

PARA ENTENDER

O catolicismo hoje

Luiz Felipe Pondé



BenVirá

F Á B I O U L H O A C O E L H O

Professor Titular de Direito Comercial
da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Curso de Direito Comercial

direito de empresa

VOLUME **1**

16ª edição
2012

 **Editora
Saraiva**



Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a 6ª, das 8:30
às 19:30

saraivajur@editorasaraiva.com.br

Acesse www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS / RONDÔNIA / RORAIMA / ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA / SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ / PIAUÍ / MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384 – Fax: (85) 3238-1331 –

Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento – Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951 –

Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS / TOCANTINS

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806 – Fax: (62) 3224-3016 –

Goiânia

MATO GROSSO DO SUL / MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ / A MAPÁ

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91) 3241-0499 –

Belém

PARANÁ / SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho – Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel – Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 /
2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 – Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

ISBN 978-85-02-15803-0

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Coelho, Fábio Ulhoa

Curso de direito comercial, volume 1 : direito de
empresa / Fábio Ulhoa Coelho. — 16. ed. — São Paulo :
Saraiva, 2012.

1. Direito comercial I. Título.

CDU-347.7

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito comercial 347.7

Diretor editorial Luiz Roberto Curia

Diretor de produção editorial Lúcia Alves

Editor Jônatas Junqueira de Mello

Assistente editorial Sirlene Miranda de Sales

Produção editorial Clarissa Boraschi Maria

Preparação de originais Ana Cristina Garcia / Maria Izabel Barreiros Bitencourt Bressan
/ Daniel Pavani Naveira

Arte e diagramação Cristina Aparecida Agudo de Freitas

Revisão de provas Rita de Cássia Queiroz Gorgati / Cecília Devus

Serviços editoriais Ana Paula Mazzoco / Kelli Priscila Pinto

Capa Conexão Editorial

Produção gráfica Marli Rampim

Data de fechamento da edição: 6-12-2011

Dúvidas?

Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma
sem a prévia autorização da Editora Saraiva.

A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo
artigo 184 do Código Penal.

DADOS DE COPYRIGHT

Sobre a obra:

A presente obra é disponibilizada pela equipe [X Livros](#) e seus diversos parceiros, com o objetivo de disponibilizar conteúdo para uso parcial em pesquisas e estudos acadêmicos, bem como o simples teste da qualidade da obra, com o fim exclusivo de compra futura.

É expressamente proibida e totalmente repudiável a venda, aluguel, ou quaisquer uso comercial do presente conteúdo

Sobre nós:

O [X Livros](#) e seus parceiros disponibilizam conteúdo de domínio público e propriedade intelectual de forma totalmente gratuita, por acreditar que o conhecimento e a educação devem ser acessíveis e livres a toda e qualquer pessoa. Você pode encontrar mais obras em nosso site: xlivros.com ou em qualquer um dos sites parceiros apresentados neste link.

Quando o mundo estiver unido na busca do conhecimento, e não lutando por dinheiro e poder, então nossa sociedade enfim evoluirá a um novo nível.

ÍNDICE

Nota da 13ª edição

Primeira Parte

Empresa e Estabelecimento

Capítulo 1

O direito comercial e a disciplina da atividade econômica

1. Introdução
2. O Estado, a economia e o direito no início do século XXI
3. Disciplina privada da atividade econômica
4. O sistema francês (teoria dos atos de comércio)
5. O sistema italiano (teoria da empresa)
6. Filiação do direito brasileiro ao sistema francês em 1850
7. Aproximação do direito brasileiro ao sistema italiano
8. Do direito comercial ao direito empresarial
9. O conhecimento tecnológico do direito
10. O direito e as externalidades
11. O custo do direito para a atividade empresarial
12. Direito comercial como direito-custo

Capítulo 2

OS PRINCÍPIOS DO DIREITO COMERCIAL

1. Classificação dos princípios do direito comercial
2. Princípio da liberdade de iniciativa
 - 2.1. Os dois vetores do princípio da liberdade de iniciativa
 - 2.2. A liberdade de iniciativa na ordem constitucional brasileira
 - 2.3. Desdobramentos do princípio da liberdade de iniciativa
3. Princípio da liberdade de concorrência

4. Princípio da função social da empresa
5. Princípio da liberdade de associação
6. Princípio da preservação da empresa
7. Princípio da autonomia patrimonial da sociedade empresária
8. Princípio da subsidiariedade da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais
9. Princípio da limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais
10. Princípio majoritário nas deliberações sociais
11. Princípio da proteção do sócio minoritário
12. Princípio da autonomia da vontade
13. Princípio da vinculação dos contratantes ao contrato
14. Princípio da proteção do contratante mais fraco
15. Princípio da eficácia dos usos e costumes
16. Os princípios do direito cambiário
17. Princípio da inerência do risco
18. Princípio do impacto social da crise da empresa
19. Princípio da transparência nos processos falimentares
20. Princípio do tratamento paritário dos credores

Capítulo 3

A disciplina da atividade empresarial e A GLOBALIZAÇÃO

1. As vantagens competitivas decorrentes do marco regulatório
2. Princípios do direito do comércio internacional
3. Integração econômica e a cláusula social
4. Processo de integração econômica regional
 - 4.1. Harmonização do direito
 - 4.2. Harmonização do direito comercial

Capítulo 4

O empresário

1. Introdução
2. Sociedade empresária
3. Obrigações gerais dos empresários

4. Registro de empresas

4.1. Órgãos do registro de empresas

4.2. Atos do registro de empresas

4.3. Procedimentos e regimes

4.4. Consequências da falta do registro: sociedade empresária irregular

4.5. Empresário rural e pequeno empresário

4.6. Inatividade da empresa

5. Escrituração

5.1. Espécies de livros

5.2. Regularidade na escrituração

5.3. Processos de escrituração

5.4. Extravio e perda da escrituração

5.5. Exibição dos livros

5.6. Eficácia probatória dos livros mercantis

5.7. Consequências da falta de escrituração

5.8. Escrituração da microempresa e empresa de pequeno porte

6. Demonstrações contábeis periódicas

Capítulo 5

Estabelecimento empresarial

1. Conceito de estabelecimento empresarial

2. Natureza do estabelecimento empresarial

3. Elementos do estabelecimento empresarial

4. A proteção ao ponto: locação empresarial

4.1. Requisitos da locação empresarial

4.2. Exceção de retomada

4.3. Ação renovatória

4.4. Indenização do ponto

5. Shopping center

6. Alienação do estabelecimento empresarial

6.1. A questão da sucessão

6.2. Trespasse e locação empresarial

6.3. Cláusula de não restabelecimento

7. Franquia

7.1. Circular de oferta de franquia

7.2. Registro da franquia

Capítulo 6

Propriedade industrial

1. Introdução

2. Bens da propriedade industrial

2.1. Segredo de empresa

2.2. Marcas coletivas e de certificação

3. A propriedade intelectual

3.1. Diferenças entre o direito industrial e o direito autoral

3.2. Desenho industrial e obra de arte

4. Patenteabilidade

4.1. Novidade

4.2. Atividade inventiva

4.3. Industriabilidade

4.4. Desimpedimento

5. Registrabilidade

5.1. Registro de desenho industrial

5.2. Registro de marca

6. Processo administrativo no INPI

6.1. Pedido de patente

6.2. Pedido de registro de desenho industrial

6.3. Pedido de registro de marca

6.4. Prioridade

7. Exploração da propriedade industrial

7.1. Licença de direito industrial

7.2. Cessão de direito industrial

7.3. Secondary meaning e degeneração de marca notória

8. Extinção do direito industrial

9. Nome empresarial

9.1. Espécies de nome empresarial

9.2. Formação e proteção do nome empresarial

9.3. Diferenças entre nome empresarial e marca

10. Título de estabelecimento

Capítulo 7

Disciplina jurídica da concorrência

1. Princípio constitucional da livre-iniciativa
2. Concorrência desleal
 - 2.1. Classificação da concorrência desleal
 - 2.2. Modalidades de concorrência desleal específica
 - 2.3. Repressão civil
 - 2.4. Repressão penal
3. Infração da ordem econômica
 - 3.1. Órgãos administrativos de repressão às infrações
 - 3.2. Natureza da competência do CADE
4. Caracterização da infração da ordem econômica
 - 4.1. Irrelevância da culpa
 - 4.2. Prejuízo à livre concorrência ou livre-iniciativa
 - 4.3. Mercado relevante
 - 4.4. Aumento arbitrário de lucros
 - 4.5. Abuso de posição dominante
 - 4.6. Paralelismo de preços ou conduta
5. Condutas infracionais
6. Sanções por infração da ordem econômica
7. Controle preventivo dos atos de concentração empresarial
8. Comprovação da concorrência ilícita
9. Disciplina contratual da concorrência

Capítulo 8

A atividade empresarial e a qualidade do fornecimento de bens e serviços

1. Fornecimento sem qualidade
 - 1.1. Falta de qualidade por periculosidade
 - 1.2. Falta de qualidade por defeito
 - 1.3. Falta de qualidade por vício
 - 1.4. Teoria da qualidade
2. Superamento do princípio da culpabilidade
3. Superamento do princípio da relatividade

4. Fornecimento perigoso

4.1. Riscos normais e previsíveis

4.2. Alto grau de periculosidade ou nocividade

5. Periculosidade do fornecimento e informação do consumidor

5.1. Dever de informar sobre riscos de consumo

5.2. Adequabilidade e suficiência das informações sobre riscos de produtos e serviços

6. Risco de desenvolvimento

6.1. Dever de pesquisar

6.2. Estado da arte

7. Fornecimento defeituoso

7.1. Classificação dos fornecedores

7.2. Responsabilidade do fabricante, produtor, construtor e importador

7.3. Responsabilidade do comerciante

7.4. Responsabilidade do prestador de serviços

7.5. Responsabilidade dos profissionais liberais

8. Fornecimento viciado

8.1. Impropriedade nos produtos e serviços

8.2. Superação da teoria tradicional dos vícios redibitórios

8.3. Perdas e danos por fornecimento viciado

9. Direitos do consumidor na solução dos vícios

9.1. Vício de qualidade ou de quantidade no produto

9.2. Vício de qualidade no serviço

9.3. Decadência do direito de reclamação por vício

10. Relações interempresariais e qualidade do fornecimento

10.1. Direito de regresso

10.2. Responsabilidade do sucessor

10.3. Responsabilidade do licenciador de direito industrial

10.4. Responsabilidade do merchandisor

10.5. Responsabilidade do franqueador

10.6. Sociedades controladas, consorciadas, coligadas e integrantes de grupo

A atividade empresarial e a publicidade

1. A publicidade e a tutela do consumidor

2. A autorregulação publicitária

2.1. Âmbito de abrangência do sistema de autorregulação

2.2. Sanções do sistema de autorregulação

3. Publicidade simulada

4. Publicidade enganosa

4.1. Falsidade e enganosidade

4.2. Caracterização da publicidade enganosa

4.3. Consumidor padrão

4.4. Conteúdo da mensagem

4.5. Princípio da veracidade, princípio da transparência e enganosidade por omissão

5. Publicidade abusiva

5.1. Abuso por discriminação

5.2. Abuso por incitação à violência

5.3. Abuso por exploração do medo e superstição

5.4. Abuso na publicidade dirigida a crianças

5.5. Abuso por desrespeito aos valores ambientais

5.6. Abuso por indução a conduta nociva à saúde ou segurança do consumidor

5.7. Caracterização da publicidade abusiva

5.8. Agressão aos valores da sociedade

5.9. Valores sociais e questões individuais

6. Publicity

7. Responsabilidade civil do anunciante

8. Responsabilidade administrativa do anunciante

8.1. Efetividade da contrapropaganda

8.2. Natureza da responsabilidade administrativa do anunciante

9. Responsabilidade penal do anunciante

9.1. Elementos do tipo do art. 67 do CDC

9.2. Crime formal e crime material de publicidade enganosa

10. Responsabilidade da agência de propaganda e do veículo de comunicação

11. Publicidade comparativa

Segunda Parte

Títulos de Crédito

Capítulo 10

Teoria geral dos títulos de crédito

1. Conceito de títulos de crédito
2. Princípios do direito cambiário
 - 2.1. Cartularidade
 - 2.2. Literalidade
 - 2.3. Autonomia
 - 2.3.1. Abstração
 - 2.3.2. Inoponibilidade
3. Natureza da obrigação cambial
4. Classificação dos títulos de crédito
5. Títulos de crédito no Código Civil de 2002
6. A informática e o futuro do direito cambiário

Capítulo 11

Constituição e exigibilidade do crédito cambiário

1. Introdução
2. Saque da letra de câmbio
 - 2.1. Requisitos da letra de câmbio
 - 2.2. Cláusula-mandato
 - 2.3. Título em branco ou incompleto
3. Aceite da letra de câmbio
 - 3.1. Recusa parcial do aceite
 - 3.2. Cláusula não aceitável
4. Endosso da letra de câmbio
 - 4.1. Endosso impróprio
 - 4.2. Endosso e cessão civil de crédito
 - 4.3. Circulação cambial e o Plano Collor
5. Aval da letra de câmbio

5.1. Avais simultâneos

5.2. Aval e fiança

5.3. Aval e garantias extracartulares

6. Vencimento

7. Pagamento

7.1. Prazo para apresentação

7.2. Cautelas no pagamento

8. Protesto

8.1. Protesto por falta de pagamento

8.2. Pagamento em cartório

8.3. Cancelamento do protesto

9. Ação cambial

Capítulo 12

Nota promissória

1. Requisitos da nota promissória

2. Regime jurídico da nota promissória

Capítulo 13

Cheque

1. Conceito de cheque

1.1. Circulação do cheque

1.2. Modalidades

1.3. Prazo de apresentação

2. Cheque pós-datado

3. Sustação do cheque

4. Cheque sem fundos

4.1. Ações cambiais

4.2. Encargos do emitente

4.3. Repressão ao uso de cheque sem fundos

Capítulo 14

Duplicata

1. Introdução
2. Causalidade da duplicata mercantil
3. Aceite da duplicata mercantil
4. Protesto da duplicata mercantil
 - 4.1. Protesto por indicações
 - 4.2. Triplicata
5. Execução da duplicata mercantil
 - 5.1. Juros e correção monetária
 - 5.2. Executividade da duplicata em meio eletrônico
6. Títulos de crédito por prestação de serviços

Capítulo 15

OUTROS TÍTULOS DE CRÉDITO

1. Títulos de crédito impróprios
 - 1.1. Categorias de títulos de crédito impróprios
 - 1.2. Títulos armazeneiros
2. Títulos de crédito sujeitos ao Código Civil
 - 2.1. Títulos de crédito não regulados
 - 2.2. Títulos de crédito atípicos (ou inominados)
3. Títulos bancários
 - 3.1. Títulos de financiamento de atividade econômica
 - 3.2. Cédula de crédito bancário
4. Títulos do agronegócio
 - 4.1. O suporte dos títulos do agronegócio
 - 4.2. Cédula de Produto Rural (CPR)
 - 4.2.1. Cédula de Produto Rural Física
 - 4.2.2. Cédula de Produto Rural Financeira
 - 4.2.3. CPR como instrumento de investimento
 - 4.3. Certificado de Depósito Agropecuário (CDA) e Warrant Agropecuário (WA)
 - 4.4. Refinanciamento do agronegócio e Securitização
 - 4.4.1. Certificado de Direitos Creditórios do Agronegócio (CDCA)
 - 4.4.2. Letra de Crédito do Agronegócio (LCA)
 - 4.4.3. Certificado de Recebíveis do Agronegócio (CRA)

4.5. Nota Comercial do Agronegócio (NCA).

Índice alfabético-remissivo

Bibliografia

Nota da 13ª edição

Direito Comercial é uma disciplina de muitos nomes, no mundo todo: Mercantil, Empresarial, dos Negócios etc. O Código Civil abriga, desde 2002, parte das disposições legais que regem a matéria objeto de estudo da disciplina no seu Livro “Direito de Empresa”, com o que lhe deu mais um nome.

A partir da 11ª edição, o Curso de Direito Comercial passou a ostentar, no título, a referência a esse novo nome da disciplina, com o objetivo de dissipar algumas dúvidas que têm surgido entre estudantes e profissionais do Direito.

Primeira Parte

EMPRESA E ESTABELECIMENTO

Capítulo 1

O DIREITO COMERCIAL E A DISCIPLINA DA ATIVIDADE CONÔMICA

1. INTRODUÇÃO

Este *Curso de Direito Comercial* não é um trabalho despretensioso. Ele tem uma ambição clara: ser uma obra do seu tempo.

Tempo em que, finda a guerra fria, pode-se reler Marx fora do contexto maniqueísta de amigo ou inimigo; e, com isso, resituá-lo como a mais importante e talvez a derradeira tentativa de o homem racionalizar por completo a produção de sua vida material. Mais do que um projeto revolucionário da classe proletária para superação do sistema capitalista, o marxismo deve ser compreendido como um projeto da humanidade, em seus renovados esforços para reorganizar a sociedade de forma científica. Antes de conclamar o proletariado à revolução socialista, Marx se convencera de que houvera desenvolvido um método capaz de dar ao conhecimento da

sociedade o estatuto científico que Galileu, duzentos e cinquenta anos antes, houvera dado às ciências naturais. O método materialista e dialético, ao apontar a luta de classes como o motor da história, era o instrumento para antever cientificamente a insurreição do operariado e a implantação do socialismo, a etapa seguinte da evolução da humanidade. Assim, uma das motivações do marxismo foi a ambiciosa tentativa — que se encontra também em outras filosofias nada comunistas, como no positivismo de Comte — de transpor para o campo do humano os progressos alcançados no domínio da natureza. Os marxistas reivindicam a condição de criadores da *ciência da História* (cf. Poulantzas *in* Châtelet, 1979:151/153). A revolução socialista poria fim à anarquia do mercado característica do capitalismo, e propiciaria a planificação central da economia; desse modo, o homem acabaria submetendo a organização social ao poder de sua racionalidade científica, assim como já houvera subjugado as forças físicas, químicas, biológicas.

A diferença entre o projeto de reorganização social do marxismo e o de outros socialistas reside, como os próprios marxistas gostam de dizer, na consistência científica reivindicada pelo primeiro. Engels considera utópicos os socialistas anteriores, porque teriam formulado seus projetos de sociedade ideal ignorando as forças que realmente atuam na evolução da sociedade (1892). Para ele, o projeto marxista é o que, pela primeira vez, se alicerça em pesquisa metódica e científica sobre a dinâmica da história. Assim, a palavra de ordem do “manifesto comunista”, exortando à união os operários de todo o mundo, tem menos de aglutinador dos espoliados, para a defesa de seus interesses, e mais de afirmação cientificamente fundada acerca dos meios corretos de racionalizar as relações sociais.

O fracasso da experiência planificadora, nos países soviéticos, simbolizada pela queda do Muro de Berlim, na noite de 9 de novembro de 1989, revela que o projeto marxista tem algo de falho. Não estou pretendendo discutir — como até seria possível, admita-se — a maior ou menor fidelidade do estado soviético, e seus antigos países satélites, ao ideário de Marx, mas a demonstração eloquente, naquele significativo fato histórico, da incapacidade de o homem planificar totalmente a economia. E discutir este aspecto da teoria marxista seria cabível, ainda que nenhum povo houvesse tentado a revolução proletária. O definitivo, em relação à

extraordinariamente rápida desarticulação das economias planificadas europeias na última década do século XX, é a atual incapacitação científica do homem para lidar com as questões humanas, e parece ser o questionamento da possibilidade mesma de um projeto científico de reorganização social.

Com o fracasso da experiência de centralização da economia, tentada pela União Soviética e seus países satélites, fica claro que a ciência não consegue controlar as relações sociais. Se o homem, cada vez mais, está dominando cientificamente a natureza, o mesmo domínio não consegue sobre a sociedade.

A filosofia, aliás, já tinha se antecipado algumas décadas à história. Se eu tivesse que resumir numa ideia o núcleo do pensamento filosófico do século XX, escolheria a percepção dos limites do saber científico. Neste século, ficamos mais humildes. Se até o entreguerras, a filosofia exaltou e se encantou com os progressos aparentemente ilimitados da ciência, durante a guerra fria (1945-1989) a reflexão filosófica de maior envergadura, tanto entre os cientificistas (a *escola analítica* e o *positivismo lógico*), como entre seus opositores, representou o amadurecimento de uma postura cautelosa diante dos desafios da humanidade: não conhecemos tudo, não podemos conhecer tudo, não podemos controlar tudo. Quando Habermas, por exemplo, na década de 1960, insiste na importância da distinção entre dois conceitos de racionalização, um relacionado ao trabalho (a ação racional com respeito aos fins), e outro às ações comunicativas no interior dos marcos institucionais (1968:66/108), está já alertando para as questões que viriam a ser incisivamente postas pelo fracasso da experiência socialista.

Para ser uma obra do seu tempo, este *Curso de Direito Comercial* deve se inserir no contexto da apercepção, pelo pensamento filosófico — e, em certa medida, também pelo jurídico —, da impossibilidade de completa reorganização científica da economia e da sociedade. De fato, como são as normas jurídicas de disciplina da atividade econômica os principais instrumentos dos responsáveis pelo *governo* da produção e circulação de

bens e serviços, é inevitável que a tecnologia jurídica correspondente se permita influir pela consciência das inexoráveis limitações próprias a essa função estatal.

2. O ESTADO, A ECONOMIA E O DIREITO NO INÍCIO DO SÉCULO XXI

Os tempos que correm viram a utopia marxista fracassar por inteiro, com o fim das economias central e globalmente planificadas. Viram também, no entanto, o revigorar do marxismo como instrumento teórico mais evoluído de compreensão das ações humanas. De fato, somente se podem entender as relações entre o estado e a economia, no mundo ocidental de passagem do século XX a XXI, a partir do enfoque de Marx. Explico-me: após o desmantelamento do modelo econômico do bloco soviético (o antigo “segundo mundo”), opera-se a desarticulação do estado de bem-estar social nas economias centrais do bloco capitalista (o antigo “primeiro mundo”) e dos seus incipientes rascunhos nas economias periféricas deste bloco (alguns países do antigo “terceiro mundo”). Numa palavra, constata-se que o estado capitalista está procurando readquirir um perfil liberal.

Penso, contudo, que há limites para esse processo de redução da participação do estado na economia. É improvável que retornemos ao modelo pré-1929, ano da grande crise capitalista, que forçou os mais tradicionais governos liberais a abandonarem políticas de não intervenção. Mas a tendência, em todo o mundo, é a de desarticulação do estado do bem-estar social, onde ele existe, e a paralisação ou reversão do processo de sua criação, nas economias que o ensaiavam.

A explicação, nos quadrantes do marxismo, para essa tendência é muito convincente. O estado é considerado, em tais quadrantes, um dos instrumentos da luta de classe. A classe dominante pode utilizar, e quase sempre utiliza, a estrutura burocrática do estado para preservar seu poder de dominação econômica. O estado capitalista, nesse contexto, tem o tamanho variando em relação direta com o acirramento da luta de classes. O fim da guerra fria, com a vitória dos países capitalistas liderados pelos Estados Unidos, representou indiscutivelmente o afastamento de ameaças imediatas à

ordem econômica existente nestes países. Ninguém mais tem medo de comunista — isso, se calhar de ainda encontrar um pela frente —, nos tempos que correm.

Ora, o estado do bem-estar social nunca foi visto pelos marxistas como um resultado positivo da evolução capitalista, mas simplesmente como meio de conter as insatisfações do operariado quanto às condições de vida a que se encontram sujeitos. Um meio bastante caro, mas que valia a pena à burguesia utilizar para impedir que tais insatisfações pudessem se traduzir em revoluções socialistas. Afastado, pelo menos temporariamente, o perigo de subversão do capitalismo, não se justificam mais os gastos com a manutenção do *welfare state*. A tendência de reliberalização do estado se explica pelo desaparecimento da ameaça de socialização da economia. Até que ponto os trabalhadores poderão manter suas conquistas, no clima de eufórico triunfalismo do sistema capitalista neoliberal, somente a dinâmica da luta de classes irá revelar.

No final do século XX, o estado capitalista tenta reassumir feições liberais, que o haviam caracterizado, ideologicamente, na origem. Isto é, ele procura se livrar de algumas das funções de intervenção na economia, que, após a crise de 1929, lhe foram reservadas.

Esta tentativa se traduz em medidas de interesse para o direito, como a privatização de estatais, a reforma da Previdência e a mudança da disciplina da concorrência.

Em relação aos efeitos que a reliberalização do estado capitalista pode trazer para o direito, não é um despropósito antever o ressurgimento de princípios e noções que, ao longo do século XX, pareceram progressivamente relegados aos capítulos “históricos”, dos compêndios de doutrina. Penso especificamente nos padrões jurídicos de inspiração liberal centrados na noção de autonomia da vontade. Revestidos de feições neoliberais, tais postulados jurídicos podem voltar a desempenhar um papel de relevo na fundamentação de reformas normativas e de decisões administrativas ou judiciais (Cap. 35, item 3). A distinção entre direito

público e privado, de desprestigiadíssima, poderá voltar a ser, embora renovada, uma importante categoria do pensamento jurídico.

Claro que não predigo um simples e mecânico retorno aos padrões jurídicos do liberalismo clássico do passado. A crescente complexidade da economia e da própria vida, a necessidade de se evitarem ao máximo as periódicas crises do capitalismo e a política afastam, de qualquer cenário projetado, o ressurgimento do estado do *laissez-faire*. A alteração que a reliberalização em curso provavelmente projetará no direito deve ser igualmente restrita. Alguns benefícios trabalhistas poderão vir a ser suprimidos, ficando condicionados à previsão em acordos coletivos intersindicais, mas o direito do trabalho continuará a existir. Nas relações de consumo, a interpretação jurisprudencial das normas jurídico-consumeristas pode identificar uma margem maior de atuação da autonomia privada, mas permanecerão vigentes normas de coibição a práticas comerciais abusivas, e assim por diante. O ramo jurídico mais sensível a esse processo de mudanças será, claro, o da disciplina das atividades econômicas. Dependendo das nuances das relações sociais, talvez se inverta a tendência antiprivatista que marcou o pensamento jurídico ao longo do século, e o direito comercial deixe de ser cada vez mais direito econômico.

3. DISCIPLINA PRIVADA DA ATIVIDADE ECONÔMICA

A disciplina jurídica da exploração de atividade econômica tem sido objeto de dois diferentes níveis de abordagem pela tecnologia. De um lado, temas como o controle de preços, a intervenção do estado na economia, a fiscalização da localização da atividade, o controle da segurança de uso dos imóveis comerciais e industriais, a tutela do meio ambiente, e outros, têm atraído a atenção de estudiosos de diversos sub-ramos do direito público, como o urbanístico, ambiental, econômico, tributário e administrativo. De outro, as relações obrigacionais envolvendo apenas exercentes de atividade econômica e particulares, incluindo a concessão de crédito, a tutela dos sinais distintivos, as relações entre os sócios de um empreendimento, o concurso de credores em caso de insolvência, constituem objeto de estudo

de sub-ramos do direito privado, assim o civil, comercial, cambiário e industrial. A esses dois níveis de abordagem tecnológica da disciplina jurídica da atividade econômica, segundo um enfoque assente, mas não inteiramente indiscutível, corresponderiam diferentes sistemas jurídicos. Haveria algo assim como dois direitos, cada qual com seus próprios princípios, irreduzíveis entre si em certa medida, a justificar a existência de desiguais maneiras para a sua apreensão.

Na verdade, a distinção entre direito público e privado, embora em diferentes níveis corresponda historicamente a concepções culturais acerca dos limites entre as esferas do individual e do coletivo, é, em essência, um conceito da doutrina jurídica, com vistas ao tratamento paraconsistente de seu objeto. Para Ferraz Jr., a definição da natureza publicista ou privatista dos ramos do direito corresponde à necessidade de certeza e segurança dos critérios de decidibilidade. A dogmática jurídica, em sua função de criar as condições para a decidibilidade dos conflitos, com o mínimo de perturbação social, atende a essa necessidade, na medida em que estabelece princípios básicos para a operacionalização das normas de cada um desses grandes ramos do direito. Contudo, tais princípios decorrem, eles próprios, da maneira pela qual a dogmática concebe o ramo com que se relacionam, e, assim, revelam--se como definições tópicas, como *topoi* (1988:127/132).

Claro está, portanto, que é infrutífera a tentativa de busca de critérios rigorosos, imunes a qualquer questionamento lógico, que delineassem com exatidão os limites de cada nível da disciplina jurídica. Isto não em virtude de alguma episódica característica do tema enfocado, mas em razão mesmo do caráter quase lógico do direito (cf. Coelho, 1992). O factível, assim, em termos de elaboração do conhecimento jurídico, cinge-se à definição de conceitos meramente operacionais, que auxiliem a equação e solução dos conflitos de interesse, no contexto de uma argumentação retoricamente eficaz. Nesse sentido, se, em sede do regime de direito público, se pode cogitar dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, como os conceitos operacionais basilares de pelo menos uma de suas divisões (cf. Mello, 1980:3/34), para o regime de direito privado, ressaltam os da autonomia privada e da igualdade. A disciplina da atividade econômica pertinente às relações entre particulares se pauta assim no reconhecimento, pela ordem em vigor, da relativa possibilidade de eles

próprios compatibilizarem os seus interesses, num cenário jurídico de condições equilibradas.

Um dos princípios fundamentais do direito público é o da supremacia do interesse público. Neste ramo do direito, as leis e normas estabelecem desigualdade nas relações jurídicas, para que o interesse geral prepondere sobre o particular.

Os princípios do direito privado são os da autonomia da vontade e o da igualdade.

No seio da concepção jusnaturalista, a faculdade de os particulares regularem os seus próprios interesses, por meio de negócios jurídicos celebrados livremente, aparece como atributo natural dos homens, que a ordem positiva apenas deveria reconhecer e assegurar. A vontade humana, nesse contexto, é a fonte dos direitos. Com a evolução das ideias políticas e jurídicas, a partir da era moderna, a possibilidade de autorregulação dos interesses passa a ser entendida, em certa medida, não mais como direito natural, mas, sim, como faculdade outorgada pelo direito positivo. Assim, limita-se o seu exercício aos quadrantes definidos pela ordem jurídica. Largos, durante períodos de liberalização econômica, e estreitos no decorrer de processos de intervenção do estado capitalista na economia, tais quadrantes estabelecem as balizas dentro das quais atua a vontade dos particulares. Desse modo, o princípio da autonomia privada experimenta sucessivas redefinições e revela o seu caráter histórico, reprodutor das nuances da luta de classes. É bastante provável, por isso, que a onda liberalizante do final do século XX acabe alargando novamente o campo de eficácia jurídica da autorregulação dos interesses.

Certamente, o chamado dirigismo econômico importou a restrição da margem de livre atuação da vontade particular. A anarquia do mercado, se não podia ser de todo eliminada, como pretendido pelo fracassado ideal socialista de planificação estatal da economia, devia ser pelo menos controlada, e isto, no plano jurídico, representou o aumento da regulação dos interesses econômicos pela interferência da ordem positivada, externa à

vontade das pessoas diretamente envolvidas. Diante desse aumento da ingerência estatal nos negócios particulares, alguns teóricos perdem a referência histórica e passam a tratar a autonomia da vontade como espécie em via de extinção, ante novos conceitos jurídicos, como os contratos-tipos e a função social da propriedade, por exemplo. Não lhes importa, aparentemente, que desde sempre, e a despeito do propagado a cada etapa evolutiva da história das ideias econômicas e jurídicas, a vontade dos particulares foi eficaz na regulação dos próprios interesses apenas nos limites tolerados pela dinâmica da luta de classes. Em termos meramente formais, a autonomia da vontade sempre atuou nas raias traçadas pela ordem positiva, fossem elas mais ou menos largas (cf. Prata, 1982:42/44).

O questionamento que o século XX reservou à autonomia da vontade (cf. Gomes, 1967:9/26) reflete, sem dúvida, o crescimento da interferência externa à manifestação volitiva dos particulares na regulação dos seus interesses. Para alguns, como Gianini, essa maior ingerência do estado representaria apenas a acentuação de uma marca existente já no século passado, e não uma inovação jurídica propriamente dita, ao que se contrapõe Ana Prata, com razão, afirmando que as formas adotadas contemporaneamente pela intervenção estatal na economia não têm apenas uma amplitude quantitativamente diferenciada, mas revelam o surgimento de situação qualitativamente nova (1982:39). A solução encontrada pelos privatistas, no sentido de abandonar a ideia de voluntarismo e cunhar a de autonomia privada (Betti, 1950:50/70), corresponde a essa mudança. E, apesar das limitações experimentadas, o reconhecimento de eficácia jurídica, na regulação dos interesses particulares pela vontade de seus próprios titulares, fundamenta uma considerável gama de obrigações. Esta constatação situa a questão dos limites do princípio da autonomia privada como ponto essencial de qualquer reflexão, hoje, acerca das relações jurídicas entre particulares. Em outros termos, o tecnólogo do direito não pode, no atual estágio evolutivo das relações sociais e econômicas, simplesmente desconsiderar a função da autonomia da vontade, na análise da disciplina das obrigações privadas. Há que se empenhar na pesquisa das balizas delineadas pela ordem positiva, em cujo interior atua a faculdade de autorregulação dos interesses. Em consequência, deve-se inverter a tendência, que contaminou o pensamento jurídico--privatista, de examinar

todas as questões atinentes ao exercício da atividade econômica, por um prisma exclusivamente publicístico, isto é, negando qualquer importância à composição dos interesses pelas manifestações de vontade dos diretamente envolvidos com o negócio.

O princípio da autonomia da vontade significa que as pessoas podem dispor sobre os seus interesses, por meio de negociações com as outras pessoas envolvidas. Essas negociações, contudo, geram efeitos jurídicos vinculantes, se a ordem positiva assim o estabelecer.

A autonomia da vontade, assim, é limitada pela lei.

Mas, ressalte-se, se é incorreto repudiar qualquer função atual ao princípio da autonomia privada, também o é considerá-lo em termos absolutos. Já não há mais como sustentar a visão ingênua (ou, muito pelo contrário, bastante engenhosa) de homens igualmente livres e capazes celebrando, no comércio das pretensões, pactos irretratáveis sobre seus interesses comuns. Empregador e empregado, empresário e consumidor, franqueador e franqueado, atacadista e varejista não se encontram, no mercado, em igualdade de condições, e, assim, a ordem jurídica, reinterpretando o princípio da isonomia, tem criado mecanismos de desigualação formal entre os agentes econômicos, de modo a atenuar as diferenças reais. Entre o forte e o fraco, teria dito Lacordaire já em 1881, a liberdade escraviza e a lei liberta. A hipossuficiência do empregado, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, o estatuto da microempresa, entre outros, são manifestações do novo perfil da igualdade entre os particulares que enforma o direito privado. Dessa maneira, o princípio da isonomia como base para a disciplina das relações entre particulares apresenta-se, hoje, mais como equalizador de pretensões de sujeitos inequivocamente desiguais, e menos como exclusão de privilégios. E, nesse diapasão, resgata e enriquece a noção aristotélica de igualdade como proporcionalidade.

O princípio da igualdade, para fins de disciplina das relações entre pessoas privadas, significou no passado a proibição de privilégios.

Atualmente, significa o amparo jurídico ao economicamente mais fraco, para atenuar os efeitos da desigualdade econômica.

Àqueles dois níveis de abordagem da disciplina da atividade econômica, referidos de início, corresponderiam, portanto, dois modelos doutrinários distintos: o público, relativo às obrigações e direitos do exercente da atividade econômica perante o estado, em que as pretensões das partes são desiguais para privilegiar os interesses tutelados por esse último; e o privado, pertinente às obrigações e direitos do exercente da atividade econômica perante outros particulares, em que as pretensões são desiguais para que não haja privilégio de qualquer interesse. Em suma, a compreensão da disciplina privada das atividades econômicas deve ser norteada pelos postulados da autorregulação dos interesses, observados os limites da ordem positiva, e da equalização das condições de atuação das partes (Coelho, 2003:11/18).

4. O SISTEMA FRANCÊS (TEORIA DOS ATOS DE COMÉRCIO)

No direito de tradição romanística, a que se filia o brasileiro, podem ser divisados dois sistemas de disciplina privada da economia: o francês, em que as atividades econômicas agrupadas em dois grandes conjuntos, sujeitos a sub-regimes próprios, qualificam-se como civis ou comerciais; e o italiano, em que se estabelece o regime geral para o exercício das atividades, do qual se exclui a exploração de algumas poucas, que reclamam tratamento específico. O sistema francês antecede ao italiano. Seu surgimento ocorre com a entrada em vigor do *Code de Commerce*, em 1808, documento legislativo conhecido por Código Mercantil napoleônico, de forte influência na codificação oitocentista. Já o sistema italiano surge depois de mais de um século, em 1942, quando é aprovado pelo Rei Vittorio Emanuele

III o *Codice Civile*, diploma unificador da legislação peninsular de direito privado.

A elaboração doutrinária fundamental do sistema francês é a teoria dos atos de comércio, vista como instrumento de objetivação do tratamento jurídico da atividade mercantil. Isto é, com ela, o direito comercial deixou de ser apenas o direito de uma certa categoria de profissionais, organizados em corporações próprias, para se tornar a disciplina de um conjunto de atos que, em princípio, poderiam ser praticados por qualquer cidadão.

Para Ascarelli (1962:29/74), sempre existiram regras sobre matéria mercantil, inclusive em normatizações antigas, como o Código de Hammurabi. Não houve, contudo, um sistema de direito comercial, ou seja, um conjunto de normas sobre o comércio coordenadas por princípios comuns, senão a partir do que ele chama de civilização comunal — na verdade, apenas uma referência às corporações medievais —, que nasce no seio do feudalismo. A partir da segunda metade do século XII, com os comerciantes e artesãos se reunindo em corporações de artes e ofícios, inicia-se o primeiro período histórico do direito comercial. Nele, as corporações de comerciantes constituem jurisdições próprias cujas decisões eram fundamentadas principalmente nos usos e costumes praticados por seus membros. Resultante da autonomia corporativa, o direito comercial de então se caracteriza pelo acento subjetivo e apenas se aplica aos comerciantes associados à corporação. Mas já nesse primeiro período histórico, muitos dos principais institutos do direito comercial, como o seguro, a letra de câmbio, a atividade bancária, são esboçados e desenvolvidos. A península itálica pode ser vista como o cenário de referência para essa etapa evolutiva do direito mercantil, em razão de sua localização estratégica para as cruzadas e da importância das cidades italianas no comércio internacional.

