** Recurso especial não conhecido”*(REsp 257.573/DF, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, Rel. p/ Acórdão Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 8/5/2001, DJ 25/6/2001 — grifou-se).

Nessa linha de raciocínio, somente após o trânsito em julgado da sentença que acolher a anulatória, pela ocorrência dos citados vícios, é possível ajuizar a ação de responsabilidade pertinente.

A análise desse tema, inclusive, também já foi enfrentada no Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Rodrigues Alckmin, citado pelo ilustre Ministro Antônio de Pádua Ribeiro no voto proferido no REsp 257.573/DF:

“(…)

O objetivo expresso na inicial só poderia ser intentado depois de anulada, previamente, a deliberação da assembleia. É a lição de Cunha Peixoto (...) a aprovação das contas dos administradores pela assembleia geral impede que se promova a ação de responsabilidade civil contra os diretores, a não ser que se anule, primeiramente, o ato da assembleia eivado de qualquer vício de erro, dolo, fraude ou simulação (...)”.

No presente caso, portanto, não há falar em ação de responsabilização contra o recorrido, porquanto o diretor foi exonerado de responsabilidade desde que teve suas demonstrações financeiras aprovadas pela assembleia geral posterior.

Ademais, cumpre lembrar que, em tema de sociedades anônimas, Modesto Carvalhosa sustenta que as assembleias gerais sucessi-

vas têm plenos poderes para ratificar ou reconsiderar suas próprias deliberações, sanando vícios ou defeitos, ou alterando suas conclusões tomadas em assembleias anteriores (“Comentários à Lei de Sociedades Anônimas”, Saraiva, 2003, vol 3, pág. 391).

De fato, com aquela aprovação, e à míngua de sua anulação pela via adequada, não se pode falar em ação de responsabilidade civil, pois esta só existiria se anulado o ato que aprovou definitivamente as contas, ou seja, somente no caso de ser afastada a exoneração da responsabilidade do diretor, o que, como visto, não ocorreu.

Ainda por pertinente, transcreve-se Nelson Eizirik, que, não obstante discordar da necessidade de prévia anulação, ao tratar da matéria, contudo, diz que “*o voto favorável à aprovação das contas do exercício é incompatível com a aprovação de propositura da ação de responsabilidade contra os administradores*” (Temas de direito societário, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pág. 113).

Logo, trata-se, sim, de impedimento de propositura de ação de responsabilidade civil autorizada anteriormente à exoneração legal dessa responsabilidade, resultante da simples razão de que não é cabível ação de responsabilidade civil contra quem dessa responsabilidade, por força de lei e do ato jurídico perfeito, foi exonerado.

IV — Da ilegalidade das provas utilizadas; do desrespeito ao ato jurídico perfeito; da inviabilidade de imposição de assembleias gerais conjuntas; do lapso temporal de legitimação ativa exclusiva e da obrigatoriedade da presença do recorrido na assembleia

Quanto a esses tópicos, nos termos em que posta, a pretensão recursal não merece êxito, diante dos óbices alicerçados nas Súmulas nºs 282 e 283 do Supremo Tribunal Federal e nº 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Em verdade, as razões demonstram verdadeiro inconformis-

mo com a conclusão do julgamento, não trazendo argumentos suficientes a permitir a sua reforma.

V — Dos honorários sucumbenciais

Resta analisar, ainda quanto ao ponto, a hipótese específica dos autos.

Conforme consabido, a condenação em honorários advocatícios, no direito pátrio, pauta-se pelo princípio da causalidade, ou seja, somente aquele que deu causa à demanda ou ao incidente processual é que deve arcar com as despesas deles decorrentes.

Nesse sentido é a jurisprudência deste Superior Tribunal:

“Processo Civil. Tributário. Embargos à execução julgados procedentes. Massa falida. Exclusão da multa moratória. Art. 19, da Lei 10.522/05. Impugnação anterior à vigência da lei. Honorários de sucumbência. Interpretação sistemática. Aplicação do princípio da causalidade. Violação do art. 535 do CPC não configurada. 1. A imposição dos ônus processuais, no Direito Brasileiro, pauta-se pelo princípio da sucumbência, norteados pelo princípio da causalidade, segundo o qual aquele que deu causa à instauração do processo deve arcar com as despesas dele decorrentes. (Precedentes: AgRg no Ag 798.313/PE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/03/2007, DJ 12/04/2007; EREsp 490605/SC, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/08/2004, DJ 20/09/2004; REsp 557045/SC, Ministro JOSÉ DELGADO, DJ 13.10.2003; REsp 439573/SC, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/09/2003; REsp 472375/RS, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 18/03/2003, DJ 22/04/2003). (...) 6. Recurso especial desprovido” (REsp 1019316/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 30.3.2009).

E, quanto à sucumbência recíproca (artigo 21 do CPC) e ao

percentual fixado (artigo 20, §§ 3º e 4º, do CPC), melhor sorte não socorre a recorrente, porquanto a pretensão recursal, nos termos em que posta, esbarra no óbice do enunciado nº 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

A propósito:

“Agravo Regimental. Agravo de Instrumento. Ação ordinária visando estorno de valores depositados em conta corrente. sucumbência recíproca. Reexame do conjunto probatório. Incidência das Súmulas 7 e 284 desta Corte. Decisão agravada mantida. Improvimento.

1.- A Agravante não trouxe qualquer argumento capaz de modificar a conclusão alvitrada, a qual se mantém por seus próprios fundamentos. Incidência da Súmula 7 desta Corte.

2.- Agravo Regimental improvido” (AgRg no AREsp 26.192/PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 24/4/2012, DJe 11/5/2012).

“Processual civil. Agravo Regimental no Recurso Especial. Servidor público. Cumulação de proventos de aposentadoria. Pedido de indenização. Necessidade de reexame de fatos e provas. Incidência da Súmula 7/STJ. Sucumbência recíproca. revisão. Óbice da Súmula 7/STJ. Divergência jurisprudencial não demonstrada. Mera transcrição de ementas. Ausência de cotejo analítico.

(...)

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de não ser possível a revisão do quantitativo em que autor e ré decaíram do pedido para fins de aferir a sucumbência recíproca ou mínima, por implicar reexame de matéria fática-probatória, vedado pela Súmula 7/STJ. Nesse sentido: AgRg no Ag 936.269/SP, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 24/9/2008, AgRg no REsp 1.080.982/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 25/5/2010.

(...)

4. Agravo regimental não provido” (AgRg no REsp 1.089.377/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 23/3/2012 — grifou-se).

“Processual civil e administrativo. Agravo Regimental no Recurso Especial. Ação indenizatória. Contrato administrativo. Construção de conjunto habitacional. Reparação por serviços complementares não previstos inicialmente. Acórdão fundado no exame de provas depositadas nos autos. Honorários advocatícios. Revisão. Súmula 7 do STJ. Incidência. Sucumbência recíproca. Aplicação da regra do art. 21, caput, do CPC. (...)”

3. A revisão do percentual estabelecido na origem, a título de honorários advocatícios, desde que não exorbitante ou irrisório, não é suscetível de exame na via eleita, por força da incidência do veto sumular 7 desta Corte Superior.

4. Reconhecida a sucumbência recíproca pelo Tribunal de origem, as despesas processuais e a verba honorária devem ser distribuídas e compensadas de forma proporcional, conforme determina o art. 21, caput, do CPC. (AgRg no REsp 1.161.524/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 9/8/2011).

5. Agravo regimental não provido” (AgRg no REsp 1.271.212/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 27/9/2011, DJe 30/9/2011 — grifou-se).

Em vista de todo o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2011/0286947-4 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.313.725 / SP**

Números Origem: 20091638653 3625877320098260000
990093625873 99009362587350000

PAUTA: 12/06/2012. JULGADO: 26/06/2012. SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**

Ministro Impedido

Exmo. Sr. Ministro: **MASSAMI UYEDA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JUAREZ ESTEVAM XAVIER TAVARES

Secretária

Bela. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : SADIA S/A

ADVOGADOS : PEDRO DA SILVA DINAMARCO

MARIANNA COSTA FIGUEIREDO E OUTRO(S)

MÁRCIO ARAÚJO OPROMOLLA

LUIS FERNANDO GUERRERO

RECORRIDO : A L F

ADVOGADOS : TIAGO RAVAZZI AMBRIZZI E OUTRO(S)

ELAYNE LOPES LOURENÇO

EDGARD SILVEIRA BUENO FILHO E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO CIVIL — Responsabilidade Civil

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). PEDRO DA SILVA DINAMARCO, pela parte RECORRENTE: SADIA S/A

Dr(a). EDGARD SILVEIRA BUENO FILHO, pela parte RECORRIDA: A L F

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedido o Sr. Ministro Massami Uyeda.

**DEBATES E
ATUALIDADES**

**EXTENSÃO DO FGTS AO DIRETOR NÃO
EMPREGADO DE UMA SOCIEDADE ANÔNIMA**

**EXTENSION OF UNEMPLOYMENT GUARANTEE FUND TO THE
NON EMPLOYEE DIRECTOR OF A COMPANY**

Rodrigo Lychowski

Resumo: O presente artigo tem por objetivo abordar a extensão do FGTS (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço) ao diretor não empregado de uma sociedade anônima, previsto nos artigos 15, §4º, e 16 da Lei nº 8.036/90. Inicialmente, demonstrou-se que, não obstante as naturais diferenças existentes ente o Direito Comercial e o Direito Laboral, há também pontos e institutos em comum, como é o caso do tema objeto de análise do presente trabalho. Em seguida, antes de analisar especificamente esse acesso do diretor não empregado, foram abordadas peculiaridades do FGTS – que o diferenciam dos demais direitos trabalhistas, como sua finalidade coletiva, bem como a natureza jurídica de contribuição social (além de constituir um crédito trabalhista), e finalmente a prescrição trintenária para reclamar o FGTS que não foi recolhido pelo empregador. Vistas essas peculiaridades, passou-se então ao exame específico do acesso do diretor não empregado ao FGTS, no qual foram abordados os motivos e as finalidades da extensão do Fundo a um sujeito do Direito Comercial, estranho ao contrato de trabalho. Concluiu-se que tal extensão contribui para melhorar o ambiente de trabalho empresarial, aproximando o diretor dos seus empregados subordinados, a tal ponto de, especificamente em relação ao acesso FGTS, o diretor não em-

pregado e os empregados de uma sociedade anônima estarem num mesmo plano, num mesmo pé de igualdade.

Abstract: The aim of this article is to discuss the viability of extending the Unemployment Guarantee Fund to non-employed directors of a public limited company (a fund meant to guarantee the worker's rights, related directly to the time worked by each employee) as per Articles 15, § 4º, and 16 of Law number 8.036/90. In the introduction the author points out that, notwithstanding the natural differences between Commercial and Labour Law there are also aspects they have in common. When analyzing the possibility of a non-employed Director having access to the Unemployment guarantee fund, that institute and its peculiarities are taken into consideration so as to show those aspects that differentiate it from Labour Law; its collective objectives as well as the legal nature of social contributions (representing a labour fund) and, finally, the limitation period of thirty years to claim the contribution on the part of the employer, which has not been paid. The next step was to specifically consider the possibility of access of a non-employed Director of a public limited company, as, for example, the motives and aims of extending such benefit to someone subject to Commercial Law, i.e. not related to Labour Law contracts. Such extension, it seems, would improve the atmosphere at the workplace establishing a closer relationship of the Director with the other employees for they would now work as equals, i.e. having the same status.

Palavras-Chave: Sociedade anônima. Diretor não empregado. Acesso ao FGTS. Fundamentos. Finalidades. Efeitos.

Keywords: Company. Non Employee Director. Access to Unemployment Guarantee Fund Substance. Purposes. Effects.

SUMÁRIO: I – Introdução. II – Peculiaridades do FGTS. II. 1 – Finalidade coletiva. II. 2 – Natureza jurídica múltipla. II.3 – Prescrição trintenária. III – Acesso ao FGTS do Diretor não empregado de uma sociedade anônima. III.1 – Fundamentos e finalidade. IV – Conclusão.

1 – Introdução

Não obstante integrarem o mesmo Departamento na Faculdade de Direito da UERJ, é inegável a existência de diferenças existentes entre o Direito Comercial e o Direito do Trabalho.

De fato, a disciplina Direito Comercial está focada na pessoa do empresário e da empresa, o que significa que a busca do lucro é um elemento *indissociável* do comerciante – considerado aqui a expressão no sentido mais abrangente –, ao passo que o Direito do Trabalho tem, para parte considerável da doutrina juslaborista¹ como princípio nuclear, a proteção do trabalhador, em razão de sua notória hipossuficiência, a saber, sua inferioridade econômica e social em face do empregador.

Todavia, a par dessa distinção principiológica entre essas duas disciplinas jurídicas, existem também pontos em comum entre ambas.

E não poderia ser diferente, visto que, se por um lado o Estado Democrático de Direito brasileiro é fundado no *valor social do trabalho* (art. 1º, inciso IV, da Carta Magna de 1988), o mesmo texto constitucional estabeleceu como princípio informador da atividade econômica, ao lado da livre iniciativa, a *valorização do trabalho humano*, consoante expresso no artigo 170, *caput*, da Lei Maior de 1988, *in verbis*: “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** (...)” (grifos do autor).

Merece registro também o fato de que todo empregador – empresa individual ou coletiva – ao oferecer trabalho aos trabalhadores, desempenha um papel *social* de grande relevância, na medida em

1 Alguns autores, contudo, como Arion Sayão Romita *in* “O princípio da proteção em xeque”. São Paulo: Ltr, 2003, p. 23 consideram que é inconcebível a aplicação do princípio da proteção ao trabalhador nos contrato de trabalho na atualidade.

que como troca da força de trabalho que lhe foi prestado, o empregador tem a obrigação de pagar salário (e especificamente salário **justo**, segundo o artigo 22 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948), e através desse salário, o empregado atenderá – ou pelo menos tentará – as suas necessidades vitais e às de sua família (vide neste sentido o artigo 7º, inciso IV da Constituição Federal de 1988).

Neste falar, não há dúvida de que a Lei Maior de 1988, com seu cunho social, teve um papel decisivo para aproximar as duas disciplinas em comento.

Assim, o “abismo” existente entre o Direito Comercial e o Direito Laboral é apenas aparente. Os seus pontos comuns, não obstante sutis, existem.

Dentre esses laços comuns, optou-se por abordar no presente artigo a extensão do FGTS (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço) – criado pela Lei nº 5.107/66 e atualmente regido pela Lei nº 8.036/90 – ao **diretor** não empregado de uma **sociedade anônima** (S.A), que está previsto nos artigos 15, §4º, e 16 da Lei nº 8.036/90.

A escolha de tal tema se justifica porque trata-se de um direito trabalhista cujos beneficiários são 98% (noventa e oito inteiros) formados por empregados de um contrato de trabalho, mas que, contudo, é também outorgado a um *sujeito do direito de comercial*, que não é sujeito de um contrato de trabalho, constituindo um exemplo de uma clara ligação entre o Direito Comercial e o Direito do Trabalho.

II – Peculiaridades do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

II.1 – Finalidade coletiva

Antes de se analisar os dispositivos da Lei do FGTS que, de forma inovadora, estenderam o Fundo ao sujeito de uma empresa, algumas peculiaridades do FGTS devem ser expostas.

O FGTS regido pela Lei nº 8.036/90 tornou-se, a partir da promulgação da CF/88, o regime jurídico obrigatório para todos os trabalhadores urbanos e rurais, por força do artigo 7º, inciso III da Carta Magna de 1988, que estabeleceu o regime fundiário vinculante a qualquer obreiro, não havendo mais que se falar em opção ao FGTS, tal como ocorria outrora.

O primeiro aspecto singular do FGTS a ser destacado consiste na sua finalidade *coletiva*, paralelamente à sua função individual.

É que, por um lado, o Fundo constitui um crédito² de que o empregado pode se utilizar durante o seu contrato de trabalho – a situação mais comum é o saque do FGTS para fins de aquisição de casa própria (art. 20, incisos V a VII da Lei nº 8.036/90) e em diversas situações quando há extinção do seu contrato de trabalho, sem que tenha havido culpa do empregado (art. 20, incisos I, II, IX), sendo que o principal motivo de saque é a despedida sem justa causa do empregado (art. 20, I).

Todavia, por outro lado, ao contrário da quase totalidade dos institutos do direito individual do trabalho, o FGTS possui uma finalidade *coletiva*, que consiste na aplicação dos recursos do FGTS em programas de habitação popular, saneamento básico e infra-estrutura urbana, conforme se verifica no artigo 5º, inciso I e no artigo 6º, inciso IV, entre outros.

Além de constituir uma interessante peculiaridade do regime fundiário, essa utilização do FGTS em programas sociais poderá acarretar graves prejuízos, caso ocorra o inadimplemento do recolhimento pelo FGTS pelo empregador.

De fato, tanto o empregado, quanto a população carente sofrerão prejuízos sociais, caso o empregador não cumpra a sua obriga-

2 MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. Ed. FGV: Rio de Janeiro, 1993, pág. 296.

ção de recolher o FGTS mensalmente sobre todas as parcelas de natureza salarial – omissão infelizmente que ocorre em grandes proporções –, o que torna vital a atuação fiscalizatória da Delegacia-Regional do Trabalho, bem como do Ministério Público do Trabalho (fiscal da lei laboral).