A história do direito comercial é normalmente dividida em quatro períodos. No primeiro, entre a segunda metade do século XII e a segunda do XVI, o direito comercial é o direito aplicável aos integrantes de uma específica corporação de ofício, a dos comerciantes. Adota-se, assim, um critério subjetivo para definir seu âmbito de incidência. A letra de câmbio, os bancos e o seguro são exemplos de institutos já existentes nesse período.

Na última metade do século XVI, historia Ascarelli, com o florescer do mercantilismo, inicia-se o segundo período do direito comercial, em que o centro de referência se desloca para o Ocidente. No processo de unificação nacional da Inglaterra e da França, a uniformização das normas jurídicas sobre as atividades econômicas desempenha papel de especial importância, antecedendo em certa medida a própria criação da identidade cultural e política. Consideráveis diferenças, no entanto, existem entre a criação do estado nacional inglês e o francês, com significativas repercussões no tratamento jurídico-privado da economia. Na ilha, a absorção da jurisdição das corporações mercantis pelos tribunais da *Common Law* é, por assim dizer, total, enquanto no continente ocorre um processo parcial. Em França, as corporações dos comerciantes, paulatinamente, perdem competência jurisdicional para tribunais do estado nacional em gestação, mas continua a existir um direito fundado nos usos e costumes dos comerciantes e apenas a eles aplicável — caracterizado, portanto, pelo subjetivismo. A evolução do processo inglês, com a modernização experimentada por meio da *equity*, acaba por distanciar ainda mais o seu modelo de disciplina das atividades econômicas do francês. O direito de tradição inglesa, ao contrário do de tradição romanística, desde este período, não conhece distinção entre atividades comerciais e civis.

Da segunda etapa evolutiva do direito comercial, uma significativa contribuição para os institutos deste ramo jurídico é a sociedade anônima que, comparada às sociedades de pessoas então existentes, acabou se revelando muito mais adequada aos empreendimentos mercantis da expansão colonial, os quais demandavam vultosos aportes de capital e limitação de riscos.

No segundo período de sua história (séculos XVI a XVIII), o direito comercial ainda é, na Europa Continental, o direito dos membros da corporação dos comerciantes. Na Inglaterra, o desenvolvimento da Common Law contribui para a superação dessa característica. O mais importante instituto do período é a sociedade anônima.

O terceiro período da evolução histórica do direito mercantil, segundo ainda Ascarelli, inicia-se com a codificação napoleônica. A objetivação do direito comercial, isto é, a sua transformação em disciplina jurídica aplicável a determinados atos e não a determinadas pessoas, relaciona-se não apenas com o princípio da igualdade dos cidadãos, mas também com o fortalecimento do estado nacional ante os organismos corporativos (1962:66). Claro está que a mudança não desnatura o direito comercial como conjunto de normas protecionistas dos comerciantes, uma vez que preceitos sobre recuperação judicial e extrajudicial (instituto sucedâneo da concordata), extinção das obrigações na falência ou eficácia probatória da escrituração mercantil permanecem em vigor até hoje. O sentido da passagem para a terceira etapa evolutiva do direito comercial, ou seja, da adoção da teoria dos atos de comércio como critério de identificação do âmbito de incidência deste ramo da disciplina jurídica, restringe-se à abolição do corporativismo. Em outros termos, a partir do terceiro período histórico do direito comercial, qualquer cidadão pode exercer atividade mercantil, e não apenas os aceitos em determinada associação profissional (a corporação de ofício dos comerciantes). Contudo, uma vez explorando o comércio, passa a gozar de alguns privilégios concedidos por uma disciplina jurídica específica.

O terceiro período (séculos XIX e primeira metade do XX) se caracteriza pela superação do critério subjetivo de identificação do âmbito de incidência do direito comercial. A partir do código napoleônico, de 1808, ele não é mais o direito dos comerciantes, mas dos “atos de comércio”.

O Código Civil de Napoleão, de 1804, influenciou fortemente toda a codificação oitocentista dos direitos de tradição romanística, tanto em decorrência da conquista armada como pelo seu reconhecido valor jurídico (Limpens, 1956). Por sua vez, o Código Mercantil do período napoleônico de 1807, embora tenha exercido influência menor em razão de sua

inferioridade técnica, também transmitiu a sua marca para os códigos de muitos países de língua latina, como o belga de 1811, o espanhol de 1829, o português de 1833, o italiano de 1882 e os de países sul-americanos (Ripert-Roblot, 1947:48/49). Deste modo, a teoria dos atos de comércio alcançou o direito vigente em considerável parcela do mundo ocidental, não penetrando somente na Alemanha e nos países da *Common Law*.

A teoria dos atos de comércio resume-se, rigorosamente falando, a uma relação de atividades econômicas, sem que entre elas se possa encontrar qualquer elemento interno de ligação, o que acarreta indefinições no tocante à natureza mercantil de algumas delas. Embora haja quem considere a imprecisão inerente à teoria dos atos de comércio (Vicente y Gella, 1934:37/41), vários comercialistas dedicaram-se à tentativa de localizar o seu elemento de identidade no próprio elenco de atos mercantis. Uma delas, de menor inconsistência, é a de Rocco, para quem os atos comerciais são os que realizam ou facilitam uma interposição na troca. Partindo da relação de atos mercantis constante do art. 3º do *Codice di Commercio del Regno D'Italia*, de 1882, Rocco inicialmente os distingue como atos intrinsecamente comerciais, para em seguida classificá-los em quatro categorias: compra para revenda, operações bancárias, empresas e seguros. Nessas quatro espécies de atos de comércio, identifica então o elemento comum da troca indireta, isto é, a interposição na efetivação da troca. Na compra para revenda, dinheiro é cambiado com bens ou títulos; nas operações bancárias, permuta-se dinheiro presente por dinheiro futuro; nas empresas, resultados do trabalho são trocados por dinheiro e outros benefícios econômicos; e nos seguros, o risco individual se troca pela cota-parte do risco coletivo (1928:218/222).

O elo entre as diversas atividades abrangidas pelo elenco dos atos de comércio, contudo, não se encontra senão externamente. Isto é, a unidade dos atos mercantis reside apenas em sua relação com as atividades profissionais de uma classe social, a burguesia. A exclusão da negociação de imóveis do âmbito de incidência do direito comercial pelo *Code de Commerce* de 1807 — que não se reproduz em outras legislações adeptas da teoria dos atos de comércio, a exemplo do código italiano de 1882 — é, por vezes, relacionada a um caráter sacro de que se revestiria a propriedade imobiliária ou pela tardia distinção entre circulação física e econômica dos

bens (Estrella, 1973:101/114). Porém, esta exclusão só pode ser satisfatoriamente explicada à luz de considerações políticas e históricas, ou seja, a partir da necessidade de a burguesia francesa preservar a sua identidade na luta contra o feudalismo. Na Inglaterra, em que a construção do estado nacional é produto de uma aliança entre a nobreza feudal e a burguesia, onde o desenvolvimento do capitalismo prescindiu da tomada pela força do poder político, a disciplina jurídico-privada da economia pôde tratar indistintamente as atividades lucrativas exercidas pela classe burguesa e as relacionadas com a exploração da terra, que são típicas do senhor feudal. Em França, ao contrário, explica-se a preservação do direito próprio às atividades lucrativas exploradas pela burguesia, não confundido com o aplicável aos negócios da terra, porque lá ela se viu na contingência de se organizar enquanto classe social, para tomar o poder político das mãos da nobreza feudal. O fracionamento do direito privado em diferentes regimes para as atividades comerciais e civis, característico da teoria dos atos de comércio, decorre de fatores externos à tecnologia jurídica; ou, em termos mais usuais da doutrina, não se reveste, como disse Requião, de “consistência científica” (1971:34).

Em 2000, foi editado novo *Code de Commerce* na França. Resultado de uma Ordenança cujos objetivos era a sistematização dos textos legais e regulamentares esparsos e sua harmonização com normas hierarquicamente superiores, o novo diploma manteve a teoria dos atos de comércio como núcleo do direito comercial francês. Contemplou duas categorias: os atos de comércio pela forma e os pela natureza. Na primeira, estão as sociedades que adotam a forma de nome coletivo, em comandita simples, de responsabilidade limitada e anônima; na segunda, está a lista de atos do antigo *Code* acrescida da compra de imóveis para revenda e operações no mercado financeiro. A rigor, a noção de atos de comércio pela forma acaba aproximando o sistema francês do italiano, objeto de estudo no item seguinte.

5. O SISTEMA ITALIANO (TEORIA DA EMPRESA)

Na Itália, a bipartição da disciplina privada da economia começou a preocupar a doutrina jurídica ainda no final do século passado, sendo significativa a este respeito a defesa por Vivante, na aula inaugural de seu curso na Universidade de Bolonha, em 1892 (cf. Bulgarelli, 1977:59), da tese pelo fim da autonomia do direito comercial. Suscitou, então, cinco argumentos em favor da superação da divisão básica no direito privado. De início, questionou a sujeição de não comerciantes (os consumidores) a regras elaboradas a partir de práticas mercantis desenvolvidas pelos comerciantes e em seu próprio interesse. Como cidadão, deplorou o fato de o Código Comercial, considerado por ele lei de classe, perturbar a solidariedade social, que deveria ser o objetivo supremo do legislador. Em segundo lugar, lembrou que a autonomia do direito comercial importava desnecessária litigiosidade para a prévia discussão da natureza civil ou mercantil do foro, na definição de prazos, ritos processuais e regras de competência. Outra razão invocada para a superação da dicotomia foi a insegurança decorrente do caráter exemplificativo do elenco dos atos de comércio. Uma pessoa, que pensava exercer atividade civil, podia ser surpreendida com a declaração de sua falência, inclusive em função de inesperados desdobramentos penais. Também pretendia Vivante que a duplicidade de disciplinas sobre idênticos assuntos era fonte de dificuldades. Por fim, a autonomia do direito comercial atuava negativamente no progresso científico, na medida em que o estudioso da matéria comercial perdia a noção geral do direito das obrigações (1922:1/25). Vivante, no entanto, não insistiu nessas críticas à autonomia do direito comercial; em 1919, após ser nomeado presidente da comissão de reforma da legislação comercial na Itália, abandonou a tese da unificação e elaborou um projeto de Código Comercial específico.

Em 1942, o *Codice Civile* passa a disciplinar, na Itália, tanto a matéria civil como a comercial, e a sua entrada em vigor inaugura a última etapa evolutiva do direito comercial nos países de tradição romanística. É fato que a uniformização legislativa do direito privado já existia em parte na Suíça, desde 1881, com a edição de código único sobre obrigações, mas será o texto italiano que servirá de referência doutrinária porque, embora posterior, é acompanhado de uma teoria substitutiva à dos atos de comércio. Com certeza, não basta a reunião da disciplina privada das atividades econômicas

num mesmo diploma legal, para que se eliminem as diferenças de tratamento entre as comerciais e as civis. É necessária ainda uma noção teórica capaz de se constituir o modelo para esta disciplina, um sistema que se contraponha ao francês e o supera. Se a legislação suíça já não apresenta diferenças entre as atividades dos comerciantes e a dos não comerciantes, sob o ponto de vista da disciplina das obrigações, não veio a inovação acompanhada de uma reflexão doutrinária mais abrangente, que projetasse seus efeitos no mundo jurídico de tradição romanística.

O modelo italiano de regular o exercício da atividade econômica, sob o prisma privatístico, encontra a sua síntese na *teoria da empresa*. Vista como a consagração da tese da unificação do direito privado (Ascarelli, 1962:127; Ferrara, 1952:15), essa teoria, contudo, bem examinada, apenas desloca a fronteira entre os regimes civil e comercial. No sistema francês, excluem-se atividades de grande importância econômica — como a prestação de serviços, agricultura, pecuária, negociação imobiliária — do âmbito de incidência do direito mercantil, ao passo que, no italiano, se reserva uma disciplina específica para algumas atividades de menor expressão econômica, tais as dos profissionais liberais ou dos pequenos comerciantes. A teoria da empresa é, sem dúvida, um novo modelo de disciplina privada da economia, mais adequado à realidade do capitalismo superior. Mas por meio dela não se supera, totalmente, um certo tratamento diferenciado das atividades econômicas. O acento da diferenciação deixa de ser posto no gênero da atividade e passa para a medida de sua importância econômica. Por isso é mais apropriado entender a elaboração da teoria da empresa como o núcleo de um sistema novo de disciplina privada da atividade econômica e não como expressão da unificação dos direitos comercial e civil.

O marco inicial do quarto e último período da história do direito comercial é a edição, em 1942 na Itália, do Codice Civile, que reúne numa única lei as normas de direito privado (civil, comercial e trabalhista). Neste período, o núcleo conceitual do direito comercial deixa de ser o “ato de comércio”, e passa a ser a “empresa”.

Conceitua-se empresa como sendo *atividade*, cuja marca essencial é a obtenção de lucros com o oferecimento ao mercado de bens ou serviços, gerados estes mediante a organização dos fatores de produção (força de trabalho, matéria-prima, capital e tecnologia). Esse modo de conceituar empresa, em torno de uma peculiar atividade, embora não seja totalmente isento de imprecisões (Bulgarelli, 1985:175/199), é corrente hoje em dia entre os doutrinadores. No passado, contudo, muito se discutiu sobre a unidade da noção jurídica da empresa, que era vista como resultante de diferentes fatores, objetivos e subjetivos (cf. Fanelli, 1950:73/75). Certo entendimento bastante prestigiado considerava-a, em termos jurídicos, um conceito plurivalente. Para Asquini (1943), não se deve pressupor que o fenômeno econômico poliédrico da empresa necessariamente ingresse no direito por um esquema unitário, tal como ocorre na ciência econômica. Ele divisa, por conseguinte, quatro perfis na empresa: subjetivo, funcional, patrimonial (ou objetivo) e corporativo. Pelo primeiro, a empresa é vista como empresário, isto é, o exercente de atividade autônoma, de caráter organizativo e com assunção de risco. Pelo perfil funcional, identifica-se a empresa à própria atividade. Pelo terceiro perfil, corresponde ao patrimônio aziendal ou estabelecimento. E, por fim, pelo perfil corporativo, ela é considerada uma instituição, na medida em que reúne pessoas — empresário e seus empregados — com propósitos comuns.

A visão multifacetária da empresa proposta por Asquini, sem dúvida, recebe apoio entusiasmado de alguma doutrina (entre nós, Marcondes, 1977:7/8), mas dos quatro perfis delineados apenas o funcional realmente corresponde a um conceito jurídico próprio (cf. Ferrara, 1945:90/91). Os perfis subjetivo e objetivo não são mais que uma nova denominação para os conhecidos institutos de sujeito de direito e de estabelecimento empresarial. O perfil corporativo, por sua vez, sequer corresponde a algum dado de realidade, pois a ideia de identidade de propósitos a reunir na empresa proletários e capitalista apenas existe em ideologias populistas de direita, ou totalitárias (como a fascista, que dominava a Itália na época).

Empresa é a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. Sendo uma atividade, a empresa não tem a natureza jurídica de

sujeito de direito nem de coisa. Em outros termos, não se confunde com o empresário (sujeito) nem com o estabelecimento empresarial (coisa).

Como atividade econômica, profissional e organizada, a empresa tem estatuto jurídico próprio, que possibilita o seu tratamento com abstração até mesmo do empresário. Claro que a autonomia da empresa frente ao capitalista empreendedor deve ser entendida como mero expediente técnico-jurídico, não podendo servir para fundamentar visões irrealistas. Já houve quem, por exemplo, negasse aos administradores de sociedades por ações a qualidade de “mandatários” dos acionistas, por entender que eles representariam não somente o capital, mas todas as forças engajadas na empresa, que deveria ser dirigida com vistas à realização dos interesses comuns dessas forças (Ripert, 1951:286). A separação entre empresa e empresário é apenas um conceito jurídico, destinado a melhor compor os conflitos de interesses relacionados com a produção ou circulação de certos bens ou serviços. É fato que muitos interesses gravitam em torno da empresa, isto é, muitas pessoas, além dos sócios da sociedade empresária, têm interesse no desenvolvimento da atividade empresarial. Assim, figura com crescente importância, entre os fundamentos da disciplina jurídica da atividade econômica da atualidade, o princípio da preservação da empresa, isto é, do empreendimento, da atividade em si. Isso explica porque cada vez mais a preocupação do processo falimentar tem sido a de garantir a não interrupção do desenvolvimento da atividade econômica explorada pelo falido, com o seu afastamento e responsabilização (Coelho, 2005). Isto em atenção aos muitos interesses que gravitam em torno da empresa, como os titularizados pelos empregados, pela comunidade, pelos consumidores etc. A dissociação entre empresa e empresário é tema de reflexão doutrinária da maior envergadura (cf. Despax, 1957), e seus resultados na legislação e jurisprudência se fazem já sentir há algum tempo, inclusive no Brasil (cf. Grau, 1981:122/133), porém — repita-se — não é mais que um conceito operacional do direito, criado para a tutela, em parte, dos interesses de trabalhadores, consumidores, investidores e outros.

O sistema italiano de disciplina privada da atividade econômica, sintetizado pela teoria da empresa, acabou superando o francês, ou seja, as

legislações de direito privado sobre matéria econômica, a partir de meados do século XX, não têm mais dividido os empreendimentos em duas categorias (civis e comerciais), para submetê-los a regimes distintos. A isso, têm preferido os legisladores criar um regime geral para a disciplina privada da economia, excepcionando algumas atividades de expressão econômica marginal. A teoria dos atos de comércio vê-se substituída pela da empresa, ainda que não se adotem, na lei ou na doutrina, exatamente estas designações para fazer referência, respectivamente, ao modelo francês de partição das atividades, ou ao italiano, de regime geral parcialmente excepcionado. Até mesmo em França, onde nasceu, o sistema de dupla disciplina privada das atividades econômicas se encontra hoje bastante descaracterizado, já que se submetem à jurisdição comercial, independentemente de seu objeto, as sociedades anônimas (desde 1893), de responsabilidade limitada (desde 1925) e as em nome coletivo e em comandita (desde 1966), o que, concretamente, aproxima a legislação francesa ao modelo italiano.

6. FILIAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO AO SISTEMA FRANCÊS EM 1850

No século XVIII, o sistema colonial ibérico representava um verdadeiro anacronismo. Portugal e Espanha, embora possuíssem as colônias de maior extensão e riquezas, não ocupavam mais, no cenário das potências europeias, a posição de destaque que lhes haviam proporcionado as grandes descobertas de três séculos antes. A Inglaterra, a França e, até certo ponto, a Holanda, nações centrais em termos de importância política e econômica, disputavam, pelas armas e pela diplomacia, as possessões portuguesas e espanholas na América. No contexto, surge o bloqueio continental imposto por Napoleão, que pôs fim às renovadas tentativas protetelatórias do regente português de evitar se definir entre a preservação da histórica aliança com a Inglaterra e a submissão ao poderio militar francês. Protegido pela força naval inglesa, e trazendo consigo dez mil pessoas, entre nobres e funcionários burocráticos, ele aportou em Salvador, em 24 de janeiro de 1808 (cf. Prado Jr., 1945:123/131).

A história do direito comercial brasileiro se inicia nesse momento, com a abertura dos portos às nações amigas, decretada com a Carta Régia de 28 de janeiro de 1808. Édito de caráter expressamente provisório, acabou, no entanto, criando condições econômicas de fato irreversíveis. Naquele ano, ainda, outros importantes atos de disciplina do comércio foram editados, como o Alvará de 1^º de abril, permitindo o livre estabelecimento de fábricas e manufaturas; o de 23 de agosto, instituindo o Tribunal da *Real Junta do Commercio, Agricultura, Fabricas e Navegação*; e o de 12 de outubro, criando o *Banco do Brazil*. A edição dessas normas teve não apenas o sentido de propiciar as condições de vida reclamadas pela presença da real corte portuguesa em solo colonial, mas também, e principalmente, o de atender às pressões do imperialismo inglês. Pela proteção oferecida em face do perigo napoleônico, a Inglaterra cobrou pesado preço, passando a interferir diretamente nos negócios do frágil estado português, especialmente em relação à sua imensa possessão colonial na América do Sul. Para se ter uma ideia da medida da ingerência britânica na economia da colônia, basta lembrar que, entre 1810 e 1816, os produtos ingleses importados pelo Brasil eram taxados em alíquota inferior (15%) à dos portugueses (16%).

Com a paz na Europa, em 1815, e o retorno, um tanto forçado, do então Rei D. João VI à sua terra, em 1821, criaram-se as condições políticas para o surgimento do estado brasileiro. O rompimento, sob o ponto de vista econômico, da dependência colonial com a metrópole portuguesa, em razão da presença marcante das potências europeias no nosso comércio, reclamava a independência política, que, aos gritos, veio ocorrer em 1822. Para suprir a carência de legislação própria, a Assembleia Constituinte e Legislativa, eleita no ano seguinte, determinou a aplicação no Brasil das leis portuguesas, vigentes na data do retorno a Portugal de D. João VI. Entre estas, a doutrina destaca a curiosa *Lei da Boa Razão*, de 1769, que em matéria comercial determinava a observância das leis vigorantes nas “nações cristãs, iluminadas e polidas, que com elas estavam resplandecendo na boa, depurada e sã jurisprudência” (Requião, 1971:15). Desta forma, o Código Comercial napoleônico, o português e o espanhol passaram a constituir as normas disciplinadoras da exploração da atividade econômica do novo estado.

O Brasil vivia, então, uma época de crescimento econômico, chegando a ser mais atraente que certos lugares da Europa. Tanto assim que o próprio rei português adiou o quanto pôde seu regresso. Os invasores franceses já haviam sido expulsos de Portugal pelos ingleses desde 1809, Napoleão Bonaparte já havia sido derrotado em Waterloo, em 1815, mas a corte portuguesa continuava sediada no Rio de Janeiro, desenvolvendo grandes e promissores empreendimentos, numa economia em real expansão. Reclamava-se, para atender a essa vitalidade econômica, um Código Comercial próprio, em substituição à disciplina lacunosa e contraditória, decorrente da remissão a legislações estrangeiras. A lei, no entanto, somente veio a ser aprovada pelo Imperador D. Pedro II em 1850, a partir de projeto iniciado dezessete anos antes.

O Código Comercial brasileiro inspirou-se diretamente no *Code de Commerce* e, assim, trouxe para o direito nacional o sistema francês de disciplina privada da atividade econômica. O próprio Código não menciona a expressão “atos de comércio” e tampouco os enumera. Na tramitação do projeto pelo senado, apresentou-se emenda para introduzir no texto o elenco dos atos mercantis, à semelhança do existente no diploma napoleônico, mas a iniciativa não prosperou, em razão da imprecisão da teoria, cujos efeitos na doutrina e jurisprudência já eram conhecidos e temidos (cf. Requião, 1971:38; Bulgarelli, 1977:67). Contudo, a despeito dessa proposital inexplicação, todos os dispositivos do Código são acentuadamente marcados pela teoria dos atos de comércio. E, de qualquer modo, a legislação brasileira não teve como fugir do elenco normativo desses atos, editando-se, ainda em 1850, o Regulamento n. 737, diploma processual de qualidade técnica destacada, em cujo art. 19 definem-se as atividades sujeitas à jurisdição dos Tribunais do Comércio.

Regulamento n. 737, de 1850

Art. 19. Considera-se mercancia:

§ 1º A compra e venda ou troca de efeitos móveis ou semoventes, para os vender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufaturados, ou para alugar o seu uso;

§ 2º As operações de câmbio, banco e corretagem;

§ 3º As empresas de fábrica, de comissões, de depósito, de expedição, consignação e transporte de mercadorias, de espetáculos públicos;

§ 4º Os seguros, fretamentos, riscos e quaisquer contratos relativos ao comércio marítimo;

§ 5º A armação e expedição de navios.

Mesmo com a extinção dos Tribunais do Comércio, em 1875, continuou o direito brasileiro a disciplinar a atividade econômica a partir do critério fundamental da teoria dos atos de comércio, isto é, contemplando dois diferentes regimes basilares (civil e comercial). Neste sentido, ao se criar em 1934, com a chamada Lei de Luvax, a tutela do fundo de comércio, reservou-se o direito à renovação compulsória do contrato de locação apenas aos exercentes de atividades comerciais e industriais. Por outro lado, a eficácia probatória da escrituração sempre foi tratada, pela legislação processual, como privilégio de comerciantes. E, por fim, a execução judicial coletiva do patrimônio do devedor insolvente nunca foi unificada no direito brasileiro, prevendo-se a falência aos comerciantes e a insolvência civil para os demais exercentes de atividade econômica.

A lista de atividades estabelecida pelo Regulamento n. 737 continuou servindo de referência doutrinária para a definição do campo de incidência do direito comercial brasileiro, mesmo após a sua revogação. Somente a partir dos anos 1960, quando o direito brasileiro inicia o processo de aproximação ao sistema italiano de disciplina privada da atividade econômica, a lista do velho regulamento imperial vê diminuída sua importância.

7. APROXIMAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO AO SISTEMA ITALIANO

Na mesma tendência dos demais países de tradição romanística, o Brasil tem se aproximado paulatinamente do modelo italiano, isto é, do estabelecimento de um regime geral de disciplina privada da atividade econômica, que apenas não alcança certas modalidades de importância

marginal. Se considerarmos as várias tentativas de codificação do nosso direito privado, desde o *esboço* de Teixeira de Freitas até o projeto de Miguel Reale, tem prevalecido a tese da unificação. O projeto Inglês de Sousa do Código Comercial foi apresentado, em 1912, ao governo Hermes da Fonseca, juntamente com a alternativa de um código único de direito privado. Em 1941, o ministro Francisco Campos recebeu de Orozimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães o anteprojeto de código das obrigações. A mesma orientação unificadora esteve presente no código encomendado a Caio Mário da Silva Pereira em 1961, e encaminhado ao Congresso em 1965. Em suma, nas muitas oportunidades em que se intentou reformar o Código Comercial, apenas numa delas, no projeto Florêncio de Abreu de 1950, prestigiou-se a proposta de codificação própria da matéria mercantil (Borges, 1959:48/51).

Com a aprovação do projeto de Código Civil de Miguel Reale, que tramitou no Congresso entre 1975 e 2002, o direito privado brasileiro conclui seu demorado processo de transição entre os sistemas francês e italiano. À semelhança do anteprojeto de 1965, de cujo livro III sobre a atividade negocial encarregou-se Sylvio Marcondes, o Código Civil inspira-se no *Codice Civile* e, adotando expressamente a teoria da empresa, incorpora o modelo italiano de disciplina privada da atividade econômica. Apesar de seu inegável envelhecimento precoce em muitos aspectos, trata-se de texto sintonizado com a evolução dos sistemas de tratamento da economia, pelo ângulo das relações entre os particulares.

O Código Civil define empresário como o profissional exercente de atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços (art. 966), sujeitando-o às disposições de lei referentes à matéria mercantil (art. 2.037). Exclui do conceito de empresário o exercente de atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística, mesmo que conte com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se constituir o exercício da profissão elemento de empresa (art. 966, parágrafo único). Esse dispositivo alcança, *grosso modo*, o chamado profissional liberal (advogado, dentista, médico, engenheiro etc.), que apenas se submete ao regime geral da atividade econômica se inserir a sua atividade específica numa organização empresarial (na linguagem normativa, se for “elemento de empresa”). Caso contrário, mesmo que empregue terceiros, permanecerá

sujeito somente ao regime próprio de sua categoria profissional. Em situação diversa, encontram-se os empresários rurais, que são dispensados de inscrição no registro de empresa e dos demais deveres impostos aos inscritos (art. 970). Não são, por evidente, excluídos do conceito de empresário, tal como os profissionais liberais, mas podem, por ato unilateral de vontade (inscrição no registro de empresa), ingressar ou não no regime geral de disciplina da atividade econômica.

Código Civil

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Mesmo antes da entrada em vigor do Código Civil, pode-se afirmar que o direito brasileiro já vinha adotando fundamentalmente a teoria da empresa. A evolução do nosso direito não ficou dependendo da reforma da codificação. Apesar da vigência de um Código Comercial ainda inspirado na teoria dos atos de comércio, a doutrina, jurisprudência e a própria legislação esparsa cuidaram de ajustar o direito comercial, para que pudesse cumprir sua função de solucionar conflitos de interesses entre os empresários por critérios mais adequados à realidade econômica do último quarto do século XX. Isto se pode afirmar não apenas em razão da doutrina e jurisprudência — ou mesmo de decisões de juízes de primeiro grau afinadas com as modernas concepções de disciplina privada da economia, de que era significativo exemplo a concessão de concordata preventiva aos pecuaristas em Minas Gerais —, mas sobretudo em função da própria legislação editada a partir dos anos 1990.

Registre-se, a propósito, que as últimas grandes inovações legislativas no direito privado brasileiro do século XX não mais prestigiaram o modelo francês de disciplina privada da atividade econômica. O Código de Defesa do Consumidor, de 1990, trata a todos os fornecedores independentemente

do gênero de atividade em que operam, submetendo a mesmo tratamento jurídico os empresários do ramo imobiliário, industriais, prestadores de serviços, banqueiros e comerciantes. A Lei n. 8.245/91, que dispõe sobre a locação predial urbana, introduziu pequenas alterações na disciplina da renovação compulsória do contrato de locação, de imóvel destinado a abrigar a exploração de atividade econômica, para estender o direito à ação renovatória às sociedades civis com fins lucrativos, eliminando o privilégio que a Lei de Luvas havia estabelecido em favor apenas dos exercentes de atividade comercial (Cap. 5). Também cabe mencionar que a reforma do Registro de Comércio, levada a efeito pela Lei n. 8.934/94, que passou, inclusive, a denominá-lo “Registro de Empresas e Atividades Afins”, não obstante algumas imprecisões conceituais, teve o sentido geral de atender à tendência de superação da teoria dos atos de comércio (Cap. 4).

São duas as importantes consequências da configuração de certa atividade econômica como sujeita ao direito comercial: de um lado, a execução judicial concursal do patrimônio do empresário por meio de procedimento próprio, isto é, a falência, e, de outro, a possibilidade de requerer a recuperação judicial da empresa ou a homologação da recuperação extrajudicial. Nenhuma outra distinção de relevo, quanto ao regramento de suas relações com os demais particulares, separa hoje os empresários e os exercentes de atividades civis (profissionais intelectuais, cooperativas e empresários rurais não inscritos no registro das empresas). Claro que há, pontualmente, algumas outras diferenças de tratamento, a exemplo das chamadas obrigações comuns aos empresários (escrituração, levantamento de balanços), ou a da prova do vínculo contratual e do efetivo cumprimento das obrigações como requisito para o protesto por indicações de duplicata de prestação de serviços, condição inexistente para a duplicata mercantil. Mas, de qualquer forma, em termos gerais, ao contrário do que se verificava no passado, sob a égide da teoria dos atos de comércio, é cada vez mais dispensável discernir a natureza civil ou empresarial do exercente de atividade econômica, para aplicar o direito em vigor no Brasil.

Em suma, deve-se situar o direito brasileiro, no que diz respeito aos modelos de disciplina privada da atividade econômica, entre os que adotam o sistema italiano, caracterizado pelo estabelecimento de regime geral marginalmente excepcionado.

O direito comercial brasileiro filia-se, desde o último quarto do século XX, à teoria da empresa. Nos anos 1970, a doutrina comercialista estuda com atenção o sistema italiano de disciplina privada da atividade econômica. Já nos anos 1980, diversos julgados mostram-se guiados pela teoria da empresa para alcançar soluções mais justas aos conflitos de interesse entre os empresários. A partir dos anos 1990, pelo menos três leis (Código de Defesa do Consumidor, Lei de Locações e Lei do Registro do Comércio) são editadas sem nenhuma inspiração na teoria dos atos de comércio. O Código Civil de 2002 conclui a transição, ao disciplinar, no Livro II da Parte Especial, o direito de empresa.

8. DO DIREITO COMERCIAL AO DIREITO EMPRESARIAL

Direito comercial é a designação tradicional do ramo jurídico que tem por objeto os meios socialmente estruturados de superação dos conflitos de interesse entre os exercentes de atividades econômicas de produção ou circulação de bens ou serviços de que necessitamos todos para viver. Note-se que não apenas as atividades especificamente *comerciais* (intermediação de mercadorias, no atacado ou varejo), mas também as *industriais*, *bancárias*, *securitárias*, *de prestação de serviços* e outras, estão sujeitas aos parâmetros (doutrinários, jurisprudenciais e legais) de superação de conflitos estudados pelo direito comercial. Talvez seu nome mais adequado, hoje em dia, fosse *direito empresarial*. Qualquer que seja a denominação, o direito comercial (mercantil, de empresa ou de negócios) é uma área especializada do conhecimento jurídico. Sua autonomia, como disciplina curricular ou campo de atuação profissional específico, decorre dos conhecimentos extrajurídicos que professores e advogados devem buscar, quando o elegem como ramo jurídico de atuação. Exige-se do comercialista não só dominar conceitos básicos de economia, administração de empresas, finanças e contabilidade, como principalmente compreender as necessidades próprias do empresário e a natureza de elemento de custo que o direito muitas vezes assume para este (Cap. 1). Quem escolhe o direito comercial

como sua área de estudo ou trabalho deve estar disposto a contribuir para que o empresário alcance o objetivo fundamental que o motiva na empresa: o lucro. Sem tal disposição, será melhor — para o estudioso e profissional do direito, para os empresários e para a sociedade — que ele dedique seus esforços a outra das muitas e ricas áreas jurídicas.

No Brasil, a autonomia do direito comercial vem referida na Constituição Federal, que, ao listar as matérias da competência legislativa privativa da União, menciona “direito civil” em separado de “comercial” (CF, art. 22, I). Note-se que não compromete a autonomia do direito comercial a opção do legislador brasileiro de 2002, no sentido de tratar a matéria correspondente ao objeto desta disciplina no Código Civil (Livro II da Parte Especial), já que a autonomia didática e profissional não é minimamente determinada pela legislativa. Também não compromete a autonomia da disciplina a adoção, no direito privado brasileiro, da teoria da empresa. Como visto, a bipartição dos regimes jurídicos disciplinadores de atividades econômicas não deixa de existir, quando se adota o critério da empresarialidade para circunscrever os contornos do âmbito de incidência do direito comercial. Aliás, a teoria da empresa não importa nem mesmo a unificação legislativa do direito privado. Na Espanha, desde 1989, o Código do Comércio incorpora os fundamentos dessa teoria, permanecendo diploma separado do Código Civil.

No Brasil, consideram alguns autores que o Código Civil teria levado à unificação do direito das obrigações. Bem examinada a questão, no entanto, nota-se o desacerto do argumento. Os contratos entre os empresários, no direito brasileiro, em nenhum momento submeteram-se exclusivamente ao Código Civil, nem mesmo depois da propalada unificação. Tome-se o exemplo da *insolvência* (ou, quando empresário, *falência*) do comprador. A lei civil estabelece que o vendedor, nesse caso, tem o direito de exigir caução antes de cumprir sua obrigação de entregar a coisa vendida (CC, art. 495). Essa norma nunca regeu, não rege e nem mesmo poderia reger uma compra e venda entre empresários, já que a lei de falências (tanto a de 1945 como a de 2005) dá ao administrador judicial da massa falida do comprador os meios para exigir o cumprimento da avença por parte do vendedor independentemente de prestar a caução mencionada na lei civil. Por outro lado, além das regras específicas que a legislação de direito comercial estabelece para as obrigações nela regidas, não se podem esquecer os

princípios aplicáveis aos contratos entre empresários. No direito comercial, o princípio do pleno respeito à autonomia da vontade e do informalismo contratual conferem à disciplina jurídica dos contratos entre empresários nuances que não se estendem à generalidade das obrigações civis. Falar-se, assim, em unificação do direito das obrigações quando ainda sobrevivem, de um lado, regras específicas para os contratos entre empresários e, de outro, princípios próprios para os negócios jurídicos sujeitos ao direito comercial é inapropriado.

A demonstração irresponsável, porém, de que a autonomia do direito comercial não é comprometida nem pela unificação legislativa do direito privado, nem pela teoria da empresa, encontra-se nos currículos dos cursos jurídicos das faculdades italianas. Já se passaram 60 anos da unificação legislativa e da adoção da teoria da empresa na Itália, e o direito comercial continua sendo tratado lá como disciplina autônoma, com professores e literatura especializados. Até mesmo em reformas curriculares recentes, como a empreendida na Faculdade de Direito de Bolonha a partir do ano letivo de 1996/1997, a autonomia do direito comercial foi amplamente prestigiada.

9. O CONHECIMENTO TECNOLÓGICO DO DIREITO

No século XX, enquanto a ciência realizava progressos fantásticos, alterando profundamente o cenário do planeta e o cotidiano das pessoas, a filosofia constatava que o conhecimento científico não é ilimitado. Mais que isso, percebia que nem todos os níveis de saber têm o mesmo estatuto: o homem não pode dominar tudo, não pode tudo. No campo do conhecimento jurídico, após o fracasso das tentativas de criação de uma ciência do direito como reveladora dos verdadeiros sentidos das normas jurídicas — em Kelsen, Ross, von Wright e outros —, abre-se, graças às contribuições como as de Perelman (1958) ou Ferraz Jr. (1980), uma nova perspectiva na discussão do tema, a partir da afirmação do caráter tecnológico desse conhecimento.

Em termos mais precisos, o direito pode ser objeto de dois níveis de conhecimentos diferentes. Dependendo dos objetivos pretendidos pelo

estudioso, da questão fundamental que ele se propõe a resolver, o seu conhecimento poderá ser científico ou tecnológico. Se procura compreender as razões pelas quais uma certa sociedade, em determinado momento histórico, produziu as normas jurídicas que produziu e não outras, o estudioso do direito se verá diante de alternativas cuja pertinência será medida por critérios excludentes de veracidade. Ou seja, as respostas que sugerir para entender essa questão serão verdadeiras ou falsas. O estudioso deve, por isso, discutir o *método* pelo qual poderá afirmar uma hipótese como verdadeira, e afastar as demais como falsas. Em todo o processo cognitivo científico, está presente a ideia de superação das afirmações inconciliáveis, a ideia de que dois enunciados conflitantes não podem ser igualmente pertinentes. Para responder à questão sobre a origem das normas, o estudioso desenvolve um conhecimento *científico* do direito. Esse é o tipo de conhecimento, por exemplo, que os cultores do Direito Romano produzem, quando observam método adequado.