2.2. Natureza jurídica múltipla

Outra peculiaridade do FGTS consiste na sua natureza jurídica³ “*multidimensional, complexa*, com preponderante estrutura e fins **justralhistas**, os quais se combinam, porém, harmonicamente (...) traços de figuras afetas às contribuições **sociais**, formando, porém, instituto *unitário*” (grifos do autor).

É que o FGTS, assim como o salário, as férias, o décimo-terceiro salário e as demais parcelas trabalhistas, constituem um direito do empregado – integrante do mínimo de garantias (art. 7º, *caput* da Carta Magna de 1988) – sobre qual o empregador mensalmente recolha o percentual de 8% (oito por cento) sobre todas as parcelas de natureza salarial percebida pelo obreiro.

Por outro lado, para muitos autores, como por exemplo, Sérgio Pinto Martins⁴, o FGTS consiste numa contribuição social, de caráter tributário.

Independente de qual posição se adote em relação à natureza jurídica do FGTS, parece-nos que o mais relevante é a percepção de que o Fundo tem uma natureza *múltipla, singular*, que o diferencia dos demais direitos trabalhistas.

3 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 6ª. ed. São Paulo: Ltr, 2007, pp. 1.275 e 1.276.

4 MARTINS, Sérgio Pinto. *Manual do FGTS*. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 78.

2.3. Prescrição trintenária

E como consequência dessa natureza *sui generis* do FGTS, surge a sua terceira singularidade, a saber, o prazo de prescrição de *trinta anos* (prescrição *trintenária*) para o empregado cobrar o não recolhimento do FGTS por seu empregador.

De todas as peculiaridades do regime fundiário – as quais não temos a pretensão no presente artigo, evidentemente, de esgotá-las – aquela que é mais *relevante*, e simultaneamente, a *mais polêmica*, consiste indubitavelmente na prescrição trintenária para o trabalhador reclamar o seu FGTS que não foi recolhido, de forma total ou parcial, pelo empregador.

Essa prescrição, cujo lapso é efetivamente muito grande, tem gerado grandes controvérsias, sobretudo na seara doutrinária, visto que em sede jurisprudencial já se firmou o entendimento dominante de que a prescrição para reclamar o FGTS é de 30 (trinta) anos.

De fato, tanto o Superior Tribunal de Justiça (STJ) quanto o Tribunal Superior do Trabalho (TST) pacificaram tal controvérsia, através da edição das súmulas, respectivamente no. 210 e 362.

Todavia, esse consenso jurisprudencial está muito longe de ser alcançado entre os juslaboristas.

De fato, de um lado, diversos autores, como Valentin Carrion⁵, sustentam que o prazo prescricional do FGTS deveria ser *quinquenal* e não de trinta anos, primeiramente porque esse é o lapso prescricional para reclamar **todos os direitos** trabalhistas que não foram adimplidos pelo empregador, consoante expresso no artigo 7º, inciso XXIX da CF/88.

5 CARRION, Valentin. Ob. cit., pp. 81 e 82.

No que tange o fundamento de que a prescrição trintenária do FGTS decorre de sua natureza previdenciária, Carrion⁶ refuta tal argumento, alegando que o artigo 149 da Lei Maior de 1988 manda aplicar às contribuições previdenciárias os princípios tributários, o que significa que se aplica à prescrição do FGTS a mesma prescrição dos tributos (fixado pelo CTN), isto é, **quinquenal**.

Por outro lado, Maurício Godinho Delgado⁷ adota postura diametralmente oposta à de Valentin Carrion, sustentando que a prescrição do FGTS é trintenária, concordando, assim, com o entendimento jurisprudencial já pacificado.

De todos os argumentos utilizados por Godinho, consideramos o mais sólido o artigo 23, §5º, da Lei do FGTS (Lei nº 8.036/90), que estabelece, **in verbis**: “O processo de fiscalização, de atuação e de imposição de multas, reger-se-á pelo disposto no Título VII da CLT, respeitado o **privilégio do FGTS à prescrição trintenária**” (grifos do autor).

Ora, se existe um dispositivo legal, de âmbito federal e favorável aos trabalhadores hipossuficientes, estabelecendo que a prescrição do FGTS é trintenária, parece-nos inquestionável que essa previsão legal da prescrição de trinta anos do FGTS encerra – ou deveria encerrar – a polêmica doutrinária.

Seja pelo critério da hierarquia das normas – a Lei nº 8.036/90 tem dimensão **federal** – ou pelo critério da **especialidade** – a citada Lei regula especificamente o FGTS –, e seja pelo princípio da aplicação da norma mais favorável ao obreiro, em virtude da sua flagrante hipossuficiência – todos esses fundamentos, em nosso pensar, não dão margem a defender uma prescrição que não seja trintenária, aplicável ao FGTS.

6 CARRION, Valentin. Ob.cit., p 81.

7 DELGADO, Maurício Godinho. Ob.cit., pp.269 e 270.

III – Acesso do FGTS ao diretor não empregado de uma sociedade anônima (S.A)

Antes de se tratar do tema objeto do presente artigo, consideramos fundamental esclarecer que uma sociedade comercial possui duas espécies de diretores. O primeiro deles é o que se pode ser denominado de “verdadeiro” diretor, porquanto investido de poderes de mando, que representa a própria sociedade comercial, com poderes de demitir os empregados, e que, assim, assume o papel de *empregador* numa S.A. A parte inicial da súmula no. 269 do TST refere-se a esses diretores “*próprios*”.

De outro lado, temos a segunda espécie de diretores, a saber, os diretores “impróprios”, que, ao invés de estarem investidos fundamentalmente de poderes de gestão, estão na prática *subordinados juridicamente*⁸, por exemplo, ao Conselho de Administração de uma sociedade anônima. Assim, por cumprirem ordens, esses diretores são na realidade *empregados* de uma sociedade anônima. A parte final da citada súmula no. 269 do colendo TST refere-se a essa segunda espécie de diretores.

Dessa forma, o acesso do FGTS aos diretores de uma S.A, refere-se a seus *verdadeiros* diretores, munidos de poderes de mando, e que não estão subordinados juridicamente a nenhum órgão ou pessoa da sociedade comercial.

III.1 – Fundamentos e finalidade

O acesso dos diretores não empregados ao FGTS foi originalmente previsto pela Lei nº 6.919, de 2/06/1981 em seu artigo 1º e §2º, que inclusive possibilitava o acesso de diretores não empregados de empresas públicas, sociedades de economia mista, autarquias e fundações públicas.

8 MARTINS, Sérgio Pinto. Ob. cit., p. 178.

Posteriormente, essa extensão do FGTS foi regulada em dois dispositivos da Lei nº 8.036/90 – artigo 16 e 15, §4º –, tendo como beneficiários os diretores não empregados de sociedades comerciais privadas, sendo relevante e necessária sua transcrição.

O artigo 16 estabelece que:

Para efeito desta Lei, as empresas sujeitas ao regime da legislação trabalhista poderão equiparar seus diretores não empregados aos demais trabalhadores sujeitos ao regime do FGTS. Considera-se diretor aquela que exerça cargo de administração previsto em lei, estatuto ou contrato social, independente da denominação do cargo (grifos do autor).

O artigo 15, §4º, da Lei nº 8.036/90, por seu turno, assevera que, *in verbis*: “**Considera-se remuneração as retiradas de diretores não empregados, quando haja deliberação da empresa, garantindo-lhes os direitos decorrentes do contrato de trabalho de que trata o art. 16**”.

As singularidades do FGTS, em nosso entendimento, contribuem para a possibilidade de extensão do FGTS a um sujeito do Direito Comercial, estranho ao contrato de trabalho.

De fato, a finalidade coletiva do regime fundiário, sua natureza de contribuição social, com caráter tributário e a prescrição trintenária, mais do que diferenciar o FGTS dos demais direitos trabalhistas, revelam que o mesmo não constitui **apenas um direito trabalhista, mas um instituto que produz efeitos em outras disciplinas jurídicas, em particular, o Direito Comercial.**

Daí porque basta haver uma autorização no estatuto de uma sociedade anônima (S.A) para que um diretor não empregado seja equiparado aos empregados dessa mesma S.A, no que tange ao direito ao FGTS.

Esse mesmo diretor não empregado de uma S.A, contudo, não terá nenhum outro direito trabalhista, como férias, décimo terceiro

salário, etc., na medida em que tais direitos não têm nem a finalidade coletiva, e nem a natureza de contribuição previdenciária, que é própria e exclusiva do FGTS acrescida do fato de que esses diretores *não são empregados*.

Um outro aspecto parece-nos que merece menção. As relações e interesses entre os empresários de uma sociedade e seus empregados são naturalmente opostos.

Enquanto o empresário almeja o lucro, os obreiros de uma sociedade comercial desejam e reivindicam melhores salários e condições de trabalho.

Todavia, isso não significa que, não obstante esses naturais antagonismos, não existam pontos de *convergência* entre o empresário e seus empregados, a saber, postura social do empresário e espírito de colaboração dos trabalhadores, que vestem a “camisa da empresa”, para que esta alcance maior lucro.

Neste falar, consideramos que a extensão de um direito genuinamente trabalhista e que integra o mínimo de garantias ao diretor não empregado de uma S.A. contribui para *aproximar* o diretor de seus empregados na empresa, melhorando o ambiente empresarial, o que é vital para o aumento da produtividade empresarial.

Da mesma forma, atribuir aos trabalhadores participação nos lucros, tal como previsto no artigo 7º, inciso XI, da Carta Magna de 1988 e regulamentado pela Lei nº 10.101/00 não apenas integra mais o trabalhador no seio empresarial, mas, sobretudo, aumenta a sua motivação e incentiva o aumento de sua produtividade.

Verifica-se ainda que diversos incisos do artigo 20 da Lei do FGTS (exemplificativamente os incisos XI, XIII e XIV) possibilitam que haja saque do FGTS em favor dos *dependentes* dos trabalhadores, apesar de estes não serem sujeitos do contrato de trabalho, mas, estranhos em relação a um contrato laboral, quando, por exemplo, o dependente do trabalhador for *portador do vírus do AIDS* ou for acometido de *neoplasia maligna*.

Essas hipóteses de saque da conta vinculada do FGTS em favor de pessoas *estranhas* a um contrato de trabalho reforçam a *singularidade* do regime fundiário e contribuem para a compreensão da extensão do FGTS ao diretor não empregado de uma sociedade anônima.

IV- Conclusão

O antagonismo existente entre as disciplinas jurídicas Direito Comercial e Direito do Trabalho – integrantes do mesmo Departamento da Faculdade de Direito da UERJ – não elimina a presença de diversos pontos de contato e até mesmo de institutos nos quais um dos principais sujeitos do Direito Comercial seja beneficiário de um direito fundamental trabalhista, tal como um empregado.

E não poderia ser diferente, considerando que o Estado Democrático de Direito brasileiro tem como fundamento o valor social do trabalho (artigo 1º, inciso IV, da Carta Magna de 1988), assim como figura como princípio informador da atividade econômica a valorização do trabalho humano, bem como a realização da justiça social (art. 170, incisos, da Lei Maior de 1988).

Assim, como consequência lógica, a extensão do FGTS (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço) ao diretor não empregado de uma sociedade anônima (S.A.) – desde que haja expressa autorização no estatuto social da empresa (artigos 15, §4º, e 16 da Lei nº 8.036/90) – constitui uma clara efetivação legal dessa união entre o Direito Comercial e o Direito Laboral, cujos interesses e objetivos são naturalmente distintos e muitas vezes antagônicos.

Numa era da pós-modernidade, onde muitos buscam o lucro insaciável, infelizmente à custa da supressão de um mínimo de garantias outorgada aos obreiros, a existência de institutos como esse – objeto da presente análise – contribui para aproximar essas duas disciplinas jurídicas, colaborando para a melhoria do ambiente de traba-

lho, motivando os trabalhadores, incentivando o aumento de sua produtividade.

O diretor não empregado de S.A na prática, no que tange ao FGTS, fica lado a lado com seus empregados, num mesmo plano de igualdade.

**A PARTICIPAÇÃO DA UERJ NO
18TH ANNUAL WILLEM C. VIS INTERNATIONAL
COMMERCIAL ARBITRATION MOOT**

**PARTICIPATION OF UERJ IN THE
18TH ANNUAL WILLEM C. VIS INTERNATIONAL COMMERCIAL
ARBITRATION MOOT**

*Isabel Miranda
Daniel Gruenbaum*

Resumo: Entre 2010 e 2011, pela primeira vez, a Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) formou uma equipe para participar do *Annual Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot*, mais especificamente, de sua 18^a edição. Já em seu primeiro esforço, a equipe recebeu menção honrosa por uma das peças elaboradas, o que fez da UERJ a primeira universidade latino-americana na história da competição a receber a honraria, junto com a Universidade de São Paulo (USP). Aqui, a equipe divide sua experiência no Vis Moot, bem como a peça pela qual foi agraciada.

Abstract: Between 2010 and 2011, for the first time, the University of the State of Rio de Janeiro (UERJ) formed a team in order to take part in the *Annual Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot* (18th edition). As a result, the team received an honorable mention for one of its written submissions, what made UERJ the first Latin-American university in the history of the competition to receive the honor, together with the University of São Paulo (USP).

Here, the team shares its Vis Moot experience, as well as the memorandum which received the prize.

Palavras-chave: Vis Moot. UERJ. Arbitragem comercial internacional.

Keywords: Vis Moot. UERJ. international commercial arbitration.

O *Annual Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot* (“Vis Moot”)¹ é a mais importante competição internacional universitária relativa à arbitragem comercial internacional e à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (1980) (“CISG”). Desde 1993, o Vis Moot reúne em Viena cada vez mais professores e advogados, que atuam como árbitros (julgadores) e *coaches* (treinadores das equipes), além de estudantes de graduação e pós-graduação em Direito do mundo inteiro, comumente referidos como *vismooties*, que atuam como advogados das partes.

A competição, que sempre envolve um caso fictício elaborado pela organização, ocorre em duas fases: na primeira fase, as equipes elaboram, como advogados, memorandos escritos tanto em favor do demandante quanto do demandado. Na segunda fase, as equipes se enfrentam nos debates orais, em Viena (Áustria), também na qualidade de advogados, ora do demandante, ora do demandado, quando são avaliadas por renomados profissionais. Todas as fases do Vis Moot são realizadas inteiramente em inglês.

Na 18ª edição (2010/2011), a competição contou com a participação de 254 universidades provenientes de 63 países, sendo 12

1 <http://www.cisg.law.pace.edu/vis.html>

universidades brasileiras. Nesse ano, a equipe da UERJ² – em sua primeira participação no Vis Moot – recebeu menção honrosa para o memorando do demandado (Prêmio *Werner Melis*). A importância do feito é enorme: juntamente com a equipe da USP, que também a recebeu nesse ano, foi a primeira vez na história da competição que uma universidade latino-americana foi agraciada com a prestigiosa menção.³ Diante da relevância da conquista e do orgulho com o bem-sucedido trabalho da equipe da UERJ, pareceu-nos próprio compartilhar a peça ganhadora da menção honrosa.⁴

Sob a supervisão da Prof.^a Dra. Carmen Tiburcio, foram *coaches* da equipe que participou da 18^a edição (2010/2011) o Prof. Dr. Daniel Gruenbaum e a Prof.^a Me. Isabel Miranda e, como *vismooties* e principais responsáveis pela redação da peça, os estudantes Alice Kasznar Feghali, Bernard Potsch Moura, Felipe Gomes de Almeida, Julia Dias Carneiro da Cunha, Juliana Cesario Alvim Gomes, Marina Duque Leite e Nathalie Leite Gazzaneo.

O caso hipotético da 18^a edição dizia respeito a contrato de compra e venda internacional de mercadoria celebrado por *Mediterraneo Trawler Supply SA* – companhia especializada na venda de suprimentos para frotas de pesca longínqua – e *Equatoriana Fishing Ltd*, companhia especializada em pescar lulas da espécie *illex danubecus* para uso como isca e alimento. O litígio entre as duas empresas, como tradicionalmente ocorre na competição, continha questões relativas ao processo arbitral e questões relativas ao mérito. As pri-

2 Informações atualizadas sobre a equipe da UERJ para o Vis Moot podem ser encontradas em <http://vismootuerj.blogspot.com.br>

3 <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/moot/awards18.html>

4 Elementos pré-textuais exigidos pelas regras da competição, como Listas de Referências e de Abreviaturas, não foram reproduzidos.

meiras versaram a existência ou não de confidencialidade no processo arbitral, a independência e imparcialidade do árbitro e os poderes da instituição arbitral, sob égide da Convenção de Nova York sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras,⁵ da Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional⁶ e do Regulamento da Câmara Arbitral de Milão.⁷ Já as questões de mérito versaram a conformidade e qualidade da mercadoria entregue pelo vendedor, o dever de inspeção da mercadoria pelo comprador e a extensão das perdas e danos devidas, tudo sob égide da CISG.⁸ A seguir, tais temas serão abordados com mais profundidade, sob a ótica da demandada, vendedora da mercadoria, *Equatoriana Fishing Ltd.*

UNIVERSITY OF THE STATE OF RIO DE JANEIRO

EIGHTEENTH ANNUAL WILLEM C. VIS INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION MOOT; 15-21 APRIL 2011

MEMORANDUM FOR RESPONDENT; EQUATORIANA FISHING LTD.

Statement of Facts

Equatoriana Fishing Ltd (RESPONDENT) is a company mainly dedicated to catching and purchasing squid of the species *illex danubecus*, which it sells, domestically and for export, both for bait and human consumption. Mediterraneo Trawler Supply SA (CLAIMANT),

5 http://treaties.un.org/doc/Treaties/1959/06/19590607_09-35_PM/Ch_XXII_01p.pdf

6 http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf

7 http://www.camera-arbitrale.it/Documenti/cam_regolamento-arbitrale_2010.pdf

8 <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf>

in its turn, is a specialist in selling supplies to long line fleet, and, over the years, it has imported squid to be resold as bait. CLAIMANT also produces fish products which it sells for human consumption. On **14 Apr. 2008**, CLAIMANT sent an e-mail to several suppliers of Danubian squid, among them RESPONDENT, to inquiry as to prices and availability of squid. On **18 Apr. 2008**, the sales representative for RESPONDENT (Mr. Weeg) replied the e-mail informing that he planned to visit CLAIMANT. On **17 May 2008**, Mr. Weeg went to CLAIMANT's premises and held out a sample representative of the squid being offered. On **29 May 2008**, CLAIMANT sent the Purchase Order to RESPONDENT. On the same date, RESPONDENT sent the Sale Confirmation to CLAIMANT, which included an arbitration agreement and the "2007/2008 Catch" clause relating to the squid's quality. On **01 Jul. 2008**, RESPONDENT delivered the squid, which was considered compliant by CLAIMANT. During the following week, CLAIMANT has sold a substantial quantity of the squid to five long-line fishing vessels. On **29 Jul. 2008**, CLAIMANT notified RESPONDENT that two of its clients had complained about the squid without giving sufficient details. On **03 Aug. 2008**, RESPONDENT replied requesting the squid be inspected by a certified testing agency. On **16 Aug. 2008**, CLAIMANT sent the TGT Report to RESPONDENT. From **Aug. 2008 to May 2009**, that means, for 9 months, CLAIMANT failed to resell the squid and had them eventually destroyed. On **20 May 2010**, CLAIMANT filed its Request for Arbitration and appointed Ms. Arbitrator 1 ("Ms. Arb1") as arbitrator. On **24 May 2010**, Commercial Fishing Today published an interview by Trawler Supply's Chief Executive Officer, accusing RESPONDENT of selling inappropriate squid. and informing that the parties' dispute would be settled by arbitration. On **25 May 2010**, RESPONDENT received the Request for Arbitration. On **24 Jun. 2010**, RESPONDENT filed its Statement of Defense and appointed Prof. Arbitrator 2 ("Prof. Arb2") as arbitrator. On **27 Jun. 2010**, Ms. Arb1 and Prof. Arb2 accepted their appointment and enclosed their Statement of Independence. On **09 Jul. 2010**, the Chamber confirmed the parties' appointments and asked the co-arbitrators to

jointly appoint the presiding arbitrator. On **15 Jul. 2010**, they appointed Mr. Malcolm Y as the president of the Tribunal. On **19 Jul. 2010**, Mr. Y accepted his appointment and presented a qualified Statement of Independence. On **26 Jul. 2010**, the Chamber forwarded Mr. Y's Statement of Independence to the parties, that expressly waived their right to object to Mr. Y's appointment on the same date. On **02 Aug. 2010**, the Chamber informed the decision of the Arbitral Council not to confirm Mr. Y as president of the Tribunal and asked the co-arbitrators to appoint a substitute. On **13 Aug. 2010**, Ms. Arb1 and Prof. Arb2 re-affirmed Mr. Y's appointment as president and requested the Arbitral Council to confirm him in this role. On **26 Aug. 2010**, the Chamber decided to appoint Mr. Horace Z as president instead. On **31 Aug. 2010**, the Chamber forwarded Mr. Z's Statement of Independence to the parties and co-arbitrators. On **10 Sept. 2010**, the Chamber confirmed Mr. Z as president and noted that the constitution of the Arbitration Tribunal should take place within 30 days. On **20 Sept. 2010**, the Tribunal was constituted through Procedural Order n. 1. On **24 Sept. 2010**, RESPONDENT challenged the jurisdiction of the Tribunal on the grounds that it had not been constituted in accordance with the arbitration agreement. On **01 Oct. 2010**, Procedural Order n. 2 was issued. On **29 Oct. 2010**, Procedural Order n. 3 was issued.

Summary of Arguments

[ISSUE I] In regard to the jurisdiction, the Tribunal was not properly constituted and has no jurisdiction over the merits of the case. Arbitral Council's refusal to confirm Mr. Malcolm Y violated the will of the parties, which was expressed in the arbitration agreement and later re-affirmed through their fully informed waiver to object Mr. Y's independency and impartiality. Moreover, Arbitral Council's appointment of a substitute arbitrator violated Art. 20(3) Milan Rules. Therefore, any future award could be set aside or denied enforcement under Artt. 34(2)(a)(v) ML and V(1)(d) NYC. **[ISSUE II]** CLAIMANT breached its duty of confidentiality under Art. 8 2010 Milan

Rules and as an inherent duty in international arbitration. Therefore, Tribunal must refrain CLAIMANT from disclosing arbitration information and condemn it for damages regarding the breach of confidentiality. In the merits, [ISSUE III] by delivering squid from the 2007/2008 catches, RESPONDENT neither breached the Contract nor violated the CISG. Even if RESPONDENT had an implied obligation to deliver squid per weight, the “2007/2008 Catch” clause was included in the final content of the Contract under Artt. 18 and 19 CISG. [ISSUE IV] Even if the goods were non-conforming, CLAIMANT failed to adequately examine the delivered squid and to properly and timely notice RESPONDENT of the alleged nonconformity. Therefore, CLAIMANT has forfeited its right to protection both under Artt. 38 and 39 CISG, and, thus, CLAIMANT is not entitled to claim full damages, under Art. 40. [ISSUE V] In any event, damages cannot be awarded to CLAIMANT, since it did not prove its losses nor their foreseeability by RESPONDENT. Also, CLAIMANT did not reasonably act in order to mitigate damages. Finally, RESPONDENT is entitled to recover its litigation costs.

Arguments In Regard To Jurisdiction Of The Tribunal

Issue I: The Tribunal was not constituted in accordance with the arbitration agreement.

1. First and foremost, RESPONDENT clarifies that it does not contest the existence of a valid and binding arbitration agreement [CM ¶5]. Nor does it contest the jurisdiction of the Tribunal to rule on its own jurisdiction, in accordance with the principle of *Kompetenz-Kompetenz* [CM ¶6]. However, RESPONDENT does contest the jurisdiction of this Tribunal to rule on the dispute at hand. And it will demonstrate that [1] the method of appointment of arbitrators agreed by the parties is fully enforceable; [2] the refusal of the Chamber to confirm Mr. Malcolm Y as the presiding arbitrator was not justifiable; [3] the Tribunal was not constituted in accordance with the arbitration agreement; [4] RESPONDENT did not waive its right to object the Tri-

bunal's jurisdiction; and [5] any future award could be set aside or denied enforcement under Art. 34(2)(a)(iv) ML and Art. V(1)(d) NYC.

1. The method of appointment of arbitrators agreed by the parties is fully enforceable.

2. Even though the parties opted to settle any dispute under the Milan Rules, they expressly provided the method of appointment of arbitrators, establishing that each party would appoint one arbitrator and the two arbitrators would appoint the presiding arbitrator [CEX4]. Therefore, the provisions of the Milan Rules incorporated in the arbitration agreement [Born I p.1122, Fouchard/Gaillard/Goldman p.180] are complemented by the provisions established by the parties, creating the procedural rules of the arbitration.

3. Nevertheless, in a conflict between the Milan Rules and the provisions established by the parties in the arbitration agreement, the latter should prevail and the conflicting provisions of the Milan Rules should be deemed derogated by the parties. This conclusion is confirmed by Art. 14(1) Milan Rules, which states that the "*arbitrators shall be appointed in accordance with the procedures established by the parties in the arbitration agreement*", recognizing the priority of the procedures established by the parties in the arbitration agreement over the Rules. It is important to notice that said provision was already contained within the 2004 Milan Rules [Art. 15(1)], which demonstrates that it has been incorporated into the Chamber's practice for a long time.

4. As of Art. 2(2) Milan Rules, which CLAIMANT considers as an authorization for the Chamber to disregard parties' preferences [CM ¶18], it must be said that contractual provisions must always be interpreted as to guarantee their effectiveness [ICC 4695]. Since Art. 14(1) Milan Rules expressly recognizes that the method of appointment of arbitrators chosen by the parties takes priority over the rules,

the only possible conclusion is that the provisions regarding the constitution of the Tribunal are not mandatory.

5. Even in the absence of such a provision, the parties' freedom of choice is widely recognized as the primary source of international arbitration [*Poudret/Besson* §§395, 915; *van den Berg* p.331] and, as such, takes priority over the institutional rules.

2. The refusal to confirm Mr. Malcolm Y as the presiding arbitrator was not justifiable.

6. According to CLAIMANT [*CM* ¶¶20-23], the Arbitral Council's refusal to confirm Mr. Malcolm Y was necessary to fulfill Art. 18 Milan Rules and preserve the fairness of the arbitration. Nevertheless, the refusal to confirm Mr. Malcolm Y as president of the Tribunal was not justifiable, as [3.1] Mr. Malcolm Y's connection with CLAIMANT's adviser does not jeopardize his independence or impartiality; and [3.2] the parties were fully aware of the possible conflict of interests and expressly waived their right to object Mr. Malcolm Y appointment as the presiding arbitrator.

2.1. Mr. Malcolm Y's connection with CLAIMANT's adviser does not jeopardize his independence and impartiality.

7. Mr. Malcolm Y disclosed on his Statement of Independence that he was a partner of the same law firm as Mr. Samuel Z, who is advising CLAIMANT in this arbitration. He also informed that they worked on separate offices and that he had no connection whatsoever with the case, considering himself independent and impartial. Even though Mr. Samuel Z is not counsel to the CLAIMANT, this relationship could be considered to come within the provisions of the IBA Guidelines' red waivable list [*IBA Guidelines Part II item 2.3.3*]. Nevertheless, it should be noted that the IBA Guidelines are in no

way binding to the parties or the Chamber [*IBA Guidelines Introduction* § 6; see *CM ¶¶16-17*].

8. Also, the mere fact that the arbitrator and the counsel to one of the parties are members of the same law firm does not by itself render the first unfit to compose the Tribunal. It is necessary to verify the existence of a relevant professional or financial connection between the activities of the counsel and the arbitrator [*Ferrario p.423*]. For no other reason, on several occasions, the ICC has confirmed arbitrators that shared offices with counsels [*Whitesell item I(iii) cases 3 and 5*].

9. On the case at hand, not only did Mr. Malcolm Y and Mr. Samuel Z work on different offices, on different countries, but the potential arbitrator has not been involved with the client work of the firm for the past three years. Under those circumstances, it rests certain that Mr. Malcolm Y has no relevant professional or financial connection with CLAIMANT's adviser. In fact, it is doubtful if his situation could even be considered to come within the provisions of the IBA Guidelines' red waivable list. Since the only connection between the arbitrator and the law firm in the past three years seems to be the sharing of office space, it could be argued that his situation resembles item 3.3.3 of the IBA Guidelines' orange list.

2.2. The parties were fully aware of the possible conflict of interest and expressly waived their right to object Mr. Malcolm Y's appointment as the presiding arbitrator.

10. Despite the fact that Mr. Malcolm Y's relationship with CLAIMANT's adviser does not jeopardize his independence and impartially, he has fulfilled his obligation to reveal any possible conflict of interest [*IBA Guidelines General Standard 3*], and the parties, fully aware of the situation, reaffirmed their trust on his reputation and expressly waived their right to challenge his performance as presiding arbitrator. Therefore, the General Standard [*IBA Guidelines General*

Standard 4(c)] regarding the waiver by the parties of disclosed relationships provided for under the IBA Guidelines' red waivable list [see ¶¶7-9] was properly fulfilled. In conclusion, the Arbitral Council could not disregard the parties' will.

3. The Tribunal was not constituted in accordance with the arbitration agreement.

11. As the parties made known their will that the president of the Tribunal was appointed by the co-arbitrators in the arbitration agreement and by means of their waiver to object Mr. Malcolm Y's independence and impartiality, [4.1] the Chamber must abide to the will of the parties and, as [4.1.1] the arbitration agreement provided and the parties' waiver confirmed their will that the presiding arbitrator be the one appointed by the co-arbitrators, [4.1.2] the Chamber must not disregard the provisions established by the parties and, instead, apply derogated provisions of the Milan Rules. Moreover, [4.2] even if Art. 20(3) Milan Rules was applicable, the Arbitral Council did not respect its terms.

3.1. The Chamber must abide to the will of the parties.

3.1.1. The arbitration agreement provided and the parties' waiver confirmed their will that the presiding arbitrator be the one appointed by the co-arbitrators.

12. As established above [see ¶¶2-5], the arbitration agreement clearly determines that the presiding arbitrator will be appointed by the co-arbitrators. CLAIMANT could have argued that the provision contained in the arbitration agreement is silent as to the confirmation and replacement of arbitrators. But the will of the parties is clear. The presiding arbitrator shall be jointly appointed by the party-

appointed arbitrators. Any other interpretation would deviate from the wording of the arbitration agreement. Therefore, the parties derogated the provisions of the Milan Rules regarding the confirmation and replacement of arbitrators and did not grant the Arbitral Council discretionary powers to deny confirmation or to appoint replacement arbitrators.

13. Moreover, the waiver presented by both parties, fully aware of Mr. Malcolm Y relationship with CLAIMANT [see ¶10], certainly confirmed their will that Mr. Malcolm Y, and him only, would preside the Tribunal.

3.1.2. The Chamber must not disregard the provisions established by the parties and, instead, apply derogated provisions of the Milan Rules.

14. Since the Tribunal's jurisdiction is based on the arbitration agreement [*Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides* §1.58], it is bound by its terms and forbidden to deviate from its provisions without consent of both parties [*Poudret/Besson* §395; *van den Berg* p.331]. As such, the adequacy of the constitution of the Tribunal, and the existence of jurisdiction, must be judged in accordance with the procedure agreed by the parties.

15. Several authors recognize that the appointment of the arbitrators, specially the President of the Tribunal, by arbitral institutions is not the ideal solution [*Rubino-Sammartano* p.323; *Clay* p.345]. Having diminished parties' influence as to the composition of the Tribunal, the arbitral institution has compromised one of the most essential advantages of arbitration, that is, the possibility to choose the person in charge of the solution of the controversy [*Derains* §23; see also *Lew/Mistelis/Kröll* pp.223-225; *Hascher* p. 79].

16. Should the Chamber consider that the method of appointment of arbitrators selected by the parties violates mandatory provi-

sions of its rules, its only option would be to refuse to administer the arbitration [*Petrochilos p.170*]. And nothing more. Under no circumstances may the Chamber disregard the will of the parties and apply derogated provisions.

3.2. Even if Art. 20(3) Milan Rules is applicable, the Arbitral Council did not comply with its terms.

17. Although there is no doubt that Art. 20(3) Milan Rules regarding the appointment of replacement arbitrators is inapplicable [see ¶¶2-5], it is imperative to question whether the Arbitral Council truly respected its terms when appointing Mr. Horace Z. Said article provides that “*a new arbitrator shall be appointed by the same authority that appointed the substituted arbitrator. If a replacement arbitrator must also be substituted, the new arbitrator shall be appointed by the Arbitral Council*” [Art.14(3) Milan Rules]. That is not what happened on the present case. The co-arbitrators only reaffirmed the appointment of Mr. Malcolm Y, instead of appointing an actual new arbitrator. Therefore, the Arbitral Council, before appointing an arbitrator itself, should, at least, had clarified that the co-arbitrators could not have appointed Mr. Malcolm Y once again and grant them the opportunity to appoint a new arbitrator, as provided at Art. 20(3) Milan Rules.

4. RESPONDENT did not waive its right to object to the Tribunal’s jurisdiction.

18. CLAIMANT could have argued that RESPONDENT waived its right to object to the Tribunal’s jurisdiction by failing to present the objection within the ten days granted to file written comments on Mr. Malcolm Y’s Statement of Independence. But, as demonstrated below, RESPONDENT objected the Tribunal’s jurisdiction within the provided time limit and without undue delay.

19. The arbitration agreement establishes that all disputes arising out of or related to the Contract shall be settled by arbitration under the Milan Rules [CEx 4]. Art. 12 Milan Rules provides that any objection to the jurisdiction of the Tribunal shall be raised in the first brief following the claim to which the objection relates, or will be deemed to have been waived. And RESPONDENT did exactly that. After being notified that the Arbitral Council had appointed and confirmed Mr. Horace Z as the presiding arbitrator, the first submission made by RESPONDENT was the objection on jurisdiction.