Por outro lado, se a questão fundamental que o sujeito pretende esclarecer não está ligada à contextualização histórica da norma jurídica, mas exclusivamente ao sentido ou sentidos que lhe podem ser atribuídos, então será outro o critério de aferição da pertinência das respostas experimentadas. Quer dizer, não será possível, nesse nível de conhecimento, buscar algo assim como a *verdadeira* interpretação dos comandos normativos. Afirmações conflitantes acerca do sentido de uma determinada norma jurídica não se excluem, pelo contrário podem conviver numa harmonia própria. Isso não significa, ressalte-se, que inexistam critérios de aferição da pertinência das muitas respostas dadas à questão do significado da norma em estudo; apenas que tais critérios não são provenientes de um método científico, mas de esforços argumentativos de caráter retórico. Em termos mais simples, os enunciados doutrinários acerca do conteúdo de uma certa norma jurídica não são verdadeiros ou falsos, mas adequados ou inadequados à aplicação do preceito.

Ao se debruçar sobre uma norma jurídica para delimitar as decisões que podem ser adotadas a partir dela, o estudioso desenvolve um conhecimento tecnológico. Ou seja, ele conhece os meios mais ou menos adequados para se alcançarem fins preestabelecidos. Se se considera que a finalidade do direito é a realização da justiça, a tecnologia jurídica fornece o

conhecimento acerca dos significados mais ou menos *justos* que se podem atribuir às normas vigentes. Se se considera que é a administração dos conflitos sociais com o menor nível de perturbação, será novamente o conhecimento tecnológico que poderá apontar quais interpretações das normas jurídicas estão aptas a realizar tal escopo. Se se considera o direito um instrumento de dominação de classes, a exegese normativa fornecerá os meios de reafirmação dos interesses dominantes. Se, enfim, se entrevê no direito um instrumento de insurreição contra a ordem estabelecida, a tecnologia jurídica indicará modos de interpretação *crítica* das leis em vigor. Em suma, independente da razão de ser vislumbrada no direito, o conhecimento do conteúdo das normas jurídicas postas não pode ser mais que o estudo dos *meios* aptos (inaptos, mais ou menos aptos etc.) a propiciarem que o direito cumpra suas finalidades.

A interpretação de normas jurídicas não corresponde a um conhecimento científico, capaz de demonstrar a “verdade” ou “falsidade” de suas proposições. Corresponde, sim, a um conhecimento de outro nível, tecnológico. É um saber relativo a meios aptos — mais ou menos aptos — à realização de fins dados.

A doutrina jurídica é um complexo de conhecimentos composto de enunciados de ambos os níveis de saber. Há, no trabalho doutrinário, afirmações de ciência e de tecnologia do direito, entremeadas e indistinguíveis. Quando Ascarelli, por exemplo, afirma que

“a sociedade anônima (em 1811, no Estado de Nova York; em 1844 na Inglaterra; de início e sob um aspecto particular, em 1863, depois e de um modo geral, em 1867, na França) supera a necessidade de autorização governamental para cada caso; passa a poder ser constituída, em princípio, com a observância de determinadas normas legais e de publicidade, independentemente de um controle de mérito pelas autoridades em cada constituição. (...) De um

instrumento jurídico excepcional, a sociedade anônima passou a constituir uma forma jurídica normal da empresa econômica e a sua adoção se espalhou pari passu com a industrialização dos vários países” (1945:340),

está apresentando uma forma de se compreender a expansão das sociedades anônimas, as razões pelas quais esse tipo societário se desenvolveu. Já, na seguinte passagem do mesmo Ascarelli:

“quando o valor do reembolso tenha sido fixado no ato constitutivo (com o consentimento, portanto, do sócio que se retira, se ele é um subscritor; ou com o seu conhecimento prévio desse valor, se adquiriu as ações depois da constituição da sociedade), entenderia não ser cabível a impugnação. Nessa hipótese, a sociedade e o sócio, consensual e conscientemente, fixaram e aceitaram um determinado valor de reembolso; o funcionamento sucessivo da empresa pode tornar esse valor inferior ou superior ao valor real, mas esse é um risco que ambas as partes conscientemente aceitaram. Não há motivo para se dar ao sócio que se retira (assim como não haveria motivo para dá-la à sociedade) a possibilidade de fugir ao aceito” (1945:433),

ele está produzindo um conhecimento de estatuto diferente. No primeiro caso, sua afirmação pode ser verdadeira ou falsa (quer dizer, ou corresponde à realidade histórica que a expansão do modelo acionário acompanhou o processo de industrialização, ou não); o método científico revelará a veracidade ou não da ideia exposta por Ascarelli, excluindo-a do conhecimento se concluir por sua falsidade. No último, a sua interpretação da ordem vigente, sobre a impossibilidade de impugnação do reembolso pelo acionista dissidente, quando fixado estatutariamente o seu valor, é uma entre várias outras, que podem conviver nas discussões jurídicas — o

próprio Ascarelli lembra, em nota de rodapé, o entendimento algo divergente de Miranda Valverde, acerca da validade de cláusula do estatuto fixando o valor do reembolso pelo nominal (1945:433, nota 37).

Resta claro, a partir das passagens transpostas da obra de um dos maiores comercialistas de todos os tempos, que a doutrina jurídica se preocupa — embora não na mesma proporção — com duas dimensões diferentes do fato social consistente na definição de normas de conduta. De um lado com as razões pelas quais se produziu determinada norma jurídica, e, de outro, os sentidos que se podem atribuir-lhe. À primeira preocupação corresponde um conhecimento científico cujo objeto é a historicidade das normas; à segunda um saber tecnológico voltado às decisões que se podem derivar das normas postas. A tecnologia jurídica, assim, é a parte do conhecimento doutrinário que se propõe a esclarecer o sentido ou sentidos das normas jurídicas, e o direito comercial, enquanto interpretação da disciplina jurídico-privatística do exercício da atividade econômica, é um capítulo desse conhecimento.

10. O DIREITO E AS EXTERNALIDADES

Toda atividade econômica insere-se necessariamente num contexto social, e, assim, gera custos não apenas para o empresário que a explora, mas, em diferentes graus, também para a sociedade. A indústria polui o ar, esgota fontes de matéria-prima, reclama investimentos públicos em infraestrutura etc. Gera, por assim dizer, custos *sociais*, que poderão ou não se compensar com os benefícios que a mesma atividade econômica propicia para a sociedade, como a geração de empregos diretos e indiretos, atendimento aos consumidores, criação de novos negócios etc. A equação entre os custos e benefícios sociais nem sempre é equilibrada. Alguns agentes econômicos podem usufruir mais benefícios que os custos despendidos, outros o inverso, ensejando o que tecnicamente se denomina “externalidade” ou “deseconomia externa”. Note-se que por agentes econômicos se compreende aqui um conjunto bastante amplo de pessoas, abrangente não apenas dos empresários — que organizam e dirigem atividades econômicas de produção ou circulação de bens ou serviços —, mas de todas as pessoas com uma função

qualquer na economia. A noção envolve, portanto, também consumidores, trabalhadores, o próprio estado etc.

Externalidade é conceituada como todo efeito produzido por um agente econômico que repercute positiva ou negativamente sobre a atividade econômica, renda ou bem-estar de outro agente econômico, *sem a correspondente compensação*. Nenhum pedestre morador de uma metrópole, por exemplo, é compensado por respirar o ar contaminado pelos poluentes produzidos por veículos das empresas de transporte coletivo, mas também não é obrigado a remunerar o aumento de espaço livre nas calçadas propiciado pelo serviço dessas mesmas empresas. Tanto a poluição do ar como o aumento do espaço livre nas calçadas são, para o pedestre, externalidades da prestação do serviço de transporte coletivo, não ressarcidas de parte a parte.

Externalidade é todo efeito (negativo ou positivo) que uma pessoa produz sobre a atividade econômica, a renda ou o bem-estar de outra, sem compensar os prejuízos que causa nem ser compensada pelos benefícios que traz.

Há dois desdobramentos jurídicos da noção de externalidade: a forma de se distinguirem as relevantes das irrelevantes e a eleição de mecanismos para a compensação das externalidades relevantes.

Para Mercado Pacheco, o primeiro aspecto do aproveitamento desse conceito econômico no campo do direito — a separação entre externalidades relevantes e irrelevantes — estaria ligado à determinação da ilicitude ou licitude da atividade (1994:136), mas não me parece assim. A relevância da externalidade guarda relação com mudanças comportamentais e evolução de valores, não necessariamente reproduzidas em normas jurídicas proibitivas de atividades econômicas. Apenas recentemente, note-se, a agressão da indústria ao meio ambiente transformou-se numa externalidade relevante (no Brasil, a primeira lei específica sobre controle de poluição industrial data de 1967), mas o direito ambiental não tem respondido a essa transformação com a interdição das atividades poluidoras, e sim por mecanismos mais ou

menos eficientes de controle de produção de poluentes. De qualquer forma, será certamente impossível pretender a compensação de todas as deseconomias externas, tendo em vista inclusive que as compensações são elas próprias geradoras também de novas externalidades: o estado, ao impor regras de direito ambiental à indústria, gera, como agente econômico no conceito amplo aqui considerado, uma externalidade para o empresário.

Não há como eliminar, na exploração de atividades econômicas, uma determinada margem de produção de efeitos negativos ou positivos não compensáveis. Nessa margem, correspondente às externalidades irrelevantes, os efeitos gerados pela empresa não merecem sequer a atenção do direito. Correspondem a fatos não jurídicos, isto é, ignorados pela ordem jurídica, tendo em vista a irrelevância dos interesses atingidos, segundo ponderações de valor variáveis historicamente.

O segundo desdobramento do conceito de externalidade na matéria jurídica volta-se à definição dos mecanismos de compensação entre os agentes econômicos expostos a tais efeitos (empresa e comunidade, empresários e vizinhos, fornecedor e consumidor etc). Ou, como prefere a economia, este desdobramento diz respeito ao processo de *internalização das externalidades*. Quer dizer, uma vez conferida relevância a certos efeitos produzidos por um empreendimento econômico — a indústria polui e gera empregos —, cabe discutir como se proceder à sua compensação, por meio da imputação de obrigações ao empresário pelos efeitos considerados negativos, e do reconhecimento de direitos em relação aos reputados positivos. Por definição, quando uma externalidade é compensada ela deixa de ser externalidade. É, por assim dizer, internalizada. Internalizar as externalidades para equalizar a relação custos-benefícios sociais é, em termos jurídicos, impor deveres e garantir direitos para fazer justiça.

Quando o direito considera relevante uma certa externalidade e determina a sua compensação, opera-se a “internalização”. Isto é, a externalidade, que se define como efeito não compensável, deixa de ser externalidade.

No enfrentamento da questão da internalização de externalidades, duas diferentes concepções se apresentam, frutos de distintas formas de se compreender o papel do estado e do direito na organização econômica: de um lado, a da *economia do bem-estar*; de outro, a da *análise econômica do direito*.

O teórico central da economia do bem-estar é Arthur Pigou, que, de sua cátedra de economia política em Cambridge, na década de 1920, formulou crítica sistemática às concepções clássicas de suficiência das forças livres do mercado para equilibrar os custos e benefícios sociais. Para ele, as externalidades são derivadas de falhas no mercado, que cabe ao estado corrigir (1928), e o mecanismo por excelência para tal correção seria o sistema tributário. Em termos concretos, economistas de filiação pigouniana propõem que se proceda ao cálculo dos custos sociais e sua comparação aos custos individuais, em relação a cada atividade econômica. Esta operação, se resultasse em diferença, revelaria a existência de uma externalidade, que o estado internalizaria do seguinte modo: sendo a diferença em desfavor da sociedade (isto é, se os custos sociais fossem maiores que os individuais), ele seria credor, e o empresário deveria pagar um tributo; no caso inverso, o estado seria devedor e o empresário teria direito a isenções ou incentivos.

A análise econômica do direito, por sua vez, nasce com a publicação de um artigo de Ronald Coase, expoente da *Escola de Chicago*, em que discute a visão de Pigou sobre os custos sociais (1960), e ambiciona criar um modelo teórico que concilie a aplicação de normas jurídicas (inclusive de direito penal, de família e sucessões etc.) a padrões de eficiência econômica (Posner, 1973; Stephen, 1989; Coelho, 1995b). Com forte acento liberal, a análise econômica do direito considera que as externalidades não refletem falhas do mercado, mas situações conflitantes que devem ser solucionadas pelos próprios interessados. Não existe um efeito de atividade econômica que seja, em si mesmo, positivo ou negativo. O que é favorável a um agente econômico é desfavorável ao outro, e cada um deles procurará nortear suas opções segundo padrões racionais de eficiência, isto é, gastando o menos para lucrar o máximo possível. Para Coase, a externalidade apenas gera ineficiência quando são elevados os custos de *transação* entre os agentes econômicos interessados. Isto é, quando o entendimento entre o agente que cria e o que suporta a externalidade tem um custo não desprezível.

Nota-se claramente a diferença entre a função que se espera do estado e do direito no contexto de cada uma das concepções aqui delineadas. Para a economia do bem-estar, o estado é o *agente* do processo de internalização das externalidades, cabendo-lhe definir e dimensionar os custos sociais e impor a compensação aos agentes econômicos. Já, para a análise econômica do direito, a contribuição do estado na internalização das externalidades deve se limitar à redução dos custos da transação entre os particulares. As normas jurídicas, em Pigou, em especial as de conteúdo tributário, são o instrumento para o estado internalizar as externalidades; enquanto para a análise econômica do direito, elas devem simplesmente reproduzir o mercado de competição perfeita (*law as market mimiker*) (Pacheco, 1994:37).

Não é preciso muito para perceber que as duas orientações refletem as nuances da reorganização do sistema capitalista ao longo do século XX, e as tentativas de definir limites da intervenção do estado na economia. O essencial, contudo, que é a vinculação entre tal intervenção e a luta de classes, escapa tanto à economia do bem-estar como à análise econômica do direito. Pigou e Coase pretenderam construir modelos ideais de explicação e reorganização da economia, que definissem de uma vez por todas o campo de ingerência (e de não ingerência) do estado na atividade econômica. Mas o fato é que a dinâmica da luta de classes obriga o aparato estatal a avanços e recuos, de modo que as orientações sobre a internalização das externalidades divisadas pelas concepções aqui em foco apenas *refletem* momentos diferentes da história do capitalismo. O pretendido pela economia do bem-estar (utilização do sistema tributário para internalizar externalidades) e o pretendido pela análise econômica do direito (a eficiência econômica norteando as decisões judiciais) não se realizam, e não se podem realizar, porque partem estas concepções de um pressuposto abstrato e irreal: o de que o estado capitalista pode ter sua natureza, função e dimensão imunes aos conflitos de interesses, aos embates entre as classes sociais e seus segmentos.

Na economia, podem ser mencionados dois diferentes modelos de internalização da externalidade: a “economia do bem-estar social” e a “análise econômica do

direito”. A primeira considera a externalidade uma falha do mercado, que cabe ao estado corrigir por meio principalmente do direito tributário. Para a segunda, os próprios interessados devem negociar a internalização das externalidades, sendo função do direito apenas reduzir ao máximo os custos de transação.

11. O CUSTO DO DIREITO PARA A ATIVIDADE EMPRESARIAL

Da crítica que a análise econômica do direito faz à economia do bem-estar, no tocante ao mecanismo de internalização de externalidades, como apresentado sinteticamente acima, resulta um dado de extrema importância, que a tecnologia do direito não pode ignorar, isto é, a afirmação de que algumas normas jurídicas repercutem diretamente no custo da atividade econômica. A grande contribuição para o conhecimento jurídico, do debate entre essas correntes econômicas, não se encontra nas propostas finais de cada concepção — abstratas e irrealizáveis —, mas na consideração dos marcos institucionais no universo da microeconomia. Em outros termos, a transposição da noção de “internalização de externalidades” do campo do conhecimento econômico para o contexto da reflexão jurídica tem o grande mérito de alertar para o fato de que as obrigações jurídicas impostas ao empresário têm a natureza de *elemento de custo*.

Para definir o preço dos produtos e serviços que fornece ao mercado, o empresário realiza um cálculo cada vez mais complexo, que compreende o preço dos seus insumos, a mão de obra, os tributos, a margem de lucro esperada e também as contingências. Parte desses custos pode ser objeto de um cálculo matemático, sujeito a variáveis controladas quantitativamente. Outra parte, contudo, exige um cálculo menos preciso, mas ainda assim indispensável à preservação da margem de lucros. Nessa última categoria encontram-se as contingências, como greves prolongadas, quebra de safra, instabilizações políticas, acidentes etc. Estes fatos podem interferir de forma acentuada nas contas do empresário, reduzindo ou comprometendo sua lucratividade ou até mesmo levando-o à falência. Proponho chamar-se essa segunda modalidade de cálculo pelo nome “qualitativo”, em referência às inúmeras variáveis não inteiramente controladas por quantificações.

Nesse sentido, nota-se que algumas normas jurídicas representam, para o empresário, um importante elemento de custo. São desta natureza, por exemplo, grande parte das normas de direito do trabalho (excetuam-se as disciplinadoras de regimes especiais, como a do empregado doméstico), de direito tributário (quando relacionadas a tributos do interesse da empresa), de direito previdenciário (as referentes às contribuições do empregador e, também, às do empregado), ambiental, urbanístico e outros. Por evidente, também o direito comercial integra esse grupo de ramos jurídicos, cujas normas podem influir nos custos da empresa. Para facilitar o desenvolvimento da matéria, vou me referir a tais normas pela expressão “direito-custo”. Qualquer alteração no direito-custo interfere, em diferentes medidas, com as contas dos empresários e, em decorrência, com o preço dos produtos e serviços oferecidos no mercado. Isto é, cada nova obrigação que se impõe ao empresário, de cunho fiscal, trabalhista, previdenciário, ambiental, urbanístico, contratual etc., representa aumento de custos para a atividade empresarial e aumento do preço dos produtos e serviços para os seus adquirentes e consumidores.

Há normas jurídicas que importam aumento do custo da atividade produtiva. Quando a lei cria um novo direito trabalhista, por exemplo, os empresários alcançados refazem seus cálculos para redefinir o aumento dos custos de seu negócio. Esse aumento de custos implica, quase sempre, aumento dos preços dos produtos ou serviços que o empresário oferece ao mercado consumidor. Conceitua-se “direito-custo” como as normas dessa categoria.

As repercussões de mudanças no direito-custo podem ser objeto de cálculo matemático ou de cálculo qualitativo. Se a lei majora a alíquota do imposto de circulação de mercadorias e serviços — ICMS, o empresário incorpora tal mudança em seus custos de forma precisa, calculando sem maiores dúvidas as consequências da reforma legislativa. O princípio da anterioridade, no direito tributário, representa, sob o aspecto aqui apresentado, uma certa garantia de objetividade e permanência para o cálculo empresarial, na medida em que afasta algumas oscilações no

decorrer do exercício. Outras alterações no direito-custo podem exigir cálculos qualitativos, como, por exemplo, as referentes às normas de responsabilidade civil. Quando o direito brasileiro adotou, com o Código de Defesa do Consumidor, a teoria da responsabilidade objetiva dos empresários por acidente de consumo, criou um novo elemento de custo a ser considerado pelo cálculo empresarial (cf. Coelho, 1994:35/37).

Em qualquer hipótese, a interpretação das normas do direito--custo exige a maior objetividade *possível*, com vistas a ensejar a *relativa* antecipação das decisões judiciais ou administrativas derivadas dessas mesmas normas. O cálculo empresarial é condição da preservação do lucro e este, por sua vez, é a alavanca das atividades econômicas no capitalismo. De fato, se não vislumbrar atraente perspectiva de lucros na exploração de uma empresa, o empreendedor privado dará às suas energias e aos seus recursos outra destinação. Pode-se pretender a superação do sistema capitalista, pelas grandes e inumeráveis injustiças que gera, mas, enquanto ele reger a economia e as nossas vidas, não se poderá negar ao lucro a importantíssima função de móvel fundamental da produção e circulação de bens ou serviços (que, a final, são atividades indispensáveis à sobrevivência de todos). A interpretação o quanto possível objetiva das normas de direito-custo está ligada ao próprio funcionamento da estrutura econômica do sistema capitalista. E, ressalte-se, a *objetividade possível* aqui reclamada alimenta tanto o cálculo matemático como o qualitativo. Ambos pressupõem informações confiáveis, embora com graus de precisão diversos.

A informação jurídica confiável para fins de cálculo é baseada não apenas em precedentes jurisprudenciais e ensinamentos doutrinários, mas principalmente nas variáveis próprias ao cálculo qualitativo, específico da tecnologia jurídica. Em outros termos, o tecnólogo do direito, ao se debruçar sobre normas do direito-custo, para fornecer subsídios ao cálculo empresarial, deve estar atento às seguintes condições: *a)* inexistência de consenso absoluto, na comunidade jurídica, acerca da exata interpretação das normas; *b)* papel da ideologia e dos valores na interpretação e aplicação do direito; *c)* alterações econômicas, políticas e sociais que possam interferir com o entendimento que a comunidade jurídica tem das normas em vigor. Note-se, a redemocratização do Brasil, nos fins da década de 1980, se fez acompanhar pela revalorização do Poder Judiciário, e isso acarretou

mudanças sensíveis na eficácia dos princípios constitucionais do sistema tributário. Em termos formais, as normas constitucionais de 1969 e de 1988 não são substancialmente distintas, mas as decisões em favor do contribuinte pautadas em tais princípios foram ampliadas. Só o tecnólogo do direito atento às nuances da vida política nacional poderia estar apto a antecipar ao empresário o novo cenário. Já o estudioso do direito que prefere fazer pose de cientista formal de normas positivadas, simplesmente não teria qualquer contribuição profissional de valor a dar ao empresário, para a organização de sua empresa.

O direito-custo exige interpretação o mais objetiva possível para possibilitar o cálculo empresarial, isto é, a definição dos custos da atividade econômica e dos preços dos produtos ou serviços correspondentes.

As variáveis próprias do cálculo qualitativo da tecnologia jurídica afastam a perspectiva de uma *absoluta* objetividade do cálculo empresarial. Claro que se pode falar numa objetividade relativa ou em graus diferentes de precisão, mas pretender quantificar com exatidão estatística a probabilidade de êxito em demandas judiciais é despropositado. A parte qualitativa do cálculo empresarial convive necessariamente com maior ou menor grau de imprecisão, e mesmo a parte desse cálculo feita por operações matemáticas (por exemplo, a base de cálculo de um imposto) pode ser afetada pela natureza retórica do conhecimento jurídico (como as divergências jurisprudenciais). Apesar dessa complexidade, no entanto, as normas jurídicas que repercutem nos custos da empresa devem ser editadas, estudadas, interpretadas e aplicadas com *a maior objetividade* que se possa alcançar, de forma a contribuir o direito para o aperfeiçoamento do cálculo empresarial e, em última análise, para o desenvolvimento e organização da empresa e da economia.

12. DIREITO COMERCIAL COMO DIREITO-CUSTO

Conforme proposto acima, direito-custo são as normas jurídicas cuja aplicação interfere com os custos da atividade empresarial, da produção e circulação de bens ou serviços. As normas tributárias pertinentes aos impostos devidos pelos empresários, as de direito urbanístico que vedam estabelecimentos empresariais em determinadas zonas da cidade, as de direito previdenciário ou do trabalho instituidoras de encargos são, entre outras, exemplos de direito-custo. Estatuem obrigações que o empresário deve internalizar em sua empresa, isto é, levar em conta no momento de calcular e fixar os preços de seus produtos ou serviços.

No âmbito da disciplina privada da atividade econômica (isto é, do direito *comercial* ou *empresarial*), há, como é evidente, normas com a natureza de direito-custo. Nem todas as disposições normativas desse ramo jurídico, contudo, podem ser enquadradas em tal categoria. Muitas e importantes regras de direito societário, como as relacionadas com a constituição e funcionamento de sociedades anônimas fechadas não interferem significativamente com os custos de produtos e serviços para a empresa fornecedora. Outras, como as do registro de empresa, têm implicação de dimensões tão diminutas em tais custos que nem sempre se justifica tentar compreendê-las segundo esse enfoque. Portanto, o direito comercial, não obstante a importância de suas normas de direito-custo, não pode ser reduzido ao regramento do cálculo empresarial.

Enquanto direito-custo, o direito comercial ou empresarial se manifesta principalmente na disciplina dos seguintes aspectos da exploração da atividade de empresa:

a) *Responsabilidade civil* — este é o tema que melhor exemplifica a aplicação das categorias aqui propostas de cálculo empresarial e direito-custo, notadamente quanto à discussão da natureza subjetiva ou objetiva de cada hipótese de responsabilização. De fato, muitos acidentes podem ocorrer no ambiente empresarial (acidente de trânsito), ou mesmo em razão do consumo de bens industrializados ou de serviços (fornecimento perigoso ou defeituoso), e a imputação ao empresário da responsabilidade objetiva pela indenização dos prejuízos decorrentes importa a criação de um claro elemento de custo.

Assim, o empresário responde subjetivamente pelos acidentes de trânsito, quando o condutor do veículo da empresa é o responsável pelos danos. Isto é, a demonstração da culpa ou dolo do empresário como causa, mesmo remota, do acidente é condição para a sua responsabilização. Se o evento danoso decorre de culpa exclusiva do outro motorista envolvido no evento, caso fortuito ou força maior, o empresário não será responsável por indenizar os danos. A responsabilidade do empresário, no caso de acidente de trânsito, portanto, é subjetiva. No entanto, ele responde independentemente de culpa pelos danos derivados de acidente de consumo provocados por defeitos em produto ou serviço (CDC, arts. 12 e 14). Nessa hipótese, a sua responsabilidade é objetiva, quer dizer, existe mesmo que ele tenha dotado sua empresa da mais avançada tecnologia de produção e observe os mais rigorosos padrões de controle de qualidade.

A diferença entre a responsabilidade subjetiva e a objetiva reside, em última análise, na natureza *ilícita* ou *lícita* do ato praticado pelo agente, a quem ela é imputada. O empresário que, agindo com culpa ou dolo, provoca acidente de trabalho, incorre num ilícito e responde desde que demonstradas a ilicitude (negligência, imprudência, imperícia ou intenção), a relação causal entre o ato e o evento danoso, e a extensão do dano. Já o mesmo empresário, ao fornecer produto defeituoso ao mercado, nem sempre incorre em conduta ilícita. Por mais desenvolvidos que sejam os processos produtivos e os controles de qualidade empregados na atividade empresarial, a falibilidade natural dos homens que trabalham na empresa não afasta a possibilidade de fornecimento ao mercado de alguns produtos ou serviços com defeito. Nesse caso, inexistente a culpa ou o dolo, não podem ser considerados ilícitos os atos do empresário. Sua responsabilidade pelo acidente de consumo é objetiva, porque não pressupõe a ilicitude da conduta; existe ainda que inteiramente lícito o comportamento do devedor da indenização (sobre as relações entre a natureza da responsabilidade e a eficiência econômica, ver: Posner, 1973:175/182; López, 1987:60/66).

Ao editar regra de responsabilidade objetiva, o direito está criando um novo elemento de custo para o empresário. Para cumprir a lei sem sacrifício da lucratividade de seu empreendimento, ele deve procurar definir, por cálculos apropriados, a probabilidade da ocorrência de acidentes de consumo, bem como a provável dimensão de suas consequências

econômicas. Esses dados o empresário considera no cômputo dos preços de seus produtos ou serviços, repassando a cada consumidor uma *quota-parte*, por assim dizer, das repercussões previsíveis do fornecimento defeituoso. Em outros termos, o empresário dilui, socializa entre os consumidores, realoca as perdas estimadas por acidente de consumo, reunindo recursos para atender à regra da responsabilidade civil independente de culpa (para uma discussão sobre os limites do *spreading of losses*, ver Calabresi, 1961). A operação prévia ao *repasse* das perdas por acidente de consumo para os próprios consumidores, mediante a fixação do preço dos produtos ou serviços vendidos, é viabilizada pelo cálculo empresarial.

A previsão, no Código de Defesa do Consumidor, de responsabilidade objetiva do empresário por acidente de consumo redundou aumento imediato dos custos de exploração da atividade econômica, e mediato dos preços dos produtos e serviços vendidos no mercado de consumo.

b) *Responsabilidade contratual* — existem dois sistemas de tutela jurídica da vontade dos contratantes: de um lado, a composição das perdas e danos; de outro, a execução específica. Pelo primeiro, o contratante que descumpra as obrigações assumidas é condenado pelo juiz a indenizar a outra parte pelos prejuízos advindos do inadimplemento; pelo segundo sistema, a prestação jurisdicional garante ou o exato cumprimento da obrigação inadimplida, ou o resultado concreto equivalente, ou o mais próximo ao pretendido pelas partes quando da celebração do contrato.

Antes da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, era sustentável, com base no Código Comercial de 1850, que o comerciante, ao descumprir a obrigação de entregar a mercadoria vendida ao consumidor, estava sujeito somente à pena de indenizar este último, não havendo fundamento legal para o Judiciário expedir, por exemplo, mandado de busca e apreensão da mercadoria objeto de contrato. Isto é, o sistema de tutela da vontade contratada apenas garantia, na hipótese de inadimplemento, a recomposição das perdas. Após a entrada em vigor da legislação

consumerista, não há dúvidas de que o consumidor tem direito à execução específica das obrigações assumidas pelo fornecedor (CDC, art. 84).

Contudo, observe-se que nem sempre o fiel cumprimento do contrato equivale, sob o ponto de vista da economia de acerto liberal, à solução mais eficiente para o contratante; isso porque as condições de fato se alteram ao longo do tempo, e o que era projetado como eficiente na data da celebração do contrato, por uma das partes, pode se mostrar exatamente o contrário na época do cumprimento das obrigações. Para o outro contratante será, em geral, indiferente o cumprimento do contrato ou a integral composição das perdas, mas para o inadimplente esta última solução pode ser significativamente mais vantajosa e, portanto, mais eficiente que a primeira. Assim, quando presentes tais pressupostos, a regra jurídica consagradora da execução específica pode representar a solução menos eficiente para o caso de descumprimento de obrigações contratuais (Posner, 1973:130/132).

As normas sobre responsabilidade contratual são direito-custo, na medida em que as consequências do inadimplemento de obrigação assumida pelo empresário — seja as relacionadas ao sistema da composição de perdas, seja ao da execução específica — devem ser absorvidas pela empresa, sem comprometimento, ou com o menor comprometimento possível, da margem de lucro.

As normas de responsabilidade contratual — tanto as que impõem a composição dos danos, como as que asseguram a execução específica — também interferem com os custos da atividade econômica.

c) *Propriedade industrial* — as normas de direito industrial relacionadas à duração e garantias das patentes e dos registros de marca, é fácil compreendê-lo, têm direta incidência sobre os custos da empresa. A amortização do investimento realizado nas pesquisas e invenções, ou na criação e fixação das marcas, será proporcional ao tempo em que a empresa dispuser da exclusividade de exploração econômica do direito industrial correspondente. Quanto mais dilatado o prazo de duração da patente ou do

registro, menor poderá ser o percentual de amortização do investimento agregado ao preço do produto ou serviço.

d) *Concorrência desleal e abuso do poder econômico* — a garantia jurídica do funcionamento das estruturas do mercado livre abre a possibilidade a novos empresários de ingressarem em segmentos desse mercado, para fins de competirem com os que nele já atuam. Na medida em que o direito concorrencial e o antitruste contemplem normas mais rigorosas contra práticas desleais e abusivas, consolida-se a garantia de competitividade entre empresários. Note-se, contudo, que há uma ambiguidade decorrente do rigor na aplicação da legislação repressora do abuso do poder econômico. As sanções impostas pelas autoridades fiscalizadoras das estruturas do livre mercado — e aqui lembro não apenas as multas, mas igualmente o desfazimento de operações societárias concentracionistas, a invalidação da cessão de marcas e patentes, e outras medidas desconstitutivas de negócios jurídicos — formam um dos elementos de custo da empresa. Desse modo, quanto maior o rigor do direito de tutela das estruturas do mercado livre, melhores são as condições de investimento, mas é maior o custo da atividade. Afinal, se, de um lado, a repressão às práticas anticoncorrenciais amplia o acesso das empresas aos diversos mercados relevantes, de outro, não podem os empresários deixar de se precaverem, por meio da formação de reservas para absorção de eventuais punições. São paradoxos próprios à legislação antitruste.

Se o direito assegura — de modo efetivo e não apenas formal — aos empresários plenas condições para a livre concorrência, coibindo as práticas desleais e as abusivas, o custo para a implantação de atividades econômicas e o prazo para retorno de investimentos são mais atraentes do que seriam se tais condições não existissem. Por outro lado, assim que amortizado o investimento, o empresário procurará constituir reserva, para absorção de eventual sanção por prática anticoncorrencial.

e) *Direitos dos consumidores* — costuma a legislação consumerista estabelecer padrões de transparência nas relações pré-contratuais entre

fornecedores e consumidores, além de sancionar com a nulidade ou ineficácia as cláusulas abusivas, bem como estipular a rescisão do negócio em razão de vícios nos produtos ou serviços. Esses direitos reconhecidos aos consumidores se refletem em obrigações a que se sujeitam os empresários, e, para as cumprir, eles têm à sua frente três alternativas não excludentes. A primeira é a de investir no aperfeiçoamento da empresa, na qualidade do fornecimento de produtos ou serviços, para fins de reduzir a margem de defeitos ou de exposição dos consumidores a perigos. A segunda alternativa do empresário, diante da imposição de novas obrigações mediante os consumidores, é a de contratar seguro, transferindo os riscos para as instituições securitárias. A última opção é a constituição de uma reserva própria para enfrentar a diminuição de receita decorrente do atendimento aos direitos dos consumidores, como a gerada por rescisões de contratos ou reexecução de serviços malfeitos etc.

Qualquer dessas opções implica aumento dos custos e conseqüentemente do preço final do fornecimento, de forma que se repassam, ainda que a médio prazo, aos consumidores, os encargos derivados do aprimoramento das relações de consumo. O consumidor paga mais caro os produtos e serviços que adquire, mas recebe, em contrapartida, maiores garantias quanto à sua qualidade (cf. Coelho, 1994:29/34).

Se o direito assegura proteção aos consumidores, os empresários devem aparelhar melhor suas empresas para atenderem às obrigações legais correspondentes. Isto significa maiores custos para a atividade econômica. Significa, também, inevitavelmente, majoração dos preços aos consumidores.

No final, cabe ao consumidor arcar com o preço da melhoria da qualidade do mercado de consumo.

f) *Recuperação de crédito* — também são direito-custo as normas processuais sobre cobrança e arbitragem, bem como as instituidoras do regime cambiário e falimentar.

A concessão de crédito é elemento vital ao bom funcionamento da economia, porque possibilita ampliação e dinamização da produção e do

volume de negócios. É certo, por um lado, que o empresário conta com uma relativa margem de inadimplência dos tomadores de crédito — e até procura se preservar por meio do seguro de crédito ou diluindo as perdas com a receita gerada pelos adimplentes —, mas também é certo que as normas disciplinadoras da recuperação do valor disponibilizado influem na administração empresarial. Curioso registrar que essa influência manifesta-se tanto do lado do credor, que, ao tentar recuperar seus recursos, deve ajustar expectativas à realidade do Judiciário, como do devedor, para quem as possibilidades de postergação do cumprimento da obrigação pode significar novas alternativas negociais.

Essa lista não exaure todas as normas de direito-custo reservadas ao estudo do direito comercial. Ela serve apenas de referência bastante genérica de como o complexo jurídico-normativo se introduz no universo da microeconomia, agindo de forma relevante no cotidiano da administração empresarial. Serve, por outro lado, para alertar o estudante e o estudioso do direito empresarial acerca da importância que a interpretação o mais objetiva possível de suas normas se impõe, como condição para o desenvolvimento da própria economia.

Capítulo 2

OS PRINCÍPIOS DO DIREITO COMERCIAL

1. CLASSIFICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO COMERCIAL

Os princípios do direito comercial podem ser classificados segundo três critérios: hierarquia, abrangência ou positividade.

Segundo o critério da hierarquia, os princípios podem ser *constitucionais* ou *legais*.

No primeiro caso, são enunciados pela Constituição Federal. A liberdade de iniciativa é exemplo de princípio constitucional, consoante o disposto no *caput* do art. 170 da CF. No segundo caso, isto é, no dos princípios legais, a enunciação se encontra em preceito de lei ordinária. O princípio da inoponibilidade das exceções pessoais aos terceiros de boa-fé, na cobrança de obrigação cambiária, vem previsto no art. 916 do Código Civil, no art. 17 da Lei Uniforme de Genebra (letra de câmbio e nota promissória) e no art. 25 da Lei n. 7.357/85 (lei do cheque).

De acordo com o critério da abrangência, os princípios podem ser *gerais* ou *especiais*.

Na primeira categoria, encontram-se os princípios aplicáveis a todas as relações jurídicas regidas pelo direito comercial, ao passo que a segunda categoria reúne os destinados à disciplina de relações regidas por desdobramentos da disciplina, como são o direito societário, cambiário, falimentar etc. A liberdade de competição é um princípio geral do direito comercial, porque informa relações jurídicas abrangidas por todas as subáreas. Desse modo, na interpretação de preceitos do direito industrial (proteção dos registros de marcas e patentes de invenção), societário

(viabilidade de determinadas operações), contratual (condições para a admissibilidade de cláusulas de não concorrência), cambiário (legitimidade do suporte eletrônico) e falimentar (resguardo das informações estratégicas da empresa recuperanda), sempre deverá ser levada em conta a liberdade de competição, e seu corolário imediato, que é a “premiação” (com o lucro) dos que tomam a decisão empresarialmente acertada e a “penalização” (com a perda, e, se for o caso, a falência) dos que tomam a decisão equivocada.

Já na categoria dos princípios especiais, acomodam-se os aplicáveis apenas a determinados setores do direito comercial. É exemplo o princípio da livre associação, que, embora sendo de hierarquia constitucional, incide apenas nas relações jurídicas regidas, no campo do direito comercial, por um de seus sub-ramos, o direito societário.

Os princípios do direito comercial classificam-se em: constitucionais ou legais (conforme estejam abrigados na Constituição Federal ou na lei ordinária), gerais ou especiais (se são aplicáveis a todo o ramo jurídico ou somente a um de seus desdobramentos) e explícitos ou implícitos (caso estejam expressamente previstos na norma de direito positivo ou decorram desta).

Por fim, os princípios podem ser, em função do critério da positivação, explícitos (diretos ou positivados) ou implícitos (indiretos ou não positivados). São explícitos os princípios enunciados expressamente pelo constituinte ou pelo legislador, em texto de direito positivo; por sua vez, são implícitos aqueles cujos enunciados o julgador ou o doutrinador concluem dos dispositivos vigentes. O princípio da celeridade e economia processual da falência está consignado, de modo expresse, no art. 75, parágrafo único, da Lei n. 11.101/2005. É, portanto, um princípio explícito. Já o da função social da empresa, malgrado constitucional, é da categoria dos implícitos, por não se encontrar diretamente enunciado em nenhum dispositivo da Constituição Federal, mas decorrer, por interpretação doutrinária, da função social da propriedade, este, sim, um princípio explícito constante dos seus arts. 5º, XXIII, e 170, III.

2. PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE INICIATIVA

O modo como os homens se relacionam para a produção dos bens de que necessitam para a vida (o *modo de produção*) variou ao longo da história. De início, muito antes da invenção da escrita e do começo dos registros históricos, provavelmente predominou um modo de produção em que tudo era dividido entre os membros da tribo ou do clã. A divisão, também provavelmente, não devia ser igualitária, tendo em conta a grande proximidade com o estado de natureza (e conseqüente incipiência da organização social), ambiente em que vige a “lei do mais forte”. Mas ninguém era dispensado de trabalhar (caçar, pescar, cuidar da prole, fazer os utensílios domésticos etc.) e ninguém era privado da parte que lhe cabia no que a tribo ou o clã produzia em comum (e que deveria atender suas necessidades básicas).

Com a descoberta da agricultura e das técnicas de domesticação de alguns animais, o homem, até então um ser nômade e extrativista, passou a se fixar com mais constância em determinados lugares. Essa transformação dos hábitos da espécie criou as condições para a apropriação, por alguns, não só dos meios e instrumentos de produção (terra, arado etc.), como de tudo o que era produzido. Surge a propriedade privada, que revoluciona o modo de produção. A organização social já, então, apresenta certa complexidade, com a divisão das pessoas em pelo menos duas classes antagônicas (possuidores dos meios de produção *vs.* não possuidores) e o surgimento de um aparato destinado a resolver os conflitos que surgem entre elas (o embrião do Estado).

Depois do aparecimento da propriedade privada dos meios de produção, podem-se esquematizar três sucessivos modos de produção. Observadas as nuances próprias da história ocorrida em cada região ocupada pela espécie humana, de modo geral, seguiram-se o modo de produção escravagista, o feudalismo e o capitalismo. No escravismo, a classe detentora dos meios de produção é dona, também, da pessoa dos que trabalham, os escravos. Estes nada têm, nem mesmo sua própria força de trabalho. No feudalismo, a relação de produção é diferente, porque os servos (os que trabalham) já são

vistos como donos de sua força de trabalho. Eles lavram as terras do senhor feudal e cumprem as tarefas de organização doméstica em troca de segurança, abrigo e alimentação. No capitalismo, os trabalhadores continuam donos de sua força de trabalho, mas não a trocam diretamente pelos bens ou comodidades básicas de que necessitam para viver, e, sim, *vendem-na* aos detentores dos bens de produção – agora, não mais só a terra e os instrumentos agrícolas, mas também indústrias cada vez mais sofisticadas.

A substituição do modo de produção feudal pelo capitalista, na Europa continental moderna, foi um processo longo, complexo e, principalmente, conflituoso. A classe social que já se tornara dominante na produção (a burguesia) tinha os interesses prejudicados pelos anacrônicos entraves impostos pela ordem feudal. O ápice deste processo de confronto aberto foi a Revolução Francesa, em 1789. A luta pela supressão da ordem feudal travou-se especialmente em torno da noção de *liberdade*. Se no feudalismo, a posição de cada um na relação de produção era definida ao nascer, na nova ordem, propaga-se que todos serão livres para trabalhar no que quiserem, independentemente da ascendência nobre, burguesa ou plebeia.

A liberdade de iniciativa é elemento essencial do capitalismo; quero dizer, do próprio modo de produção e não somente de sua ideologia. Diferentemente da *igualdade* e da *fraternidade*, valores com os quais compôs o mais conhecido *slogan* revolucionário, a *liberdade* não é apenas uma palavra de ordem que poderia, depois da vitória sobre a ordem feudal, ser olvidada. O capitalismo depende, para funcionar com eficiência, de um ambiente econômico e institucional em que a liberdade de iniciativa esteja assegurada. Nas épocas e nos lugares em que o Estado capitalista restringiu seriamente esta liberdade econômica, em prol de medidas protecionistas de determinadas atividades, o resultado foi, em longo prazo, desastroso.

Necessária para a eficiência do modo de produção, a liberdade de iniciativa é também a responsável pelas mazelas do capitalismo. Como todos são livres para produzir o que bem entendem, é *inevitável* certa anarquia na produção: produz-se o que não será consumido e deixa-se de produzir o que seria. Por isto, de tempos em tempos, o excesso ou a carência de produção gera crises. A macroeconomia e os instrumentos de administração monetária têm ajudado na prevenção e superação destas crises; mas elas não podem ser completamente evitadas.

A liberdade de iniciativa, por outro lado, está entre as causas de muitas injustiças. Como a quantidade e qualidade da produção são definidas, em última instância, pelas perspectivas de lucratividade de sua exploração econômica, bens essenciais (comida, por exemplo) podem não ser produzidos na escala necessária ao atendimento de todos; enquanto a produção de bens inteiramente fúteis, a seu turno, consome não pouca “energia social”.

O princípio da liberdade de iniciativa é inerente ao modo de produção capitalista, em que os bens ou serviços de que necessitam ou querem as pessoas são fornecidos quase que exclusivamente por empresas privadas.

O capitalismo é, assim, um sistema de crises periódicas e injustiças permanentes. Mas enquanto for o modo de produção predominante, será proveitoso para todos que ele possa funcionar da maneira mais eficiente possível. Daí a importância de a ordem jurídica assegurar a liberdade de iniciativa. Só os que acreditam numa solução definitiva advinda da substituição do capitalismo por outro modo de produção, e que adotam, por estratégia, a radical piora nas condições de vida dos trabalhadores, podem ver sentido no solapar dos pressupostos de eficiência do sistema, no dificultar do seu melhor funcionamento.

O princípio da liberdade de iniciativa é constitucional, geral e explícito (CF, art. 170, *caput*).

2.1. Os Dois Vetores do Princípio da Liberdade de Iniciativa

Há dois vetores no princípio da liberdade de iniciativa: de um lado, antepõe um freio à intervenção do Estado na economia; de outro, coíbe determinadas práticas empresariais. O primeiro vetor liga-se a questões estudadas pelo direito público, como, por exemplo, as atinentes às atividades econômicas constitucionalmente reservadas à União, as condições

para o estabelecimento de novas empresas, as posturas municipais definindo zonas em que a localização destas é autorizada ou proibida etc.

O direito comercial ocupa-se do segundo vetor, vale dizer, da coibição das práticas empresariais incompatíveis com a liberdade de iniciativa. Quando o empresário conquista parcelas significativas de determinado segmento de mercado, passa a exercer um poder. O poder de mercado não está necessariamente associado ao poder econômico, embora seja bastante comum tal ligação. O empresário de grande porte, com extenso poder econômico, não terá poder de mercado se atuar em segmento da economia altamente competitivo, marcado pela presença de outros empresários igualmente poderosos, sob o ponto de vista econômico.

O empresário com poder de mercado tem ao seu alcance instrumentos empresariais que, uma vez empregados, poderiam impedir ou dificultar o ingresso de outros empresários no mesmo segmento de atividade econômica. Ele poderia, por exemplo, diante da ameaça da chegada de novos competidores, baixar seus preços a patamar tal que desmotivaria os potenciais interessados na exploração daquele mercado. Passada a ameaça, retornaria os preços aos níveis anteriores, recuperando os ganhos de que se privara temporariamente. Apenas o empresário com poder de mercado poderia valer-se desta estratégia; ela seria “suicida” em qualquer segmento marcado pela competitividade.

Valer-se destes instrumentos representaria uma prática empresarial contrária à liberdade de iniciativa. Uma prática que configura *infração da ordem econômica*, objeto de estudo do direito comercial.

| |
|--|
| <p>O direito comercial se ocupa de um dos vetores do princípio constitucional da liberdade de iniciativa, o que importa, diante da faculdade assegurada a cada pessoa de estabelecer-se empresarialmente, a obrigação de todos os demais empresários de não impedirem o exercício deste direito.</p> |
|--|

Dito de outro modo. Ao assegurar a liberdade de iniciativa, a Constituição Federal atribui a todos os brasileiros e residentes no Brasil um

direito, o de *se estabelecer como empresário*. A todo direito atribuído a alguém, correspondem obrigações impostas a outros sujeitos. No primeiro vetor, a liberdade de iniciativa é garantida pela obrigação imposta ao Estado de não interferir na economia, dificultando ou impedindo a formação e o desenvolvimento de empresas privadas; no segundo vetor, esse princípio é garantido pela obrigação imposta aos demais empresários, no sentido de concorrerem licitamente.

2.2. A Liberdade de Iniciativa na Ordem Constitucional Brasileira

Como acentuado, a liberdade de iniciativa, malgrado sua essencialidade para a eficiência do sistema capitalista, causa anarquia na produção e injustiças na sociedade. Para atenuar seus efeitos, o Estado contemporâneo intervém, em alguma medida, na economia. A exata dimensão desta intervenção, contudo, não é definível científica ou ideologicamente. O Estado capitalista deve ser maior ou menor, conforme as necessidades ditadas pelas crises periódicas ou pelas injustiças permanentes. Se necessário para prevenir ou resolver crises, ou para impedir que injustiças ponham em risco a ordem, o Estado capitalista aumenta sua presença na economia; uma vez, contudo, superadas estas demandas, não há por que sustentar-se um aparato estatal avantajado e, então, ele é paulatinamente reduzido.

Na complexa sociedade contemporânea, a liberdade de iniciativa não pode ser absoluta. O direito do consumidor fornece um exemplo significativo. Na visão da doutrina liberal clássica, a lei não precisaria assegurar aos consumidores nenhuma proteção. Se determinado empresário não o respeitasse, vendendo a preços abusivos ou enganando na pesagem, bastaria ao consumidor trocar de fornecedor. Por outro lado, se, em determinado mercado, não houver nenhum fornecedor que atenda satisfatoriamente os consumidores, isto despertará a atenção de um empresário, que identificará uma excelente oportunidade de lucro em estabelecer naquele segmento uma empresa diferenciada, correspondente às expectativas dos seus clientes. Obviamente, esta solução para os conflitos no mercado de consumo, indicada pela doutrina liberal clássica, é insuficiente para assegurar os interesses legítimos dos consumidores. O Estado, então,

precisa intervir, não somente por meio de leis que definam os direitos destes, mas também por organismos que os defendam.

A ordem constitucional brasileira, assim, consagra a liberdade de iniciativa como fundamental, mas mitiga seus efeitos, determinando, a rigor, o *equilíbrio* entre esta medida de eficiência exigida pelo modo de produção capitalista e a promoção da justiça social (Frontini, 1975:35). A ordem constitucional brasileira tem, desse modo, um perfil *neoliberal* (Cap. 7, item 1).

2.3. Desdobramentos do Princípio da Liberdade de Iniciativa

Quando funda a ordem econômica na liberdade de iniciativa e, mitigando-a, associa-a a valores aos quais confere igual importância como elemento estruturador desta ordem (proteção do meio ambiente, do consumidor, função social da propriedade etc.), a Constituição Federal reserva aos empresários a tarefa de serem os principais agentes do atendimento às necessidades e querências de todos nós. No capitalismo, *tudo* o que precisamos e queremos (roupas, alimentos, transportes, lazer, educação, saúde etc.), em geral, só podemos ter se uma ou algumas pessoas, entre nós, se dispuserem a investir na organização de uma empresa destinada a produzir e fornecer o bem ou serviço almejado. No capitalismo, os bens e serviços, essenciais ou não, são produzidos e comercializados, em sua expressiva maioria, por empresas exploradas por particulares.

Desdobra-se, por isto, o princípio da liberdade de iniciativa no reconhecimento de determinadas condições para o funcionamento mais eficiente do modo de produção.

A primeira delas é a afirmação da imprescindibilidade, no sistema capitalista, da empresa privada para o atendimento das necessidades e querências de cada um e de todos. Quando um empresário decide assumir o risco de certa atividade empresarial, esta sua iniciativa tem em mira, inicial e principalmente, a obtenção de lucro. Na perspectiva do empresário, em geral, há um simples cálculo egoísta, a partir do qual concluiu que o fornecimento ao mercado de determinado bem ou serviço será lucrativo. Ora, será lucrativo exatamente porque corresponderá à necessidade ou querência de parcelas dos consumidores, em volume tal que garanta este

resultado. Se não houver pessoas interessadas em adquirir os bens ou serviços oferecidos pelo empresário, este simplesmente não terá os lucros projetados. Aos interesses individuais dos empresários na obtenção de lucro corresponde, assim, inexoravelmente, o interesse metaindividual de todos os integrantes da sociedade em terem acesso aos bens e serviços de que necessitam ou desejam. Sem o atendimento aos interesses metaindividuais destes, não se realizam – *não há como se realizarem* – os interesses individuais dos empresários.

A segunda condição em que se desdobra o princípio da livre iniciativa é a do lucro como o principal fator de motivação da iniciativa privada; o lucro obtido com a exploração regular e lícita da empresa. Como afirmado, qualquer empresa nasce sempre do interesse individual e egoísta do empresário, o qual busca auferir ganhos com a exploração de uma atividade econômica que vá ao encontro das necessidades e querências de parcelas dos consumidores. O lucro, assim, no sistema capitalista, não pode ser jurídica ou moralmente condenado. Pelo contrário, deve ser reconhecido como o elemento propulsor do eficiente funcionamento do modo de produção. Sem a perspectiva de lucro, ninguém se dispõe a empreender (ou mesmo investir); mas se ninguém se dispuser a empreender a organização da produção ou circulação de determinado bem ou serviço, restarão desatendidas as necessidades e querências de todos associadas a este bem ou serviço.

A terceira condição resultante do princípio da liberdade de iniciativa diz respeito à importância, para toda a sociedade, da proteção jurídica liberada ao investimento privado, feito com vistas ao fornecimento de produtos ou serviços, na criação, consolidação ou ampliação de mercados consumidores e desenvolvimento econômico. Quando a Constituição Federal prescreve, como modo de produção, o fundado na liberdade de iniciativa, ela não está disciplinando a realidade econômica unicamente focada nos interesses dos empresários. Pelo contrário, a norma constitucional que define a liberdade de iniciativa como um dos elementos fundamentais da ordem econômica (ao lado da valorização do trabalho, proteção do meio ambiente, do desenvolvimento regional etc.) tutela interesse de toda a sociedade. A proteção jurídica ao investimento privado, se, obviamente, atende aos interesses individuais do empresário investidor, atende também aos

interesses de toda a sociedade. Não há como dissociar: a lei, ao proteger o investimento, está necessariamente protegendo interesses que não se reduzem aos do investidor.

Quando conflitam, de um lado, os interesses individuais dos empresários voltados à obtenção de lucro e, de outro, os metaindividuais que se espalham pela sociedade, não há a menor dúvida de que estes últimos devem sempre prevalecer. É assim que determina a Constituição Federal, ao mitigar a liberdade de iniciativa, associando-a com outros valores na estruturação da ordem econômica. Quer dizer, talvez um empresário tivesse seus lucros acentuadamente elevados se ignorasse qualquer cautela com a questão ambiental. Nesse caso, há nítido conflito entre o interesse individual dele (maiores lucros) e o partilhado por toda a sociedade (preservação do meio ambiente). Claro, o interesse individual e egoísta do empresário não pode ser, e não será, minimamente protegido pela ordem jurídica, enquanto não se compatibilizar com o de todos relacionado à sustentabilidade ambiental.

Quatro desdobramentos podem ser extraídos do princípio da liberdade de iniciativa: (a) imprescindibilidade, no capitalismo, da empresa privada para o atendimento das necessidades de cada um e de todos; (b) reconhecimento do lucro como principal fator de motivação da iniciativa privada; (c) importância, para toda a sociedade, da proteção jurídica do investimento; (d) importância da empresa na geração de postos de trabalho e tributos, bem como no fomento da riqueza local, regional, nacional e global.

Por fim, o quarto desdobramento da liberdade de iniciativa reconhece na empresa privada um importante polo gerador de postos de trabalho e tributos, bem como fomentador de riqueza local, regional, nacional e global. Em torno da empresa, de seu desenvolvimento e fortalecimento, gravitam interesses metaindividuais, como são os dos trabalhadores, consumidores, do fisco, das empresas satélites etc. As pessoas de cada um destes “grupos” titulam, claro, interesses conflitantes com os do empresário: o trabalhador reclama aumentos salariais, o consumidor exige qualidade pelo menor preço, o fisco adota a interpretação da lei tributária que mais o favorece, e assim

por diante. Não tem nenhum cabimento afirmar, como pretendia a ideologia fascista, que os interesses de todos esses “grupos” se harmonizariam na empresa, sob a liderança do empresário. Mas, mesmo não negando a existência desses conflitos de interesse, no seio da atividade empresarial, deve-se reconhecer que, na complexa economia dos nossos tempos, pelo sucesso da empresa criada por iniciativa do empresário passam a se interessar, direta ou indiretamente, muitas outras pessoas. Se a empresa não prospera, seus empregados têm menor margem para pressionar por melhorias salariais ou nas condições de trabalho; o atendimento aos consumidores, mesmo cumprindo as obrigações legais do CDC, é mais precário; menos atividades econômicas geram menos impostos, e assim por diante.

3. PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE CONCORRÊNCIA

O princípio da liberdade de concorrência está, de tal modo, ligado ao da liberdade de iniciativa, que nem sempre se distinguem. São, por vezes, aspectos diferentes da mesma regra básica de funcionamento eficiente do capitalismo.

A liberdade de concorrência é que garante o fornecimento, ao mercado, de produtos ou serviços com qualidade crescente e preços decrescentes. Ao competirem pela preferência do consumidor, os empresários se empenham em aparelhar suas empresas visando à melhoria da qualidade dos produtos ou serviços, bem como em ajustá-las com o objetivo de economizar nos custos e possibilitar redução dos preços; tudo com vistas a potencializar o volume de vendas e obter mais lucros. Uma vez mais, contudo, é necessário pontuar que, ao dedicar-se ao aprimoramento das condições de competitividade de sua empresa, o empresário persegue um interesse individual inteiramente compatível com a realização dos interesses metaindividuais da sociedade. Esta intrínseca ligação de dependência entre tais interesses encontra-se nos fundamentos da definição legal, que elege a “coletividade” como titular dos bens jurídicos protegidos pela coibição “às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais

de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico” (Lei n. 12.529/2011, art. 1º e seu parágrafo único).

No direito comercial, o princípio constitucional da liberdade de concorrência implica, em primeiro lugar, a coibição de determinadas práticas empresariais, incompatíveis com sua afirmação. Tais práticas são as de concorrência *ilícita* e classificam-se em duas categorias. De um lado, há as que implicam risco ao regular funcionamento da economia de livre mercado, e são coibidas como *infração da ordem econômica*; de outro, as que não implicam tal risco, restringindo-se os efeitos da prática anticoncorrencial à lesão dos interesses individuais dos empresários diretamente envolvidos, e configuram *concorrência desleal*.

Mas há uma segunda esfera de atuação do direito comercial, relevante à observância do princípio de liberdade de concorrência, que não diz respeito especificamente à coibição de práticas empresariais. Ao limitar acentuadamente as possibilidades de revisão dos contratos entre empresários, o direito comercial também está prestigiando este princípio constitucional.

Para se compreender esta segunda esfera de atuação em prol do princípio da liberdade de concorrência, deve-se partir da compreensão dos principais efeitos da regra da competição. Basicamente, os consumidores terão acesso a produtos e serviços de maior qualidade e menores preços, se esta regra da competição for observada. Que dita esta regra? Ela estabelece que serão “premiados” os empresários que tiverem adotado as decisões empresariais acertadas e “penalizados” os que adotaram as equivocadas. Raro é o empresário que ganha sempre. Em razão dos riscos próprios da atividade empresarial, o mais comum é que ele tanto ganhe, como perca, em seus negócios, obtendo o lucro da mera circunstância de que ganha mais do que perde. Conforme destaca, com propriedade, Paula Andrea Forgioni, o direito comercial não pode poupar os empresários de seus erros (2003:16).

Os ganhos resultam de decisões empresarialmente acertadas; e as perdas, das decisões erradas. Há, entre as “certas”, não apenas decisões racionalmente fundadas em estudos científicos ou tecnológicos, em profundas e percucientes análises da economia e dos hábitos dos consumidores, no sopesar criterioso de alternativas, mas também as

simplesmente *intuídas* pelo empresário, ou resultantes de mera aposta dele num determinado cenário. As decisões empresarialmente “erradas”, por outro lado, não são necessariamente provenientes de precipitações, desleixos ou falta de competência, embora estes ingredientes se encontrem com preocupante frequência. Ainda em razão do risco inerente a qualquer empresa, mesmo a decisão criteriosamente adotada pode se revelar um erro. Na verdade, o acerto ou equívoco das decisões empresariais é sempre verificado *a posteriori*. Boa parte delas depende da “resposta” dos consumidores: se os produtos fornecidos pelo empresário ao mercado são comprados, sua decisão em fornecê-los foi acertada, mas se “encalham na prateleira”, ela se revelou equivocada. Outra parte do acerto das decisões depende de fatores macroeconômicos (como a variação cambial, inflação, o desaquecimento da economia etc.) ou de outros absolutamente fora do controle do empresário (aumento do preço dos insumos, quebra de safras, greves, eventos naturais que tumultuam os sistemas de transportes etc.): se tais fatores favorecem os negócios, a decisão foi acertada; se os desfavorecem, equivocada.

Pela regra básica da competição, as decisões acertadas devem ser premiadas e as equivocadas, penalizadas. O “prêmio” é, evidentemente, o lucro; a “penalização” advém de perdas ocasionais ou, conforme o caso, da falência.

A regra básica da competição empresarial, que decorre do princípio constitucional da livre concorrência, implica a premiação das decisões empresarialmente “acertadas” (com o lucro) e a penalização das “equivocadas” (com o prejuízo, ou, se o caso, a falência).

Esta regra básica não pode ser neutralizada por nenhuma norma jurídica, para que todos possam se beneficiar dos resultados esperados da livre concorrência: melhoria da qualidade e redução dos preços de produtos e serviços.

Pois bem. O direito comercial não pode, por meio de normas jurídicas, inverter a equação desta regra básica. Não pode transferir o prêmio, ou parte dele, do empresário que acertou para aquele que errou. A distorção na regra

básica da competição, ao impedir que os acertos sejam inteiramente premiados, e os erros devidamente penalizados, desestimularia novos investimentos e alimentaria o risco moral. Acabaria, enfim, por neutralizar os benefícios que a ordem constitucional espera extrair, para toda a sociedade, do princípio da liberdade de concorrência.

Por esta razão, em decorrência deste princípio constitucional, a lesão por inexperiência não pode ser motivo para a revisão dos contratos empresariais, nem para sua invalidação. Mostra-se mais justo, no campo das relações regidas pelo direito civil, que a pessoa, ao assumir certa obrigação lesiva aos seus próprios interesses, movida por inexperiência no trato dos negócios, seja preservada dos efeitos de sua decisão equivocada. Assim, o jovem que aluga, pela primeira vez na vida, um apartamento, se contrata mal, em razão de sua pouca experiência, deve ter o direito de conseguir, em juízo, a revisão ou invalidação do contrato (CC, arts. 157 e 171, II). Mas, quando se trata de um empresário, a figura da lesão por inexperiência significa uma verdadeira distorção da regra básica da competição empresarial. Sendo profissional, o empresário não pode alegar pouca experiência para tentar se poupar de seus erros à frente da empresa. Ademais, para que sua decisão equivocada não seja penalizada, será necessário reduzir ou suprimir o prêmio do outro empresário, com quem contratara. Inverter--se-ia irracionalmente a regra básica da competição, neste caso, com a penalização do empresário que acertou e a premiação, à custa deste, daquele que errou.

O princípio da liberdade de concorrência é constitucional, geral e explícito (CF, art. 170, IV).

4. PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Fábio Konder Comparato (1986) mostra como do princípio constitucional da função social da propriedade, consagrado nos arts. 5º, XXIII, e 170, III, da CF, extrai-se o da *função social da empresa*. A propriedade dos bens de produção deve cumprir a função social, no sentido de não se concentrarem, apenas na titularidade dos empresários, todos os interesses juridicamente protegidos que os circundam. A Constituição Federal reconhece, por meio deste princípio implícito, que são igualmente dignos de proteção jurídica os

interesses metaindividuais, de toda a sociedade ou de parcela desta, potencialmente afetados pelo modo com que se empregam os bens de produção.

Por bens de produção, como conceito jurídico, devem-se compreender todos os reunidos pelo empresário na organização do estabelecimento empresarial. Embora sobre estes bens nem sempre o empresário exerça especificamente o direito de propriedade (entre eles, há os alugados, os alienados fiduciariamente, os objeto de *leasing* etc.), é fato que os controla e decide se serão, e como serão, empregados na exploração de atividade econômica. Esta decisão deve se orientar pelo atendimento da função social da empresa.

| |
|---|
| <p>A empresa cumpre a função social ao gerar empregos, tributos e riqueza, ao contribuir para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, ao adotar práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeitar os direitos dos consumidores, desde que com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita.</p> |
|---|

Cumpra sua função social a empresa que gera empregos, tributos e riqueza, contribui para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, adota práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeito aos direitos dos consumidores. Se sua atuação é consentânea com estes objetivos, e se desenvolve com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita, a empresa está cumprindo sua função social; isto é, os bens de produção reunidos pelo empresário na organização do estabelecimento empresarial estão tendo o emprego determinado pela Constituição Federal.

O princípio da função social da empresa é constitucional, geral e implícito.

5. PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO

A Constituição Federal, ao assegurar a plena liberdade de associação (CF, art. 5º, XVII e XX), não tinha em mente as sociedades empresárias, pelo menos não como principal objeto de preocupação. Trata-se, primariamente, de disposição de ordem política, destinada a garantir, no estado democrático de direito, que todos possam se unir àqueles com quem nutrem qualquer afinidade de interesses, para somarem forças na realização destes. Obviamente, aplica-se o princípio às sociedades empresárias, que são pessoas jurídicas constituídas para disponibilizar aos seus integrantes melhores meios para eles atingirem o objetivo comum de lucrar com a exploração de uma atividade econômica.

A liberdade de associação, para ser plena, deve não somente assegurar que pessoas interessadas em se unirem em torno de objetivos comuns lícitos possam fazê-la, sem encontrar óbices na ordem jurídica (inciso XVII do art. 5º da CF), mas também vedar que alguém seja compelido a associar-se contra a vontade, ou que não consiga se dissociar, quando quer (inciso XX). Esta última faceta da liberdade de associação, no entanto, assume contornos específicos, quando diz respeito às sociedades empresárias.

Isto porque a participação numa sociedade empresária não estabelece entre o integrante da pessoa jurídica, e esta, um vínculo de natureza exclusivamente pessoal (como é o caso, por exemplo, da participação num partido político ou num clube). O sócio necessariamente investe *recursos* na sociedade (dinheiro, bens ou créditos), de modo que sua permanência ou desligamento projeta efeitos que atingem os direitos e patrimônios de outros sujeitos, a começar pela própria pessoa jurídica resultante da associação. Em outros termos, o direito de se desligar de uma sociedade empresária, por geralmente afetar os interesses dos demais sócios ou mesmo importar desinvestimento, com dragagem dos recursos alocados na empresa, só pode ser exercido sob determinadas condições.

Estas condições são estabelecidas pelo direito societário. Para referir-me a estas condições, de um modo geral, parto da classificação das sociedades empresárias, segundo os regimes de constituição e desfazimento dos vínculos sociais, em *contratuais* e *institucionais*.

A sociedade limitada, por exemplo, é contratual. Nela, se o prazo de duração da sociedade é indeterminado, o sócio pode se desligar a qualquer tempo, exigindo o reembolso do capital investido; mas se o sócio contratou

com os demais um prazo determinado de duração, ele fica obrigado a permanecer investindo seus recursos (na medida da quota subscrita) na empresa, pelo menos durante o tempo ajustado. A impossibilidade de o sócio reclamar o reembolso do capital durante o prazo determinado de duração da sociedade limitada não representa nenhum agravo ao direito constitucional de livre associação, porque, ao assinar o contrato social no qual constava cláusula determinando o prazo de duração, ele manifestou sua concordância em permanecer associado no transcurso deste; isto é, o sócio, neste caso, renunciou ao exercício, durante certo tempo, do direito constitucional de livremente dissociar-se.

Outras consequências advêm da natureza contratual da sociedade limitada, seja para facilitar, seja para dificultar a dissociação. Quando um sócio falece, as quotas são, na partilha, transferidas à titularidade de um sucessor (herdeiro ou legatário). Mas, por se tratar de sociedade originada em contrato, e ninguém é obrigado a contratar, o sucessor pode, em vez de ingressar na sociedade, exigir o reembolso do capital nela investido pelo sócio falecido. Por outro lado, se o contrato social contempla cláusula submetendo a cessão de quotas a terceiros à prévia anuência dos demais integrantes da sociedade, o desligamento por esta via fica a depender da vontade de todos os sócios. Não há, novamente, desrespeito à Constituição, porque, tratando-se de direito disponível, ficou seu exercício dependente do implemento desta condição (a anuência dos demais sócios) por vontade do próprio titular do direito constitucional.

| |
|---|
| <p>A liberdade de associação é irrestrita no momento da constituição da sociedade empresária ou do ingresso na constituída, não podendo ninguém ser obrigado a se tornar sócio de sociedade contratual contra a vontade. Uma vez, porém, ingressando na sociedade empresária, o sócio não poderá dela se desligar senão nas hipóteses previstas em lei.</p> |
|---|

Já a sociedade anônima é institucional, e, como visto, segue regras diversas de constituição e dissolução dos vínculos sociais. Nela, por exemplo, ao contrário da sociedade limitada, o sucessor é obrigado a

ingressar na sociedade, não podendo exigir o reembolso do capital investido pelo falecido. Também em virtude do caráter institucional deste tipo de sociedade empresária, mesmo no caso de ser indeterminado o prazo de duração, o acionista não pode exigir o reembolso do seu capital, impondo à companhia o desinvestimento, por simples vontade unilateral de não mais permanecer associado.

Entre as condições estabelecidas pelo direito societário para o exercício da liberdade constitucional de associação, estão as ligadas à dissidência. Em decorrência do princípio majoritário, os sócios minoritários que discordam de decisões adotadas pela maioria, quando alteram significativamente a estrutura ou o objetivo da sociedade empresária, podem reclamar o reembolso do capital e dela se dissociarem. O direito de dissidência (ou de recesso) neutraliza os efeitos da anterior renúncia ao exercício do direito constitucional de dissociação, porque ela (a renúncia) foi declarada, pelo sócio, quando do ingresso numa sociedade com determinada configuração; alterada esta, a renúncia obviamente deve ter a eficácia suspensa, porque não se sabe se o mesmo sócio também concordaria em abrir mão temporariamente de seu direito constitucional de dissociação se a estrutura ou o objeto da sociedade fosse outro.

Deste modo, a liberdade de associação é irrestrita no momento da constituição da sociedade empresária ou no do ingresso na constituída, não podendo ninguém ser obrigado a se tornar sócio de sociedade contratual contra a vontade. Uma vez, contudo, ingressando na sociedade empresária, o sócio não poderá dela se desligar senão nas hipóteses previstas em lei, entre as quais a que autoriza o reembolso em caso de dissidência ou recesso.

O princípio da liberdade de associação é constitucional, especial e explícito (CF, art. 5º, XVII e XX).

6. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

Quando se assenta, juridicamente, o princípio da preservação da empresa, o que se tem em mira é a proteção da *atividade econômica*, como objeto de direito cuja existência e desenvolvimento interessam não somente ao empresário, ou aos sócios da sociedade empresária, mas a um conjunto bem

maior de sujeitos. Na locução identificadora do princípio, “empresa” é conceito de sentido técnico bem específico e preciso. Não se confunde nem com o seu titular (“empresário”) nem com o lugar em que é explorada (“estabelecimento empresarial”). O que se busca preservar, na aplicação do princípio da preservação da empresa, é, portanto, a atividade, o empreendimento.

Diversas soluções para os conflitos de interesses decorrem do valor que embasa este princípio. A dissolução parcial da sociedade empresária, por exemplo, é uma construção jurisprudencial de meados do século passado, posteriormente prestigiada pela doutrina, em que se procura conciliar, de um lado, a solução do conflito societário, e, de outro, a permanência da atividade empresarial, evitando-se, com isto, que problemas entre os sócios prejudiquem os interesses de trabalhadores, consumidores, do fisco, da comunidade etc. A desconsideração da personalidade jurídica é outro instituto que decorre do mesmo princípio, ao estabelecer os critérios a partir dos quais a fraude na manipulação da autonomia patrimonial pode ser coibida, sem o comprometimento da atividade explorada pela pessoa jurídica instrumentalizada no ilícito. No campo do direito falimentar, o próprio instituto da recuperação judicial se fundamenta no princípio de que pode interessar à coletividade a preservação de determinada atividade empresarial, mesmo quando o empresário não se mostra suficientemente capaz de dirigi-la.

| |
|--|
| <p>O princípio da preservação da empresa reconhece que, em torno do funcionamento regular e desenvolvimento de cada empresa, não gravitam apenas os interesses individuais dos empresários e empreendedores, mas também os metaindividuais de trabalhadores, consumidores e outras pessoas; são estes últimos interesses que devem ser considerados e protegidos, na aplicação de qualquer norma de direito comercial.</p> |
|--|

Não há formulação, na lei, do princípio da preservação da empresa. Ele é *concluído*, pela jurisprudência e doutrina, das normas relacionadas à resolução da sociedade em relação a um sócio (CC, arts. 1.028 e seguintes), desconsideração da personalidade jurídica (CC, art. 50; CDC, art. 28) e

recuperação judicial (Lei n. 11.101/2005). Aplicando-se a mais de um capítulo do direito comercial (pelo menos, ao societário e falimentar), não é especial a nenhum deles.

O princípio da preservação da empresa é legal, geral e implícito.

7. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PATRIMONIAL DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA

A autonomia patrimonial das sociedades empresárias é uma técnica de segregação de riscos. Outras técnicas jurídicas igualmente cumprem esta finalidade, como, por exemplo, o patrimônio especial, a conta de participação e, em alguns casos, o condomínio. Em razão da autonomia patrimonial, os bens, direitos e as obrigações da sociedade, enquanto pessoa jurídica, não se confundem com os dos seus sócios. A principal implicação deste princípio é a impossibilidade de se cobrar, em regra, dos sócios, uma obrigação que não é deles, mas de outra pessoa, a sociedade. Outras implicações projetam-se na definição das partes do negócio jurídico e na questão da legitimidade processual, mas com relevância menor do que a da responsabilidade patrimonial.

Se a autonomia da sociedade empresária está sendo relativizada (no direito brasileiro desde meados do século passado), no sentido de a lei e a jurisprudência passarem a considerar os sócios responsáveis por determinados passivos da pessoa jurídica, esta tendência não alcança (e não deve alcançar) as relações regidas pelo direito comercial. Quando a obrigação envolve exclusivamente empresários, como seus credores e devedores principais, o princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas deve ser estritamente respeitado.

Noto que os credores de qualquer pessoa jurídica podem ser extremados, de um lado, entre os que dispõem de meios para acrescer ao preço de seu produto ou serviço (ou aos juros, se for o caso) uma taxa de risco associado às possíveis perdas que o princípio da autonomia patrimonial pode acarretar; e, de outro, os que não dispõem destes meios. Os primeiros são chamados de credores “negociais”, e os segundos de “não negociais”.

São negociais os empresários fornecedores de insumos mediante pagamento a prazo e os bancos concedentes de financiamento. Estes credores podem, mediante cálculo estatístico, antecipar a probabilidade de virem a não receber os créditos abertos às sociedades empresárias, em razão da autonomia patrimonial destas, e acrescerem aos seus preços ou juros uma taxa de risco associado a tal eventualidade. Quando deixarem de receber o crédito aberto a certa sociedade empresária, exatamente por não terem podido executar bens do patrimônio dos sócios, isto não lhes trará prejuízo porque em todos os créditos abertos a pessoas jurídicas adimplidos por estas, estes credores (negociais) receberam um “plus”, correspondente à taxa de risco e que compensa o inadimplemento daquela obrigação. São não negociais os credores que não dispõem de igual recurso para blindarem seus interesses, como, por exemplo, o empregado e o consumidor.

Como se vê, os aqui chamados credores negociais são necessariamente empresários, estando, em decorrência, a relação jurídica com a sociedade empresária devedora sujeita à disciplina do direito comercial. Já os direitos dos credores não negociais perante as sociedades empresárias são regidos por outros ramos jurídicos, como o direito do trabalho e do consumidor. Se, nestes últimos, a autonomia patrimonial tem sido relativizada (embora não propriamente eliminada), em vista de princípios e valores próprios a cada ramo jurídico, no direito comercial, ela há de ser amplamente prestigiada.

Nas relações empresariais, o princípio da autonomia patrimonial deve ser estritamente observado porque esta técnica de segregação de riscos está ao alcance das duas partes da relação obrigacional. Se uma sociedade empresária, quando devedora de certa obrigação, está sob o abrigo do princípio da autonomia patrimonial, ela não pode, na posição de credora, pretender obstar à outra sociedade empresária, que lhe deve, o acesso a igual benefício.

Pelo princípio da autonomia patrimonial, considera-se a sociedade empresária, por ser pessoa jurídica, um sujeito de direito diferente dos sócios que a compõem. Entre outras consequências, este princípio implica que a responsabilização pelas obrigações sociais cabe à sociedade, e não aos sócios. Apenas depois de executados os bens da sociedade,

e mesmo assim observando-se eventuais limitações impostas por lei, os credores podem pretender a responsabilização dos sócios.

Como técnica de segregação de riscos, a autonomia patrimonial das sociedades empresárias é um dos mais importantes instrumentos de atração de investimentos na economia globalizada. Trata-se de expediente que, em última instância, aproveita a toda a coletividade, como proteção do investimento. A segregação dos riscos motiva e atrai novos investimentos por poupar o investidor de perdas elevadas ou totais, em caso de insucesso da empresa. Se determinada ordem jurídica não contemplar a autonomia patrimonial (ou outras técnicas igualmente disseminadas de segregação de risco), é provável que muitos investidores receiem investir na economia correspondente. Afinal, se o fato de a empresa não prosperar e vir a experimentar perdas que acabem por levá-la à quebra, num determinado país, colocar em risco a totalidade do patrimônio do investidor (e não somente o que investiu no infeliz negócio), é provável que ele opte por direcionar seu capital para outro lugar.