20. RESPONDENT had no obligation to submit the objection within the time limit to file written comments on the Statement of Independence. As provided in Art. 18 Milan Rules, the parties may comment on the independence and impartiality of the arbitrator. And nothing more. Since RESPONDENT does not challenge the qualifications of Mr. Horace Z, but the fact that he was not nominated in accordance with the arbitration agreement, there was no reason to present those written comments.

21. Moreover, written comments are not to be mistaken by briefs. The latter are abstracts of the pleadings and facts of the case [*Black's Law Dictionary p.192*]. Therefore, in accordance with Art. 12 Milan Rules, RESPONDENT could have presented the objection on jurisdiction on this very Memorandum. But RESPONDENT, acting in good faith and hoping to avoid unnecessary expenses and delays, submitted the objection on jurisdiction on 24 Sept. 2010, only two weeks after Mr. Horace Z's confirmation.

22. Therefore, RESPONDENT stated its objection without undue delay, in compliance with Art. 4 ML [*Várady p.12*]. On CRCICA 312/2002, the Tribunal decided that the submission of the objection within the first memorandum was perfectly acceptable and timely.

23. Likewise, CLAIMANT did not violate the so called “*waiver principle*” [*Várady p.8; Born I p.989; Holtzmann/Neubaus p.196*], which prevents the parties from saving procedural objections for later use [*Várady p.22*]. The submission of the objection less than two

weeks after the notification of Mr. Horace Z confirmation in no way violates said principle [*Jarvin pp. 736-738, 756*]. In fact, several courts consider that the waiver only takes place if the party has not raised the objection before the render of the award [*Wuzhou Port v. New Chemic; Supreme Court (Rus) 24 Nov. 1999*]. Especially considering that the constitution of the Tribunal in violation of the arbitration agreement could jeopardize the effectiveness of any future award [see ¶24].

5. Any future award could be set aside or denied enforcement under Art. 34(2)(a)(iv) ML and Art. V(1)(d) NYC.

24. As the Tribunal was not constituted in accordance with the arbitration agreement, any future award it renders could be set aside in the courts of Danubia under Art. 34(2)(a)(iv) ML [*Binder §7-021*]. Or be denied enforcement under Art. V(1)(d) NYC [*Poudret/Besson §915; Born I p.1384-1386; Cargil Rice v. Empresa Nicaraguense*]. Considering those circumstances, continuing with the arbitration will provoke an unnecessary waste of time and resources, delaying the definitive solution of the controversy. Therefore, this arbitration must be dismissed for lack of jurisdiction.

Issue II: The Tribunal must refrain CLAIMANT from disclosing the existence of the arbitration and all details in connection to it and declare CLAIMANT liable for damage due to breach of confidentiality.

25. RESPONDENT will demonstrate that CLAIMANT's interview consisted in a breach of confidentiality for the following reasons: First, [1] the parties had agreed that the proceedings were to be confidential when they chose to incorporate the Milan Rules to their arbitration agreement. In fact, [1.1] Art. 8 2010 Milan Rules contains a general provision that protects all matters related to the arbitration, including its own existence. Furthermore, [1.2] the fact that the news-

paper, which is not bound by the duty of confidentiality, had already made public the existence of a dispute between the parties does not give CLAIMANT the right to express publicly its own view of the case. Second, [2] CLAIMANT cannot justify its disclosure of confidential information based on a legal or statutory obligation. Alternatively, [3] CLAIMANT violated the inherent duty of confidentiality of international arbitration. Therefore, [4] the Tribunal has the authority to refrain CLAIMANT from disclosing any aspect of the current arbitration and to condemn it in damages.

1. Art. 8 2010 Milan Rules is applicable to the present arbitration.

26. The arbitration agreement states that “*all disputes arising out of or related to this contract shall be settled by arbitration under the Rules of the Chamber of Arbitration of Milan*” [CEx4]. Contrary to CLAIMANT’s assertion that the 2004 Milan Rules should be applicable to the present arbitration [CM 79], RESPONDENT’s understanding is that the parties agreed upon the version of the Milan Rules used by the institution at the time of the commencement of the arbitral proceedings. It is generally accepted in international arbitration that, whenever the parties do not agree to a specific version of arbitration rules provided for by an arbitral institution, their agreement is considered to refer to the rules in force at the time the arbitral proceedings start [Greenberg/Mange p.208; Jurong Engineering v. Black & Veatch Singapore; China Agribusiness Development v. Balli Trading].

27. The Chamber currently applies the version of the Milan Rules which has been in force since 1st Jan. 2010. That body of rules shall be applicable to “*arbitrations commenced after the date on which the Rules entered into force*” [Art.39 2010 Milan Rules] and when “*a reference in the agreement to the Chamber of Commerce of Milan shall be deemed to provide for the application of the Rules*” [Art.1(1) 2010 Milan Rules]. Since in the case at hand it is obvious that

these requisites are fulfilled, 2010 Milan Rules must be considered as the provisions governing this arbitration.

28. The principle mentioned above also reflects the practice of the ICC which updates its own rules from time to time [*Fouchard/Gaillard/Goldman p.175*]. In cases very similar to this one, it has been frequently decided that the newest version of the rules should be applied [*Offshore International v. Banco Central; Mobil Oil Indonesia v. Asamera Oil; ICC 5622 and Komplex v. Voest-Alpine Stahl*]. Additionally, since the Milan Rules are a set of rules which presents predominantly procedural provisions, and not substantial or material provisions, the same general rule is applicable [see *Bunge SA v. Krusel*].

1.1. Art. 8 2010 Milan Rules contains a general provision that embodies the existence of the arbitral proceedings.

29. When the parties chose to incorporate the Milan Rules to their arbitration agreement, they wanted the arbitration to be conducted in private and that all matters related to the proceedings be kept confidential [*Art.8 2010 Milan Rules*]. Consequently, the proceedings are “*subject to unlimited confidentiality*” [*Trakman p.10*] including all facts related to the participants, the nature and extent of the dispute, as well as the existence of the arbitration [*Mistelis p.212; Fouchard/Gaillard/Goldman p.773; Bleustein v. True North*].

30. This conclusion was also achieved by the International Law Association when the members of the Committee had the opportunity to study the subject of confidentiality and analyze the arbitral rules of some of the most important arbitral institutions in the world, including the Milan Chamber: “*the obligation to keep the existence of the arbitration confidential can probably be gleaned from other more general provisions, such as those imposing confidentiality as to the ‘proceedings’ (Milan Rules, Art. 8(1))*” [*Int. Law Assoc. p.12*].

31. Moreover, CLAIMANT’s assertion that the duty of confidentiality was not in force because the proceedings had not yet commen-

ced [CM ¶39] is too formal an argument which cannot be taken into consideration. The duty of confidentiality must be analyzed in view of the reason why it is agreed by the parties: “*to prevent aggravation of the parties’ dispute, to limit the collateral damage of a dispute and to focus the parties’ energies on an amicable, business-like resolution of their disagreements*” [Born I p.87]. Therefore, it does not matter that the interview was given 3 days before the arbitration formally started because the reasoning behind this duty was violated anyway.

1.2. Commercial Fishing Today is not bound by the duty of confidentiality as CLAIMANT is.

32. CLAIMANT argues that it did not give any new information when Mr. Schwitz gave the interview to Commercial Fishing Today because information regarding parties’ dispute had already been publicized by the same periodic [CM ¶34].

33. Art. 8 2010 Milan Rules determines that only parties, arbitrators, expert witnesses and the Chamber are subject to the duty of confidentiality. Thus, Commercial Fishing Today, as it does not participate in this arbitration, has not an obligation to keep information related to the proceedings away from the public. On the other hand, CLAIMANT is obliged to respect the confidentiality of the present arbitration. Hence, the fact that the newspaper had disclosed the information about the existence of a dispute between the parties does not give CLAIMANT the right to go further and make remarks on this arbitration and its details, which included detrimental remarks on RESPONDENT’s conducts.

2. CLAIMANT did not have a legal or statutory obligation to disclose the information to shareholders and the market.

34. Even though CLAIMANT did not raise this issue, it is important to note that the disclosure made by CLAIMANT cannot be jus-

tified by the existence of a legal or statutory obligation to inform the existence of the arbitral proceedings to shareholders and the market [PO3 Q.15].

35. Despite the fact that nowadays transparency seems to be a trace much appreciated when it comes to the organization and management of companies such as CLAIMANT, there is still the need to comply with a satisfactory balance between the duty of confidentiality and the expectations of transparency [Fages p. 7]. In the case at hand, since there is no legal or statutory obligation imposed on CLAIMANT to disclose information concerning the proceedings, the duty of confidentiality must prevail over the need for transparency. Be how it may, any attempt taken by CLAIMANT to publicize its own view of the case must be repelled by the Tribunal, once this kind of unilateral initiatives “often degenerate into selective communication of evidence or tendentious explanations” [Paulsson/Rawding p.304] that can be harmful on the reputation of the parties [Lazareff p.82].

36. Moreover, if CLAIMANT’s intention was to inform its shareholders of a dispute that could have a financial impact on the company, it could obviously have chosen a less prejudicial way to do it.

3. Alternatively, CLAIMANT violated the inherent duty of confidentiality of international arbitration.

37. Even in the absence of an explicit confidentiality agreement, such as in Art. 8 2010 Milan Rules, the duty of confidentiality would be imposed on CLAIMANT because it is an inherent duty of arbitration [Aita v. Ojjeb; Hassneb Insurance Co. v. Mew; Ali Shipping v. Shipyard Trogir; Myanma Yaung v. Win; Bagner p.243; Dessemonnet p.1; see also for further references Born II p.2250] which means that “a party shall not disclose any information about the arbitration” [Nakamura p.24]. This duty includes, of course, the existence of the arbitral proceedings [Fouchard/Gaillard/Goldman p. 773].

38. This implied obligation of confidentiality arises “*out of the nature of arbitration itself*” [*Dolling-Baker v. Merrett*; in this sense *Lazareff p.81*] and it is independent of the custom, usage or business efficacy [*Ali Shipping v. Shipyard Trogir*]. Besides, it is the most important advantage of arbitration for many parties which desire the secrecy inherent in business dealings established through the centuries [*Lazareff p.83*]. It also contributes to avoid publicity damage caused, for example, by an unfavorable award [*Weixia p.631*; *Stephen Bond in Esso v. Plowman*].

39. In such sense, confidentiality is often a relevant reason for choosing arbitration in contrast to litigation, as proved by empirical international studies [*Büiring-Uhle pp.108, 343*; *Pryles p.501*; *Bagner p.243*].

40. Despite the existence of some exceptions to the confidentiality rule, such as a court order and the “interest of justice”, none of them can be recognized in the case at hand. In *Esso v. Plowman* [*CM ¶32*] the obligation of confidentiality was taken into account [*Toobey J. in Esso v. Plowman*] even if excluded by “public interest”, which does not exist in this case. Furthermore, the existence of exceptions is not inconsistent with the existence of confidentiality obligations in international arbitral proceedings [*Born II p.2285*].

41. The decisions brought to attention by CLAIMANT can be distinguished by their facts [*CM ¶33*]. The present case does not involve the government acting in the public interest. To import the arguments used in them would not only disturb accepted principles of arbitration, but constitutes an entirely frivolous conduct.

42. Therefore “*arbitration is not a spectator sport*” [*Arb. Int'l Editorial*]. As consequence, the existence of the current arbitration could not and cannot be publicized by CLAIMANT.

4. As Consequence, the Tribunal has the authority to refrain claimant from disclosing any aspect of the current arbitration and to condemn it to pay damages.

43. Due to CLAIMANT's violation of the duty of confidentiality [see ¶¶26-33, 37-42] the Tribunal [4.1] must order it to keep the confidentiality of the current arbitration and [4.2] must award RESPONDENT in damages due to losses caused by CLAIMANT's breach of confidentiality.

4.1. The Tribunal can order interim measures to refrain CLAIMANT from disclosing any aspect of the current arbitration.

44. Tribunal is invested with full powers to refrain CLAIMANT from disclosing any aspect of the current arbitration through interim measures. Not only does the principle of *Kompetenz-Kompetenz* allow the Tribunal to order interim measures [Reisman/Craig/Park/Paulsson p.646; Born I p.856], but also the agreement to arbitrate imposes arbitrators' ruling in such cases [Donovan p.58; Underwriters at Lloyd's v. Argonaut].

45. Interim measures seek to safeguard parties from serious injury caused by delays in litigation process [Collins p.19, Born II p.1943; Pacific Reins v. Ohio Reins]. In this case, RESPONDENT's reputation would be irreparably affected by a new breach of confidentiality because, even if the arbitration award is favorable to it, a pulverized market may keep a mistaken impression of its business conduct [see ¶35]. In this arbitration CLAIMANT made some serious accusations, e.g., the lack of good faith and poor quality of goods [CM ¶¶45 et. seq.] which must be kept from the public [Trakman p.2].

46. Furthermore, the aggravation of the dispute engendered by the possibility of a new breach of confidentiality is enough to justify interim measures [Tokis Tokelés v. Ukraine; Nuclear Tests]. In such

sense, RESPONDENT's claim comply with the requirements of ML [Art.17A] and international arbitration standards for provisional relief, although confidentiality obligations are unlikely to demand strong showings of these requirements [Born II p.1981].

47. Even in a "balancing of interest", it is clear that RESPONDENT's concern must prevail because without granting these measures, the Tribunal will jeopardize the fairness and effectiveness of the whole dispute [Born II p.1943] and RESPONDENT's legitimate interest as consequence. Besides, CLAIMANT's interest would not be seriously affected.

48. Both the Milan Rules [Art.33(1)] and the ML [Art. 17(1); *Biwater v. Tanzania*] expressly authorize the Tribunal to order interim measures. Moreover, the NYC [Art. II] impliedly grants the Tribunal such power [Born II p.1948]. Besides, the 2006 ML revision expressly confirmed Tribunal's broad authority to grant provisional measures by excluding the requirement that it should be "*in respect of the subject matter of the dispute*" [Born II p.1970; UNCITRAL Report 39]. Furthermore, there is a general principle in international arbitration that grants tribunals the authority to order interim measures of protection [Donovan p.66].

49. As agreed by both parties and decided by the Tribunal [POs 1; 2], submissions on the issue of confidentiality is to be added in the parties' memoranda as well as in the oral hearings as subject of the current arbitration.

50. It is also important to notice that the previous conduct of CLAIMANT, which divulged the fact of the arbitration [RExI], must be taken into account by the Tribunal to order an interim measure with regarding to confidentiality protection [Born II p.1985].

51. These measures can be granted through interim measures, [4.1.1] by issuing a Procedural Order, a Partial Award or both [4.1.2] which are fully enforceable.

4.1.1. By issuing a Procedural Order, a Partial Award or both.

52. The Tribunal can grant provisional measures by issuing a procedural order or an award [*Born II p.2013*; *Yesilirmak p.195*; *Beechey/Kenny p.92*; *ICC 5804*; *ICC 7489*], according to its understanding. It can also provide “*immediate relief (via an order), as well maximally-enforceable relief (via an [subsequent] award)*” [*Born II p.2014*], enjoying the “best of both worlds”. Despite the fact that the parties have the obligation to abide to Tribunal’s orders [*Donovan p.71*], their effectiveness can be assured [4.1.1.1] by the Tribunal [4.1.1.2] or by National Court enforcement.

4.1.1.1 The Tribunal can provide its own sanctions for CLAIMANT’s non-compliance.

53. Regardless of national court enforcement, the Tribunal can avail itself from its own remedies to have its determinations obeyed because “*any duty of confidentiality is meaningless if it can be violated without consequence*” [*Brown p.1017*; also *Lazareff p.90*; *Lew/Mistelis/Kröll p.649*]. In such sense, the Tribunal has the authority to order CLAIMANT to deliver property or funds [*Born II p.1967*], which would work as warranty and be transferred to RESPONDENT if CLAIMANT did not fully perform its order.

54. It is also well established that the Tribunal can draw adverse conclusions against CLAIMANT’s non-compliance [*Lew p.25*; *Schwartz p.59*; *Cook/Garcia p.226*] which may influence the decision on costs too [*Lew/Mistelis/Kröll p.653, 655*]. Besides, the Tribunal has authority to order financial penalties [*Schwartz p.45*].

55. Violation of the confidentiality agreement has even been considered a breach of contract able to generate the avoidance of the entire arbitration agreement [*Bulbank v. A.I. Trade Finance, Brown p.1016*].

56. Lastly, the Tribunal can award CLAIMANT in damages as will be shown below [see ¶¶61-63].

4.1.1.2 Any kind of order issued by the Tribunal will be fully enforceable under the NYC.

57. Provisional measures are different from interlocutory decisions on subsidiary legal issues or procedural timetables because they are meant to be enforceable outside the arbitral proceedings [*Born II p.2023*]. The ML [*Art. 17H(1)*] expressly provides that an interim measure “*shall be recognized as binding and enforced upon application to the competent court*”. Moreover, regarding their enforcement, the NYC does not require any particular form of “award” [*Di Pietro p. 143*] and its ability to enforce provisional measures is not restricted to this [*Publicis v. True North*]. The finality must prevail over the name adopted [*Lew/Mistelis/Kröll p. 631; Brasoil v. GMRA*].

58. A decision issued by the Tribunal will be enforceable if it contains a final determination [*Lew/Mistelis/Kröll p.651*], which will be the case if the Tribunal grants RESPONDENT its claim.

59. NYC imposes a mandatory rule of recognition and enforcement of foreign arbitral awards [*Art.III*]. In the present case none of Art. V's exceptions apply.

60. It must be noted that Equatoriana, one of the jurisdictions where a decision could be enforced, is a Common Law jurisdiction and, as so, it has been deemed to protect the duty of confidentiality regardless of what national rules, institutional rules, international conventions and contracts may provide [*Brown p.1000*].

4.2. In any case, the Tribunal must condemn CLAIMANT in damages for its breach of confidentiality.

61. The Tribunal has the power to order a party to monetarily compensate another [*Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides p.527; Lew/Mistelis/Kröll p.651*] although it does not exclude other types of relief [*Cook/Garcia p.285*].

62. Because of CLAIMANT's breach of confidentiality [see ¶¶26-33, 37-42], RESPONDENT's reputation suffered (and might keep suffering) as a result of CLAIMANT's fallacious allegations. CLAIMANT violated RESPONDENT's legitimate interest acting against good faith in commercial field and against the UNIDROIT principles [Art.2.1.16 UPICC]. The harm resulting from CLAIMANT's unreasonable and illegitimate attitude can lead RESPONDENT to inestimable loss, however, susceptible of some compensation to be quantifiable by experts.

63. Alternatively, if the Tribunal considers damages unquantifiable, it must condemn CLAIMANT in exemplary damages [*Smit p.583*]. The Tribunal shall award symbolically the smallest monetary unity possible, as an emblematical evidence of repudiation of CLAIMANT's inadmissible conduct.

Arguments In Regard To The Merits Of The Claim

64. Under Art. 1(1)(a) CISG, the merits of the dispute are governed by the CISG as the parties have their places of business in different States, all of which are party to the CISG [*Req.Arb. §§ 1, 3, 24*].

ISSUE III. RESPONDENT delivered squid in conformity with the Contract and the CISG.

1. RESPONDENT supplied conforming squid for all the purposes of the Contract and the Convention.

65. Whereas **[1.1]** RESPONDENT supplied squid in conformity with the sample and the Contract under Artt. 35(2)(c) and 35(1) CISG; **[1.2]** Art. 35(2)(b) CISG does not apply to ascertain the alleged non-conformity of the squid in the sale at hand; and **[1.3]** RESPONDENT

also complied with Art. 35(2)(a) CISG; therefore RESPONDENT supplied conforming squid for all the purposes of the Contract and the Convention.

1.1. RESPONDENT supplied squid in conformity with the sample and the Contract under Artt. 35(2)(c) and 35(1).

66. Art. 35(2)(c) requires the seller to deliver goods possessing the qualities which it has held out to the buyer as a sample or model. By holding out the sample, the seller also warrants that the goods to be delivered will possess the qualities of the goods which it has held out as sample [*Schlechtriem/Schwenzer Art.35 §25*]. However, conformity with the sample should be judged in a reasonable — and not only literal — manner [*Commercial Court Hasselt (Belg) 14 Sept. 2005*].

67. During the negotiations, RESPONDENT held out to CLAIMANT a sample consisting of one frozen carton of squid. Squid can be sold either graded or ungraded. Graded squid are measured for size/weight. Ungraded squid are the run of the catch [*St.Def. §12*]. The carton held as sample was marked “*illex danubecus 2007*” [*REx1 §§10 and 12*] and in no way did it indicate that the squid range had to be from 100-150 g. By holding that sample marked with the year of the catch, RESPONDENT clearly intended to sell ungraded squid, that means “per catch” and not “per weight or size”.

68. It should be appreciated that goods possess an infinite number of internal and external characteristics, and a sample may not always be illustrative of all these features [see *Hyland p.323*]. In this sense, it is not as plain as suggested by CLAIMANT [*CM ¶59*] that only because the sample held out weighed between 100-150 g. it was representative of the weight of all squid to be sold. In fact, the physical features of a sample are not necessarily the ones it is representative of and the parties are free to agree on the conformity of the goods by reference to non-physical or whole extrinsic characteristics [*Henschel*

Book p.162; see District Court Arnhem (Neth) 17 Jul. 1997, such as the age of the goods [*Maley p.103-104*].

69. Besides the fact that, during their negotiations, RESPONDENT held out to CLAIMANT a sample of ungraded squid, the “as per sample” clause was included in both the Purchase Order [*CEx3*] and Sales Confirmation [*CEx4*] exchanged between the parties, for the purposes of Art. 35(1). Therefore, the contractually required qualities for the squid were made by reference to the sample of ungraded squid earlier provided. Still, RESPONDENT was prudent enough to insert in its Sale Confirmation [*CEx4*], besides the term “as per sample”, the “2007/2008 Catch” clause, reinforcing its intention to supply ungraded squid.

70. Thus, at first sight, given that the sample held out by CLAIMANT as much as the Contract including the “as per sample” clause indicated for ungraded squid, RESPONDENT, by supplying squid per catch, acted in accordance with Artt. 35(2)(c) and 35(1) CISG.

71. In order to further clarify that the Contract actually required squid per catch and not per weight, one must refer to general rules for determining the content of the parties’ agreement [*UNCITRAL Digest Art. 35 §4*]. Such general rules are to be found in [1.1.1] Artt. 8 and [1.1.2] 9 CISG [*Henschel §4.1.; Bianca/Bonell p.271; Honnold p. 255-256; Flechtner p.4*].

1.1.1. Under Art. 8 CISG, RESPONDENT had the duty to deliver squid per catch and not per weight.

72. Given that [1.1.1.1] CLAIMANT’s statements and conducts could not clearly amount to the conclusion that it intended to buy squid per weight and that [1.1.1.2] a reasonable person of the same kind as CLAIMANT would have understood that the squid would be sold per catch, therefore, under Art. 8 CISG, RESPONDENT had the duty to deliver squid per catch and not per weight.

1.1.1.1. None of CLAIMANT's statements or conducts could clearly amount to the conclusion that it intended to buy squid per weight [Art. 8(1)].

73. Art. 8(1) states that “*statements and conduct of a party are to be interpreted according to his intent where the other party knew or could not have been unaware what that intent was*”.

74. In the case at hand, CLAIMANT alleges that it clearly expressed that it wanted to buy squid to be used as bait [CM ¶50] and that it gave express specifications as to the required weight [CM ¶51]. However, the only documents in support of its position are (i) a circular message from Trawler Supply directed to several suppliers of Danubian squid [CEx1] and (ii) a cover letter sent to Fishing along with the Purchase Order [CEx2].

75. In spite of that, neither in its Purchase Order [CEx3] nor in its response to RESPONDENT's Sales Confirmation [REx2], CLAIMANT made contractual reference indicating the intention to buy squid from 100-150 g. In the absence of detailed description relating to the size of the goods and allowing only for minor deviation, RESPONDENT could not have been aware that the squid were to be purchased for a particular purpose [the same conclusion *a contrario sensu* CIETAC 23 October 1996; see also Vincze pp.570-571].

76. The scarce pre-contractual references made by CLAIMANT [CExs1 and 2] indicating its supposedly intentions as to the quality of the squid being sold were not sufficient to make RESPONDENT aware that CLAIMANT expected to buy squid per weight, and not per catch. Moreover, even recognizing that RESPONDENT knew the importance of the weight for the squid to be used as bait [PO3 Q.26], CLAIMANT's statements and conducts were not clear enough to make RESPONDENT conclude that the buyer unequivocally intended to buy squid per weight.

1.1.1.2. A reasonable person of the same kind as CLAIMANT would have understood that the squid would be sold per catch [Art. 8(2)].

77. Art. 8(2) sets forth that statement and conduct of a party are to be determined according to “*the understanding that a reasonable person of the same kind as the other party would have had in the same circumstances* “. The understanding of a “*reasonable person of the same kind as the other party*” requires the interpreter to adopt the perspective of commercial men [*Schlechtriem/Schwenzer Art.9 §43*].

78. CLAIMANT is a firm with many years of experience in the fishing trade [*Req.Arb. §7*] and, therefore, a reasonable person of the same kind of CLAIMANT should have been aware (i) that the sale, according to the sample provided, was of ungraded/per catch squid and, moreover, (ii) that the catch would be that of “2007/2008”, according to the clause included in the Sale Confirmation [*CEx4*].

79. Besides, considering that the Sale Confirmation was sufficiently definite in order to constitute an offer under Art. 14(1) CISG, a “*reasonable person of the same kind*” as CLAIMANT could not have unperceived the content of the “2007/2008 Catch” clause [*UNCITRAL Digest Art.8 §10; Supreme Court (Aus) 10 Nov. 1994; see ¶¶109-116 below*].

80. In conclusion, CLAIMANT is an expert in the fishing trade and, thus, it was (or should have been) fully aware, by the sample provided, that it had been offered squid per catch. And furthermore, CLAIMANT concluded the contract with full knowledge of the fact the squid to be supplied would come from the “2007/2008 Catch” [*UNCITRAL Digest Art.8 §11; Federal Supreme Court (Swi) 22 Dec. 2000*].

1.1.2. Also, under Art. 9 CISG RESPONDENT had the duty to deliver squid per catch and not per weight.

81. Given that [1.1.2.1] in the international fishing trade, there is no indication of the existence of an usage to buy squid per weight

[1.1.2.2] parties neither agreed nor established between themselves any usage or practice relating to the sale of squid per weight, therefore, also under Art. 9 CISG, RESPONDENT had the duty to deliver squid per catch and not per weight.

1.1.2.1. In the international fishing trade, there is no indication of the existence of an usage to buy squid per weight [Art. 9(2)].

82. No evidence indicates the existence of an international usage in the fishing trade related to the sale of fishing products per weight. In fact, CLAIMANT's silence in this regard [*CM passim*] is symptomatic. On the contrary, it has been suggested, in at least one case, that there is an international usage determining that, unless otherwise agreed by the parties, frozen fishing products are to be sold should from the current catch [*Supreme Court (Aus) 27 Feb. 2003*].

1.1.2.2. Parties neither agreed nor established between themselves any usage or practice relating to the sale of squid per weight [Art. 9(1)].

83. Under Art. 9(1): "*parties are bound to any usage to which they have agreed*". In the case at hand, neither during the negotiations [*Art. 8(3) CISG*] nor in the Contract, was any usage concerning the sale of squid per weight agreed by parties.

84. Art. 9(1) also states that "*parties are bound by any practices which they have established between themselves*". Since the Convention does not define when practices become "established between the parties" [*UNCITRAL Digest Art. 9 §7*], regard should be had to what tribunals have been considering in this matter. Courts have considered that a practice is only binding between the parties if their relationship has last for some time and the practice has appeared in multiple contracts [*UNCITRAL Digest Art. 9 §7; Lower Court Duisburg (Ger) 13*

Apr. 2000; District Court Nidwalden (Swi) 3 Dec. 1997. Neither of these requirements is met in the present business relationship, which was the very first between RESPONDENT and CLAIMANT after ten years [PO3 Q.14, Req.Arb. §10].

85. In conclusion, also under Art. 9(1), RESPONDENT was not obliged to sell squid per weight to CLAIMANT.

1.2. Art. 35(2)(b) CISG does not apply to ascertain the alleged nonconformity of the squid in the sale at hand.

86. Art. 35(2)(b) sets forth that, except where the parties have agreed otherwise, the goods must be “*fit for any particular purpose expressly or impliedly made known to the seller*”, except where the circumstances show that “*the buyer did not rely, or that it was unreasonable for him to rely, on the seller’s skill and judgment*“. In the case at hand, [1.2.1] CLAIMANT did not adequately made known to RESPONDENT the particular purpose of the squid being purchased and [1.2.2] alternatively, CLAIMANT could not have reasonably relied on RESPONDENT’s skill and knowledge in this respect. Therefore, Art. 35(2)(b) does not apply.

1.2.1. CLAIMANT did not adequately made known to RESPONDENT the particular purpose of the squid being purchased.

87. CLAIMANT alleges that it made known to RESPONDENT the particular purpose for which it wished the squid [CM ¶¶62-64]. However, the only document in support of this statement was a circular message from CLAIMANT directed to several suppliers of Danubian squid [CExI]. This document — which neither was addressed specifically to RESPONDENT nor was sufficiently definite in indicating the CLAIMANT’s intention for the purposes of Art. 14(1) CISG — contained the expression “*squid to be used as bait*”. However, during

the subsequent negotiations of the parties — which included not only the exchange of the Order Forms but also a personal visiting of one of RESPONDENT’s sale representatives in the CLAIMANT’s offices — in no other moment did CLAIMANT mention this particular purpose again.

88. This sole reference to the supposed particular purpose of the squid was made even before the beginning of the negotiations between the parties, and did not entail enough information as to be considered an adequate means to make RESPONDENT aware of the particular purpose intended by CLAIMANT. In fact, the less information that is available to the seller and the less specific it is, the weaker is the content of the seller’s duty [see *Maley pp.243-244*; see also *Huber/Mullis p.138*; *ICC 8213*].

89. Under these conditions, it seems that CLAIMANT’s complaints arise more out of its failure to indicate its own unique requirements to the seller than out of the nonconformity of the squid itself [*Gillette/Ferrari p. 5*]. As Gillette and Ferrari suggest “*a buyer who is so idiosyncratic that a reasonable seller would not have anticipated his needs may himself possess the superior information about characteristics that make the transaction exceptional*” [see ¶92 below].

90. Therefore, CLAIMANT’s allegation that the squid was non-conforming under Art. 35(2)(b) should not even be heard [*District Court Regensburg (Ger) 24 Sep. 1998*].

1.2.2. Alternatively, CLAIMANT could not reasonably rely on RESPONDENT’s skill and knowledge in this respect.

91. The buyer’s reliance on the seller’s skill and judgment is not justified if the seller, recognizing the possibility that the goods selected by the buyer may not be fit for the purposes for which they could have been intended, informs the buyer of that possibility, but, even so, the buyer insists on the same goods [see *Schlech-*

triem/Schwenzer Art.35 §24; Enderlein/Maskow pp.156-157; Teija §5.3.1.].

92. In the case at hand, in order to avoid any misinterpretation of the buyer regarding the sale as per the sample of ungraded squid being concluded, RESPONDENT included the “2007/2008 Catch” clause in the Sale Confirmation. Therefore if, despite the seller’s disclosure, the buyer went ahead and purchased the goods, then it is clear that he did not rely on the seller’s skill and judgment, and, thus, RESPONDENT is not liable under Art. 35(2)(b).

1.3. Further, RESPONDENT also complied with Art. 35(2)(a) CISG.

93. Art. 35(2)(a) states that except where the parties have agreed otherwise, the goods must be “*fit for the purpose for which goods of the same description would ordinarily be used*”. This subparagraph is especially relevant for the cases, such as the one at hand, where the goods are ordered by denotation of their general description without any indication to the seller as to the buyer’s particular purpose under Art. 35(2)(b) [*Lookofsky p.90*].

94. By supplying squid from the 2007/2008 catches, RESPONDENT did not breach its obligations under Art. 35(2)(a), because [1.3.1] the squid delivered was resalable both [1.3.1.1] for bait and [1.3.1.2] for human consumption.

1.3.1. The squid delivered was resalable.

95. For goods to be fit for ordinary purposes, they must be resalable in the ordinary course of business [*Secretariat Commentary on article 33 of 1978 Draft §4; Teija §5.2.1.; Lookofsky p.90*].

96. The Purchase Order [*CEx3*] and the Sale Confirmation [*CEx4*] equally provided, as to the qualities of the squid, that it should

be “as per sample”. As already demonstrated [¶¶67-69 above], the sample provided was representative of ungraded squid, which meant that the goods would be delivered per catch, and not per weight. In RESPONDENT’s market, as much as in CLAIMANT’s, ungraded squid, depending on the period of the year when they were caught, can ordinarily be used for bait or for human consumption. This is not a disputed question in the case at hand. The squid delivered, which were partially within the range of 100-150 g. and partially below that range, could have actually been resold by CLAIMANT respectively [1.3.1.1] as bait and for [1.3.1.2] human consumption.

1.3.1.1. For bait.

97. An exact computation of the TGT Report’s results [CEx8] shows that (i) 6% of the 48 cartons marked “2007 Catch” analyzed plus (ii) 87 % of the 72 cartons marked “2008 catch analyzed, results about (iii) 65,52 cartons of undersized squid out of the total of 120 cartons analyzed. It means that only 54,6% of the squid analyzed weighed less than 100-150 grams. Therefore, CLAIMANT could still re-sale for bait the other 55,4% of supplied squid within the range of 100-150 g.

98. Furthermore, 54,6% of supposed non-conforming squid does not lead to a fundamental breach of the contract by RESPONDENT [see *Graffi p. 342*; see generally *Gillette/Ferrari p. 7*], opposed to what was stated by CLAIMANT [CM ¶¶97-113]. In fact, “ordinary” does not mean “perfect” [*Lookofsky, pp.90-91*; see also *Supreme Court (Ger) 8 Mar. 1995*]. In this sense, it is clear that squid delivered could be used as bait, even though it would not offer an optimum result.