Investidores *risk makers* talvez não desistam de investir na economia cuja ordem jurídica não disponha de eficientes mecanismos de segregação de riscos; mas, certamente, ao investirem, estruturarão as empresas com vistas a obterem um retorno mais elevado (quanto maior o risco, maior o ganho esperado). Para lograrem este resultado, contudo, deverão encarecer os produtos ou serviços que oferecem.

Concluindo, se o direito brasileiro não prestigiar o princípio da autonomia patrimonial das sociedades empresárias, de um lado, os investidores tradicionais não se sentirão suficientemente atraídos pelo ambiente negocial em nosso país, e, de outro, os produtos ou serviços fornecidos por *risk makers* acabarão contribuindo para a carestia e inflação. Deste modo, interessa não somente aos sócios das sociedades empresárias a aplicação, pelo Poder Judiciário, do princípio da autonomia patrimonial, mas a toda a coletividade.

Antes de encerrar, convém uma pequena palavra sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, a partir da qual o juiz pode, *em determinados casos*, sustar a eficácia episódica do ato constitutivo da

sociedade empresária, afastando os efeitos do princípio da autonomia patrimonial. Os casos em que o juiz está autorizado a desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade empresária são os de manipulação fraudulenta da técnica de segregação de riscos (concepção subjetiva da teoria) ou a confusão de patrimônios ou de objetivos (concepção objetiva). A desconsideração da personalidade jurídica não significa, portanto, a negação da autonomia patrimonial ou questionamento de sua importância para o regular funcionamento da economia, em proveito de todos. Apenas quando presente um de seus pressupostos (fraude, confusão patrimonial etc.) é que o juiz pode desconsiderar a autonomia patrimonial da sociedade empresária. Deste modo, quando se falou, acima, em relativização deste princípio em ramos jurídicos estranhos ao direito comercial, não se estava fazendo qualquer referência à teoria da desconsideração. Embora, muitas vezes, ela seja impropriamente lembrada em tais relativizações (até mesmo pela lei!), a desconsideração deve ser vista como um verdadeiro *aperfeiçoamento* da teoria da pessoa jurídica.

O princípio da autonomia patrimonial da sociedade empresária é legal, especial e implícito.

8. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE DA RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS PELAS OBRIGAÇÕES SOCIAIS

Derivação do princípio da autonomia patrimonial, o da subsidiariedade da responsabilidade pelas obrigações sociais só autoriza a execução de bens dos sócios, para o adimplemento de dívida da sociedade, depois de executados todos os bens do patrimônio desta. Sendo a sociedade empresária um sujeito de direito autônomo, enquanto ela dispuser, em seu patrimônio, de bens, não há sentido em buscá-los no patrimônio dos sócios. Apenas depois de exaurido o ativo do patrimônio social justifica-se satisfazer os direitos do credor mediante execução dos bens de sócio. Trata-se de princípio aplicável a todas as sociedades, independentemente de eventual limitação da responsabilidade dos sócios, ou de parte deles.

O princípio da subsidiariedade da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais é legal, especial e implícito.

9. PRINCÍPIO DA LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS PELAS OBRIGAÇÕES SOCIAIS

Os riscos são inerentes a qualquer empreitada econômica. Por mais prudente, criterioso, honesto e percuciente que seja o empresário, fatores absolutamente fora do controle dele (e de qualquer um) podem frustrar, por completo, as consistentes expectativas depositadas numa empresa. Ao limitar a responsabilidade dos sócios pelas obrigações da sociedade, o direito estimula os investimentos.

Diante de empreitada arriscada, as pessoas, em geral, adotam duas posturas. As de perfil mais conservador costumam ter a tendência de se afastarem, dedicando sua energia e recursos a outros interesses de risco menos acentuado. Já as arrojadas podem até enfrentar os altos riscos daquela empreitada, mas desde que obtenham, em caso de sucesso, um ganho excepcional. Nos cálculos geralmente feitos pelos investidores, sempre está presente a premissa da proporcionalidade entre risco e lucro: quanto maior o risco, mais elevada deve ser a expectativa de ganho.

Como toda empresa pode redundar em insucesso, se este tiver o potencial de comprometer a *totalidade* do patrimônio do investidor, os de perfil conservador ficarão desinteressados; e os arrojados, para obterem o ganho proporcional ao alto risco assumido, precisarão que os produtos ou serviços sejam oferecidos pela empresa ao mercado por preços elevados.

O princípio da limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais visa justamente manter o risco empresarial em determinado nível que, de um lado, atraia o interesse dos investidores conservadores e, de outro, contribua para que os preços dos produtos e serviços sejam acessíveis a maior parcela da população.

É natural. A maioria de nós teria muito receio em envolver-se em qualquer empreitada que poderia implicar a perda de *tudo* o que

amealhamos em nosso patrimônio. A partir de determinado momento da vida, todos que se empenharam decididamente em seu trabalho (manual, liberal, empresarial etc.) conseguem reunir algum patrimônio, ainda que modesto. São os bens com que pretendem se manter na velhice, terminar de criar os filhos, desfrutar de prazeres. Ninguém quer expor deliberadamente a riscos de perda todos os seus bens. Também a maioria dos investidores naturalmente pensa assim. O princípio da limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais, ao eliminar o risco de o investidor perder a totalidade dos bens do seu patrimônio, estimula novos investimentos.

No sistema capitalista, lembre-se, o atendimento das necessidades e querências de todos depende da iniciativa de alguns, voltada à organização de empresas privadas fornecedoras de produtos e serviços de que precisamos ou queremos. Ao estimular novos investimentos, o princípio da limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais atende, portanto, aos interesses metaindividuais de toda a coletividade.

Ao restringir o risco inerente a qualquer empresa econômica (limitando ao montante investido a responsabilidade dos sócios), este princípio jurídico torna mais competitivos os empresários que operam no mercado brasileiro. Em razão da premissa, do cálculo empresarial e da proporcionalidade entre risco e ganhos, quanto mais prestigiado for o princípio da limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais, menores serão os preços dos produtos e serviços oferecidos no mercado brasileiro.

A limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais, portanto, não é uma forma de torná-los irresponsáveis. Pelo contrário, é um expediente de segregação de riscos, que, ao incentivar maiores investimentos (em especial, dos empresários com perfil conservador), traz proveitos a toda a coletividade. Mais uma vez, o princípio do direito comercial, ao mesmo tempo em que protege o interesse individual dos sócios da sociedade empresária (de tipo limitada ou anônima), ampara, também, o metaindividual de todos os consumidores brasileiros.

| |
|---|
| <p>Os sócios respondem pelas obrigações sempre subsidiariamente e, em alguns casos (limitada e anônima, entre eles), apenas até o limite fixado em lei.</p> |
|---|

A limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais, no nosso direito comercial, é princípio jurídico que atende, a rigor, apenas aos interesses dos trabalhadores e consumidores brasileiros. Os empresários e investidores, nacionais ou estrangeiros, não são propriamente os beneficiados por este princípio, porque podem, na economia globalizada, escolher muitos outros países (nos quais a responsabilidade pelas obrigações sociais é limitada) para alocarem seus capitais.

Se o direito comercial brasileiro não protegesse o investimento pelo princípio da limitação da responsabilidade dos sócios, o empresário continuaria em condições de obter o mesmo lucro, redirecionando seu investimento a outro país.

Protege-se, com o princípio da limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais, em última análise, o próprio *investimento*. O direito comercial brasileiro, ao enunciar o princípio, aparelha a ordem jurídica nacional para a competição, no plano da economia global, pelos investimentos. Em consequência, os beneficiários da proteção jurídica emanada deste princípio não é apenas o sócio investidor, mas toda a coletividade.

O princípio da limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais é legal, especial e implícito.

10. PRINCÍPIO MAJORITÁRIO NAS DELIBERAÇÕES SOCIAIS

A sociedade empresária, sendo pessoa jurídica, deve manifestar sua vontade por meio das pessoas naturais investidas, nesta função, pela lei e pelo respectivo ato constitutivo (estatuto ou contrato social). O conjunto de sócios – por vezes, reunidos formalmente num órgão, a assembleia geral – corresponde às pessoas investidas na função de definir a vontade geral da sociedade empresária. Nesta definição, em vista do princípio majoritário, prevalecerá a vontade ou o entendimento da *maioria*.

Convém destacar, desde logo, que o princípio majoritário, no direito societário, não é democrático. Pelo contrário, quando se fala em maioria, não se está necessariamente prestigiando a vontade ou o entendimento da maior quantidade de sócios. Se fosse democrático, o princípio majoritário

adotaria a fórmula *um sócio, um voto*; mas não é assim. A maioria, no campo do direito societário, está invariavelmente associada ao risco assumido. Quanto maior o risco que o sócio assume em determinada sociedade, maior será a sua participação nas deliberações sociais.

Deste modo, *em geral*, o princípio majoritário se expressa pela atribuição de poder deliberativo ao sócio proporcionalmente às quotas ou ações (votantes) tituladas. Em decorrência, numa sociedade limitada, o sócio titular de quotas representativas de mais da metade do capital social é o majoritário; e na anônima, será o acionista titular de mais da metade das ações votantes, presentes na assembleia geral. Este sócio majoritário, sozinho, pode definir a vontade da sociedade empresária, mesmo que com ele não concordem os demais. As deliberações sociais dependem da vontade ou entendimento de outros sócios, além do majoritário, somente se previsto algum mecanismo que o assegure num acordo de quotistas ou de acionistas.

Ressalto que o princípio majoritário foi, acima, enunciado em seu delineamento geral. Na sociedade limitada, a lei estabelece um complexo sistema de deliberação que exige, para a aprovação de determinadas matérias, *quorum* superior ou inferior ao da maioria do capital (CC, arts. 1.061, 1.063, § 1º, e 1.076). Também para a sociedade anônima, a lei fixou *quorum* de deliberação qualificado, na votação de certas matérias (LSA, arts. 136 e 221).

Pelo princípio majoritário, as deliberações sociais são adotadas, em princípio, pela vontade ou entendimento do sócio (ou sócios) que mais investiu na empresa e, conseqüentemente, assumiu maior risco.

A lei fixa o quorum de deliberação, definindo-o, em alguns casos, por critério diferente.

Tema relacionado ao princípio majoritário é o do interesse da sociedade empresária. Em sua abordagem, dividem-se os autores em torno de duas concepções básicas: de um lado o *contratualismo*, reunindo os que identificam o interesse social com o da maioria dos sócios, ou, a rigor, com o do sócio majoritário; de outro, o *institucionalismo*, em que estão os

defensores de um interesse social não redutível aos dos sócios. A discussão entre os adeptos dessas concepções, não raro, leva a abstrações desprovidas de qualquer operacionalidade jurídica. Aliás, não se pode confundir estas tendências relacionadas à questão dos interesses da empresa com as categorias da classificação das sociedades quanto aos regimes de constituição e dissolução: são expressões equivalentes empregadas para objetos semânticos completamente distintos.

Pois bem, cogitar-se de “interesse social” (interesse da sociedade empresária) não passa de uma mera *metáfora*. Somente homens e mulheres podem ter, realisticamente falando, interesse. Uma pessoa jurídica, sendo técnica de segregação de riscos, não pode ter interesse, senão num sentido metafórico. Não há problema nenhum em argumentar por meio de metáforas, desde que, obviamente, não se perca de vista o caráter artificial deste expediente linguístico – que, por definição, não descreve seu objeto como ele é, mas como parece ser.

A que se refere, então, a metáfora do “interesse social”? Só pode se referir a outros homens e mulheres. Há sentido, portanto, em discutir, sob o ponto de vista jurídico, eventual conflito entre os interesses de um sócio e o da sociedade, apenas se identificados os homens ou mulheres afetados, em seus patrimônios. Por interesse social pode-se entender, *em determinados casos*, o interesse dos trabalhadores, consumidores, investidores no mercado de capital e outros homens e mulheres, aos quais aproveita a preservação da empresa. Quando os interesses destas pessoas conflitam com os de um sócio, é pertinente o argumento jurídico socorrer-se da metáfora do interesse social para se referir aos primeiros.

De qualquer forma, a questão do interesse da sociedade empresária resume-se à identificação do seu *intérprete*, ou seja, da definição da pessoa natural (ou grupo de pessoas naturais) incumbida, pela lei, de interpretar o que seria mais proveitoso ao desenvolvimento da empresa. Na maioria das vezes, o intérprete deste interesse dito social é o sócio majoritário. Nem sempre, porém, ele está em condições de cumprir esta função. Quando o sócio majoritário é, também, administrador da sociedade e está em pauta a votação de suas contas, obviamente, o intérprete do interesse social não poderá ser ele. O sócio minoritário, aqui, será chamado a interpretar o que mais proveito traz ao desenvolvimento da empresa.

O princípio majoritário nas deliberações sociais é legal, especial e explícito (CC, arts. 1.061, 1.063, § 1º, e 1.076; LSA, arts. 110, 115, 129 e 136).

11. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO SÓCIO MINORITÁRIO

Ao atribuir ao sócio majoritário a incumbência de ser, em geral, o intérprete do interesse social, a lei não descuida dos direitos dos demais sócios, cuja contribuição para a empresa não pode ter a importância desprezada. O princípio da proteção do sócio minoritário limita o princípio majoritário. Por meio de instrumentos disponibilizados aos minoritários, como os direitos de fiscalização e de recesso, a lei impede que o majoritário acabe se apropriando de ganhos que devem ser repartidos entre todos os sócios.

O princípio da proteção do sócio minoritário é legal, especial e implícito.

12. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

“Autonomia da vontade” é expressão cujo significado jurídico aponta para a plena liberdade de cada pessoa de contratar, ou não, bem como de escolher com quem contratar e de negociar as cláusulas do contrato. Esta liberdade somente encontraria limite no interesse público: contratos cuja prestação é criminosa não são válidos, por mais que correspondam à vontade livre e conscientemente declarada dos contratantes.

A evolução do direito contratual é uma história de crescentes limitações à autonomia da vontade. Nos primórdios da trajetória, inspirado em valor caro à civilização ocidental, esse princípio encontra-se ligado à noção de que ninguém pode ser obrigado contra a própria vontade. A liberdade é o paradigma, balizada apenas pelo interesse público. À medida, porém, que se tornam mais complexas as relações sociais, a noção jurídica de autonomia da vontade não mais consegue servir de adequada referência à compreensão de todos os contratos.

No contrato de trabalho, por exemplo, é inapropriado falar-se em autonomia da vontade: o trabalhador não contrata porque quer (ao contrário, precisa trabalhar para sobreviver), não escolhe livremente o outro contratante (candidata-se às vagas disponíveis, nas habilidades que tem) e não pode discutir minimamente as cláusulas do contrato (adere às estabelecidas, unilateralmente, pelo patrão). O de consumo é outro exemplo de contrato em que a autonomia da vontade é acentuadamente restringida, já que ao consumidor, muitas vezes, nega-se a opção de não contratar e a possibilidade de escolher o contratante; e, invariavelmente, ele não pode negociar o conteúdo das cláusulas do contrato, devendo aderir às fixadas pelo fornecedor. A demonstrar igualmente a insuficiência da noção de autonomia da vontade na compreensão dos contratos da era contemporânea, há hipóteses de contratações obrigatórias, como no caso de fornecimento de energia elétrica ou de determinados tipos de seguro.

Nesta história de crescentes limitações, porém, uma espécie de contrato tem sido geralmente poupada – o empresarial.

Sendo os contratantes empresários e relacionando-se a prestação contratada à exploração de atividade empresarial, a autonomia da vontade ainda corresponde ao princípio jurídico mais adequado à disciplina das relações entre as partes. Quando a indústria siderúrgica senta-se à mesa de negociação com a fábrica de automóveis; ou o fundo de investimento passa a tratar, com o controlador, sobre a aquisição do controle de uma companhia aberta; ou o banco de primeira linha procura a seguradora para segurar contra roubo o transporte de valores – em situações como estas, os sujeitos envolvidos contratam porque querem, com quem querem e do modo que querem.

O princípio da autonomia da vontade, quando pertinente a contrato empresarial, articula-se com os da livre-iniciativa e livre concorrência. Empresários devem ser livres para contratar segundo suas vontades porque a liberdade de iniciativa estrutura o modo de produção capitalista. Ademais, a liberdade de contratar dos empresários não pode ser restringida, para que, assim, a competição empresarial possa gerar, à coletividade, os benefícios esperados de redução dos preços e aumento da qualidade dos produtos e serviços.

No contrato entre empresários (contratos empresariais), ao contrário do que se verifica no contrato de trabalho e no de consumo, a autonomia da vontade ainda é bastante ampla, porque, em geral, as partes podem escolher entre contratar ou não, com quem contratar e negociam livremente as cláusulas do contrato.

É indubitável que o contrato empresarial deve, como os demais gêneros de contrato, cumprir sua função social (CC, art. 421). E isso é feito quando os contratantes atentam aos eventuais interesses metaindividuais que poderiam ser afetados, de modo significativo, com o objeto do contrato (Salomão, 2003). Em outras palavras, o contrato empresarial não cumpre a função social quando, embora atendendo aos interesses das partes, prejudica ou pode prejudicar gravemente interesse coletivo, difuso ou individual homogêneo. A cláusula geral da função social dos contratos é, desse modo, mais uma limitação da autonomia da vontade.

Também é indubitável, por fim, que a autonomia da vontade não pode se dissociar dos demais princípios do direito comercial. Assim, esbarra em balizas, como no caso de acentuada assimetria entre os contratantes, hipótese em que esse princípio se articula com o da proteção do contratante empresário mais débil (item 14).

O princípio da autonomia da vontade é legal, especial e implícito.

13. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO DOS CONTRATANTES AO CONTRATO

As crescentes limitações à autonomia da vontade, que resumem a história do direito contratual, encontram certo paralelo nas sucessivas relativizações ao princípio da vinculação dos contratantes ao contrato. O brocardo “*o contrato faz lei entre as partes*” é uma derivação natural da plena autonomia da vontade. Se a pessoa teve a chance de contratar, ou não, de escolher o outro contratante e de discutir amplamente as cláusulas do contrato, ela não

pode se furtar ao exato cumprimento do contratado. Como visto, o aumento da complexidade das relações econômicas e sociais acabou por tornar o princípio da autonomia da vontade insuficiente à disciplina do direito contratual; em paralelo, cada vez mais a jurisprudência e a lei foram aplacando a rigidez do princípio da vinculação ao contrato, no sentido de dispensar o contratante de cumprir a obrigação que havia assumido, no todo ou em parte (Guerreiro, 1978).

Desenvolveram-se, então, teorias como a da imprevisão, com o objetivo de delimitarem as circunstâncias em que o juiz poderia se imiscuir no negócio jurídico com o objetivo de rever as cláusulas contratadas, em vista de um critério geral de justiça. Pela teoria da imprevisão, o contratante deve ser dispensado de cumprir a obrigação, sempre que fatos imprevisíveis a tornarem excessivamente onerosa, implicando vantagem excepcional para o outro contratante.

Quando se trata de negócios civis ou de consumo, estas relativizações no princípio da vinculação dos contratantes ao contrato justificam-se. No entanto, sendo empresarial o contrato, somente em situações realmente excepcionais – e mesmo assim, desde que respeitadas as especificidades do direito comercial – pode o juiz rever as cláusulas contratadas.

Em primeiro lugar, não basta, para autorizar a revisão judicial do contrato empresarial, a onerosidade excessiva de uma parte ou a vantagem extraordinária da outra. Nenhum contrato empresarial pode ser analisado isoladamente. É, aliás, muito comum, que o empresário realize negócios que, isolados, não lhe traz nenhum ganho pontual, mas que, no contexto de sua empresa, é extremamente vantajoso. Imagine que o empresário do ramo de segurança patrimonial celebre contrato com renomado banco, no qual o preço contratado pelos serviços é *inferior* aos custos para a prestação destes. Por que ele faria isto? Para ter no seu portfólio de clientes aquele banco. Mais que um contrato de prestação de serviços, trata-se de um *investimento* que aquele empresário está fazendo em sua empresa. Claro que não poderá, posteriormente, ir a juízo pretender a revisão do preço contratado, mesmo provando o prejuízo que este, pontualmente, lhe acarreta.

Os empresários estão vinculados aos contratos que celebram entre eles em grau maior do que os trabalhadores e consumidores. A revisão judicial das cláusulas do contrato empresarial não deve neutralizar a regra básica da competição, que premia, com lucros, o empresário que adotou a decisão empresarialmente “acertada”, e pune, com prejuízos ou mesmo a falência, o que adotou a decisão “equivocada”.

Ademais, também é insuficiente, para a revisão judicial dos contratos empresariais, a mera imprevisibilidade do fato superveniente que frustrou a expectativa de um dos contratantes. É necessário compatibilizar-se, no campo do direito contratual empresarial, a teoria da imprevisão com a regra básica da competição (que *premia as decisões acertadas e penaliza as equivocadas*). A revisão judicial de contrato empresarial não pode nunca servir à neutralização dos efeitos de qualquer decisão empresarial equivocada do contratante. Imagine que certo industrial brasileiro tenha contratado a exportação de suas mercadorias, por preço fixado em dólar, e, junto a um banco nacional, financiou esta operação, recebendo antecipação em reais do valor da exportação. Se, em seguida à celebração do contrato, o governo norte-americano promove acentuada desvalorização do dólar, quando o exportador brasileiro receber o pagamento das mercadorias, terá em mãos um valor em reais inferior ao que lhe foi antecipado pelo banco, ficando, perante este, devedor da diferença. Ora, mesmo no caso de a forte desvalorização da moeda norte-americana ser considerada “fato imprevisível”, não haverá fundamento para a revisão do contrato firmado entre exportador e banco. Isto porque a decisão empresarialmente correta, ao assumir qualquer crédito ou compromisso sujeito à variação cambial, consiste na utilização de instrumentos financeiros que neutralizam os efeitos desta (*hedge*). Se o industrial do exemplo não se protegeu devidamente, com um destes instrumentos financeiros, ele tomou decisão empresarial equivocada. Para que a regra básica da competição possa operar-se plenamente, em proveito de toda a coletividade, este exportador não poderá ser poupado das consequências de seu erro.

O princípio da vinculação dos contratantes ao contrato é legal, especial e implícito.

14. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO CONTRATANTE MAIS FRACO

Entre dois contratantes em igualdade de condições de negociação, os princípios da autonomia da vontade e da vinculação ao contratado disciplinam, adequadamente, as relações contratuais. Cada qual dispõe dos meios necessários à defesa de seus interesses, bem como à exata compreensão do alcance das obrigações ativas e passivas contraídas por um e por outro contratante. A *simetria* das partes basta para assegurar o regular fluxo das negociações e o resguardo dos legítimos interesses de cada uma.

Contudo, em relações contratuais *assimétricas*, em que os contratantes não dispõem das mesmas condições (culturais, econômicas, mercadológicas, acesso às informações etc.), a lei não pode deixar de contemplar instrumentos de proteção dos legítimos interesses da parte mais fraca. São necessariamente *assimétricas*, por exemplo, as relações no contrato de trabalho e de consumo.

Os contratos empresariais, por sua vez, podem ser simétricos ou assimétricos. Quando a transportadora aérea de grande porte contrata a aquisição de aeronave com o fabricante deste veículo, há inegável *simetria* na relação contratual. Mas, no contrato da fábrica de bebidas com os seus distribuidores, a relação é *assimétrica*.

No campo do direito do trabalho, a assimetria resulta da situação de necessidade em que se encontra o trabalhador. Ele *precisa* do trabalho, para ter o salário, com o qual vai se manter e à sua família. Caracteriza-se, então, a hipossuficiência, a justificar o tratamento mais benéfico que o direito do trabalho dispensa ao empregado. No campo do direito do consumidor, por outro lado, a assimetria tem sentido diverso. Não é a situação de necessidade, propriamente, que torna *assimétrica* a relação do consumidor com o fornecedor, e, sim, o profundo desnível no acesso às informações. Em geral, o consumidor tem, relativamente ao produto ou serviço que pretende adquirir, apenas as informações prestadas pelo fornecedor. Caracteriza-se, no caso, a vulnerabilidade do consumidor, fundamento para o tratamento legal mais benéfico liberado pelo direito do consumidor.

Pois bem. No campo das relações empresariais, a assimetria não deriva nem da hipossuficiência nem da vulnerabilidade daquele empresário contratante mais débil. O franqueado, ao contratar a franquia, não se encontra em situação de necessidade; nem, por outro lado, pode alegar ter insuficiente informação sobre o objeto do contrato, por ser um profissional. O que marca a assimetria nas relações contratuais entre empresários é a *dependência empresarial*. De modo esquemático, a dependência empresarial está para o empresário mais fraco, assim como a hipossuficiência está para o trabalhador e a vulnerabilidade para o consumidor.

Por dependência empresarial entende-se aquela situação de fato, no contexto de um contrato empresarial, em que a empresa de um dos empresários contratantes deve ser organizada de acordo com instruções ditadas pelo outro. Esta dependência tem origem contratual, de modo que o empresário dependente manifestou sua vontade no sentido de submeter-se à situação. No entanto, malgrado derivar de manifestação de vontade plenamente vinculativa, a dependência empresarial *restringe* a liberdade de organização da empresa. O leque de alternativas que se abre às decisões do empresário dependente, na condução de sua empresa, é reduzido pelas orientações do outro contratante, a quem deve acatamento. Como o empresário mais forte (distribuído, agenciado, concedente, franqueador etc.) não está sujeito a igual limitação, na condução da empresa dele, caracteriza-se a assimetria típica do direito comercial.

A assimetria, nos contratos empresariais, que justifica a proteção do contratante mais fraco, decorre da obrigação contratual de organizar sua empresa seguindo orientações emanadas do outro contratante.

O empresário mais fraco, assim, não está em estado de hipossuficiência (necessidade de contratar) como o trabalhador, nem vulnerável (no acesso às informações) como o consumidor.

A exemplo dos demais princípios de direito comercial, o da proteção do contratante mais fraco não pode ser interpretado isoladamente. Quer dizer,

também o empresário dependente, o que se encontra na posição inferior na relação de assimetria, não pode invocar este princípio com o objetivo de se preservar das consequências econômicas, financeiras, patrimoniais ou administrativas das decisões que adota na condução da empresa, quando frustrarem suas expectativas ou se mostrarem prejudiciais aos seus interesses. Se o franqueado é pessoa sem o devido trato com os empregados, e isto atrapalha significativamente o funcionamento da empresa, a ponto de comprometer os lucros, é claro que não terá como responsabilizar o franqueador pelo insucesso da franquia. A regra básica da competição não pode ser neutralizada pelo merecido amparo que o empresário mais fraco, na relação empresarial assimétrica, deve receber do direito comercial.

O princípio da proteção do contratante mais fraco é legal, especial e implícito.

15. PRINCÍPIO DA EFICÁCIA DOS USOS E COSTUMES

Particularidade do direito comercial é a importância reservada aos usos e costumes, como padrão para a definição da existência e do alcance de qualquer obrigação entre empresários. Em nenhum outro ramo jurídico, as práticas adotadas pelos próprios sujeitos têm igual relevância. É certo que a globalização vem reduzindo a variedade destas práticas, no bojo do processo de pasteurização cultural que lamentavelmente a acompanha. Dependente da crescente padronização dos mercados, como meio de facilitar o trânsito global de mercadorias, serviços e capitais, a economia dos nossos tempos tem, paulatinamente, prestigiado os usos e costumes internacionais e reduzido os locais. Estes, porém, ainda cumprem função de importância em muitas operações. O direito comercial, por meio do princípio da eficácia dos usos e costumes, reconhece como válidas e eficazes as cláusulas do contrato empresarial em que as partes contraem obrigações de acordo com as práticas costumeiras, seja no âmbito local ou internacional.

O princípio da eficácia dos usos e costumes é legal, especial e implícito.

16. OS PRINCÍPIOS DO DIREITO CAMBIÁRIO

Entre os sub-ramos do direito comercial, o cambiário é o único, desde sempre, marcadamente principiológico. Destinados a conferirem maior segurança e celeridade à circulação do crédito, elemento essencial para a dinamização dos negócios comerciais, os princípios do direito cambiário foram enunciados há muito tempo e têm sido objeto de extensos estudos pelos comercialistas. São três os princípios do direito cambiário: cartularidade, literalidade e autonomia das obrigações cambiais.

Pelo princípio da cartularidade, a posse do título de crédito é condição para o exercício do direito nele incorporado. O objetivo desta regra principiológica é impedir que alguém se apresente como credor do título, depois de ter negociado o crédito com terceiro, cedendo-o. Pelo princípio da literalidade, só produzem efeitos os atos que constam do teor do título de crédito. Com isto, facilita-se a circulação, porque potenciais adquirentes não precisam fazer investigações sobre eventuais outros negócios jurídicos que pudessem restringir ou suprimir o crédito; mesmo que existam, como não estão documentados na própria cártula, não produzirão efeitos que impeçam a oportuna cobrança do título. Pelo princípio da autonomia das obrigações cambiais, vícios que possam eventualmente comprometer qualquer das relações obrigacionais documentadas no título não se estendem às demais. Também facilita a circulação, porque os potenciais interessados em adquirir o crédito não precisam investigar se todas as relações obrigacionais documentadas no título são válidas e eficazes; mesmo que alguma delas não seja, isto nunca prejudicará o direito de cobrar o título.

O princípio da autonomia das obrigações cambiárias desdobra-se em dois subprincípios, o da abstração e o da inoponibilidade das exceções pessoais aos terceiros de boa-fé. São subprincípios porque, a rigor, nada acrescentam ao que já está definido pela autonomia das obrigações cambiárias, limitando-se a descrever a mesma disciplina jurídica por outros ângulos. O subprincípio da abstração prescreve que, após o título ser posto em circulação, ele se desliga da relação comercial originária e, em consequência, eventuais vícios desta relação não são óbices à cobrança do título. Já o da inoponibilidade das exceções pessoais aos terceiros de boa-fé obsta, ao demandado em razão de um título, a possibilidade de se defender contra o

credor, suscitando matérias que ele poderia opor a outro coobrigado pelo mesmo título, a menos que prove o conluio entre este e o demandante.

A disseminação do suporte eletrônico para o registro da concessão e circulação do crédito tem afetado, evidentemente, os seculares princípios do direito cambiário. E afeta-os, cada um à sua maneira. Enquanto, se o título de crédito é eletrônico, o princípio da cartularidade deixa de ter qualquer sentido e o da literalidade deve ser ajustado ao novo suporte (de modo a só reconhecer a eficácia dos atos registrados no mesmo ambiente eletrônico do título), continua a vigorar plenamente o da autonomia das obrigações cambiárias, e seus subprincípios da abstração e da inoponibilidade. O objetivo destas regras principiológicas permanece, também, de dar segurança e agilidade à circulação do crédito.

Os princípios do direito cambiário são legais, especiais e, em geral, implícitos. Apenas a inoponibilidade das exceções pessoais aos terceiros de boa-fé é explícito (CC, art. 916; LU, art. 17; Lei n. 7.357/85, art. 25). Voltaremos aos princípios do direito cambiário, mais à frente (Cap. 10, item 2).

17. PRINCÍPIO DA INERÊNCIA DO RISCO

O risco é inerente a qualquer atividade empresarial. A prosperidade ou o fracasso da empresa estão sempre sujeitos a determinada margem aleatória; não dependem de fatores inteiramente controláveis e antecipáveis pelo empresário. A crise pode sobrevir à empresa, mesmo nos casos em que o empresário e o administrador agiram em cumprimento à lei e aos seus deveres, e não tomaram nenhuma decisão precipitada, equivocada ou irregular.

A inerência do risco da empresa, esclareça-se, não pode servir de escusa para o empresário furtar-se às suas responsabilidades. Trata-se, ao contrário, de princípio informador da interpretação das normas jurídicas aplicáveis à crise da empresa, inclusive no circunscrever do exato âmbito de incidência das normas sancionadoras da falência fraudulenta ou criminosa.

Pelo princípio da inerência do risco a qualquer atividade empresarial, reconhece-se que a crise pode sobrevir à empresa mesmo nos casos em que o empresário e o administrador agiram em cumprimento à lei e aos seus deveres, e não tomaram nenhuma decisão precipitada, equivocada ou irregular.

Este princípio embasa, também, o instituto da recuperação judicial. Sempre que um empresário lança mão deste recurso, é inevitável que seus credores e toda a coletividade suportem os respectivos “custos”. Os credores os suportam diretamente, na medida em que o plano de reorganização estabeleça redução de seu crédito ou dilação do prazo de pagamentos. A coletividade suporta os “custos” indiretamente, porque os empresários, em geral, para se preservarem das consequências da recuperação judicial de alguns de seus devedores, com o tempo, passam a acrescentar aos preços de seus produtos ou serviços uma taxa de risco associada a esta eventualidade. Ora, só tem sentido racional, econômico, moral e jurídico impor aos credores, num primeiro momento, e à coletividade, em seguida, tais “custos”, na medida em que, sendo o risco inerente a qualquer empreendimento, não se pode imputar exclusivamente ao empresário a responsabilidade pelas crises da empresa.

O princípio da inerência do risco é legal, especial e implícito.

18. PRINCÍPIO DO IMPACTO SOCIAL DA CRISE DA EMPRESA

A língua inglesa tem uma expressão largamente utilizada, pelos profissionais jurídicos, para aglutinar as pessoas que, não sendo o empresário, têm interesses gravitando em torno do desenvolvimento da empresa: *bystanders*. Não há tradução, para o português, desta expressão com igual carga significativa. “Expectadores”, que seria a tradução literal, não diz tudo, porque sugere alguma passividade. O argumento em torno dos princípios do direito comercial será enormemente facilitado quando os comercialistas conseguirem cunhar uma expressão que reúna os

trabalhadores de determinada empresa, os consumidores dos produtos e serviços por ela oferecidos, os fornecedores de insumos (empresas satélites), fisco, investidores não sofisticados do mercado de capitais etc.

Além deste conjunto de pessoas, também a coletividade tem interesse metaindividual afetado, direta ou indiretamente, pelos sucessos ou insucessos que marcam a trajetória de grandes empresas.

É útil a imagem de três círculos em torno da empresa – a exemplo das elipses representantes dos movimentos dos planetas ao redor do Sol. No círculo mais próximo ao centro, estão representados os interesses dos empresários; mas não somente os deles, como também os dos sócios da sociedade empresária, investidores estratégicos, acionistas do bloco de controle e, nas companhias com elevado nível de dispersão acionária, os dos administradores graduados. No segundo círculo, o mediano, representam-se os interesses dos *bystanders*: os dos trabalhadores (voltados à preservação de seus empregos e melhoria no salário e nas condições de trabalho), dos consumidores (que precisam ou querem os produtos ou serviços fornecidos pela empresa), do fisco (cuja arrecadação aumenta em relação direta com o desenvolvimento da atividade econômica), dos fornecedores de insumo (empresas satélites, muitas delas exploradas por micro, pequenos e médios empresários), dos investidores não sofisticados no mercado de capitais (se a empresa é explorada por companhia aberta) e dos vizinhos dos estabelecimentos empresariais (normalmente, beneficiados com a valorização do entorno). No terceiro círculo, o mais extenso, são representados os interesses metaindividuais coletivos ou difusos da coletividade, ou seja, o de todos os brasileiros (favorecidos, em caso de plena eficácia dos princípios de direito comercial, pelo decorrente barateamento geral dos preços), e a economia local, regional, nacional e global (com o desenvolvimento, que, afinal, é a *soma* dos desenvolvimentos das respectivas empresas).

Esta imagem ajuda a entender o princípio jurídico do impacto social da crise da empresa. Ele justifica que os mecanismos jurídicos de prevenção e solução da crise são destinados não somente à proteção dos interesses dos empresários, mas também, quando pertinentes, à dos interesses metaindividuais relacionados à continuidade da atividade empresarial. A formulação deste princípio, no direito positivo brasileiro, deriva do art. 47

da LF: “a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.

Em razão do impacto social da crise da empresa, sua prevenção e solução serão destinadas não somente à proteção dos interesses do empresário, de seus credores e empregados, mas também, quando necessário, à proteção dos interesses metaindividuais relacionados à continuidade da atividade empresarial.

O princípio do impacto social da crise da empresa é legal, especial e implícito.

19. PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA NOS PROCESSOS FALIMENTARES

O processo de falência e a recuperação judicial importam, inevitavelmente, “custos” para os credores da empresa em crise. Eles, ou ao menos parte deles, suportarão prejuízo, em razão da quebra ou da recuperação do empresário devedor. Os processos falimentares, por isto, devem ser transparentes, de modo a que todos os credores possam acompanhar as decisões nele adotadas e conferir se o prejuízo que eventualmente suportam está, com efeito, na exata medida do inevitável. A transparência dos processos falimentares deve possibilitar que todos os credores que saíram prejudicados possam se convencer razoavelmente de que não tiveram nenhum prejuízo além do estritamente necessário para a realização dos objetivos da falência ou da recuperação judicial.

Deve ser conciliado o princípio da transparência com a preservação das informações estratégicas da empresa em crise, indispensáveis à manutenção de sua competitividade. Mesmo falido o empresário, é possível que a

atividade econômica que explorava, saneada e transferida às mãos de pessoas mais competentes ou sortudas, ainda frutifique. Deste modo, tendo em vista este possível cenário, toda cautela na preservação da competitividade da empresa é recomendável, não somente na recuperação judicial, mas igualmente no processo de falência.

O princípio da transparência nos processos falimentares é legal, especial e implícito.

20. PRINCÍPIO DO TRATAMENTO PARITÁRIO DOS CREDORES

A *par condicio creditorum* (tratamento paritário dos credores) corresponde a um valor secular, cultivado pelo direito falimentar. Por ele, já que o empresário falido não terá recursos para honrar a totalidade de suas obrigações, o *justo e racional* é que os credores mais necessitados (como os trabalhadores, por exemplo) sejam satisfeitos antes dos demais, e que, entre credores titulares de crédito da mesma natureza, não sendo suficientes os recursos disponíveis para o pagamento da totalidade de seus direitos, proceda-se ao rateio proporcional ao valor destes.

O princípio do tratamento paritário dos credores é legal, especial e implícito.

Capítulo 3

A DISCIPLINA DA ATIVIDADE EMPRESARIAL E A GLOBALIZAÇÃO

1. AS VANTAGENS COMPETITIVAS DECORRENTES DO MARCO REGULATÓRIO

No regime econômico de liberdade de iniciativa e competição, os empresários devem ser “premiados” pelo sucesso derivado exclusivamente das características de suas empresas. Aquelas exploradas com competência, controle adequado de custos, adoção das tecnologias mais avançadas, preocupação com a sustentabilidade ambiental, respeito aos direitos dos consumidores e constantes reinvestimentos no aprimoramento da organização empresarial dispõem de saudáveis meios para se desenvolverem, conquistando crescentes fatias do mercado. Pode-se dizer que as empresas com tais características ostentam “vantagens competitivas” de fundo econômico; ou seja, elas tendem a se sair melhor que a concorrência por serem economicamente avantajadas.