1.3.1.2. For human consumption.

99. The 55,4% of the supplied squid under 100-150 g. [¶97 above] was further perfectly resalable for human consumption. How-

ever, CLAIMANT alleges [*Req.Arb. §20; CM ¶124*] that (i) the squid could not be sold for human consumption locally, since Mediterraneo's market for squid for human consumption was small and was already saturated [*Req.Arb. §20*]; and (ii) the attempts it made to sell the squid outside Mediterraneo were unsuccessful.

100. At first, it should be noted that the fitness for ordinary use must be ascertained according to the seller's, and not the buyer's, place of business [*Bianca/Bonell p.273; Teija §5.2.1.1*]. Thus as long as the squid below the range of 100-150 g. could normally be resold in the seller's own State for human consumption, the seller's obligations under Article 35(2)(a) should be deemed fulfilled.[*Flechtner p.6*].

101. Furthermore, CLAIMANT had the burden to resale the squid [*Artt. 88(2) and Artt.86(1) CISG*] or, alternatively, to prove that it was impossible or unreasonable for it to resale the squid, in or outside Mediterraneo, under Art. 79(1) [*UNCITRAL Digest Art. 79 §20; Appellate Court Zweibrücken (Ger) 2 Feb. 2004*].

102. And finally, since CLAIMANT could not prove that it was unreasonable for it to have sold for human consumption the part of squid not fit for bait elsewhere, there was not a fundamental breach of the Contract at all [see *Teija §5.7.1.*], as opposed to what CLAIMANT alleged [*CM ¶¶97-113*].

2. Even if RESPONDENT had an implied obligation to deliver squid per weight, the “2007/2008 Catch” clause was an immaterial modification included in the contract under Art. 19 CISG.

103. Art. 19(2) establishes that “*a reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additional or different terms which do not materially alter the terms of the offer constitutes an acceptance*” [*Art.19(2) CISG 1st part*].

104. RESPONDENT's Sales Confirmation [*CEx4*], purporting to be an acceptance to the CLAIMANT's offer [*Purchase Order: CEx3*],

modified it, adding a new clause in respect to the quality of the squid. Besides repeating the standard term “as per sample” already referred to by CLAIMANT in its Purchase Order, RESPONDENT added the expression “2007/2008 Catch” its Sales Confirmation.

105. It should be noted, however, that the inclusion of the “2007/2008 Catch” clause did not materially alter the seller’s obligation to deliver ungraded squid, which was already clear from the negotiations between the parties in regard to the sample of ungraded squid provided [cf. ¶¶67-69 above]. The inclusion of the “2007/2008 Catch” clause was only intended to further clarify the meaning of the “as per sample” clause, in order to avoid CLAIMANT to misinterpret its content. So, even if referring to the quality of the goods, this clause did not fall in the hypothesis of “*material modifications*” provided for in Art.19(3) CISG. In fact, although Art.19(3)’s list sounds as if any deviations concerning one of the mentioned terms [e.g. quality, price, payment, quantity, delivery, liability, settlement of disputes] are definitely and finally material, it has been affirmed that this provision constitutes only a rule of interpretation [*Supreme Court (Aus) 20 Mar. 1997*], thus Art 19(3) gives a certain discretion to qualify deviations with regard to even *essentialia negotii* as immaterial [see *Appellate Court Paris (Fra) 22 Apr. 1992 for a case where changes concerning the price were regarded as immaterial*; see also *Magnus pp.188-190*].

106. Moreover, since CLAIMANT neither “*objected orally*” the inclusion of the “2007/2008 Catch” clause nor “*dispatched a notice to that effect*”, RESPONDENT’s Sale Confirmation constituted an acceptance to the CLAIMANT’s Purchase Order.

107. Further, Art. 19(2) establishes that, when such immaterial modifications are not objected by the other party “*the terms of the contract are the terms of the offer with the modifications contained in the acceptance*” Art.19(2) CISG 2nd part].

108. In short, although **[2.1]** CLAIMANT knew or could not have been unaware about the inclusion of the “2007/2008 Catch” clause, **[2.2]** CLAIMANT did not object it; and even paid the lower

price equivalent to ungraded squid. Therefore, the final content of the Contract should be understood as including the “2007/2008 Catch” clause and, thus, RESPONDENT did not breach the Contract under Art. 35(1).

2.1. CLAIMANT knew and could not have been unaware about the inclusion of the “2007/2008 Catch” clause purported by RESPONDENT in its Sale Confirmation [Art. 8 CISG].

109. CLAIMANT is an experienced fishing firm. It has sold squid for bait to Mediterranean long-liners for more than 20 years [*Req.Arb.* §6], and, thus, CLAIMANT cannot be exempted from being fully aware of the season for harvesting squid. In fact, CLAIMANT has even recognized that for *illex danubecus*– the species of squid required– the fishing season is relatively short [*Req.Arb.* §8]. Actually, the season for harvesting *illex danubecus* is from April to September. In the first part of the season, squid is generally smaller than 100-150 g.. In the middle part of the season, from mid-June to mid-August, most of the squid will have reached the range of 100-150 g. And, by the end of the season, they are expected to be bigger than that [*St.Def.* §13].

110. When Mr. Weeg visited CLAIMANT on May 2008 [*St.Def.* §12], the 2008 season for harvesting had not yet started, thus the sample he brought was from 2007 – and was marked as so [*REx1* §§10 and 12]. By the weight of the individual squid running between 100 to 150 g. [*St.Def.* §12], as shown by the analysis CLAIMANT made on the sample [*Req.Arb.* §14], the catch period of the sample left by Mr. Weeg was mid-June to mid-August 2007 [*St.Def.* §12], and CLAIMANT could not have been unaware of this fact.

111. Still when CLAIMANT has placed its order, by the end of May 2008 [*CEx3*], RESPONDENT had already largely exhausted its supply of the whole 2007 catch and was just starting to receive squid stock from the early part of the 2008 April season [*St.Def.* §14]. Even knowing that CLAIMANT should be fully aware about these harvest-

ting circumstances, RESPONDENT was prudent enough to insert in its Sale Confirmation [CEx4], besides the term “as per sample”, the “2007/2008 Catch” clause, so as to make it perfectly clear that the Contract was for ungraded – and not for “per weight” — squid, in conformity with the sample held out [St.Def. §14].

112. Further, CLAIMANT was certainly aware of the contents of the Sale Confirmation as shown by the message from Mr. Korre (CLAIMANT’s purchasing manager)[REx2], whose acts and directly bound RESPONDENT for the purposes of the CAISG [Art.1(1); Art.12]. If CLAIMANT was not satisfied with receiving squid from the 2007/2008 catch, that means, ungraded squid, the time to oppose to that was on receipt of the Sale Confirmation [St.Def. §14]. If the weight of the squid was so important to CLAIMANT, why did it not refuse the inclusion of the “2007/2008 Catch” clause at the same moment it accepted the inclusion of the Arbitration Agreement, also added in the Sales Confirmation? If CLAIMANT realized the inclusion of the Arbitration Agreement [CEx2], how can it be expected not to have known about the inclusion of the “2007/2008 Catch” clause?

113. The shipment of the supplied squid was made in June 2008 [St.Def. §14]. Since the 2008 season had begun in April and thus was in its earliest part, CLAIMANT, as an experienced participant in the fishing trade, must have been fully aware that part of the squid requested would be either heavier than 150g (from the end part of the 2007 season) or lighter than 100g (from the early part of the 2008 season), as was the case [St.Def. §16].

114. Even if one considers that CLAIMANT, in fact, did not realize the inclusion of the “2007/2008 Catch” clause, this lack of attention from CLAIMANT should be considered as a “violation of due care” or a “gross negligence” [see *Schlechtriem/Schwenzer art. 8 §16-17*]. The inexcusable CLAIMANT’s carelessness in not reading the Sales Confirmation is not protected by the CISG [Viscasillas §E.1].

115. Besides, as an expert in the fishing trade, it was (or should also have been) fully aware that ungraded squid are less ex-

pensive than graded ones [*St.Def. §12*]. Graded squid have to be graded for size, which requires a process of selection either mechanically or by sight [*St.Def. §12*]. These inputs increase production costs, so CLAIMANT should expect that graded squid would command a higher price than ungraded ones [*Gillette/Ferrari pp. 9-10*]. CLAIMANT alleges that the Contract was for “100-150 g” squid [*CM ¶53*] and not for squid from the “2007/2008 catches”. However, CLAIMANT inserted in its Purchase Order [*CEx3*] and paid for the goods the price of USD 1,600/MT [*Req.Arb. §§9, 11*], which was in all likelihood equivalent to ungraded squid [cf. *CIETAC 22 March 1995*].

116. If it is certain that, as stated by CLAIMANT [*CM ¶68*], “*even a very negligent buyer deserves more protection than a fraudulent seller*”, it is even more certain that a fraudulent buyer cannot be protected to the detriment of an honest seller.

2.2. CLAIMANT did not object the inclusion of this clause [Art. 19(2) CISG] and even paid the lower price equivalent to ungraded squid [Art. 18(1) CISG].

117. According to Art. 19(2) immaterial modifications brought in the acceptance – as was the case of the “2007/2008 Catch” clause – become part of the Contract, unless they are objected by the other party [see also *UPICC Art. 2.1.11(2)*]. Acceptance by conduct, in its turn, is expressly allowed under Art. 18(1) CISG, which states: “*conduct of the offeree indicating assent to an offer is an acceptance*” [see also *UPICC Art. 2.1.6.(1)* and *PECL 2.204(1)*]. Further, Art. 8(3) CISG sets forth that “*in determining the intent of a party due consideration is to be given to any subsequent conduct of the parties*”. CLAIMANT not only did not object the “2007/2008 Catch” clause [¶106 above], but also performed the Contract by paying the lower price for ungraded squid. Thus, CLAIMANT should be deemed to have assented to buy squid from the “2007/2008 Catch” [*Federal District Court New York (USA) 14 Apr. 1992*].

118. It could be argued that the inclusion of the “2007/2008 Catch” clause was a material modification to the Purchase Order, and thus, under Art.19(2) and (3), required, more than the lack of objection, an express acceptance by CLAIMANT in order to be considered binding between the parties. Even if that was true, the added clause would still be rendered accepted by CLAIMANT, because its subsequent conduct, consisting in paying the lower price equivalent to “2007/2008 caught” squid, leads to an “acceptance by conduct” or “implicit acceptance” of that clause [*Appellate Court Koblenz (Ger)* 4 Oct. 2002; *Appellate Court (Arg)* 14 Oct. 1993].

119. In fact, when the reply to an offer form has additional or different terms that materially alter the offer, it will be regarded as a rejection and a counter-offer. Such a counter-offer may be accepted by acts of performance. Where there is such a counter-offer and acceptance by acts of performance, in the classic sense of Articles 14 and 18 CISG, the terms of the contract will be those of the counter-offer [*Viscasillas §E.2.; Federal District Court Pennsylvania (USA)* 25 Jul. 2008; see also *Farnsworth pp.177-180; Sukurs pp.1483-1499* commenting *Federal District Court Illinois (USA)* 7 Dec. 1999].

120. Thus, when CLAIMANT paid for ungraded squid, it accepted, by its conduct, RESPONDENT’s Sales Confirmation, including the “2007/2008 Catch” clause.

3. In any case, under Art. 35(3) CISG, CLAIMANT knew or could not have been unaware of the potential lack of conformity when accepted the Contract without objecting the inclusion of the “2007/2008 Catch” clause. Thus, RESPONDENT is not liable for the alleged nonconformity.

121. Art. 35(3) emphasizes that “*the seller is not liable for any lack of conformity of the goods if at the time of the conclusion of the contract the buyer knew or could not have been unaware of such lack of conformity*”. Although this provision makes only direct reference

to exemption of liability under subparagraphs (a) to (d) of Art. 35, it has been argued that “description” required by the contract under Art. 35(1) could also be incorporated into para. 3 by way of analogy [*Enderslein/Maskow pp.159-160*]. It is also remarkable that the legislative history of Art. 35(3) evolved so as to cover also the cases of sale by sample, earlier excluded under Art. 36 ULIS [*Bianca/Bonnel p.279; Henschel §4.2.*].

122. Even if the “2007/2008 Catch” clause was not considered included in the Contract, two circumstances of the case show that CLAIMANT knew or could not have been unaware that it was entering in a sale of squid per catch, and not per weight: (i) CLAIMANT could not have been unaware about the inclusion of the “2007/2008 Catch” clause in the Sale Confirmation; and (ii) CLAIMANT was or should have been fully aware that ungraded squid are less expensive than graded.

123. (i) As demonstrated in ¶¶112-113 above, CLAIMANT could not have been unaware of the inclusion of the “2007/2008 Catch” clause in the Sale Confirmation. In fact, this document was sent by RESPONDENT upon receipt of CLAIMANT’s Purchase Order. Even if it was argued that the clause was not included in the final content of the Contract, it was just before CLAIMANT’s eyes and could not have escaped its mind for the purposes of Art. 35(3) [*Honold p.259*]. For the application of this provision, it is sufficient that the alleged defects of the goods result indirectly from their description [*Bianca/Bonnel p.279*] or that the seller’s offer impliedly related to the effective state of the goods to be delivered [*Bianca/Bonell p.277*], what was the case upon the inclusion of the “2007/2008 Catch” clause along with the “as per sample” one.

124. (ii) As demonstrated in ¶114 above, CLAIMANT paid for the goods the price of USD 1,600/MT [*Req.Arb. §§9, 11*], which was in all likelihood equivalent to ungraded squid. When the sum actually paid corresponds to goods of a lower quality — or which involve lower production costs —, then it is presumable that the buyer should

reasonably have deduced that the goods to be delivered did not conform with the Convention standards [*Bianca/Bonnel p.279; Teija §5.6.*]. Price differentials may indicate that nominally similar goods are, in fact, not substitutes at all [*Gillette/Ferrari pp.12-13*] and, from the price, buyer may infer whether he can expect the quality of the goods to be brought up to the level supposedly expressed in the Contract [*Hensbel §4.2.*].

125. Therefore, in the opposite of what it has argued[*CM ¶¶68-72*], under Art. 35(3) CISG, CLAIMANT knew or could not have been unaware of the potential lack of conformity when confirmed the Contract without objecting the inclusion of the “2007/2008 Catch” clause. Thus, RESPONDENT is not liable for the alleged nonconformity.

Issue IV. Alternatively, even if goods were considered non-conforming, CLAIMANT would still not be entitled to claim full damages, since Art. 40 CISG is not applicable and CLAIMANT has forfeited its right of protection under Artt. 38 and 39 CISG.

126. It has been proven above that the goods delivered were conforming to the Contract. Nonetheless, even assuming that goods were non-conforming, RESPONDENT shall demonstrate that [1] Art. 40 CISG is not applicable to the present case and that [2] RESPONDENT is not entitled to claim full damages because it has not fulfilled requirements under Artt. 38 and 39 CISG.

1. Even if goods are considered to be non-conforming, Art. 40 CISG is not applicable.

127. According to Art.40 CISG, “*the seller is not entitled to rely on the provisions of articles 38 and 39 if the lack of conformity relates to facts of which he knew or could not have been unaware and which*

he did not disclose to the buyer". Because Art. 40 CISG has a very strong effect, it should only be applied in very extraordinary or exceptional circumstances so that the provisions of Artt. 38 and 39 CISG "do not become illusory" [SCCA 5 June 1998; Garro p. 255]. In this sense, RESPONDENT shall prove that Art. 40 CISG is not applicable because [1.1] the alleged nonconformity relates to facts made known to CLAIMANT and [1.2] RESPONDENT was not aware of the nonconformity.

1.1. RESPONDENT disclosed the alleged nonconformity to CLAIMANT before the conclusion of the Contract.

128. Art.40 CISG only relieves the buyer from obligations under Artt. 38 and 39 if the seller has failed to disclose the nonconformity or related facts to the buyer [Garro p.253]. This provision is in symmetry with Art. 35(3), which relieves seller of his liability for any lack of conformity when buyer had actual or imputed knowledge of the nonconformity until the conclusion of the Contract [Garro p. 255].

129. Applicability of Art.40 is, thus, out of question in the present case, since RESPONDENT explicitly informed CLAIMANT that it was selling squid per catch by introducing the "2007/2008 Catch" clause in the Sales Confirmation [CEx4]. By doing so, RESPONDENT clearly disclosed to CLAIMANT that the squid would vary in weight and that there were no determined proportions of squid per weight [cf. ¶¶122-123].

1.2. Besides, CLAIMANT failed to prove that RESPONDENT knew or ought to have known that the alleged nonconformity constituted a nonconformity to CLAIMANT.

130. In its memorandum [1.2.1] CLAIMANT failed to prove that RESPONDENT knew or could not be unaware that the discrepan-

cy in weight constituted a nonconformity to CLAIMANT, [1.2.2] awareness which must not be presumed from the facts without evidence to substantiate it.