Ao lado, porém, dessas vantagens competitivas de raízes econômicas, há outras que não guardam nenhuma relação direta com as características das empresas. Não são vantagens originadas da competência dos empresários, e, porque beneficiam indistintamente a todos os de determinados segmentos da economia, acabam premiando também os menos competentes, implicando uma séria distorção dos fundamentos do regime de liberdade de iniciativa e competição. Essas vantagens competitivas decorrem do marco regulatório, isto é, do direito vigente em cada país (leis, regulamentos administrativos, sua interpretação pelos Tribunais etc.). São vantagens “institucionais”, de

fundamentos distintos dos das “econômicas”, pois não derivam de nenhuma manifestação de competência empresarial.

Tome-se um exemplo bastante simples, de expediente empregado há tempos por diversos países com o objetivo de “proteger” sua indústria: a cobrança de elevados impostos de importação. Nesse caso, o empresário nacional goza de uma vantagem competitiva institucional, na medida em que pode oferecer o seu produto no mercado “interno” com preço bem inferior ao concorrente importado (o importador só consegue recuperar o tributo pago, repassando-o ao preço do produto). Observe-se que os dois empresários (o industrial nacional e o importador) não estão competindo “em pé de igualdade”: a ordem jurídica conferiu a um deles excepcional condição vantajosa. Provavelmente o imposto de importação é alto, nesse caso, porque, se não houvesse nenhum entrave à livre competição e esta dependesse exclusivamente de fatores econômicos (as características de cada empresa competidora), o produto importado seria o preferido pelo consumidor. Além dessa política tarifária, há vários exemplos de vantagem competitiva decorrente do marco regulatório: leis de proteção ao meio ambiente, controle fitossanitário, subsídios, direitos trabalhistas etc.

Note-se que nenhum empresário, ao se aproveitar de uma vantagem de natureza institucional, incorre, por só este fato, em concorrência desleal (Cap. 7, item 2). Pelo contrário, ele está se posicionando na competição empresarial atendendo a um dos pressupostos da lealdade competitiva, que é o respeito à ordem jurídica. Não se trata de um ilícito, portanto. Acontece, porém, que as vantagens competitivas derivadas do marco regulatório (tanto quanto a concorrência ilícita) dificultam o adequado funcionamento da economia de livre mercado.

As vantagens institucionais expressam-se por meio do direito- -custo, quer dizer, por normas jurídicas e suas interpretações que interferem no preço dos produtos e serviços oferecidos no mercado em que incidem (Cap. 1, item 11).

| |
|---|
| <p>A vantagem competitiva pode ter origem na competência do empresário para organizar sua empresa e concorrer (vantagem econômica) ou no marco regulatório, isto é, nas</p> |
|---|

leis, nos regulamentos e nas interpretações jurisprudenciais aplicáveis (vantagem institucional).

O regime de liberdade de iniciativa e competição funciona adequadamente quando os empresários se diferenciam apenas a partir de vantagens econômicas. As vantagens institucionais, por sua vez, comprometem o regular funcionamento deste regime e, por isso, devem ser paulatinamente eliminadas.

Uma das preocupações do direito do comércio internacional consiste exatamente em viabilizar a eliminação gradual das vantagens competitivas decorrentes do marco regulatório. Essa eliminação, a rigor, é o ponto central do processo de globalização. Por isso, as diplomacias dos países de todo o mundo, bem como organismos internacionais (OMC, principalmente), empenham-se em discutir e celebrar acordos que visem à supressão das vantagens institucionais. Não é um processo negocial fácil, nem célere. Ao contrário, tem registrado e continuará registrando avanços e recuos. Como, porém, a globalização é, realisticamente falando, o único meio de atender à constante necessidade do capitalismo de ampliação dos mercados (Coelho, 2004, 2:233/239), todas as vantagens competitivas decorrentes do marco regulatório terão, um dia, que desaparecer.

2. PRINCÍPIOS DO DIREITO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL

Com a preocupação de reduzir ou eliminar vantagens competitivas institucionais, os Estados têm negociado e assinado tratados e convenções internacionais, principalmente a partir do fim da segunda guerra (por exemplo, o *General Agreement on Tariffs and Trade* – GATT, cuja primeira versão é de 1947). Desses documentos internacionais em vigor atualmente no Brasil, podem-se extrair alguns princípios do direito do comércio internacional.

a) *Cláusula da nação mais favorecida*. Por este princípio, nenhum Estado pode conceder aos produtos originados de outro Estado qualquer benefício (vantagem, favor, privilégio ou imunidade) que não seja

concedido, na mesma medida, aos produtos originados dos demais Estados participantes do Tratado. Este é o principal instrumento de impulso ao *multilateralismo*, na medida em que amplia para todos os países os benefícios constantes de acordos bilaterais. Se o país A celebra, por exemplo, com o país B, acordo isentando o imposto de importação para eletrodomésticos fabricados neste último, ele é obrigado, pela cláusula da nação mais favorecida, a estender o mesmo tratamento tributário aos eletrodomésticos provenientes de qualquer outro país sujeito ao mesmo princípio.

A extensão do tratamento mais benéfico é, por assim dizer, “automática”; isto significa que não está sujeita a qualquer condição, independe de formalidades. Basta ter sido concedido o benefício aos produtos de um país específico, para que ele possa ser, de imediato, aproveitado também pelo empresário de qualquer outro país.

A cláusula da nação mais favorecida não tem aplicação em algumas hipóteses, como a autorização específica para a concessão de benefício em favor de países em via de desenvolvimento (Cláusula de Habilitação) ou os tratamentos diferenciados observados no interior duma zona de integração econômica regional. Tempera-se, nessas hipóteses, o multilateralismo, em razão do reconhecimento da importância de certos acordos bilaterais ou regionais para o avanço do processo de liberalização do comércio global.

b) *Tratamento nacional*. Por este princípio, a ordem jurídica deve liberar aos produtos fabricados no país e aos importados, quando similares, igual tratamento. Uma vez internalizada a mercadoria proveniente do exterior, ela deve sujeitar-se ao mesmo regime jurídico, inclusive tributário, aplicável às fabricadas no país, com as quais concorra. Nenhum Estado pode, por exemplo, cobrar tributos *internos* com alíquotas diferenciadas na comercialização de produtos nacionais ou importados; não pode também, outro exemplo, impor ao comerciante do produto importado obrigações relativas à publicidade, à oferta, ao transporte e à utilização no mercado interno que não sejam igualmente exigíveis daquele que comercializa o similar nacional.

c) *Repressão ao dumping*. Quando o empresário vende seus produtos num país estrangeiro por preço inferior ao praticado em seu próprio país, esta prática, conhecida por *dumping*, provoca distorções na livre concorrência e,

por isso, deve ser reprimida. Esse empresário pode ser obrigado, pelo Estado em cujo território se pratica o preço predatório, a pagar um “direito *antidumping*”, que torne mais gravosa e desestimule essa tentativa agressiva de conquista de mercados.

Os princípios do direito do comércio internacional norteiam o processo de liberalização do comércio global, mediante a redução ou eliminação das vantagens competitivas institucionais. Destacam-se três: princípio da nação mais favorecida, do tratamento nacional e da repressão ao dumping.

Obviamente, este *Curso* é o lugar apenas para uma menção bastante genérica a tais princípios. Seu estudo e aprofundamento, bem como o das regras derivadas e dos instrumentos de implementação são objeto de outra disciplina jurídica: *o direito do comércio internacional*. Como o estudioso do *direito comercial* necessita conhecer o contexto em que, hoje em dia, se desenvolve o comércio, a abordagem sucinta do tema é imprescindível. No futuro, quando houver um único mercado planetário, o direito do comércio internacional deixará de existir e todas as relações entre empresários, mesmo os sediados em países diferentes, serão regidas pelo direito comercial globalmente harmonizado.

3. INTEGRAÇÃO ECONÔMICA E A CLÁUSULA SOCIAL

Um dos aspectos mais sensíveis na questão da eliminação gradual das vantagens competitivas derivadas do marco regulatório, por meio de acordos internacionais, consiste no que se convencionou chamar de “cláusula social”. Quanto menos protetora dos direitos humanos e do meio ambiente for determinada ordem jurídica, maior será a vantagem competitiva do empresário cuja empresa estiver sujeita a esta ordem. A liberalização do

comércio global depende, em consequência, da concomitante elevação do padrão de proteção dos direitos humanos e do meio ambiente.

Imagine que um Estado não coíba o trabalho infantil. Normalmente, a utilização de mão de obra de crianças acaba proporcionando ao empresário uma extraordinária economia de custos, por serem os “salários”, nesse caso, extremamente baixos. Como não há repressão à inominável prática, os empresários sediados no território deste Estado podem exportar seus produtos a preços inferiores aos praticados pelos sediados onde o trabalho infantil foi completamente erradicado. Igual raciocínio se pode aplicar relativamente àqueles Estados em que não existem ou são incipientes o direito do trabalho e a legislação ambiental. Até mesmo a elevação do grau de tutela de alguns direitos fundamentais, como a liberdade de expressão ou de organização sindical, é importante na redução de vantagens competitivas institucionais.

Na Índia, as pessoas são divididas em castas e a mobilidade social é mínima. As massas nascidas na casta inferior, exatamente por não nutrirem perspectivas de ascensão social, pressionam menos o Estado pela universalização do acesso à educação, saúde e previdência. Nesse cenário, sobram mais recursos estatais para investimentos em infraestrutura do que, por exemplo, no Brasil, onde as demandas sociais consomem parte considerável da receita do Estado e contribuem para o déficit público. Em decorrência, o empresário indiano goza de uma vantagem competitiva derivada do marco regulatório, em relação ao brasileiro. Vantagem que somente com a eliminação do sistema de castas poderá ser neutralizada.

O grau de proteção aos direitos humanos e ao meio ambiente também guarda relação indireta com a criação de vantagens competitivas institucionais. Quanto menor a proteção liberada pela ordem jurídica, maior a vantagem desfrutada pelo empresário sediado no país a ela sujeita. A liberalização do comércio global acaba forçando a elevação do nível de proteção dos direitos humanos e do meio ambiente.

A globalização nivela pelo alto. Há como que um “padrão civilizatório”, observável nas democracias centrais do sistema capitalista, a servir de meta

a ser perseguida e, cedo ou tarde, alcançada por qualquer país interessado em inserir-se na economia globalizada.

4. PROCESSO DE INTEGRAÇÃO ECONÔMICA REGIONAL

A globalização da economia, processo de superação das fronteiras nacionais no desenvolvimento do comércio, ao mesmo tempo em que possibilita, também força a integração regional. O Brasil e alguns países territorialmente próximos estão envolvidos no processo de integração econômica que se denominou “Mercado Comum do Sul — Mercosul”, previsto no Tratado de Assunção de 1991. Está envolvido, também, com outros países do continente americano, na construção da ALCA – Associação de Livre Comércio das Américas.

Os processos de integração econômica regional, *em termos gerais*, têm se desenvolvido por etapas progressivas, conceitualmente distintas. Em primeiro lugar, busca-se a organização da denominada “Zona de Livre Comércio”, estágio que representa o objetivo final do NAFTA (*North American Free Trade Association*), de que participam os Estados Unidos, o México e o Canadá; ou da EFTA (*European Free Trade Association*), constituída pela Islândia, Noruega e Suíça; ou também da ALCA. Nessa etapa do processo integrativo, os estados participantes da Zona assumem reciprocamente o compromisso de eliminar as barreiras tarifárias existentes nas suas fronteiras, para as mercadorias produzidas nos demais países participantes. Isto é, as mercadorias produzidas em cada um dos países envolvidos no processo de integração têm livre circulação nos demais. As barreiras tarifárias permanecem apenas em relação aos produtos *importados* por empresas sediadas em qualquer um dos países participantes, para a comercialização nos outros.

O processo de integração econômica tem-se desenvolvido, basicamente, por meio de algumas etapas, com características próprias.

A primeira costuma ser denominada “Zona de Livre Comércio”. Nesta etapa, os países participantes do bloco regional econômico eliminam as barreiras tarifárias dos produtos neles fabricados.

Uma definição econômica e jurídica indispensável para o bom desenvolvimento da “Zona de Livre Comércio”, enquanto etapa do processo integrativo, é a relacionada à *nacionalidade* dos produtos que transitam pelas fronteiras dos países participantes. Isto é, devem-se negociar os critérios segundo os quais se pode considerar, por exemplo, brasileiro um produto fabricado no Brasil, mas com utilização de componentes e tecnologia importados. É uma questão crucial — essa do controle de origem dos produtos — para se definir se cabe ou não a tarifação de determinada mercadoria. O desenvolvimento do processo integrativo depende muito da discussão da nacionalidade das mercadorias, já que cada país participante mantém, em relação às importadas de países não participantes, sua própria política aduaneira. Pode, assim, haver sérias distorções na competição entre empresários de dois diferentes países da “Zona de Livre Comércio”, se um deles, por exemplo, puder importar mercadorias fabricadas na Ásia para comercializá-las, como se fossem nacionais, no mercado consumidor do outro país participante da Zona, pagando impostos de importação menores dos que os pagos pelos empresários sediados nesse último.

Outra preocupação típica desse período do processo integrativo diz respeito à identificação e estudo das denominadas *barreiras não tarifárias*, isto é, fatores econômicos, administrativos, burocráticos e até mesmo culturais, que interferem — ou podem vir a interferir, a partir do desenvolvimento do processo integrativo — com a circulação de mercadorias. A eliminação dessas barreiras far-se-á ao longo do processo de integração, mas a paulatina atenuação de seus efeitos deve ser desde logo deflagrada. Assim, por exemplo, é importante examinar as condições de *uniformização* dos procedimentos burocráticos, de cunho aduaneiro, exigidos nos diferentes países integrandos, da disciplina *antidumping*, das regras de controle sanitário etc.

A segunda etapa do processo integrativo se costuma chamar “União Aduaneira”. Nessa etapa, os participantes mantêm a liberdade de circulação

de mercadorias entre as suas fronteiras e uniformizam as tarifas de importação incidentes sobre as trazidas de países não participantes. Na etapa correspondente à “União Aduaneira”, não tem a mesma importância a discussão sobre os critérios de nacionalidade dos produtos, o estabelecimento de regras de controle de origem. Nesse momento do processo integrativo, a prática de tarifa única torna irrelevante, sob o ponto de vista da tributação, o país pelo qual a mercadoria ingressa no mercado de consumo correspondente à União. Permanecem, entretanto, atuantes outros fatores econômicos e muitas barreiras não tarifárias. Assim, a qualidade e o custo dos serviços de transporte, portuários ou aeroportuários de cada um dos países integrandos, por exemplo, serão decisivos para o importador encontrar a melhor alternativa para introduzir a mercadoria no território da União. Se um porto tem preço dos serviços de desembarque e estadia superior ao do situado em outro país da União Aduaneira, o empresário preferirá importar suas mercadorias por este último, mesmo para comercializá-las no mercado correspondente ao país em que se situa aquele primeiro porto.

A segunda etapa é a “União Aduaneira”, em que os países participantes do bloco regional econômico uniformizam suas políticas de comércio exterior, padronizando as alíquotas para a importação e exportação de produtos.

A terceira etapa tem sido identificada, normalmente, como a do “Mercado Comum”, meta prevista pelo Tratado de Assunção. Nessa etapa, os países envolvidos com o processo de integração adotam compromissos internacionais que possibilitam o livre trânsito de mercadorias, capitais, bens, pessoas e serviços entre os respectivos territórios nacionais. Condição inafastável para se alcançar esse degrau de integração econômica é a unificação de determinados regramentos jurídicos, de modo a possibilitar iguais condições de competição entre os empresários de cada um dos países integrandos.

A terceira etapa é a do “Mercado Comum”, em que é permitido, entre os países participantes do bloco regional econômico, o livre trânsito de mercadorias, capitais, bens, pessoas e serviços.

O desenvolvimento do processo integrativo em suas três etapas principais depende fundamentalmente da supressão das assim denominadas “barreiras não tarifárias”. Algumas delas, como a dos custos dos serviços de transporte, portuários ou aeroportuários, dependem, ou podem depender pelo menos em parte, da iniciativa privada. Outras barreiras não tarifárias devem ser eliminadas pela atuação conjunta dos estados participantes do processo integrativo. São elas: *a)* exigências burocráticas desiguais relacionadas à circulação de mercadorias e serviços, em especial as pertinentes aos documentos que os devem acompanhar; *b)* diferenças e duplicidade de procedimentos aduaneiros, de controle e fiscalização do trânsito de mercadorias; *c)* diferentes regras de controle sanitário, de proteção fitossanitária e pecuária, ou diferentes modos de as aplicar; *d)* variações e até mesmo conflitos nas normas técnicas, de segurança ou metrologia; *e)* divergências nos critérios de conversibilidade de moedas; *f)* políticas diversas de incentivos fiscais ou subsídios econômicos (cf. Baptista, 1994:20).

Como se pode antever, durante todo o processo de integração, são entabuladas, entre os agentes governamentais e os próprios setores organizados da sociedade e da economia de cada um dos países envolvidos, inúmeras negociações. Integrar, pode-se dizer, é fundamentalmente negociar com parceiros. O Mercosul pode ser considerado, desde 31 de dezembro de 1994, uma União Aduaneira imperfeita. É certo que o Tratado de Assunção preceitua que, nesta data, já se implantaria o Mercado Comum (art.1º), e é fato que não se pode considerá-lo uma simples zona de livre comércio, porque já está eliminado o certificado de origem dos produtos nacionais. Chama-se imperfeita a união aduaneira do Mercosul em razão das inúmeras exceções à Tarifa Externa Comum (Accioly, 1996). De qualquer modo,

identificando no estágio de evolução do processo integrativo, iniciado no primeiro dia de 1995, a primeira fase de zona de livre comércio, ou uma inconclusa segunda fase de união aduaneira, o fato é que o Brasil e seus parceiros se encontram ainda às voltas com enormes dificuldades para alcançar a meta fixada em 1991, em Assunção (cf. Ana Pereira, 1997). O fortalecimento do Mercosul depende, na verdade, do aprofundamento do processo de integração. Quando os conflitos entre empresários e governos dos países do bloco — principalmente os do Brasil e Argentina — afloram, os economistas costumam apontar como saída a adoção de políticas econômicas coordenadas; em outras palavras, passos em direção à derradeira etapa da integração regional: a de formação da comunidade econômica. A despeito das imensas dificuldades que apresenta, o fortalecimento do Mercosul é vital para que os países componentes deste bloco possam negociar melhor sua integração à ALCA e os acordos comerciais com a União Europeia.

4.1. Harmonização do Direito

No campo jurídico, o aspecto mais relevante do processo integrativo diz respeito à eliminação de diferenças legislativas que possam obstaculizar o seu desenvolvimento. Os tratados, inclusive o de Assunção de 1991, e demais documentos firmados pelos estados participantes, costumam mencionar a *harmonização* do direito vigente em cada país como um dos principais objetivos propostos. Por sua vez, os doutrinadores de direito de integração distinguem entre coordenação, harmonização e aproximação de normas ou ordenamentos, procurando encontrar as nuances características de cada uma. Segundo o ensinamento mais corrente, *coordenadas* seriam as normas jurídicas que não apresentam incompatibilidades, *harmonizadas* as que produzem os mesmos efeitos e *aproximadas* as que adotam diretivas de órgãos comunitários supranacionais (Faria, 1995:12/16).

Na verdade, o processo integrativo não depende exatamente da absoluta uniformização das normas, no sentido de vigência de um texto único. O modelo da uniformização foi o usado, nos anos 1930, pelas Convenções de Genebra para a adoção de uma disciplina comum sobre os principais títulos de crédito (letra de câmbio, nota promissória e cheque). Naquele momento, a uniformização do texto legislativo sobre determinados assuntos foi o mais

adequado instrumento encontrado pela diplomacia, para estimular os negócios no comércio internacional — objetivo, convenha-se, bem mais modesto que o da integração econômica. Já o processo de globalização do final do século XX, por sua amplitude, dinâmica e objetivos, não poderia se limitar ao mecanismo da uniformização da lei, reclamando dos serviços diplomáticos a criação de expedientes mais flexíveis, capazes de compor os múltiplos interesses envolvidos.

O pressuposto do desenvolvimento do processo integrativo, nesse contexto, não é a uniformização redacional de textos de leis, mas a harmonização do *sentido* do comando normativo nelas existente e, em consequência, a expectativa de identidade dos seus efeitos.

| |
|---|
| Para o desenvolvimento do processo de integração regional, é necessária a harmonização do direito vigente nos países participantes. |
|---|

O Tratado de Assunção menciona o compromisso de os integrantes do Mercosul harmonizarem suas legislações “nas matérias pertinentes para obter o fortalecimento do processo de integração”. Para um documento diplomático, não seria talvez factível pretender algo diverso de uma fórmula tão genérica e imprecisa. De fato, o acordo não especifica as áreas em que se deve buscar a harmonização, nem fixa metas claras quanto a esse tema do processo de criação do mercado comum. Cabe à tecnologia jurídica, em sua independência acadêmica, contribuir para a concretização do enunciado constante do instrumento internacional. Fixar os parâmetros teóricos e conceituais a partir dos quais se possa aclarar o que cabe entender, exatamente, por “fortalecimento do processo integrativo”, para fins de delimitação do campo de negociações da harmonização legislativa, é tarefa para os tecnólogos do direito.

Alguns autores consideram que a harmonização das legislações dos países integrantes do mercado comum deve alcançar um arco bastante largo de regimes jurídicos. Luiz Olavo Baptista, por exemplo, considera que o livre trânsito de pessoas, bens e serviços característico do Mercado Comum

torna potencialmente sujeita a mudanças toda a legislação civil, inclusive os capítulos do direito de personalidade, família e sucessão (1994:22). No meu modo de entender a questão, no entanto, a harmonização pressuposta do desenvolvimento do processo de integração refere-se a um campo normativo bem restrito e delimitável. A construção do mercado comum, em suma, depende fundamentalmente de um *direito-custo harmonizado*. Isto é, a integração legislativa diz respeito às normas jurídicas que interferem direta ou indiretamente nos custos da produção e demais atividades econômicas. Normas sobre usucapião, direito criminal impositivo de sanções limitadoras da liberdade individual, família, sucessão, infância e adolescência, processo judicial de conhecimento, valores mobiliários, benefícios previdenciários, funcionalismo público, licitação e direito financeiro, desapropriação, direito eleitoral e tantas outras que não obrigam o empresário a rever o preço dos seus produtos ou serviços, para preservar a margem de lucratividade esperada, são normas cuja harmonização é plenamente dispensável. Já as normas pertinentes à tutela dos consumidores, tributos incidentes sobre atividade econômica, proteção da propriedade industrial, repressão ao abuso do poder econômico, recuperação de crédito e outras, de efeitos imediatos ou mediatos sobre o cálculo empresarial, reclamam harmonia como condição para o desenvolvimento do processo integrativo.

A harmonização indispensável ao desenvolvimento do processo de integração econômica diz respeito às normas que interferem no custo das atividades econômicas (“direito-custo”).

Em outras palavras, o objetivo fundamental da harmonização do direito-custo é o de eliminar as vantagens e desvantagens competitivas entre os empresários de cada país do bloco. Se um deles possui direito tributário ou do trabalho que impõem menos encargos aos seus empresários na produção, estes têm vantagens competitivas para negociar seus produtos nos mercados dos demais países do bloco. Os empresários desses outros, porque estão sujeitos a regras mais onerosas de direito tributário ou do trabalho, acabam

produzindo bens ou serviços mais caros. Se um dos países possuir direito do consumidor mais evoluído, no sentido de impor maiores obrigações aos que comercializam bens ou serviços no seu mercado, inverte-se a vantagem competitiva: os seus empresários podem vender nos demais países do bloco a preços mais competitivos que os sediados nestes últimos em relação ao mercado consumidor mais bem protegido. Para alcançar a fase de integração denominada “mercado comum”, é indispensável eliminarem-se as vantagens e desvantagens competitivas entre os empresários dos países envolvidos no processo de integração e isto se faz com a harmonização do direito-custo.

A propósito, ao discutir sua interessante tese da descodificação e da ressystematização do direito privado, Ricardo Luis Lorenzetti lembra que alguns países disputam a condição de sede de empresas, instituindo legislações com baixos graus de proteção, das quais decorrem menores custos para a instalação de atividades econômicas. Segundo anota, à medida que os estados atingidos por essa política de captação de investimentos pressionam tais países, no sentido de exigir o cumprimento de alguns direitos fundamentais, e à medida que os organismos internacionais de crédito condicionam a outorga de financiamento à observância de tais direitos, e se multiplicam acordos de livre comércio com referência a regulações mínimas, acaba surgindo uma normatização dos direitos fundamentais e das condições de competição proveniente de diversas vias. Desse modo, as vantagens competitivas de cada nação paulatinamente deixam de sacrificar ou limitar direitos humanos ou garantias fundamentais, para se assentarem em aspectos diversos do regramento jurídico (1995:34/35). De fato, a disparidade entre ordens normativas nacionais mais ou menos protetoras de direitos individuais — inclusive e principalmente os trabalhistas — cria a possibilidade de o empresário sediado no país menos protetivo vender os seus produtos, com preço bastante inferior aos praticados nos mercados dos países mais protetivos. É o que já se denominou por *dumping* “social”, problema típico da globalização da economia, responsável inclusive pela manutenção de políticas protecionistas de indústrias nacionais.

Na implantação de um mercado comum, é claro que tais disparidades devem ser eliminadas. Mas note-se que o processo de integração econômica tende, normalmente, a aproximar estados com alguma identidade histórica e

cultural — como é, aliás, o caso do Mercosul. Assim, as diferenças entre os graus de proteção aos direitos individuais dos países participantes do processo integrativo não são, já de antemão, enormemente acentuadas. A harmonização dos ordenamentos vigentes, então, deve se preocupar mais com as “vantagens competitivas” não assentadas nos direitos humanos e garantias fundamentais, para usar a expressão de Lorenzetti. E, desse modo, ganha relevo a harmonização do direito comercial, nos aspectos em que interferem com o cálculo empresarial.

4.2. Harmonização do Direito Comercial

A harmonização do direito comercial ou empresarial, compreendida no sentido acima de igualação dos *efeitos* dos comandos normativos de direito-custo das ordens jurídicas dos países em processo de integração, poderá ser alcançada por três formas diferentes: *a)* com a alteração do direito positivo dos estados participantes para fins de ajustá-lo ao vigente em um deles, escolhido como paradigma; *b)* pela alteração do direito positivo vigente em todos os estados participantes, para a adoção de novos modelos de disciplina jurídica; *c)* pela interpretação do direito vigente num país participante, a partir de referências a princípios ou normas adotados pelo direito de outro ou outros países participantes (*interpretação integrativa*). Note-se que apenas nas duas primeiras hipóteses a mudança formal da legislação é necessária. A terceira via independe de uma tal mudança; decorrerá, na verdade, de progressos na criação de uma comunidade jurídica do Mercosul (sobre o conceito de comunidade jurídica: Coelho, 1992b:14/16). Nesse contexto, embora a tecnologia jurídica tenha contribuições a dar nos três meios delineados, é evidente que a importância dessas aumenta consideravelmente no último. A comparação do direito de empresa em vigor no Brasil e na Argentina pode servir à *exemplificação* desses mecanismos, cabendo, contudo, a expressa advertência de que pretendo aqui desenvolver um simples exercício de exploração das possibilidades abertas por cada hipótese, sem defender necessariamente uma específica solução para o desenvolvimento da diplomacia do processo integrativo.

A primeira forma de harmonização — a adoção de normas vigorantes em um dos países do mercado comum como paradigma para os demais — pode-

se ilustrar pela questão da responsabilidade do empresário por acidentes de consumo. A discussão sobre essa matéria centra-se em *duas* concepções desenvolvidas pelo moderno consumerismo, isto é, a superação do princípio da relatividade contratual e a da culpabilidade.

Vigora no direito brasileiro a regra de responsabilização objetiva do fabricante, produtor, construtor, importador e prestador de serviços, pelos danos decorrentes de fornecimento defeituoso (CDC, arts. 12 e 14). Adotou a lei brasileira, portanto, os dois postulados do consumerismo, de modo que, em virtude dela, pode o consumidor demandar indenização por acidente de consumo contra qualquer dos empresários da cadeia de produção e distribuição, mesmo que não tenha havido contrato com o demandado (superação do princípio da relatividade contratual) e independente da existência de culpa deste (superação do princípio da culpabilidade).

Quanto ao primeiro aspecto da questão (a superação do princípio da relatividade), importa considerar que o consumidor, via de regra, contrata com um comerciante varejista, e não diretamente com o fabricante. Condicionar o exercício do direito à indenização ao princípio da relatividade dos contratos, de modo a decretar a carência de ação judicial promovida contra o fabricante, que não foi parte no contrato de compra e venda, equivale, muitas vezes, a deixar sem tutela o consumidor. O varejista, com efeito, nem sempre dispõe dos recursos para responder pelos prejuízos derivados de acidente de consumo, nem pode, por outro lado, responder por problemas ocorridos em fases do processo econômico sobre as quais não teve nenhum controle.

A responsabilização objetiva, por seu turno, é também o modo mais racional de se disciplinar a matéria, tendo em vista a inevitabilidade do oferecimento ao mercado de alguns produtos ou serviços defeituosos. Está, sem dúvida, além da capacidade humana produzir bens e comodidades absolutamente perfeitos, sem nenhuma impropriedade capaz de causar danos aos seus consumidores e usuários. Sendo inevitável o fornecimento defeituoso, apesar do emprego das mais avançadas técnicas de produção e de controle de qualidade, o consumidor vitimado por acidente de consumo fica sem proteção no sistema da responsabilidade subjetiva. Se o empresário demonstrar que fez tudo ao alcance da limitada natureza humana para organizar sua empresa, não se poderá imputar-lhe culpa e, em decorrência, a

causa do acidente somente se poderá conceituar como caso fortuito ou força maior. No sistema clássico da responsabilidade subjetiva, a vítima arca com as consequências do evento danoso com uma tal qualificação jurídica. Já na responsabilidade objetiva, será o empresário que deve indenizar a vítima — *salvo se ela foi a única responsável pelos danos que sofreu* (CDC, art. 12, § 3º, III) —, na medida em que ele tem os meios para absorver o valor despendido na indenização como elemento de custo de sua atividade empresarial.

No direito argentino, o projeto da lei de defesa do consumidor sancionado pelo Congresso previa a responsabilidade solidária do produtor, fabricante, importador, distribuidor, fornecedor, vendedor, prestador de serviços ou quem tenha posto sua marca na mercadoria ou no serviço defeituoso (Lei n. 24.240, art. 40). Essa previsão não se tornou direito vigente, quando da sanção e promulgação, em 1993, porque foi vetada pelo Presidente da República (ou “observada”, como se diz na Argentina). O dispositivo em questão, no entanto, embora viabilizasse o superamento do princípio da relatividade contratual, não era claramente filiado ao sistema da responsabilidade objetiva, já que mencionava a exoneração dos empresários que não contribuíram para o evento danoso, e não fazia referência expressa à irrelevância da culpa para a responsabilização dos agentes elencados.

Notem-se as razões do veto: “El sistema (do projeto de lei) es más amplio que los vigentes en países más avanzados en la producción de bienes y servicios y inclusive del sistema del principal socio de la República Argentina en el Mercosur, la República Federativa del Brasil, circunstancia ésta que opera como una clara desventaja comparativa para productores y consumidores”. Isto é, a preocupação do legislador argentino, ao afastar a solidariedade entre os agentes econômicos pelos danos derivados de fornecimento defeituoso, foi a de não impor aos empresários encargos maiores que os derivados da legislação consumerista brasileira, no contexto da construção do mercado comum.

As razões acima transcritas sugerem duas observações. Primeira, constata-se que a norma objeto de veto, ao responsabilizar solidariamente os licenciadores de marca, os distribuidores e comerciantes, ostentava de fato maior rigor que a vigente no ordenamento brasileiro no aspecto do superamento do princípio da relatividade; mas a mesma norma era, por outro

lado, menos rigorosa que a brasileira no outro aspecto essencial da matéria, ou seja, no da definição da natureza — objetiva ou subjetiva — da responsabilidade do produtor, fabricante, importador e prestador de serviços.

Segunda, a lógica econômica do veto é curiosa, já que, em razão dele, o industrial argentino, ao operar no mercado brasileiro, acaba tendo maiores responsabilidades que o industrial brasileiro atuante no mercado argentino. De fato, o empresário industrial sediado na Argentina submete-se à responsabilidade da lei brasileira ao colocar no Brasil os seus produtos. Responde, portanto, de modo objetivo e independente de contrato com a vítima do acidente. Por outro lado, em razão do veto, o industrial sediado no Brasil não está sujeito, ao colocar seus produtos e serviços na Argentina, sequer à responsabilidade solidária referida no dispositivo vetado. O curioso é a extraordinária inversão de valores: o veto, ao afirmar a intenção de poupar o empresário argentino de uma desvantagem, acaba por criá-la.

De qualquer modo, a doutrina argentina, com base nos dispositivos da legislação civil, conclui pela inocuidade do veto. Há, segundo Juan M. Farina, fundamentos sólidos para sustentar a responsabilidade solidária ou concorrente do empresário, pelos acidentes de consumo, com base na interpretação dos dispositivos genéricos da lei tutelar dos consumidores, que imputam obrigações a todos os que intervêm na cadeia de produção ou circulação de mercadorias, sendo que tais dispositivos não formulam nem permitem formular exceções (1995:330/331 e 346/347). Por outro lado, o mesmo autor acentua que ninguém atualmente interpreta até o direito civil, concluindo pela imposição ao consumidor do ônus de prova de culpa do fabricante. Isto é, para parte da doutrina argentina, independentemente de expressa previsão legal, deve-se observar a presunção de culpa do empresário pelos danos derivados de acidente de consumo, o que seria, na avaliação de Farina, bastante próximo da responsabilidade objetiva (1995:333). Para outras concepções doutrinárias, seria objetiva a responsabilidade do empresário, mesmo se considerado apenas o disposto no Código Civil argentino (art. 1.113), diploma aplicável em vista do veto à lei tutelar dos consumidores (Ferreyra-Romera, 1994:109/110 e 188). De qualquer forma, a questão da solidariedade entre os agentes econômicos restou superada, em 1998, com a edição da Lei n. 24.999, que a prevê de

modo expresso. Permanece, contudo, a da natureza subjetiva ou objetiva da responsabilidade dos empresários, pelo defeito em produtos ou serviços, matéria sobre a qual não há específico e claro dispositivo legal.

Em suma, os direitos desses dois países participantes do processo integrativo do Mercosul, o Brasil e a Argentina, apresentam uma diferença substancial na disciplina dos acidentes de consumo. Essa diferença não pode subsistir, uma vez que a responsabilização objetiva do empresário pelos danos derivados de fornecimento defeituoso é típica norma de direito-custo. A harmonização aponta, nesse caso, para a mudança no direito positivo argentino, no sentido de também ele vir a incorporar a regra da responsabilidade sem culpa. Se o empresário pode antecipar, em termos relativos que seja, as repercussões dos acidentes provocados por seus produtos ou serviços, para fins de considerá-las na composição de seus preços, então não há argumento capaz de contestar a racionalidade do sistema de responsabilidade objetiva por acidentes de consumo. Se fosse inversa a situação — se, por hipótese, o direito brasileiro adotasse o sistema subjetivo, e o argentino, o objetivo —, a racionalidade desse último nortearia do mesmo modo a harmonização, isto é, pela mudança da ordem jurídica filiada à noção de culpa como fonte da responsabilidade.

A primeira forma de harmonização do direito-custo é a adoção, por um país, do direito vigente em outro do mesmo bloco regional econômico. A superação do princípio da culpabilidade e do da relatividade, na responsabilidade por acidentes de consumo, no direito argentino, é exemplo de como se poderia viabilizá-la.

A segunda forma de harmonização do direito empresarial é a alteração do direito vigente nos países participantes. Se na hipótese anterior, o direito de um dos estados serve de modelo para o dos demais, na de agora, o modelo reside no direito de países não participantes, ou num paradigma meramente conceitual, abstrato. O tema que escolho para ilustrar essa forma de harmonização é de cunho consumerista, também. Trata-se da definição das garantias do empresário pelos vícios em produtos.

O direito brasileiro optou, na disciplina da matéria, por excluir a possibilidade de exoneração do empresário por alguns vícios. Fixou claramente a nulidade de cláusula limitativa da responsabilidade dos fornecedores (válida apenas na hipótese de consumidor pessoa jurídica: CDC, art. 51, I) e estipulou que as garantias contratuais serão sempre complementares à legal (CDC, art. 50). Não há margem, no direito consumerista vigente no Brasil, para o empresário ressaltar certas garantias. Sempre terá o consumidor, diante de qualquer vício de qualidade no produto, o direito de optar pela substituição deste, redução proporcional do preço ou pela rescisão do contrato, cabendo ao fornecedor apenas a faculdade de tentar sanar o problema, quando não se trate de produto essencial ao consumidor (CDC, art. 18, §§ 1º e 3º).

Compare-se, então, a sistemática brasileira com a adotada pelo direito norte-americano. Lá, o empresário pode limitar a extensão de sua responsabilidade, exigindo-se apenas que o faça de modo expresso, para não incorrer nas chamadas garantias implícitas referidas no *Uniform Commercial Code*. Desse modo, não há predeterminação pelo direito positivo da extensão das garantias titularizadas pelo consumidor na aquisição de bens; o que se lhe assegura apenas é o pleno conhecimento das obrigações que o empresário se propõe assumir, abrindo margem inclusive para negociações entre as partes. Sobre o assunto, vigora ainda no direito norte-americano o *Magnuson-Moss Warranty Act*, de 1975, um *disclosure statute*, que define os requisitos do termo de garantia nas vendas de bens, sem o tornar obrigatório, mas assegurando, no caso de sua elaboração, a transparência na veiculação de informações aos consumidores (cf. Epstein-Nickles, 1976:282/289). Assim, enquanto no Brasil o legislador se entendeu forçado a limitar bastante a margem de negociação nas relações de consumo, nos Estados Unidos o consumidor pôde ser tratado de forma diversa. O fornecedor norte-americano que não confere garantia, ou as limita, apenas tem o dever de esclarecer suficientemente os consumidores dessa circunstância, para que eles possam tomar a decisão que melhor lhes aprouver, munidos de todas as informações indispensáveis. Os produtos não garantidos ou garantidos com restrições custam (ou devem custar) menos, e quem os adquire conhece (ou deve ter os meios para conhecer) a razão do preço reduzido. Em consequência, os consumidores podem nortear suas

opções, selecionando os riscos que tomarão para si e os que repartirão com os empresários fornecedores, para pagarem mais ou menos em função da alternativa seguida. Quer dizer, se o consumidor prefere pagar um preço menor pelo produto menos garantido e correr o risco de o perder, caso um sério vício se manifeste, ele tem essa opção, comparando o que o mercado oferece.