1.2.1. RESPONDENT did not reach the requisite state of awareness under Art. 40 CISG.

131. In cases where the seller alleges unawareness of the supposed defect that would constitute a nonconformity to the buyer, the buyer undertakes the burden to prove seller's knowledge of the buyer's subjective perspective on the defect at stake [*Andersen p.32-33; Kuoppala §4.8*]. In a similar case [*Appellate Court (Ger) 25 June 1997*], in which the seller has delivered a different type of product than the one ordered, the Court stated that "*it was insufficient that the seller had knowledge of the glue glazing. The buyer had to prove that the seller knew this would constitute a lack of conformity (art.40 CISG).*"

132. CLAIMANT did not prove RESPONDENT's knowledge that delivering a certain portion of the squid under the range of 100-150 g would be considered a defect under the Contract or the CISG [*CM Passim*]. On the other hand, RESPONDENT demonstrates its good faith by proving that it did not reach the requisite state of awareness under Art. 40 CISG. This is so because, from what was established in ¶72-85 above, according to the negotiations and the Contract, RESPONDENT could not have known that CLAIMANT required only squid ranging from 100-150 g; and that squid under this weight would be non-conforming.

1.2.2. RESPONDENT's knowledge of the nonconformity shall not be inferred without proof to substantiate it.

133. It is a fact that RESPONDENT knew it was delivering a portion of the squid under the 100-150 g range, but, as stated above,

under the CISG it is not enough that the seller knows of the facts related to the nonconformity. Under Art. 40, seller's simple knowledge of the facts that lead to a nonconformity of goods does not necessarily imply the knowledge of the nonconformity itself [*Appellate Court, (Ger), 25 June 1997*].

134. In a recent and exceptional case [*SCCA 5 June 1998*], because the facts showed that “*it was more likely than not that the seller is conscious of the facts that relate to the non-conformity*”, the burden of proof shifted to the seller to prove that he did not reach the requisite state of awareness. Even if this was the case, and RESPONDENT were to undertake the burden of proof, it has already proven (in ¶132 above) that it could not and did not know that the alleged underweight squid constituted a nonconformity to CLAIMANT.

135. In a similar case [*Appellate Court, (Ger) 25 June 1997*], the seller was able to prove his good faith and discard any presumption on his awareness by demonstrating that the type of goods (glue) delivered was not “*obviously inappropriate*” and by proving to have used that glue previously without producing ill effects. Similarly, in the case at hand, RESPONDENT has proven that (i) the delivered squid is not obviously inappropriate and may be used by CLAIMANT to achieve its goals [cf. ¶¶99-102] and (ii) that in the fishing market there is no necessary usage to buy squid per weight and RESPONDENT has not had problems with clients that have received squid from it [cf. ¶82 and PO3, Q16].

136. Despite the academic controversies that arise when trying to establishing the required degree of seller's awareness under Art. 40 CISG [*Andersen p.27*], there is general consensus that the main objective of this provision is to protect the buyer from fraudulent or ill-faithed sellers [*Andersen p.27; Witz p.16; SCCA 5 June 1998*]. It is obviously clear that bad faith or fraud may not be imputed to RESPONDENT. A seller that has included a clear statement in the Sales Confirmation regarding the quality of the goods to be delivered, such as the “2007/2008 Catch” clause [*CEx4*] and that has cautiously stamped the

year of catch on each carton of squid delivered [PO3 Q32], is most certainly not acting in bad faith.

137. In conclusion, because RESPONDENT disclosed the alleged nonconformity to CLAIMANT before the conclusion of the Contract and RESPONDENT has demonstrated that it was not and could not have been aware that this constituted a nonconformity to CLAIMANT, Art. 40 CISG is not applicable. Thus, CLAIMANT must have had fulfilled inspection and notice requirements under Artt.38 and 39 in order to claim full damages.

2. Because CLAIMANT's examination and notice did not fulfill time and method requirements under the CISG, it is not entitled to rely on the nonconformity to claim full damages.

138. The requirements set forth in Artt. 38(1) and 39(1) CISG intend to enable the parties to promptly clarify whether the goods delivered were in accordance with the Contract and give the seller an opportunity to take measures to defend himself from claims of damages and test the goods to confirm whether the claim is consistent [Schlechtriem/Schwenzer Art.38 § 4; Kuoppala § 2.4.2.2]. The longer the buyer takes, the harder it becomes for the seller to implement these measures. In this sense, behind these provisions there is an intention to avoid that the seller suffers any harm if he is not notified within a reasonable time after the buyer discovered or ought to have discovered the defects [Kuoppala §2.4.2.1].

139. These two articles must be read together. The buyer's duty to examine the goods [Art. 38(1)] justifies his obligation to notify the seller [Art. 39(1)] [Schlechtriem/Schwenzer Art. 38 §4]. A failure to properly examine the goods may lead the buyer to not discovering the defects when he ought to have done so, making him incapable of accomplishing his obligation to promptly notify the seller of the lack of conformity, which will lead to the loss of any remedies he was entitled based on the lack of conformity [*Idem*].

140. In this sense, RESPONDENT shall demonstrate that, because [2.1] CLAIMANT failed to fulfill the examination time and method requirements under Art. 38(1) and, consequently, [2.2] did not accomplish time and content requirements for notifying RESPONDENT under Art. 39(1), CLAIMANT is not entitled to rely on any remedy based on the lack of conformity.

2.1. CLAIMANT did not fulfill time and method requirements under Art. 38(1) CISG.

141. The examination is not a legal obligation imposed on the buyer, but a burden he undertakes to observe in his own interest [Schechtriem/Schwenzer Art.38 §5]. Art. 38 is important for claiming damages because it will fix the time when the buyer “*ought to have discovered*” the defect, which is when the “*reasonable time*” for notifying the lack of conformity starts to run under Art. 39(1) [Kuoppala §2.4.1; Opinion n.2 §Art. 39, 1].

142. In this sense, RESPONDENT shall demonstrate that [2.1.1] CLAIMANT was responsible for carrying out the examination, not its customers. [2.1.2] The First Examination conducted by CLAIMANT was prompt, but the method applied was unreasonable under the CISG. [2.1.3] Because of its failure to examine properly and discover the nonconformity when it ought to have, CLAIMANT had to conduct a Second Examination, which was untimely despite being reasonable in regards to method.

2.1.1. Because examination was not to be carried out by CLAIMANT’s customers, it was not differed in time.

143. CLAIMANT [CM ¶87] loosely affirms that in cases in which goods are to be re-sold, the examination is regularly conducted by the subpurchasor. In this manner, RESPONDENT shall demonstra-

te that even though goods were to be re-sold, [2.1.1.1] CLAIMANT is responsible for its customer's inspection; and [2.1.1.2] CLAIMANT should have reasonably examined the goods before re-sale.

2.1.1.1. Even if inspection was to be carried out by CLAIMANT's customers, RESPONDENT is not liable.

144. The examination will only be carried out by the buyer's customer in special circumstances, such as when it would be unreasonable to open the package [*Bianca/Bonell Art. 38 §3.1*], which is the case in the "canned food case" [*Court of Appeal (Fin) 12 Nov. 1997*] cited by CLAIMANT in support of its argument. This is clearly not CLAIMANT's situation since all the circumstances of the present case allowed CLAIMANT — who even claims to have done so — to perform a reasonable inspection of the goods before reselling them.

145. Even if is the examination was to be carried out by the subpurchasers, these exceptional cases are to be solved under the rules of Art. 38(1), which requires goods to be inspected as prompt as is reasonable under the circumstances [*Bianca/Bonell Art. 38 §3.1*]. If the new buyer fails to examine the goods promptly, he loses the right to rely on the nonconformity and the first buyer also loses that right toward the first seller [*Bianca/Bonell Art.38 §2.2 and §3.1; Kuoppala §3.4.3; see Apellate Court (Ger) 8 Feb. 1995*].

146. Thus, even if it is understood that the subpurchasers were in charge of the examination, CLAIMANT has not demonstrated that its clients have performed a reasonable and prompt examination of the goods. By the contrary, it only states that its clients noticed the defects when they, already at sea, started using the squid, after they had had access to the squid for at least some time [*CEx10 §11*]. In this manner, CLAIMANT was responsible for its customers' acts and omissions and has lost its right to rely on the alleged lack of conformity towards RESPONDENT.

2.1.1.2. Even if it was the case of redispach, time limit for inspection was not differed under Art. 38(3) CISG.

147. There is no doubt that, in the present circumstances, CLAIMANT clearly acted as a retailer, i.e., a “*person engaged in making sales to ultimate consumers*” [Black’s Law Dictionary p.1315]. It should thus be noted that the redispach exception does not encompass the mere resale of goods without additional carriage, such as in the retail trade [Schebtriem/Schwenzer Art.38 §23; Bianca/Bonell Art.38 §2. 7].

148. Even if it was a case of redispach, the beginning of the period for examination of the goods would only have been differed if the buyer had no reasonable opportunity to examine them before resale [Schebtriem/Schwenzer Art. 38 §25]. Of course, reasonableness will depend on a series of circumstances, especially packaging [Idem]. In the case at hand, however, the way goods were packed was obviously not an obstacle for inspection, as CLAIMANT has demonstrated by narrating the steps it took to examine the delivery [CEx10].

149. Case law confirms such an approach. In one case [Apellate Court (Ger) 13 Jan. 1993], although the goods (doors) were resold by the buyer, the exemption under Art. 38(3) would only have applied if “*the buyer had either acted as a pure intermediary or if the goods had been directly delivered to the ultimate consumer*” [Kuoppala §3.4.3]. As the buyer had stored the goods in its warehouse before reselling them, the Court understood that prompt examination was necessary. Further, the Court considered that examination was neither impossible nor unreasonable even considering that the doors were wrapped in piles on pallets and that the wrapping had to be open to allow proper inspection. In the famous “*maggots-in-mozzarella*” case [District Court (Neth) 19 Dec. 1991], the court declared that the buyer could not solely rely on the complaints of his customers, but should have noticed the maggots in frozen mozzarella sooner by inspecting a defrosted sample of the cheese.

150. According to CLAIMANT's own narrative, goods were received at the port and were examined in the same day (even though being packed in pallets and frozen together), and part of the squid was re-sold and moved to its customers on the following week [CEx10]. From this, we must conclude that (i) CLAIMANT had roughly one week to examine the whole delivery; (ii) CLAIMANT agrees that this period of time is enough to carry out a reasonable examination under the CISG; (iii) a part of the delivery was in its stock since the delivery until May 2009 and could have also been examined at any time.

151. In conclusion, because CLAIMANT had all the necessary conditions of time and expertise to examine the squid, CLAIMANT itself should have carried out the examination under the time limit set by Art. 38(1) CISG.

2.1.2. The First Examination conducted by CLAIMANT was prompt, but the method applied was unreasonable under the CISG.

152. Goods must be inspected "*within as short period as practicable in the circumstances*" [Art.38(1) CISG]. This is not, however, an issue, since CLAIMANT has proven [CEx10] that it examined the squid immediately upon receipt.

153. In regards to method of examination, when there is no express provision in the Contract, no well known trade usage or practices, which is the case, the examination under the CISG is required to be the one which is reasonable in all circumstances [*Bianca/Bonell p.297; Schlechtriem/Schwenzer Art. 38 §13; Court of Appeal (Fin), 12 Nov. 1997*]. This means not only the ones considered relevant by CLAIMANT, but all circumstances objectively relevant to the case.

154. In *CM ¶¶83-90*, CLAIMANT tries to persuade this Tribunal that the alleged First Examination was in accordance with the

CISG. RESPONDENT will hereby demonstrate that the examination was not reasonable under the circumstances. Had it been like the standard analysis later carried out by the TGT Laboratories, it would have shown the variations in the squid's weight.

155. Given that the circumstances relevant to the case are **(i)** the expertise of the parties, **(ii)** the provisions of the contract; **(iii)** the nature of the goods and their packaging and **(iv)** their quantity, the reasonable method of examination would consist of selecting random and representative samples of the squid and testing them to find any discrepancy, especially in quality and weight, which were the relevant characteristics to CLAIMANT.

156. In this sense, the buyer's expertise (i) is relevant in the sense that when the buyer has the required experience, he must carry out a "thorough and expert examination" [*DiMatteo p.363; Schechtriem/Schwenzer Art. 38 §13*]. In respect to thoroughness, the buyer has the duty to examine the goods to discover any apparent nonconformity [*DiMatteo p.363*]. Despite lack of consensus on the concept of latent defects, courts have agreed discrepancies in weight to be an apparent nonconformity identifiable through reasonable examination [*Commercial Court (Swi) 30 Nov 1998*].

157. CLAIMANT is a well experienced squid buyer [cf. ¶109] and, therefore, CLAIMANT had the required knowledge to conduct a reasonable examination, or it could have hired an expert such as TGT Laboratories to examine it on its behalf. Not doing so, CLAIMANT undertook the duty to proceed the examination with an expert's care.

158. Also, CLAIMANT seems to have ignored the provisions of the contract (i) during the inspection. As demonstrated in ¶¶121-124 above, CLAIMANT was or should have been perfectly aware that the squid delivered was caught in 2007 and also in 2008. In this manner, CLAIMANT, who is a very experienced squid buyer, should have proceeded the examination keeping in mind that there was going to be squid from two different seasons in the containers. Each of the 20,000 cartons had been stamped with the catch year; some cartons were

labeled “2007” and others “2008” [PO3 Q32]. CLAIMANT even stocked some squid in its warehouse and moved other cartons to its clients [CEX10 §9-11]. It must have seen the stamps on the cartons, but CLAIMANT only examined cartons marked “2007” [PO3 Q32].

159. CLAIMANT may never have bought squid from Danubia before [Req.Arb. §10], but CLAIMANT knows the trade and, specially, is aware that the *illex dannubecus* season begins in April and that, consequently, squid caught in the beginning of the cycle is smaller [PO3 Q27]. Therefore, CLAIMANT knew squid caught in 2008 would tend to be smaller than the ones caught in 2007. Nonetheless, CLAIMANT deliberately decided to examine the cartons marked “2007” but ignored the ones marked “2008”. This is definitely not the standard diligence expected from an experienced buyer who orders 200 MT of squid and is interested in squid optimum size as bait.

160. Concerning nature and packaging (iii), when the examined goods cannot be reused afterwards, inspection should be carried out by randomly testing samples [Schlechtriem/Schwenzer 38 §14; Maritime Commercial Court (Den) 31 Jan. 2002]. In regards to quantity (iv), when goods are delivered in large quantities, the examination can be restricted to “representative and random tests” [Schlechtriem/Schwenzer Art.38 §14; Provincial Court of Appeal (Ger) 13 Jan. 1993; Commercial Court (Swi) 30 Nov. 1998]. In these cases, the risk of large consequential losses should also make the buyer take a more careful examination in observation of his own interests [Kuoppala §3.3.1].

161. Compared to the CISG guidelines listed above concerning sampling and testing, it is obvious that CLAIMANT’s inspection was not reasonable for several reasons. First, it failed to fulfill two basic requirements that assure representativeness to the sample obtained: **(a)** randomness and **(b)** proportionality.

162. Regarding randomness (a), selecting cartons from only two (2) out of the twelve (12) containers is not sufficiently random. CLAIMANT should have picked cartons from more containers in or-

der to obtain a panoramic view of the whole delivery. TGT Laboratories, for instance, when asked to “to examine a *randomly selected sample*” from the squid stored by CLAIMANT, picked cartons from each of the twelve (12) storage units [CEX8].

163. If freshness had been an important characteristic to CLAIMANT, it would have been extremely unwise to test the squid in only 1/6 of the containers since the other containers could have been stored in worst conditions resulting in deteriorated squid in more than half of the delivery. Even though all the containers arrived along the same day [CEX10; PO3 Q.31], it seems CLAIMANT thought it unnecessary to examine the other containers. And its lack of care has now shown its drastic consequences. It is thus clear that selecting cartons from just the first two containers was neither random nor professional and, therefore, not at all reasonable.

164. Also, (b) the amount of squid selected as sample was not proportional to the magnitude of the delivery. CLAIMANT weighed twenty (20) cartons and found them to have the required weight [CEX10]. But this is irrelevant because when different sized squids are packed together, weighing the carton without knowing how many squids are inside will not confirm the weight of each individual squid. CLAIMANT only defrosted and individually weighted the squid in 5 of these cartons. Thus, the sample of squid that CLAIMANT really weighed was of 0,025% (50kg/200MT) of the whole delivery. This is obviously too little to assure any representativeness of the sample. The TGT Laboratories, in the other hand, examined the squid in 120 cartons (1,200kg/200MT), that is 0,6% of the delivery, and was therefore able to discover the alleged nonconformity.

165. Carrying out a reasonable examination such as the one being outlined in the previous paragraphs is not setting too heavy a burden on CLAIMANT. If it is possible to promptly examine the goods without the need of complex or technological analysis, the examination cannot be regarded as too onerous on the buyer [Kuoppala §3.3.1]. What must not stand, under risk of creating a paradox, is to

have TGT Laboratories' inspection and CLAIMANT's inspection, both, being held as reasonable. There is at least something of unreasonable with any inspection when it results in the conclusion that 100% of the goods are conforming when, in fact, around 60% (more than a half) would not have conformed [CEx8].