Na sistemática adotada pelo direito brasileiro, o legislador substituiu o consumidor na aferição da oportunidade de aderir ou não (e em que medida) à socialização dos riscos inerentes à atividade econômica de produção de bens. Desse modo, ao atribuir ao empresário responsabilidade total pela qualidade do produto, o direito acaba, de modo indireto, impondo aos consumidores todos os encargos que essa opção legislativa forçosamente representa.

No direito argentino, a questão foi, de um certo modo, suscitada no veto imposto pelo Presidente ao art. 11 da Lei n. 24.240, fundado nas seguintes razões: “la garantía legal proyectada en los arts. 11 y 13 cercenaría la libertad del oferente de poner en el mercado productos con o sin garantía, y la del consumidor de elegir unos u otros, y significaría como tal limitar el acceso al mercado de ciertos productos, en general de bajo costo o de uso rápidamente descartable o de rezago, en perjuicio del consumidor. Que dicha garantía constituye además un requisito legal no exigido por la legislación de defensa al consumidor de los países más industrializados, tales como las de la Comunidad Económica europea, Japón o los Estados Unidos de América, y operaría en ese sentido como una desventaja comparativa al desarrollo industrial de bienes de consumo durable y del mercado de tales bienes, en especial los de bajo costo, en la República Argentina”.

A doutrina, contudo, apontando as limitações do veto — o qual, a rigor, apenas fulminou o prazo de seis meses para a vigência da garantia —, conclui pela impossibilidade de o empresário se exonerar de responsabilidade por vícios nos produtos, *exceto no caso de venda de bens usados, reconstituídos ou com defeito (se tal circunstância for claramente comunicada aos consumidores: Lei n. 24.240, art. 9º)* (Farina, 1995:162/163). Em suma, embora pretendida pelo ato presidencial, a limitação das garantias pelo fornecedor está afastada do direito argentino em

razão da vigência de outros dispositivos legais encontrados na própria lei tutelar dos consumidores (arts. 3º e 37) e nos Códigos Civil e do Comércio.

Os direitos brasileiro e argentino, desse modo, são igualmente insatisfatórios no tratamento da matéria relativa à responsabilidade por vícios de qualidade em produto, no que diz respeito à impossibilidade de o empresário ressaltar determinadas garantias. Poder-se-ia, assim, considerar já harmonizado esse particular aspecto do direito-custo. O processo de integração, no entanto, pode servir *também* à revisão do direito dos países participantes do Mercosul, ao representar, por assim dizer, uma oportunidade ímpar para a reflexão sobre a melhor sistemática de disciplina jurídica dos temas em foco, inclusive com a atenção voltada à experiência de outros países não participantes. No exemplo aqui apresentado, a harmonização poderia se processar mediante a alteração do direito aplicável ao assunto tanto no Brasil como na Argentina, aprimorando-o.

A segunda forma de harmonização do direito se concretiza pela mudança do direito vigente nos países participantes, para adoção de normas inspiradas no direito de um país não participante. O direito consumerista acerca de qualidade dos produtos e serviços, vigente no Brasil e na Argentina, poderia ser alterado para a introdução de simples “regras de transparência”, possibilitando a oferta ao mercado consumidor de produtos ou serviços com qualidade e preços proporcionais.

A terceira e última forma de harmonização consiste na referência ao direito vigente em um dos países participantes na interpretação de disposição legal ou normativa de outro país. Essa forma prescinde de alterações no direito positivo e viabiliza a harmonização reclamada pelo processo integrativo, no momento da aplicação do direito positivo, e não no de sua elaboração. Exemplifico com a questão da responsabilidade dos empresários na venda de produtos imperfeitos, quando a imperfeição é informada ao consumidor.

Produtos imperfeitos existem e — tudo indica — sempre existirão. A falibilidade ínsita ao ser humano torna vãos os melhores esforços de busca da perfeição. Por mais que o empresário se empenhe em dotar a empresa dos

mais desenvolvidos equipamentos e processos de produção, aprimore o máximo seu controle de qualidade e invista em treinamento, parte dos produtos que seguirão de sua indústria para o mercado apresentará impropriedades. É inevitável. Pois bem, há defeitos que, por sua gravidade ou pelas características do produto, podem lesar enormemente os consumidores. Eles não podem ser oferecidos ao mercado e cabe ao empresário inutilizá-los, arcando com os prejuízos. Pense-se na pílula anticoncepcional de composição indevida, sem eficácia na prevenção da gravidez. Deve esse produto ser descartado, simplesmente. Mas há, de outro lado, produtos imperfeitos que não oferecem riscos à saúde ou segurança do consumidor. São vícios, no mais das vezes, pequenos e de importância meramente estética. É o caso do sofá mal-acabado, da roupa sem caimento ideal, do eletrodoméstico com a pintura arranhada. Embora imperfeitos, tais produtos podem interessar a consumidores de menor poder aquisitivo, desde que a preço compensatório.

A responsabilidade do fornecedor desses produtos imperfeitos, vendidos com plena ciência do consumidor acerca da imperfeição e mediante pagamento de preço menor, não pode ser a mesma que tem ao vender igual produto sem imperfeição. Isto é, ele não responde pelos vícios informados que justificaram a redução do preço. Pelos demais vícios (imperfeições que não trazem prejuízos de relevo ao consumidor), e pelos defeitos (imperfeições que geram danos ao consumidor), terá evidentemente responsabilidade integral.

No Código brasileiro de defesa do consumidor não existe nenhuma regra expressa no sentido de possibilitar a limitação da responsabilidade na venda de produtos ostensivamente viciados com abatimento no preço. Mas, no direito argentino, como referido acima no tratamento da segunda forma de harmonização, contempla a lei a ressalva de responsabilidade na hipótese se a existência do vício (lá, fala-se “defeito”) é claramente comunicada aos consumidores. Dessa maneira, na fundamentação de que, no direito consumerista brasileiro, o fornecedor de produtos viciados não responde pelos vícios que ostensivamente informar ao consumidor, na prática de abatimento de preço, é plenamente cabível invocar-se o direito argentino como um argumento a mais. Essa é também uma forma de harmonização

jurídica própria do processo de integração regional, cuja característica mais relevante é o campo em que se desenvolve: o doutrinário e o jurisprudencial.

A terceira e última forma de harmonização independe de mudança no direito positivo. Opera-se por intermédio da doutrina e jurisprudência, com o aproveitamento, na interpretação das leis de um dos países participantes, da experiência jurídica de outro país do bloco. Por exemplo, mesmo não existindo norma expressa no direito brasileiro sobre a exoneração de responsabilidade do empresário pelos vícios que ostensivamente informa aos consumidores, em venda a preço menor, é cabível invocar--se a previsão constante do direito positivo argentino no exame da matéria.

Dois outros exemplos de harmonização via interpretação se colhem do direito uruguaio. Lá, a *ley que regula las relaciones de consumo*, de 2000, contempla normas que não se encontram no Código de Defesa do Consumidor, mas que podem ser consideradas na aplicação deste. No Uruguai, o legislador dispôs expressamente que não se considera consumidor “aquele que, sem constituir-se em destinatário final, adquire, armazena, utiliza ou consome produtos ou serviços com o fim de integrá-los em processos de produção, transformação ou comercialização”. A previsão do direito positivo de outro país integrante do mesmo bloco regional que o Brasil pode servir ao esclarecimento da discussão sobre a aplicação ou não do Código de Defesa do Consumidor em favor de empresários, questão controvertida na doutrina e jurisprudência nacionais (Cap. 42, item 2). Como dito de modo expreso na lei uruguaia, também no Brasil não se deve considerar consumidor o empresário que adquire, armazena, utiliza ou consome produtos ou serviços em sua atividade econômica, reinserindo-os física ou economicamente no mercado. O segundo exemplo diz respeito à publicidade comparativa, disciplinada no direito consumerista do Uruguai, mas não no brasileiro (Cap. 9, item 11). Pela harmonização via interpretação, pode-se considerar que, também entre nós, a “publicidade comparativa é permitida”, se atendidos, na comparação, os requisitos da objetividade e possibilidade de comprovação, conforme previsto no art. 25 da lei consumerista uruguaia.

Capítulo 4

O EMPRESÁRIO

1. INTRODUÇÃO

Empresário é a pessoa que toma a iniciativa de organizar uma atividade econômica de produção ou circulação de bens ou serviços. Essa pessoa pode ser tanto a *física*, que emprega seu dinheiro e organiza a empresa individualmente, como a *jurídica*, nascida da união de esforços de seus integrantes. O direito positivo brasileiro, em diversas passagens, ainda organiza a disciplina normativa da atividade empresarial, a partir da figura da pessoa física. O Código Civil e a lei de falências são exemplos. O certo, no entanto, é que as atividades econômicas de alguma relevância — mesmo as de pequeno porte — são desenvolvidas em sua maioria por pessoas jurídicas, por sociedades empresárias. O mais adequado, por evidente, seria o ajuste entre o texto legal e a realidade que se pretende regular, de modo que a disciplina geral da empresa (isto é, do exercício da atividade empresarial) fosse a relativa ao empresário pessoa jurídica, reservando-se algumas poucas disposições especiais ao empresário pessoa física. Nem sempre, contudo, os elaboradores de textos de normas jurídicas possuem essa preocupação.

Por outro lado, em razão dessa opção — considerar ainda a pessoa física o núcleo conceitual das normas que edita sobre a atividade empresarial —, a lei acaba dando ensejo a confusões entre o empresário pessoa jurídica e os sócios desta. A confusão aumenta, inclusive, pela distância existente entre os conceitos técnicos do direito e a linguagem natural. A pessoa jurídica empresária é cotidianamente denominada “empresa”, e os seus sócios são chamados “empresários”. Em termos técnicos, contudo, empresa é a atividade, e não a pessoa que a explora; e empresário não é o sócio da sociedade empresarial, mas a própria sociedade. É necessário, assim, acentuar, de modo enfático, que o integrante de uma sociedade empresária (o

sócio) *não é empresário*; não está, por conseguinte, sujeito às normas que definem os direitos e deveres do empresário. Claro que o direito também disciplina a situação do sócio, garantindo-lhe direitos e imputando-lhe responsabilidades em razão da exploração da atividade empresarial *pela sociedade de que faz parte*. Mas não são os direitos e as responsabilidades do empresário que cabem à pessoa jurídica; são outros, reservados pela lei para os que se encontram na condição de sócio.

A empresa pode ser explorada por uma pessoa física ou jurídica. No primeiro caso, o exercente da atividade econômica se chama empresário individual; no segundo, sociedade empresária. Como é a pessoa jurídica que explora a atividade empresarial, não é correto chamar de “empresário” o sócio da sociedade empresária.

Neste capítulo — e, de resto, em todo o *Curso* —, o exame das questões em geral terá por foco o empresário pessoa jurídica. Não se tratará, senão em pouquíssimas passagens, do exercente individual da atividade econômica de produção ou circulação de bens ou serviços, porque esta figura, na verdade, não possui presença relevante na economia. Ao mencionar “sociedade empresária”, ou simplesmente “empresário”, a referência será à pessoa jurídica que explora atividade econômica, e não aos seus sócios. A expressão “empresa” designará a atividade, e nunca a sociedade.

2. SOCIEDADE EMPRESÁRIA

Como é a própria pessoa jurídica a empresária — e não os seus sócios —, o correto é falar-se “sociedade empresária”, e não “sociedade empresarial” (isto é, “de empresários”). A sociedade empresária assume, hoje em dia, duas das cinco formas admitidas pelo direito comercial em vigor: a de uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada (Ltda.) ou a de uma sociedade anônima (S/A). O estudo desses tipos societários

está reservado para o volume 2 do *Curso*, mas, desde já, alguns conceitos precisam ser apresentados, por razões didáticas.

As pessoas jurídicas empresárias adotam a forma de sociedade limitada (Ltda.) ou de sociedade anônima (S/A).

A sociedade limitada, normalmente relacionada à exploração de atividades econômicas de pequeno e médio porte, é constituída por um contrato celebrado entre os sócios. O seu ato constitutivo é, assim, o contrato social, instrumento que eles assinam para ajustarem os seus interesses recíprocos. Já a sociedade anônima — também chamada “companhia” — se relaciona normalmente à exploração de grandes atividades econômicas, e o documento básico de disciplina das relações entre os sócios se denomina estatuto.

O capital social representa, *grosso modo*, o montante de recursos que os sócios disponibilizam para a constituição da sociedade. De fato, para existir e dar início às suas atividades, a pessoa jurídica necessita de dinheiro ou bens, que são providenciados pelos que a constituem. Não se confunde o capital social com o patrimônio social. Este último é o conjunto de bens e direitos de titularidade da sociedade (ou seja, tudo que é de sua propriedade). Note-se que, no exato momento da sua constituição, a sociedade tem em seu patrimônio apenas os recursos inicialmente fornecidos pelos sócios, mas, se o negócio que ela explora revelar-se frutífero, ocorrerá a ampliação desses recursos iniciais; caso contrário, a sociedade acabará perdendo uma parte ou a totalidade de tais recursos, e seu patrimônio será menor que o capital social — podendo vir a ocorrer, inclusive, a falência.

Em contrapartida à contribuição que o sócio dá ao capital social, é-lhe atribuída uma participação societária. Se a sociedade é limitada, esta participação se chama “quota” (ou “cota”); se anônima, “ação” (motivo pelo qual o sócio da S/A é chamado também *acionista*). A participação societária é bem integrante do patrimônio de cada sócio, que pode aliená-la ou onerá-la, se atendidas determinadas condições. A quota ou ação *não* pertencem à

sociedade. Se o sócio possui uma dívida, o credor poderá, salvo em alguns casos específicos, executá-la sobre a participação societária que ele titulariza; já o credor da sociedade tem como garantia o patrimônio social, e nunca as partes representativas do capital social.

As decisões dos sócios são tomadas pela maioria, computando-se esta em função da participação societária de cada um. Assim, um sócio de sociedade limitada que titularize mais da metade do capital social compõe, sozinho, a maioria societária. Ele poderá decidir sozinho pela sociedade, mesmo contra a vontade dos demais sócios, exceto nas hipóteses em que a lei estabelecer *quorum* qualificado para a deliberação. Na sociedade anônima, há ações que conferem aos acionistas o direito de voto no principal órgão deliberativo de sua estrutura, a assembleia geral, e há ações que não conferem esse direito. O sócio titular da maioria das ações com direito a voto é normalmente o acionista controlador da companhia.

A sociedade limitada tem como representante legal o administrador, que é escolhido e substituído pela maioria societária qualificada (unanimidade, três quartos, dois terços ou mais da metade do capital social). Nada impede, por outro lado, que a administração seja atribuída a mais de uma pessoa, que atuarão em conjunto ou isoladamente, segundo o previsto no contrato social. Já na sociedade anônima, a representação legal cabe ao diretor, eleito em assembleia geral (ou pelo Conselho de Administração da companhia, se este órgão existir). Tanto na limitada como na anônima o administrador não precisa ser sócio.

3. OBRIGAÇÕES GERAIS DOS EMPRESÁRIOS

Os empresários estão sujeitos, em termos gerais, às seguintes obrigações: *a)* registrar-se na Junta Comercial antes de dar início à exploração de sua atividade; *b)* manter escrituração regular de seus negócios; *c)* levantar demonstrações contábeis periódicas.

São obrigações de natureza formal, mas cujo desatendimento gera consequências sérias — em algumas hipóteses, inclusive, penais. A razão de ser dessas formalidades, que o direito exige dos exercentes de atividade empresarial, diz respeito ao controle da própria atividade, que interessa não

apenas aos sócios do empreendimento econômico, mas também aos seus credores e parceiros, ao fisco e, em certa medida, à própria comunidade. O empresário que não cumpre suas obrigações gerais — o empresário irregular — simplesmente não consegue entabular e desenvolver negócios com empresários regulares, vender para a Administração Pública, contrair empréstimos bancários, requerer a recuperação judicial etc. Sua empresa será informal, clandestina e sonegadora de tributos.

4. REGISTRO DE EMPRESAS

O Código Comercial, em 1850, criou os “Tribunais do Comércio”, órgãos que exerciam tanto a jurisdição em matéria comercial, julgando conflitos que envolviam comerciantes ou a prática de atos de comércio, como também as funções administrativas de natureza registrária. O registro do comércio era atribuição de uma repartição daqueles Tribunais, denominada “Junta Comercial”, perante a qual os comerciantes deviam proceder à sua matrícula e ao depósito de outros documentos mencionados em lei.

Os “Tribunais do Comércio”, contudo, com competências de natureza jurisdicional e administrativa, acabavam representando um certo anacronismo. A Constituição Imperial, de 1824, já estabelecia a separação dos poderes executivo e judicial, e os Tribunais do Comércio ostentavam uma ambiguidade difícil de se compatibilizar com a estrutura constitucional. Seu perfil, assim, lembrava mais a figura das antigas corporações de ofício dos comerciantes europeus do que uma repartição do estado. Em 1875, os Tribunais do Comércio foram extintos, e suas atribuições jurisdicionais transferidas para a competência dos juízes de direito. As atribuições administrativas permaneceram a cargo de sete Juntas Comerciais (sediadas no Rio de Janeiro, Belém, São Luís, Fortaleza, Recife, Salvador e Porto Alegre) e quatorze Inspetorias, organizadas em 1876.

Atualmente, o registro público de interesse para os empresários leva a denominação de “registro de empresas mercantis e atividades afins”, e está disciplinado pela Lei n. 8.934/94, e pelo Dec. n. 1.800/96. Existe uma Junta Comercial em cada unidade federativa, ou seja, uma em cada Estado e uma no Distrito Federal.

As sociedades empresárias, independentemente do objeto a que se dedicam, devem se registrar na Junta Comercial do Estado em que estão sediadas.

A mais importante inovação da lei de 1994 foi a ampliação do âmbito do registro. Até então, fora as companhias (que se consideravam mercantis independentemente de seu objeto: art. 2º, § 1º, da LSA), apenas as sociedades limitadas dedicadas à exploração de atividade mercantil, segundo a teoria dos atos de comércio, podiam ter seus atos constitutivos registrados na Junta Comercial. As demais limitadas, com objeto social relacionado a atividade civil, tinham negado o pedido de registro neste órgão e deviam buscar os Registros Cíveis de Pessoas Jurídicas (RCPJ). Era, por exemplo, o caso das agências de propaganda e de outras empresas prestadoras de serviços, que nem sempre conseguiam fazer-se registrar na Junta. A partir da Lei n. 8.934/94, qualquer sociedade com finalidade econômica, independentemente de seu objeto, podia registrar-se na Junta Comercial. Com a entrada em vigor do Código Civil, o âmbito do registro pelas Juntas Comerciais voltou a se restringir (art. 998). Apenas as sociedades empresárias devem ser atualmente registradas nas Juntas. As sociedades simples são registradas no Registro Civil de Pessoas Jurídicas e as voltadas à prestação de serviços de advocacia devem ter seus atos constitutivos levados à Ordem dos Advogados do Brasil — OAB (Lei n. 8.906/94, art. 15, § 1º).

4.1. Órgãos do Registro de Empresas

O registro de empresas encontra-se a cargo do Departamento Nacional do Registro do Comércio — DNRC, e das Juntas Comerciais. A denominação desses órgãos, estranhamente, não foi compatibilizada com o novo conceito de “empresa”, adotado pela legislação de 1994. Apenas o apego à tradição explica a manutenção de denominações criadas em 1961 (a do DNRC), e no século passado (a das Juntas).

O DNRC é órgão federal, integrante do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Suas atribuições não são de *execução* do registro de empresa (nenhuma sociedade terá os seus atos constitutivos depositados neste órgão, por exemplo), mas de normatização, disciplina, supervisão e controle deste registro. Nos termos do art. 4º da Lei n. 8.934/94, é de sua competência a supervisão e coordenação dos atos praticados pelas Juntas Comerciais, o estabelecimento e a consolidação de normas ou diretrizes gerais sobre o registro de empresas, a solução de dúvidas sobre a matéria — mediante a edição de instruções, ou de resposta às consultas das Juntas —, bem como a fiscalização destas e a atuação supletiva, nos casos de deficiência de serviço. Cabe-lhe, também, organizar e manter o Cadastro Nacional de Empresas Mercantis, preparar os processos de autorização para nacionalização ou instalação no Brasil de empresa estrangeira (se a autoridade competente para a sua apreciação é o Ministro do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior), e, enfim, desenvolver estudos e patrocinar reuniões ou publicações, para o aprimoramento do registro de empresas.

Embora tenha sido investido nas funções de órgão central disciplinador, fiscalizador e supervisor do registro de empresas, o DNRC não dispõe de instrumentos de intervenção nas Juntas Comerciais, caso não adotem suas diretrizes ou deixem de acatar recomendações de correção. A lei estabelece, apenas, que o DNRC pode representar às autoridades competentes (o Governador do Estado ou do Distrito Federal, o Ministério Público estadual e outros).

As Juntas Comerciais, por sua vez, têm funções executivas. Cabe-lhes, em essência, a prática dos atos registrários, como a matrícula de leiloeiro, o arquivamento de sociedade, a autenticação de livros, e outros. Além disso, é de sua competência a expedição da carteira de exercício profissional, o assentamento de usos e práticas dos comerciantes e a habilitação e nomeação de tradutores públicos e intérpretes.

Os órgãos do registro de empresas são, em nível federal, o Departamento Nacional do Registro do Comércio — DNRC, e, em nível estadual, as Juntas Comerciais. Ao

primeiro cabem funções de disciplina, supervisão e fiscalização do registro de empresas; às Juntas, compete executá-lo.

A vinculação hierárquica a que se submetem as Juntas é de natureza híbrida. Em matéria de direito comercial e atinente ao registro de comércio, ela se encontra sujeita ao DNRC, órgão federal; nas demais matérias (assim, o direito administrativo e financeiro), o vínculo de subordinação se estabelece com o governo da unidade federativa que integra. Assim, do mesmo modo que ao DNRC não cabe, por exemplo, fixar orientações acerca da execução orçamentária da Junta, também não compete ao Governador do Estado, ou do Distrito Federal, baixar decreto dispondo sobre as cláusulas indispensáveis ao registro do contrato social. A vinculação hierárquica de natureza híbrida se manifesta, igualmente, na hipótese de interposição de recurso administrativo, dirigido ao Ministro do Desenvolvimento, Indústria e Comércio (esfera federal), contra decisões do Plenário da Junta Comercial (esfera estadual), com base no art. 44, III, da Lei n. 8.934/94. Também deve ser lembrado que da duplicidade de vínculos hierárquicos decorre, segundo algumas decisões judiciais, a competência da Justiça Federal para apreciar a validade dos atos da Junta, relacionados ao direito comercial. Se o registro de uma sociedade limitada é, por exemplo, negado, a pretexto de que o contrato social não atende aos requisitos da lei, a discussão sobre a pertinência, ou não, do indeferimento caberia ser feita, de acordo com esse entendimento, perante juízes federais, porque a Junta, no caso, atuou como órgão executante das normas emanadas pelo DNRC, integrante da estrutura administrativa da União. Já na hipótese de a Junta, por exemplo, ter inabilitado um licitante, na concorrência pública para a construção de sua sede, o conhecimento da matéria seria da competência do juiz estadual, tendo em vista que o objeto da lide, agora, é ato administrativo.

A Junta se estrutura de acordo com a legislação estadual respectiva. Na maioria das unidades federativas, tem-se preferido revesti-la da natureza de autarquia, com autonomia administrativa e financeira; noutras, ela é apenas um órgão da administração direta, normalmente integrante da Secretaria da Justiça. Em qualquer caso, ela deve possuir, por força da legislação federal, os seguintes órgãos: a Presidência, o Plenário, as Turmas, a Secretaria-Geral

e a Procuradoria. A Presidência é responsável pela direção administrativa da Junta, bem como pela sua representação. O Plenário é composto por vogais (no mínimo 11 e no máximo 23: Lei n. 10.194/2001), que representam empresários, advogados, economistas, contadores e a administração pública. Trata-se do órgão deliberativo de maior hierarquia, na estrutura da Junta. Os membros do Plenário dividem-se em Turmas, compostas por 3 vogais cada, que também são órgãos deliberativos. Por fim, a Secretaria-Geral executa os atos de registro e desempenha tarefas de suporte administrativo; e a Procuradoria exerce funções de consultoria, advocacia judicial nos feitos de interesse da Junta, e de fiscalização da aplicação da lei, regulamentos e normas.

4.2. Atos do Registro de Empresas

São três os atos compreendidos pelo registro de empresas: a matrícula, o arquivamento e a autenticação (Lei n. 8.934/94, art. 32). A *matrícula* e seu cancelamento dizem respeito a alguns profissionais cuja atividade é, muito por tradição, sujeita ao controle das Juntas. São os leiloeiros, tradutores públicos e intérpretes comerciais, trapicheiros e administradores de armazéns-gerais. Estes agentes apenas exercem suas atividades de forma regular, quando matriculados no registro de empresas.

O *arquivamento* se refere à grande generalidade dos atos levados ao registro de empresas. Assim, os de constituição, alteração, dissolução e extinção de sociedades empresárias são arquivados na Junta. Também serão objeto de arquivamento a firma individual (com que o empresário pessoa física explora sua empresa), os atos relativos a consórcio e grupo de sociedades, as autorizações de empresas estrangeiras e as declarações de microempresa. Do mesmo modo, será arquivado qualquer documento que, por lei, deva ser registrado pela Junta Comercial, como, por exemplo, as atas de assembleias gerais de sociedades anônimas. Esses documentos todos, de registro obrigatório, só produzem efeitos jurídicos válidos, após a formalidade do arquivamento.

Não se devem omitir, por fim, os documentos que não estão sujeitos a registro obrigatório, mas são do interesse de empresários ou das empresas, como as procurações com a cláusula *ad negotia*. Se o empresário desejar, para conferir maior segurança às suas relações jurídicas e dotar certos atos

de maior publicidade, ele poderá registrar esses documentos na Junta. O ato registrário será, neste caso também, o arquivamento. Porém, como o registro desses documentos é meramente facultativo, não pode ser tomado como condição de validade ou eficácia do negócio jurídico a que correspondem.

O terceiro ato do registro de empresas é a *autenticação*, relacionada aos instrumentos de escrituração (livros contábeis, fichas, balanços e outras demonstrações financeiras etc.) impostos por lei aos empresários em geral.

Os atos do registro de empresas praticados pelas Juntas Comerciais são a matrícula, o arquivamento e a autenticação.

Os atos do registro de empresas têm alcance formal, apenas. Quer dizer, a Junta não aprecia o mérito do ato praticado, mas exclusivamente a observância das formalidades exigidas pela lei, pelo decreto regulamentar e pelas instruções do DNRC. Assim, se a maioria dos sócios de uma sociedade limitada resolve expulsar um minoritário que está concorrendo com a própria sociedade, não caberá à Junta verificar se é verdadeiro ou não o fato ensejador da expulsão. Sua competência se exaure na apreciação dos requisitos formais de validade e eficácia do instrumento — por exemplo, se a alteração contratual está assinada pela maioria societária, se o contrato social não contém cláusula restritiva de sua alteração apenas com a assinatura da maioria, se consta a qualificação completa dos sócios etc. Se ela extrapolar suas atribuições, indeferindo o arquivamento pelo mérito, será cabível mandado de segurança contra o despacho denegatório de registro, em favor dos sócios majoritários. Da mesma forma, caberá, em favor do minoritário expulso, a revisão judicial do despacho concessivo, se a Junta registrar o ato, a despeito da inobservância de determinada formalidade.

4.3. Procedimentos e Regimes

Os atos sujeitos a arquivamento devem ser encaminhados à Junta Comercial nos 30 dias seguintes à sua assinatura (salvo no caso de ata de assembleia de sócio na sociedade limitada, que deve ser encaminhada no

prazo de 20 dias — CC, art. 1.075, § 2º). Por exemplo, a alteração do contrato social de uma sociedade limitada, que admita um novo sócio, deve ser entregue ao protocolo da Junta dentro daquele prazo. Nesta hipótese, os efeitos do registro se produzirão a partir da data da assinatura do documento. Ou seja, o sócio será considerado participante da sociedade desde a data constante da alteração contratual, embora o arquivamento possua data posterior. Se o prazo da lei, contudo, não for observado, o arquivamento só produzirá efeitos a partir do ato administrativo concessivo do registro, que será proferido pelo vogal ou pelo funcionário da Junta. Nesta última hipótese, o ingressante somente será considerado legalmente sócio, a partir da data do arquivamento, mesmo que posterior à data em que havia contratado sua entrada na sociedade.

Como se afirmou acima, a Junta tem competência apenas para apreciar a *forma* do ato submetido ao seu exame, para fins de arquivamento. Se constatar a existência de vício formal sanável, a Junta Comercial concederá 30 dias para que o interessado corrija o ato (na linguagem da lei, o “processo será colocado em exigência”). Prevê a lei que, ultrapassado esse prazo, o saneamento do vício será tratado como novo pedido, incidindo as taxas correspondentes (art. 40, § 3º). Se a parte não se conformar com a exigência, poderá, nos mesmos 30 dias, apresentar um pedido de reconsideração, hipótese em que se opera a interrupção do prazo para o seu atendimento (o Dec. n. 1.800/96, no art. 65, § 2º, fala, incorretamente, em *suspensão*). Mantida a decisão que determina o saneamento do vício, será ainda interponível recurso ao Plenário e, na sequência, ao Ministro do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. O julgamento deste último encerra a instância administrativa, restando ao interessado apenas a via judicial para discussão da validade da exigência.

Se insanável o vício constatado pela Junta, será o arquivamento indeferido, podendo o interessado valer-se dos mesmos pedidos revisionais e recursos administrativos acima. Insanável é o vício que compromete um requisito de validade do ato submetido a exame. Por exemplo, um contrato de sociedade celebrado por pessoa incapaz, sem a devida assistência ou representação legal. Distingue-se dos vícios sanáveis, na medida em que estes últimos não comprometem a validade do ato, mas apenas a sua eficácia ou registrabilidade. Exemplo de vício sanável é o de contrato de sociedade a

que falte cláusula declaratória do objeto. A única consequência da distinção entre uma e outra categoria de vício está relacionada ao pagamento das taxas de serviço, na hipótese de reapresentação do documento, nos 30 dias seguintes ao indeferimento. Se a Junta considerar insanável vício que, na verdade, não o é, o interessado que reapresentar o instrumento no prazo legal poderá exigir a dispensa do pagamento de novas taxas.

A matrícula, o arquivamento e a autenticação de atos pela Junta Comercial submetem-se a dois regimes distintos: de um lado, o regime de *decisão colegiada*; de outro, o de *decisão singular*. Trata-se de um sistema desburocratizante, implantado, com outras denominações (regime *ordinário* e *sumário*, respectivamente), no então registro do comércio, em 1981. O regime de decisão colegiada é reservado para a tramitação de atos de maior complexidade, enquanto o de decisão singular se observa no registro dos menos complexos. Em termos precisos, submete-se à decisão colegiada das Turmas o arquivamento de atos relacionados às sociedades anônimas, consórcios e grupos de sociedade, bem como os pertinentes às operações de transformação, incorporação, fusão e cisão (Lei n. 8.934/94, art. 41, I). Submete-se, por outro lado, à decisão colegiada em Plenário o julgamento de recursos administrativos interpostos contra atos praticados pelos demais órgãos da Junta (Lei n. 8.934/94, arts. 19 e 41, II). Ao seu turno, o regime de decisão singular é observado no registro de todos os demais atos, como a alteração de contrato de sociedade limitada, a matrícula de leiloeiro, a autenticação do livro de registro de duplicatas etc. Neste caso, a análise do atendimento às formalidades legais é feita individualmente por um vogal, ou mesmo por funcionário da Junta com comprovados conhecimentos de direito comercial e registro de empresas, em ambos os casos designados pelo Presidente (Lei n. 8.934/94, art. 42).

Existem dois regimes de tramitação de processos no âmbito do registro de empresas: o regime de decisão singular e o de decisão colegiada. O primeiro diz respeito aos atos em geral, enquanto o último está reservado aos atos mais complexos e julgamento de recursos.

Os atos submetidos a registro devem ser apreciados pela Junta no prazo legal. Para os atos sujeitos ao regime de decisão colegiada, a lei prescreveu o prazo de 5 dias úteis; para os demais, 2 dias úteis, sempre a contar do protocolo na Junta. Se o prazo é ultrapassado, considera-se registrado o ato para todos os efeitos legais. É a aprovação por decurso de prazo, bastante comum no direito administrativo (o instituto existe, por exemplo, na expedição de licença para construção, na aprovação de atos de concentração pelo CADE etc.). O registro por decurso de prazo, contudo, poderá vir a ser desconstituído se, a pedido de qualquer interessado, a Procuradoria identificar no ato a inobservância de alguma formalidade legal inafastável (Lei n. 8.934/94, art. 43).

4.4. Consequências da Falta do Registro: Sociedade Empresária Irregular

A principal sanção imposta à sociedade empresária que explora irregularmente sua atividade econômica, isto é, que funciona sem registro na Junta Comercial, é a responsabilidade ilimitada dos sócios pelas obrigações da sociedade. O arquivamento do ato constitutivo da pessoa jurídica — contrato social da limitada, ou os estatutos da anônima — no registro de empresas é condição para a limitação da responsabilidade dos sócios. A natureza desta responsabilidade limitada — se direta ou subsidiária — depende da posição adotada pelo sócio na gestão dos negócios sociais. O sócio que se apresentou como representante da sociedade tem responsabilidade *direta*, enquanto os demais, *subsidiária* (CC, art. 990), a menos que tenham tido a intenção de constituir uma sociedade anônima, hipótese em que responderão solidária, direta e ilimitadamente pelas obrigações nascidas da atividade irregular. A matéria será aprofundada noutra oportunidade (Cap. 28, item 6). Por ora, importa deixar assente que os sócios poderão vir a responder com o seu próprio patrimônio, por todas as obrigações da sociedade, se não for providenciado o registro do respectivo ato constitutivo na Junta Comercial.

Além dessa sanção, a sociedade empresária irregular não tem legitimidade ativa para o pedido de falência de outro comerciante (LF, art. 97, § 1º) e não pode requerer a recuperação judicial (LF, art. 51, V).

A falta do registro na Junta Comercial importa, também, a aplicação de sanções de natureza fiscal e administrativa. Assim, o descumprimento da obrigação comercial acarretará a impossibilidade de inscrição da pessoa jurídica no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ), e nos cadastros estaduais e municipais; também impossibilitará a matrícula do empresário no Instituto Nacional da Seguridade Social. Aliás, são simultâneos o registro na Junta e a matrícula no INSS (Lei n. 8.212/92, art. 49, I). A falta do CNPJ, inclusive, além de dar ensejo à incidência de multa pela inobservância da obrigação tributária instrumental, impede o empresário de entabular negócios regulares; sua atividade fica forçosamente restrita ao universo da economia informal.

4.5. Empresário Rural e Pequeno Empresário

Ao dispor sobre a obrigação geral imposta aos empresários de se inscreverem na Junta Comercial antes de darem início à exploração de sua atividade, cuidou a lei de excepcionar duas hipóteses: a dos empresários rurais e pequenos empresários. Estes, embora explorem profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, merecem tratamento específico por razões diversas.

Atividade econômica rural é a explorada normalmente fora da cidade. Certas atividades produtivas não são costumeiramente exploradas em meio urbano, por razões de diversas ordens (materiais, culturais, econômicas ou jurídicas). São rurais, por exemplo, as atividades econômicas de plantação de vegetais destinadas a alimentos, fonte energética ou matéria-prima (agricultura, reflorestamento), a criação de animais para abate, reprodução, competição ou lazer (pecuária, suinocultura, granja, equinocultura) e o extrativismo vegetal (corte de árvores), animal (caça e pesca) e mineral (mineradoras, garimpo).

As atividades rurais, no Brasil, são exploradas em dois tipos radicalmente diferentes de organizações econômicas. Tomando-se a produção de alimentos, por exemplo, encontra-se na economia brasileira, de um lado, a agroindústria (ou agronegócio) e, de outro, a agricultura familiar. Naquela, emprega-se tecnologia avançada e mão de obra assalariada (permanente e temporária), há a especialização de culturas em grandes áreas de cultivo; na familiar, trabalham o dono da terra e seus familiares, um ou

outro empregado, e são relativamente mais diversificadas as culturas e menores as áreas de cultivo. Convém registrar que, ao contrário de outros países, principalmente na Europa, em que a pequena propriedade rural sempre teve e continua tendo importância econômica no encaminhamento da questão agrícola, entre nós, a produção de alimentos é altamente industrializada e concentra-se em grandes empresas rurais. Por isso a reforma agrária, no Brasil, apesar do que parece ter sido o entendimento dos constituintes de 1988 (CF, art. 187, § 2º), não é solução de nenhum problema econômico, como foi para outros povos; destina-se a solucionar apenas problemas sociais de enorme gravidade (pobreza, desemprego no campo, crescimento desordenado das cidades, violência urbana etc.).

Em vista destas características da agricultura brasileira, o Código Civil reservou para o exercente de atividade rural um tratamento específico (arts. 971 e 984). Ele está dispensado de requerer sua inscrição no registro das empresas, mas pode fazê-lo. Se optar por se registrar na Junta Comercial, será considerado empresário e submeter-se-á ao regime correspondente. Neste caso, deve manter escrituração regular, levantar balanços periódicos e pode falir ou requerer a recuperação judicial. Sujeita-se, também, às sanções da irregularidade no cumprimento das obrigações gerais dos empresários. Caso, porém, o empresário rural não requeira a inscrição no registro das empresas, não se considera juridicamente empresário e seu regime será o do direito civil (claro, se a atividade for exercida em sociedade, os seus atos constitutivos devem ser levados ao Registro Civil de Pessoas Jurídicas). A primeira — regime de direito empresarial — deve ser a opção do agronegócio, da grande indústria agrícola; a última — regime de direito civil —, a predominante entre os titulares de negócios rurais familiares.