2.1.3. The Second Examination was reasonable but completely untimely.

166. Because of its failure to examine properly and discover the nonconformity when it ought to have, CLAIMANT was required by RESPONDENT to conduct a second examination, which, despite being reasonable, was completely untimely. There is no doubt that the examination carried out by TGT Laboratories was reasonable. The laboratory is a certified agency which conducted a standard inspection of the squid [PO3 Q35] and, consequently, was able to ascertain the average quantity of squid under the 100-150 g. range.

167. Concerning the time limit, squid is a perishable good and it is a well known practice to examine perishables immediately [*Di-Matteo p.361; Schlechtriem/Schwenzer Art.38 §15*], even when they are frozen [*Federal District Court (USA) 21 May 2004; District Court (Neth) 19 Dec. 1991*].

168. However, Second Examination came too late: 42 days after delivery. It was only carried out by TGT Laboratories on 12 Aug. 2008 [CEx8], after RESPONDENT had been notified of the alleged nonconformity and, due to the vagueness of First Notice, required CLAIMANT to obtain an expert's analysis. In fact, Second Examination only happened after the First Notice of nonconformity, which in its turn, was untimely [cf. ¶179-181 below].

169. In a similar case [*District Appeal Court (Neth) 15 Dec. 1997*], the court decided that notice given three weeks after the goods were sent to the third party for processing as not timely because at that moment the goods had already undergone processing. In the

present case, once the squid had already been defrosted and used by CLAIMANT's customers, it is obvious that the Second Examination cannot be considered timely.

170. In conclusion, because the discrepancy in weight is an apparent defect that would normally be discovered by a reasonable inspection, and that, in the light of the circumstances, CLAIMANT could have carried out such inspection right after delivery, the time limit for notice to be given under Art. 39(1) CISG began to run right after the goods were delivered to CLAIMANT.

3. Even if examination had been reasonable and timely, the notices of nonconformity were not in accordance with CISG time and content requirements.

171. The purpose of the notice obligation under the CISG is to place the seller in a position where he can, by understanding the lack of conformity, take the adequate measures to protect his own interests and avoid more damages, such as securing evidence and preparing for delivery of substitute goods [*Muñoz §V, 2, A; Schlechtriem/Schwenzer Art.39 §6*]. However, in the case at hand, CLAIMANT sent RESPONDENT two notices of nonconformity, one in 29 Jul. 2008 ("First Notice") and the other in 16 Aug. 2008 ("Second Notice"). RESPONDENT shall demonstrate that because **[3.1]** the First Notice did not fulfill content requirements under the CISG and **[3.2]** the Second Notice did not substantiate the First or, alternatively, **[3.3]** both notices were untimely, CLAIMANT has lost all its remedies under the CISG.

3.1. First Notice does not constitute a notice under the CISG in terms of content.

172. Under Art. 39(1) CISG, the notice must specify the nature of the nonconformity, meaning that a notice framed in general terms

is unacceptable [*Kuoppala §4.3.1; Schlechtriem/Schwenzer Art.39 §6*]. In this sense, expressions such as “*there’s been a complaint*” [*District Court (Ger), 2 Jul. 2002*] or “*[the goods] caused some problems*” [*District Court (Ita) 12 Jul. 2000*] are not sufficient under the CISG. An experienced buyer, specially, will be expected to present a precise description of the defects, framed in professional terms, so as to avoid doubts [*Commercial Court (Swi.) 21 Sept. 1998; Kuoppala §4.3.1*].

173. In the First Notice, CLAIMANT stated that “*squid was hardly useable as bait*” [*CEx5*]. A quick analysis of this statement in the light of the circumstances shall lead us to conclude that (i) “*hardly*” is a term used by laypersons, it is not technical, nor precise; (ii) CLAIMANT did not specify the nature of the problem that made squid not useable as bait (this is a symptom); (iii) CLAIMANT’s experience in the field confirms its awareness of a variety of defects that could make the squid not useable as bait such as lack in quality, lack in freshness, size discrepancies; and (iv) this statement lacked in precision and generated doubts. Thus, it did not fulfill the purpose of Art. 39(1) CISG.

174. Specification of defects will depend not only upon the information available to the buyer, but also on that which the buyer should have obtained [*Muñoz §V, 2, A*]. Thus, CLAIMANT should have stated the nature of the nonconformity, not its symptoms. Only in very exceptional situations, such as defects related to complex machinery, will the buyer be allowed to identify only the symptoms of the lack of conformity [*Muñoz §V, 2, A; Supreme Court (Ger) 3 Nov. 1999*]. This is most definitely not the case because (i) CLAIMANT, by performing a reasonable examination of the goods, would easily discover the defects [see ¶156]; (ii) CLAIMANT still had some squid stored in its warehouse that could have been examined [*CEx10 §11 – says they moved a substantial quantity but not all the squid*]; and (iii) CLAIMANT could have inquired its customers for more details regarding the nonconformity and they would have been able to inform the weight discrepancy.

175. Courts have suggested that the notice must be specific enough for the seller to identify the asserted defect without further investigation [*District Court (Ger)*, 2 Jul. 2002]. After receiving such a vague notice (on 29 Jul. 2008), RESPONDENT asked CLAIMANT, on 3 Aug. 2008, that the squid be inspected by a certified testing agency [CEx6]. It shall be kept in mind that in no moment did CLAIMANT inform that it had carried out an inspection of the goods or that they were inappropriate. The first information RESPONDENT received after almost 2 months from the last communication between the parties [PO3 Q23] was that “*squid was hardly useable as bait*”. Therefore, RESPONDENT requested that the squid be examined so as to understand the nature of the alleged defects. In this manner, RESPONDENT acted with the diligence that is required from the seller, which is expected to make inquiries on the nonconformity when buyer is non-specific [*Lookofsky Guide p.89*].

3.2. Even if First Notice had been substantiated by the Second Notice, notification of nonconformity still lacked in content.

176. On 16 August 2008, CLAIMANT sent to RESPONDENT what CLAIMANT calls the Second Notice of nonconformity [CEx7], in which CLAIMANT presents the TGT Laboratories’ Report regarding the Second Examination [CEx8]. In its e-mail, the only statement CLAIMANT makes in relation to the nature of the goods and the TGT Report is that “*the results are self-explanatory and show clearly that what we got was not squid within the range of 100-150 grams.*”

177. Given such a vague affirmation, RESPONDENT must ask how can a notice of nonconformity state that a scientific analysis is self-explanatory when the report only outlines factual – and satisfactory – results and does not interpret the Contract or the parties’ intentions? The Report is definitely very clear and lists, briefly, the following findings: (i) the squid delivered was in excellent conditions; (ii) the squid was fit for human consumption; (iii) a portion of the squid

was caught in 2007 and another portion in 2008; and (iv) the squid varied in weight. When this information is compared to the provisions agreed in the Contract [see *CEx4 and ¶¶65-85 and 103-120*], it is impossible to figure out what is the self-explanatory nonconformity identified by CLAIMANT, since all the findings confirm that the goods were in strict conformity with the Contract.

178. If the Report is read in connection with the affirmation that “*what we got was not squid within the range of 100-150 grams*”, one might conclude that CLAIMANT is wrong, for CLAIMANT did receive, and the Report confirms it, about 54% of the squid strictly between the range of 100-150 g. The idea that the nonconformity relates to the fact that the squid delivered was not entirely within the range of 100-150 g cannot, under any interpretation, be inferred from CLAIMANT’s statement and, much less, when compared with what was agreed in the Contract. Again, CLAIMANT’s notice was vague and nontechnical. Therefore, the Second Notice does not complement the First Notice because it does not specify the nature of the nonconformity and, thus, both notices are not in accordance with the CISG.

3.3. Even if they were content sufficient, both notices were untimely.

179. Even assuming that the First and the Second Notices were sufficient in terms of content, they were both untimely. Under Art. 39(1) the buyer must give the notice of nonconformity within a reasonable time after he discovered or ought to have discovered it. In this sense, RESPONDENT has demonstrated [see ¶170 above] that the time period for CLAIMANT to give notice started to run right after the goods were delivered, on 01 Jul. 2008.

180. Determining the reasonableness of the period for notice will depend on the circumstances of the case and primarily, on the nature of the goods [*Schechtriem/Schwenzler Art.39 §16*]. In the case of perishables, such as squid, the term reasonable under Art. 39(1)

means immediate or very rapid notice [*Muñoz §V, 2, B; District Court (Neth) 19 Dec. 1991; Federal District Court (USA) 21 May 2004*].

181. Specially in the case of perishables, goods are normally to be examined at the time of delivery, when the buyer should determine promptly whether the goods are defective, and thus notice to the seller will follow shortly after the goods are received [*District Court (Ita) 12 Jul 2000*]. Thus, CLAIMANT's First and Second notices, sent 29 and 46 days after delivery, respectively, were definitely not timely under the CISG.

182. In conclusion, because CLAIMANT has not fulfilled neither content nor time requirements under Art. 39 CISG, it has forfeited its right to claim full damages or any other remedy under the CISG based on the nonconformity.

Issue V. CLAIMANT Is Not Entitled To Damages.

183. CLAIMANT is not entitled to damages since there was not a contractual breach [see ¶¶65-85 and 103-120]. In any event, [1] it bears the burden of proving its damages, which are limited to the amount of alleged non-conforming squid. Moreover, [2] CLAIMANT did not prove the foreseeability of damages, which actually were not foreseeable by RESPONDENT. Furthermore, [3] CLAIMANT did not reasonably act in order to mitigate its damages. Additionally, [4] RESPONDENT is entitled to litigation damages.

1. CLAIMANT bears the burden of proving its damages, which are limited to the amount of alleged non-conforming squid.

184. Even if there was a contractual breach, CLAIMANT did not prove its damages [*CM ¶114*]. As it is widely known, the party which pleads compensation bears the burden of proving its damages [*UNCITRAL Digest Art. 74 §35*]. In the case at hand, CLAIMANT did not

seriously prove its loss of profit nor the incidental damages. Therefore, no compensation should be awarded. In addition, eventual compensation should be restricted to loss related to the amount of alleged non-conforming squid delivered.

2. CLAIMANT did not prove the foreseeability of damages, which in any event were not foreseeable by RESPONDENT.

185. CLAIMANT bears the burden to prove the foreseeability of the damage [*Saidov p.120*]. Hence, since there is no proof that RESPONDENT could have foreseen the loss supposedly suffered by CLAIMANT, the Tribunal should not award it damages [*Appellate Court Bamberg (Ger) 13 Jan. 1999*; see also *Bianca/Bonnel p.539-540*].

186. Under Art. 74 CISG, foreseeability should be determined under RESPONDENT's particular circumstances [*Saidov p.123*]. Bearing in mind that RESPONDENT knew that CLAIMANT runs business both in fish and seafood for human consumption [*CEx10*] and that squid delivered was fit to human consumption [*CEx8*], the delivery of squid – even if it is to be considered non-conforming – would not presumably cause damage to CLAIMANT, since it could be sold as seafood.

3. In any event, CLAIMANT did not reasonably act in order to mitigate its damages.

187. As recognized by CLAIMANT itself [*CM ¶122*], in order to fulfill Art. 77 CISG requirement the aggrieved party must take all reasonable measures in order to mitigate losses. Indeed, CLAIMANT's efforts to sell the squid [*CEx.10 §15*; *CM ¶124*] did not meet the requirements of Art. 77, since CLAIMANT did not try to resell the them for human consumption even at a lower price [*Schlechtriem/Schwenzer*

Art. 74 §8. CLAIMANT knew that its internal market of squid for human consumption was saturated [*CEx10 §15*] and therefore had to have offered squid at an even lower price than it did [*Req.Arb. §20; CEx10 §15*]. Moreover, CLAIMANT had expertise in seafood market [see *¶¶91-92*] and it is hardly acceptable that its efforts to sell the squid could not achieve substantial results. Since CLAIMANT's measures to sell the squid were ineffective [*Schlechtriem/Schwenzer Art. 77 §5*], the plea of compensation of USD 12,450 for the expenses incurred in attempting to sell the squid should also be rejected.

188. Furthermore, knowing that RESPONDENT would not take the squid back [*CEx9*], CLAIMANT should have immediately resold or, failing to do so, destroyed the squid. CLAIMANT, on the contrary, unreasonably stored them for over 6 months [*Req.Arb. §21*]. This measure should be considered entirely ineffective to mitigate losses and thus not reimbursable [*Schlechtriem/Schwenzer Art. 77 § 11*].

189. In conclusion, CLAIMANT did not reasonably mitigate its damages. Therefore, the Tribunal should not award it full compensation.

4. RESPONDENT is entitled to litigation damages.

190. Given that there was no contractual breach [*¶¶64-125*], and that, in any event, CLAIMANT had no right to compensation [*¶¶126-189*], RESPONDENT is entitled to the reimbursement of all the costs it incurred due to the arbitration. Moreover, the amount to be reimbursed is not limited to the costs of the proceedings listed under Art. 36(4) Milan Rules. Art. 30(2)(g) Milan Rules expressly provides that the arbitral award shall allocate not only the costs of the proceedings but the legal costs of the parties. Therefore, the award shall also cover the reimbursement of RESPONDENT's legal fees and expenses.

REQUEST FOR RELIEF

In response to the Tribunal's Procedural Orders and the CLAIMANT's Memorandum, and for the reasons stated in this brief, RESPONDENT respectfully requests the Tribunal to find that:

1. The Tribunal was not properly constituted and has no jurisdiction over the merits of the case **(Issue I)**;

2. CLAIMANT has breached the confidentiality of the arbitral proceedings through Mr. Herbert Schwitz's interview to Commercial Fishing Today and must be condemned in damages **(Issue II)**;

3. The Tribunal has the authority to refrain CLAIMANT from disclosing any aspect of the current arbitration **(Issue II)**;

4. RESPONDENT has delivered squid in conformity with the Contract and the CISG **(Issue III)**;

5. CLAIMANT failed to properly examine and timely notice the alleged nonconformity of the squid **(Issue IV)**;

6. CLAIMANT neither proved the existence or the foreseeability of damages nor acted in order to mitigate the alleged damages and therefore CLAIMANT's claims should be dismissed **(Issue V)**; and

7. RESPONDENT is entitled to the reimbursement of all its costs in the arbitration **(Issue V)**.

Rio de Janeiro, 20 January 2011.

Alice Kasznar Feghali; Bernard Potsch Moura; Felipe Gomes de Almeida; Julia Dias Carneiro da Cunha; Juliana Cesario Alvim Gomes; Marina Duque Leite; Nathalie Leite Gazzaneo

Normas para publicação de artigos na RSDE

1. Os trabalhos para publicação na Revista Semestral de Direito Empresarial – RSDE deverão ser inéditos e sua publicação não deve estar pendente em outro local.
2. Os trabalhos deverão ser enviados em arquivos no formato “.DOC” para os e-mails: mmenezes@bocater.com.br e scampinho@campinhoodv.com.
3. Os artigos deverão ser entregues na seguinte formatação:
 - (a) Tamanho do papel: A4 (210 x 297 mm);
 - (b) Orientação: retrato;
 - (c) Margens: as margens superior e esquerda devem ser de 3 cm, ao passo que as margens inferior e direita devem ser de 2 cm;
 - (d) Alinhamento: justificado;
 - (e) Parágrafo: usar a tabulação padrão (1,25 cm), a partir da margem esquerda da folha. Em caso de haver alíneas, estas iniciam a 2,5 cm da margem (para transcrições longas, observar a alínea “h” abaixo);
 - (f) Espaçamento: antes e depois: 0 pt.; entrelinhas: espaço de 1,5 linha no texto e simples para notas de rodapé (para transcrições longas, observar a alínea “h” abaixo);
 - (g) Fonte: Times New Roman; estilo: normal; tamanho: corpo 12 para o texto, corpo 10 para notas de rodapé; cor: preta;
 - (h) Transcrições longas (mais de 3 linhas): escritas em parágrafo independente, com recuo a 4cm da margem esquerda, sem aspas; tamanho da fonte: 10 (o trecho não deverá ser transcrito em “itálico” ou “negrito”, salvo em caso de expressão grifada pelo autor, caso em que deverá ser incluída ao final do texto transcrito a expressão “grifos do autor”); Espaçamento entrelinhas: simples;
 - (i) Transcrições curtas (até 3 linhas, inclusive): deverá observar o mesmo padrão do texto do artigo, escritas entre aspas.
4. Os artigos deverão possuir:
 - (a) sumário;
 - (b) título, resumo e palavras-chave em dois idiomas, sendo um deles o idioma do texto;
 - (c) referências a citações, as quais serão feitas em notas de rodapé, seguindo o seguinte padrão: SOBRENOME DO AUTOR, Nome do Autor. *Título da Obra*. Cidade: Editora, Ano, p. [página]; e
 - (d) no mínimo de 15 e máximo de 30 páginas. Não será necessária a indicação de bibliografia ao final do artigo.
5. As regras de padronização não especificadas neste roteiro deverão observar o “Roteiro para apresentação das teses e dissertações da Universidade do Estado do Rio de Janeiro”, divulgado em 2007, disponível no endereço eletrônico http://www.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.