Estão dispensados da exigência de prévio registro na Junta Comercial, imposta aos empresários em geral, os pequenos empresários (isto é, os microempresários e empresários de pequeno porte) e os empresários rurais. Estes últimos, se quiserem, podem requerer o registro na Junta Comercial, mas ficarão sujeitos ao mesmo regime dos demais empresários: dever de escrituração e levantamento de balanços anuais, decretação de falência e requerimento de recuperação judicial.

O microempresário e o empresário de pequeno porte, por sua vez, têm constitucionalmente assegurado o direito a tratamento jurídico diferenciado, com o objetivo de estimular-lhes o crescimento com a simplificação, redução ou eliminação de obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias (CF, art. 179). O Código Civil, aparentemente em consonância com o preceito constitucional, dispensou o “pequeno empresário” da obrigação geral de registro na Junta Comercial (art. 970). O art. 68 da Lei Complementar n. 123/2006 (Estatuto de 2006) define *pequeno empresário* como o empresário individual caracterizado como microempresa e cuja receita bruta anual não ultrapasse R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais). O pequeno empresário do Código Civil, se for optante pelo Simples e atender às demais exigências legais, será considerado “microempreendedor individual”, para fins de gozar de determinados benefícios tributários. Deste modo, a lei acaba criando uma classificação pouco clara, em que o *pequeno empresário* tem receita bruta menor que o *microempresário* e o *empresário de pequeno porte*. Apenas o pequeno empresário, como definido pela lei complementar, está dispensado de inscrição na Junta Comercial.

4.6. Inatividade da Empresa

Uma das inovações trazidas pela lei de 1994 é a figura da inatividade da empresa (art. 60). Trata-se da situação em que se encontra a sociedade que não solicita arquivamento de qualquer documento, por mais de uma década. A inatividade, que pode também dizer respeito a empresários individuais, parece-me criação do direito brasileiro. Não conheço instituto similar no direito comparado.

A sistemática é a seguinte: se a sociedade empresária não praticou, em dez anos, nenhum ato sujeito a registro, ela deve tomar a iniciativa de comunicar à Junta a sua intenção de manter-se em funcionamento. A hipótese, evidentemente, diz respeito às sociedades limitadas, e não às anônimas. Somente as primeiras podem passar tanto tempo sem praticar ato passível de arquivamento e, mesmo assim, não incorrer em qualquer irregularidade. A companhia que se encontra nessa situação, necessariamente deixou de dar

cumprimento a certas obrigações legais (levantamento de demonstrações financeiras, renovação do mandato de diretores, realização de assembleias ordinárias etc.). Pois bem, se a sociedade não providenciar a comunicação de intenção de funcionamento, a Junta instaura um procedimento para o cancelamento do registro, passando a considerar a empresa inativa.

A inatividade da empresa decorre da falta de arquivamento de qualquer documento na Junta Comercial, no período de dez anos.

Prevê a lei que a Junta, após o cancelamento do arquivamento, deve comunicar o fato às autoridades arrecadoras (isto é, à receita federal, estadual e municipal, bem como ao INSS e à Caixa Econômica Federal, que administra o FGTS), para que elas adotem as providências que o caso recomenda; em geral, a responsabilização do sócio ou sócios que exerciam a gerência da sociedade dissolvida.

A inatividade da empresa e o conseqüente cancelamento do registro da sociedade não significam o mesmo que a sua dissolução determinada administrativamente. Ou seja, a figura da inatividade não corresponde a uma terceira modalidade de dissolução de sociedade. O direito societário brasileiro conhece apenas a dissolução judicial (determinada pelo juiz) e a amigável (avençada entre os sócios). Não existe instrumento legal para a sua imposição por ato da autoridade administrativa encarregada do registro — a Junta Comercial. Se a sociedade, a despeito da decretação de sua inatividade, continuar a funcionar, será considerada empresária irregular, sofrendo as conseqüências já examinadas (item 4.3). É este o seu *status* jurídico.

5. ESCRITURAÇÃO

Os empresários têm o dever de manter a escrituração dos negócios de que participam (CC, art. 1.179). Ou seja, o exercício regular da atividade

empresarial pressupõe a organização de uma contabilidade, a cargo de profissionais habilitados. Não há empresário regular que possa prescindir dos serviços do contador, seja contratando-o como empregado, seja como profissional autônomo. Historicamente, o primeiro instrumento de escrituração foi o *livro mercantil*, ou simplesmente livro. Hoje em dia, embora existam outros instrumentos igualmente admitidos pelo registro de empresas (a saber: conjunto de fichas ou folhas soltas, conjunto de folhas contínuas, microfichas geradas por microfilmagem de saída direta de computador e o livro digital), a expressão *livro* conserva ainda o sentido genérico designativo do instrumento de que o empresário se vale, para dar cumprimento ao dever legal de escrituração do seu negócio.

“A consciência do comerciante está escrita nos seus livros; neles é que o comerciante registra todas as suas ações; são, para ele, uma espécie de garantia (...). Quando surgem contestações, é preciso que a consciência do juiz fique esclarecida; e é então que os livros são necessários, pois que eles são os confidentes das ações do comerciante” (Exposição de Motivos do Código de Comércio Napoleônico, de 1807; Valverde, 1960:25).

A escrituração das operações realizadas pelo empresário atende, inicialmente, uma necessidade do próprio exercente da atividade econômica. O comerciante, na Idade Média, logo sentiu que era condição indispensável, para o controle de seu negócio, registrar os valores que recebia e despendia, que tomava emprestado ou emprestava, dos créditos concedidos e das obrigações assumidas. Para que, ao término de uma feira, ou do ano, o comerciante pudesse avaliar os resultados de seu comércio, com vistas a manter ou alterar suas decisões negociais daí em diante, ele necessitava de registros desse tipo. A primeira função da escrita mercantil — num sentido meramente esquemático, e não histórico — tem natureza *gerencial*.

Outra função dos registros das operações realizadas pelo comerciante estava relacionada à necessidade de demonstração dos resultados da atividade comercial para outras pessoas. Muitas vezes, o comerciante possuía sócios em determinadas expedições, com os quais repartiria os

lucros. A demonstração da justeza do valor que o comerciante trazia ao sócio, a título de participação nos resultados da empreitada, dependia da confiança depositada nos números apresentados, os quais eram extraídos dos registros. Em decorrência desse uso, o lançamento dos valores passou a reclamar uma certa técnica, um padrão que pudesse ser compreendido por qualquer pessoa minimamente familiarizada com o respectivo método. Enquanto a escrituração tem apenas função gerencial, o próprio comerciante decide como vai nomear os valores que registra, quais agrupará sob determinadas rubricas, se cabe fazer provisões ou não. Quando, porém, a escrituração passa a ter função *documental*, ela não pode mais ser feita sem critérios uniformes e reconhecidos como pertinentes pelos destinatários. Assim, entre os séculos XIV e XV, na península itálica, começou a se desenvolver o sistema de “partidas dobradas”, em que cada operação é lançada duas vezes, a crédito de uma pessoa e a débito de outra, dando início à construção de um saber específico, crescentemente complexo, que é a contabilidade (Valverde, 1960:21/23).

A terceira função da escrituração do empresário é *fiscal*, isto é, está relacionada ao controle da incidência e pagamento de tributos. Pesquisas arqueológicas revelam a existência de registros de operações econômicas, para servirem ao controle das finanças públicas, já na Babilônia da Antiguidade (Sandroni, 1985:66). O poder político feudal e o estado moderno, aos seus tempos, tributaram as operações comerciais, mas foi, principalmente, a partir do desenvolvimento propiciado pela Revolução Industrial, e em razão das necessidades ligadas à sua função fiscal, que os registros das operações realizadas pelos empresários passam a ser normatizados, e não podem mais ser feitos por pessoas não especializadas. A primeira lei a tornar obrigatória a escrituração mercantil foi a ordenança sobre o câmbio, editada em 1539, no reinado de Francisco I, em França. Esta norma impunha a prévia autorização estatal para o exercício da atividade de câmbio, e a escrituração de todas as operações era exigida para fins de controle dos agentes autorizados. Posteriormente, em 1673, a obrigatoriedade foi estendida pelo direito francês a todos os comerciantes (Valverde, 1960:23/24; Ripert-Roblot, 1947:312/313).

A escrituração possui, portanto, três funções. Serve de instrumento à tomada de decisões administrativas, financeiras e comerciais, por parte dos

empresários e dos dirigentes da empresa; serve de suporte para informações do interesse de terceiros, como sócios, investidores, parceiros empresariais, bancos credores ou órgão público licitante; e serve também para a fiscalização do cumprimento de obrigações legais, inclusive e principalmente de natureza fiscal. Em suma, serve ao controle interno e externo do exercício da atividade empresarial (Nigro, 1978:259/307). No direito brasileiro, a previsão genérica do dever de escrituração está no art. 1.179 do Código Civil, para a sociedade empresária limitada e demais empresários, e no art. 177 da LSA, para a anônima.

São três as funções da escrituração: gerencial, documental e fiscal.

O empresário está obrigado a manter livros (ou outra modalidade de instrumento de escrituração), que são documentos unilaterais, que registram atos e fatos reputados importantes pela lei para o regular funcionamento da empresa. Os livros que os empresários devem possuir, contudo, não são todos “contábeis”, em sentido estrito. Quer dizer, alguns servem à memória dos valores relacionados às operações de compra e venda, mútuo, liquidação de obrigações etc. — em síntese, o quanto o empresário deve gastar ou receber, num determinado período. Outros servem à memória de dados fáticos, como o livro de registro de empregados (CLT, art. 41) ou o de atas das assembleias gerais (LSA, art. 100, IV), ou da prática de atos jurídicos, como o livro de registro de transferência de ações nominativas (LSA, art. 100, II). Chamem-se os primeiros livros *contábeis*, e os outros livros *simplesmente memoriais*.

A disciplina da escrituração de um livro contábil pode se encontrar na legislação comercial ou tributária. Em função disso, a doutrina costuma classificar os livros em mercantis ou fiscais. Não existe, contudo, nenhuma diferença entre os livros de uma ou outra dessas categorias, no tocante aos requisitos de sua escrituração, às hipóteses de exibição judicial, ou perante autoridade administrativa, e às responsabilidades do empresário pela sua falta ou irregularidade. A classificação, assim, não se justifica senão para

fins didáticos: ao direito comercial, enquanto disciplina curricular, cabe enumerar os livros mercantis; ao direito tributário, os fiscais. Reafirme-se, contudo, que é idêntico o regime jurídico atinente aos livros contábeis exigidos pela lei comercial e pela lei tributária.

Os livros simplesmente memoriais, por sua vez, são obrigatórios pela legislação mercantil ou trabalhista — o direito do trabalho impõe aos empregadores a escrituração de dois livros: o de registro de empregados (CLT, art. 41) e o denominado *Inspeção do Trabalho* (CLT, art. 628, § 1º) —, e sua confecção costuma ser menos complexa que a dos livros contábeis. A diferença principal é a de que neles não é necessária uma contabilidade, mas apenas o assentamento de dados fáticos e, eventualmente, a aposição da assinatura dos sujeitos do ato ou negócio jurídico objeto de registro. À semelhança dos contábeis, os livros simplesmente memoriais também podem ser elaborados em instrumento alternativo, como as microfichas geradas por meio de microfilmagem de saída direta de computador. Há, por fim, livros simplesmente memoriais de escrituração imposta apenas a determinados empresários, e tendo em vista o atendimento a objetivos de outros ramos do direito. É o caso dos livros *registro de entrada e saída* e *registro de uso de placas de experiência*, que o Código de Trânsito Brasileiro impõe aos empresários que reformam, recuperam, compram, vendem ou desmontam veículos, usados ou novos (Lei n. 9.503/97, art. 330), para fins de repressão a ilícitos penais.

5.1. Espécies de Livros

Os livros contábeis e os simplesmente memoriais se classificam, segundo a exigibilidade de sua escrituração, em obrigatórios e facultativos. Obrigatórios são os livros cuja escrituração é imposta aos empresários; a sua falta implica sanções. Já os facultativos (por vezes, chamados *auxiliares*) são os que o empresário escreve para fins gerenciais, ou seja, exclusivamente para extrair subsídios às decisões que deve tomar à frente da empresa; por evidente, sua falta não implica sanções.

O primeiro livro obrigatório, referido em legislação de direito comercial, que se deve mencionar é o *Diário*. O Código Comercial, em 1850, já o obrigava a todos os comerciantes, juntamente com outro livro — o *Copiador de Cartas*. Em 1969, a lei aboliu a obrigatoriedade deste último, mas

manteve a do *Diário* (Dec.-lei n. 486/69, arts. 5º e 11). O Código Civil também prevê a obrigatoriedade apenas deste livro, esclarecendo que pode ser substituído por fichas no caso de escrituração mecanizada ou eletrônica (art. 1.180). Trata-se de livro contábil, em que se devem lançar, dia a dia, diretamente ou por reprodução, os atos ou operações da atividade empresarial, bem como os atos que modificam ou podem modificar o patrimônio do empresário. Até 1984, todos os empresários comerciais, independentemente de seu porte econômico, ou ramo de atividade a que se dedicavam, ou tipo societário de que se revestiam, estavam obrigados à escrituração desse livro. Como nenhum empresário estava dispensado de o possuir, a doutrina o classificava como livro *obrigatório comum* (Requião, 1971:132).

Em 1984, a lei passou a dispensar ao microempresário (e, posteriormente, também ao empresário de pequeno porte) tratamento favorecido, visando criar condições mais favoráveis ao seu desenvolvimento. Nesse contexto, preocupou-se a lei em abrandar ou, por vezes, suprimir a obrigação de manter escrituração. Este tema será objeto de estudo à frente (subitem 5.8). Por enquanto, basta o registro de que o livro *obrigatório comum* (Diário) tem a sua escrituração imposta aos empresários em geral, mas não aos microempresários e empresários de pequeno porte.

Outro livro contábil que a legislação mercantil disciplina é o *Registro de Duplicatas* (Lei n. 5.474/68, art. 19). Sua obrigatoriedade não diz respeito a todos os empresários, mas somente aos que emitem duplicata mercantil ou de prestação de serviços. A exigência alcança até mesmo os microempresários e empresários de pequeno porte, caso eles pretendam sacar a duplicata, para cobrança dos devedores ou desconto bancário. Note-se que a emissão de duplicata é sempre facultativa; em nenhum caso está o comerciante ou o prestador de serviços obrigado a documentar o seu crédito por meio especificamente deste título. Contudo, se optar por sua emissão, o empresário fica sujeito à obrigatória escrituração daquele livro. Desse modo, se o empresário, de qualquer porte econômico, não emite duplicatas, preferindo documentar os créditos que titulariza por meio de outros instrumentos (nota promissória, contratos, cartas comerciais etc.), não se pode exigir-lhe a escrituração do *Registro de Duplicatas*. Entre os simplesmente memoriais, são obrigatórios pela legislação de direito

comercial os livros próprios das sociedades anônimas (LSA, art. 100), em que são registradas as atas das assembleias gerais e de outros órgãos societários, a presença dos acionistas nas assembleias gerais, os dados cadastrais dos acionistas, os atos de transferência da titularidade das ações nominativas. Também as limitadas que realizam assembleias de sócios devem escriturar o *livro de atas da assembleia* (CC, art. 1.075, § 1º), as que possuem conselho fiscal, o *livro de atas e pareceres do conselho fiscal* (art. 1.069, II), e aquelas cujos administradores não são nomeados no contrato social, mas em ato separado, o *livro de atas da administração*, em que devem ser lavrados os termos de posse (art. 1.062).

Por fim, os livros facultativos. Neste grupo pode-se incluir qualquer tipo de registro ordenado e uniforme que os empresários realizam, para controle do andamento de seus negócios, ou memória de decisões. Não é comum esta prática, mas, em tese, nada impede que um empresário crie métodos próprios de contabilizar os seus negócios e os utilize. Claro que o livro facultativo tem valor meramente gerencial e, mesmo quando autenticado pela Junta Comercial, não terá a eficácia probatória que a lei confere aos livros obrigatórios. O direito argentino, a propósito, contempla norma positiva expressa estabelecendo que os livros facultativos não podem servir de prova em favor do comerciante, salvo se os obrigatórios se tiverem perdido sem culpa a ele imputável.

5.2. Regularidade na Escrituração

A confecção dos livros simplesmente memoriais não apresenta a mesma complexidade que a escrituração dos contábeis. Claro que, por vezes, a redação de uma ata de assembleia geral exige conhecimentos técnicos especializados, para que a deliberação dos acionistas produza validamente todos os efeitos jurídicos pretendidos. Em geral, contudo, costuma ser menos complexa a elaboração dos livros que prescindem da forma contábil. De qualquer modo, a escrituração se considera regular quando atende a determinadas condições preceituadas em lei, ou seja, aos requisitos intrínsecos e extrínsecos.

Os requisitos intrínsecos da escrituração mercantil dizem respeito à técnica apropriada de sua elaboração. Em primeiro lugar, o uso do idioma português é obrigatório. Não se considera regular o livro mercantil, qualquer

que seja, escriturado em língua estrangeira. Além disso, não podem existir intervalos, entrelinhas, borraduras, rasuras, emendas, anotações à margem ou notas de rodapé. Qualquer ocorrência desse tipo, ou mesmo indício de adulteração, compromete a confiabilidade dos registros correspondentes, ainda que não haja prova de má-fé ou fraude. Quando se trata de livro contábil, os requisitos intrínsecos estão relacionados aos métodos de contabilidade geralmente aceitos entre os profissionais da área, e são detalhados pelo art. 1.183 do Código Civil (art. 2º do Dec.-lei n. 486/69). Quer dizer, além das condições já referidas, o livro contábil deve ainda observar os seguintes parâmetros: moeda nacional, individualização (ou seja, a consignação expressa das principais características dos documentos que dão sustentação ao lançamento: Dec. n. 64.567/69, art. 2º), clareza e ordem cronológica de dia, mês e ano.

Código Civil

Art. 1.183. A escrituração será feita em idioma e moeda corrente nacionais e em forma contábil, por ordem cronológica de dia, mês e ano, sem intervalos em branco, nem entrelinhas, borrões, rasuras, emendas ou transportes para as margens.

Os requisitos extrínsecos visam conferir segurança jurídica ao livro. São formalidades que definem a responsabilidade pela escrituração — identificando o empresário e o seu contador — e, em tese, podem dificultar alterações nos lançamentos feitos. São três: termo de abertura, termo de encerramento e autenticação da Junta Comercial. Pela lógica, a primeira providência do contador contratado pelo empresário seria lavrar o termo de abertura para, na sequência, proceder aos lançamentos das operações. Quando terminasse o livro, o contador lavraria o termo de encerramento e o encaminharia à Junta, para a autenticação. Na prática, contudo, não é necessariamente assim. A Junta autentica livros em branco, desde que tenham sido já lavrados os termos de abertura e encerramento (IN-DNRC n. 65/97, art. 5º, I).

5.3. Processos de Escrituração

Já vai longe no tempo a figura do antigo “guarda-livros”, a quem os comerciantes encarregavam a tarefa de, manualmente, lançar os registros contábeis e fazer as demais anotações e cópias de correspondência, indispensáveis ao controle da atividade comercial. Nesta época, utilizavam-se livros encadernados e com páginas numeradas tipograficamente, adquiridos em papelarias. No Brasil, a primeira grande transformação, neste cenário, ocorreu em 1967, quando se passou a admitir, em substituição ao processo manual, o mecanográfico. Isto é, o contador, valendo-se de uma “máquina de escrever”, datilografava os lançamentos em fichas soltas que, posteriormente, eram encadernadas junto com as folhas dos termos de abertura e de encerramento. Feito isto, o livro assim organizado era *legalizado* pela Junta Comercial. Em 1968, foi regulamentada a microfilmagem dos documentos, inclusive livros e demais instrumentos contábeis. Em 1972, ocorreu outra grande transformação no sistema de escrituração mercantil, que foi a disciplina do processo eletrônico. Os computadores imprimiam os lançamentos contábeis em “formulário contínuo, com as subdivisões numeradas tipograficamente”. Em seguida, as subdivisões eram destacadas e encadernadas para, junto com os termos de abertura e encerramento, serem levadas à Junta.

A partir dos anos 1990, com a disseminação, no Brasil, do uso do microcomputador (os *Personal Computers*) entre empresários e contadores, os lançamentos contábeis passaram a ser digitados em programas de cálculo e, posteriormente, impressos em folhas soltas. Encadernadas junto com os termos legais, são então levadas à autenticação pela Junta. Há, ainda, a alternativa de microfichas geradas por meio de microfilmagem de saída direta de computador (COM), cuja utilização é admitida pelo DNRC.

Os processos mecanográfico, eletrônico e com o uso de microcomputador mencionados até aqui, embora representem inegável avanço em relação à escrita manual, na verdade acabam, tanto quanto esta, gerando lançamentos em meio-papel. A partir de 2006, o DNRC passou a admitir a elaboração, processamento e armazenamento da escrituração do empresário exclusivamente em meio eletrônico. Denominou a alternativa de *livro digital*, instrumento contábil que pode, mas não precisa, ser impresso em papel. O livro digital é autenticado pelas Juntas Comerciais eletronicamente,

mediante a aposição de certificado digital e selo cronológico digital, na conformidade das regras da Infraestrutura Brasileira de Chaves Públicas — ICP-Brasil (IN 102/2006). Alguns empresários, aliás, são obrigados a manter sua escrituração em meio eletrônico (isto é, em livros digitais) em razão de norma tributária (Dec. n. 6.022/2007).

5.4. Extravio e Perda da Escrituração

A falta de um instrumento de escrituração obrigatório implica sanções ao empresário. Deste modo, ocorrendo extravio, deterioração ou destruição de livros, fichas ou microfichas já autenticadas pela Junta Comercial, o empresário deve adotar certas providências, exigidas pelo registro de empresas, para não sofrer as sanções relacionadas à falta da escrituração. Em primeiro lugar, é necessário providenciar a publicação, em jornal de grande circulação na sede do estabelecimento correspondente, de um aviso relativo à ocorrência. Em segundo, nas quarenta e oito horas que se seguirem à publicação, o empresário deve apresentar na Junta Comercial uma comunicação, com detalhado relato do fato. Após essas providências, o empresário poderá recompor sua escrituração, adotando o mesmo número de ordem do instrumento extraviado ou perdido, para fins de a submeter à autenticação. A segunda via do livro ou instrumento de escrituração, após o atendimento destas cautelas e formalidades, produzirá, em princípio, os mesmos efeitos jurídicos da primeira. Claro que, uma vez demonstrada a fraude na substituição do livro mercantil — o empresário, na verdade, inutilizou o original —, a segunda via tem a sua eficácia probatória limitada ou comprometida. Quando presentes as cautelas e formalidades acima, no entanto, presume-se regular a substituição do instrumento de escrituração, recaindo sobre a parte adversa o ônus de prova de eventuais fraudes.

5.5. Exibição dos Livros

O Código Civil consagra o princípio do sigilo dos livros comerciais (art. 1.190). Considerava-se que o comerciante tinha o direito de manter reservadas informações que somente lhe diziam respeito, como os seus ganhos e suas despesas. Claro que a norma se ajusta apenas à figura do comerciante individual, pessoa física, que explora atividade cujos frutos lhe pertencem unicamente. O princípio do sigilo da escrituração mercantil está,

assim, ligado à tutela da privacidade e tem um sentido histórico. Com base no dispositivo legal que o assegurava, o comerciante podia legitimamente se recusar a apresentar seus livros, perante qualquer autoridade, juiz ou Tribunal. No decorrer do Século XX, o princípio do sigilo da escrita mercantil foi paulatinamente sendo excepcionado e, hoje em dia, não pode ser oposto contra autoridades fiscais (CC, art. 1.193), ou contra ordem do juiz (CC, art. 1.191). Sua aplicação ficou, assim, restrita às hipóteses em que a exigência eventualmente parte de órgãos públicos com atuação estranha à apuração e arrecadação de tributos ou contribuição previdenciária — por exemplo, os agentes fiscais do meio ambiente, ou de normas municipais de segurança de uso de imóveis.

Examine-se, primeiro, a exibição dos livros mercantis perante autoridades administrativas com poderes para a determinar. Perante o Poder Executivo, a exibição dos livros mercantis pode ser obrigada pelos agentes de fiscalização da receita (federal, estadual ou municipal) ou do INSS. Os primeiros lastreados no art. 195 do CTN, que afasta a incidência de quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do poder de a fiscalização tributária examinar os livros dos empresários; os do INSS, com base no art. 33, § 1º, da Lei n. 8.212/91 (*lei do custeio da seguridade social*). A fiscalização nesses dois casos, no entanto, segundo considera a jurisprudência dominante (Súmula 439 do STF), não poderá extravasar certos limites; ou seja, deve se ater apenas aos elementos objeto de investigação.

“Estão sujeitos à fiscalização tributária, ou previdenciária, quaisquer livros comerciais, limitado o exame aos pontos objeto de investigação” (Súmula 439 do STF).

Para o exame dos livros do empresário, normalmente, é instaurada uma operação de fiscalização, com a autuação de um procedimento administrativo da receita, ou do INSS. Trata-se de uma formalidade preliminar, que serve também de garantia aos empresários, quanto à natureza

oficial da atuação do funcionário público. Seguem-se, então, duas alternativas: ou é expedida uma intimação ao empresário, para que compareça no posto fiscal, portando seus livros, ou os agentes do órgão público comparecem ao estabelecimento do empresário, ou ao escritório do seu contador, para ali mesmo consultá-los. Se a escrituração dos livros objeto de fiscalização não estiver regular, ou se do seu exame constatarem os fiscais a falta de pagamento do tributo, será lavrado contra o empresário um auto de infração, que abrangerá, além dos valores sonegados, as multas e encargos da lei.

Além da exibição perante órgãos administrativos, quando é inoperante o princípio do sigilo da escrituração mercantil, prevê a lei também a sua decretação pelo juiz. Na verdade, quando a prova de um fato em juízo depende do exame de um livro mercantil, em geral, procede-se comumente à perícia contábil, com a nomeação do perito pelo juiz e indicação dos assistentes técnicos pelas partes. Estes profissionais se dirigem, então, ao estabelecimento do empresário, consultam os livros e, posteriormente, elaboram seus laudos técnicos (ou parecer), que são juntados aos autos judiciais. Trata-se do procedimento usual, plenamente satisfatório para a produção da prova.

A lei processual, no entanto, disciplina também um outro expediente probatório, relacionado à escrituração mercantil, que pressupõe a exibição do livro. Trata-se de sistemática existente em outros direitos, como o argentino por exemplo. Há duas modalidades de exibição judicial: a parcial (CPC, art. 382) e a total (CPC, art. 381). A primeira se viabiliza com a designação de audiência, para que o livro seja apresentado ao juiz. Nesta audiência, extrai-se a suma dos elementos que interessam à demanda (por exemplo, se consta o lançamento do crédito reclamado pela outra parte e se foi feito de modo regular) e reduz-se a termo. É só. Na exibição parcial, o empresário permanece na posse do livro, que não ficará retido em cartório. Por tal razão, esta modalidade de exibição do livro mercantil pode ser decretada pelo juiz de ofício e em qualquer processo de que seja parte o empresário.

Por sua vez, a exibição total importa a retenção dos livros em cartório e a possibilidade de depósito em mãos de litigantes, isto é, o desapossamento do empresário que o escritura. Assim, a lei impede a decretação da medida

em toda e qualquer ação, circunscrevendo as hipóteses em que a exibição total é permitida. Ela só cabe nas ações de liquidação de sociedade, na sucessão por morte de sócio de sociedade empresária ou de empresário individual, administração ou gestão à conta de outrem ou em hipótese expressamente prevista por lei. Exemplo desta última encontra-se no art. 105 da LSA, que assegura aos acionistas com pelo menos 5% do capital social a exibição judicial dos livros da sociedade anônima, quando houver indícios de irregularidades na sua administração; ou no caso de negativa do direito assegurado aos sócios da sociedade limitada regida supletivamente pelo regime das sociedades simples, pelo art. 1.021 do Código Civil. Mesmo nestes casos em que a exibição total é autorizada por lei, o juiz não a pode decretar de ofício, mas apenas para atender a pedido da parte interessada.

Dois outros requisitos se exigem para a exibição judicial dos livros, tanto na modalidade parcial quanto na total: quem requer a exibição deve demonstrar legítimo interesse (Valverde, 1960:89/90), e esta só terá lugar se o empresário que escritura o livro for parte da relação processual.

5.6. Eficácia Probatória dos Livros Mercantis

Seja em razão de perícia contábil, seja por força da exibição determinada pelo juiz, os livros apresentam uma certa eficácia probatória, cujos contornos são fixados pela legislação civil (CC, art. 226) e processual civil (CPC, arts. 378 a 380).

O livro mercantil, enquanto um documento unilateral, em nenhuma hipótese pode fazer prova plena. Se o conjunto probatório como um todo sugere que os lançamentos contábeis não correspondem à verdade dos fatos, não se sustentam em documentos hábeis nem são reforçados por outras provas testemunhais ou periciais, então o juiz pode conferir-lhe valor relativo, ou mesmo desconsiderá-lo. Se, entretanto, o seu exame é a única prova produzida nos autos, ou se as conclusões que dele se extraem são compatíveis com as demais provas, então o juiz irá conferir ao livro o valor que a lei menciona. Neste sentido, o livro pode fazer prova a favor ou contra o empresário que o escriturou.

Para fazer prova *a favor* do seu titular, além da confirmação por outros elementos probatórios (CC, art. 226, *in fine*), duas condições são necessárias: a regularidade na escrituração (ou seja, o atendimento aos

requisitos intrínsecos e extrínsecos) e a isonomia das partes litigantes (quer dizer, a outra parte também deve ser empresário e ter, por isso, como se valer do mesmo meio de prova) (CPC, art. 379). Presentes tais condições, ao empresário basta a perícia ou a exibição de seu livro mercantil, para que seja considerado desonerado dos ônus de prova que lhe cabem. Se for o demandante, nenhuma outra prova terá que produzir para ver julgado procedente o pedido. Se demandado, terá feito prova do fato desconstitutivo do direito do autor. Mas, se o livro não se encontra regularmente escriturado, ou se o empresário está litigando contra um consumidor, a administração pública ou qualquer outro não empresário, a perícia ou a exibição não poderá, sozinha, ser invocada como desencargo do *onus probandi*.

Atualmente, o direito brasileiro admite o uso de meios informatizados não somente para a preparação da escrituração mercantil, como também para a materialização do documento. O papel não é mais o suporte único para a escrituração mercantil. Desse modo, no Brasil, a exemplo do que já se verificava há alguns anos no direito de outros países (cf. Lamberterie, 1992), é cabível a prova, em favor do comerciante, de lançamentos contábeis conservados exclusivamente em meio eletrônico, desde que autenticados pela Junta Comercial por meio das chaves geradas pela ICP-Brasil (Infraestrutura Brasileira de Chaves Públicas).

Para fazer prova *contra* o empresário que o escriturou (CC, art. 226; CPC, art. 378), estas condições não se exigem. Quer dizer, mesmo que o livro apresente irregularidades na escrituração, mesmo que a demanda não envolva apenas empresários, a perícia contábil ou a exibição judicial dão fundamento suficiente para se considerar realizada a prova contrária ao interesse do autor da escrituração examinada (Amaral Santos, 1976:187/188). Como, no entanto, trata-se o livro mercantil de documento unilateral, inábil para a produção de plena prova, admite a lei que o empresário demonstre, por outros meios, que a escrituração não corresponde à verdade dos fatos. Em outros termos, os dados constantes da escrituração mercantil, quando contrários ao interesse perseguido pelo empresário em juízo, criam uma presunção relativa em favor do outro litigante.

Os dados contábeis conservados em meio eletrônico fazem prova contra o empresário que os escriturou. A exigência da autenticação pela Junta, como visto, impõe-se apenas na hipótese de prova judicial favorável ao autor do

instrumento contábil. Para a prova contrária ao empresário responsável pelo tratamento informatizado das informações contábeis, tal formalidade é dispensável. Assim, se a parte adversa teve acesso legítimo àqueles dados contábeis, poderá fazer uso deles em juízo, em oposição ao interesse perseguido ou defendido pelo empresário titular do *banco de dados* correspondente.

Os livros podem fazer prova em processo judicial, tanto em favor do empresário que os escriturou, como contrariamente a ele.

Se, por fim, a perícia contábil ou a exibição judicial permitem a sustentação de dados tanto em favor como contrariamente aos interesses do empresário que escriturou o livro examinado, determina a lei processual que se considerem estes dados como uma unidade. É o princípio da indivisibilidade da escrituração contábil, referida no art. 380 do CPC.

5.7. Consequências da Falta de Escrituração

Devem ser distinguidas duas ordens de consequências da falta de escrituração dos livros: de um lado, as sancionadoras; de outro, as motivadoras. As primeiras importam a penalização do empresário, inclusive pela imputação de responsabilidade penal; as outras apenas negam o acesso do empresário a um benefício de que poderia usufruir caso tivesse cumprido a obrigação. São duas as consequências sancionadoras: na órbita civil, a eventual presunção de veracidade dos fatos alegados pela parte adversa, em medida judicial de exibição de livros; na órbita penal, a tipificação de crime falimentar. São duas, também, as motivadoras: inacessibilidade à recuperação judicial e ineficácia probatória da escrituração.

A medida de exibição judicial de documentos pode ter por objeto a escrituração de um empresário, e está disciplinada nos arts. 355 a 363 do CPC. O pedido pode ter lugar em qualquer processo judicial, ou em procedimento preparatório (CPC, art. 844, II e III). Ao requerer a exibição, o interessado irá aduzir os fatos que pretende provar com a medida. Se o livro

obrigatório não for exibido, ou ostentar irregularidades na parte relevante à demanda, e o empresário tinha a obrigação legal de exibi-lo, o juiz considerará presumivelmente verdadeiros os fatos articulados pelo outro litigante (CPC, art. 359, I e II).

A tipificação do crime falimentar, a seu turno, se encontra no art. 178 da Lei de Falências. Convém acentuar que a falta de escrituração, em si, não é crime. Ou seja, criminoso não é o exercício da atividade empresarial sem a escrituração prevista na lei; criminoso é *falir* sem esta escrituração. Trata-se de crime de perigo a falta ou irregularidade, em caso de falência, dos livros mercantis, porque elas impossibilitam ao juízo falimentar assentar-se em documento seguro, ao examinar as diversas habilitações de credores que se apresentam ao processo de falência. Deste modo, há o perigo de alguém, embora não sendo credor, acabar admitido no quadro de credores (Requião, 1975:152/153).

No campo das consequências motivadoras, o empresário que não cumpre o dever de escriturar regularmente os seus negócios está impedido de obter o benefício da recuperação judicial (LF, art. 51, V). Pela concordata, o empresário com dificuldades de saldar seus compromissos tem assegurada em juízo a redução do valor devido ou a ampliação do prazo de pagamento. Para tanto, deve cumprir certos requisitos que a lei estabelece, entre os quais o de autenticar no registro de empresas os livros obrigatórios. Outra consequência desta ordem é a ineficácia probatória da escrituração, já que o art. 379 do CPC somente reconhece força probante, em favor do empresário que o escritura, ao livro que atende aos requisitos intrínsecos e extrínsecos da lei. Em outros termos, se o empresário deixou de cumprir — ou cumpriu mal — seu dever de manter escrituração regular, ele não se poderá valer, em demanda contra outro empresário, da prerrogativa que lhe confere a legislação processual.

A lei exige que o empresário conserve em boa guarda a escrituração mercantil, enquanto não prescritas as ações relativas às obrigações nela contabilizadas ou não operada a decadência (CC, art. 1.194; Dec.-lei n. 486/69, art. 4º). É difícil falar em um prazo geral, que sirva a todos os casos, exigindo-se, a rigor, o exame casuístico e detalhado de cada lançamento para a definição de um termo seguro, a partir do qual o empresário poderá se desfazer dos livros. Isto porque há inúmeras hipóteses

de suspensão e interrupção de prazos prescricionais, que não podem ser ignorados. Claro que, uma vez prescritas todas as ações, poderá o empresário, se for de seu interesse, inutilizar ou resumir os instrumentos de escrituração. E, neste caso, não poderá sofrer sanção alguma, em decorrência da inutilização ou alteração.

5.8. Escrituração da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte

Como referido anteriormente (subitem 5.1), a lei impõe à generalidade dos empresários a escrituração do livro *Diário*, que é, por esta razão, classificado, na doutrina, como *obrigatório comum*. Desta obrigação, contudo, têm sido poupados os empresários de menor porte, de modo variado, desde 1984.

Naquele ano, foi editado o primeiro *Estatuto da Microempresa* (Lei n. 7.256/84), que estabelecia, entre as medidas de amparo e promoção do microempresário, a dispensa de escrituração mercantil. Enquanto vigorou, os empresários com receita bruta anual inferior ao limite estabelecido na lei, e que podiam por isso usufruir dos benefícios do Estatuto, não estavam obrigados a escriturar o *Diário*. Dez anos após, com a edição do segundo Estatuto (Lei n. 8.864/94), o *da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*, a lei restaurou a obrigatoriedade da escrituração, mas determinou que ela fosse simplificada, postergando para o decreto regulamentar a definição do regime de escrituração próprio a estas categorias de empresário. O decreto regulamentar, entretanto, não foi editado.

Em 1996, foi instituído o programa SIMPLES (*Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte*). Durante a vigência deste programa, o microempresário e o empresário de pequeno porte optantes do SIMPLES não estavam obrigados à escrituração do *Diário*, mas de dois outros livros: o *Caixa*, com registro de toda a movimentação financeira, inclusive bancária, e o *Registro de Inventário*, com a relação do estoque existente ao término de cada ano (Lei n. 9.317/96, art. 7º).

Em 1999, foi editado o *terceiro* Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, que revogou os de 1984 e de 1994 e manteve inalterado o programa SIMPLES. Ressalte-se que, entre as medidas legais de apoio ao

microempresário e ao empresário de pequeno porte definidas por esse Estatuto, *não* se encontrava nenhuma referente à dispensa ou simplificação da escrituração mercantil. Em decorrência, o microempresário ou empresário de pequeno porte que não estivesse enquadrado no SIMPLES — por não poder ou não querer — ficava obrigado a escriturar seus negócios segundo as mesmas regras dos empresários em geral, até a entrada em vigor do Código Civil em 2003, que reintroduziu esta medida de apoio aos microempresários e empresários de pequeno porte (art. 1.179, § 2º).

Em 2006, foi aprovado o *quarto* Estatuto, por meio da Lei Complementar n. 123. De acordo com o art. 26 desta lei, o microempresário e o empresário de pequeno porte optantes do Simples Nacional (programa tributário sucedâneo do SIMPLES) estão dispensados de qualquer escrituração mercantil, devendo os não optantes manter o livro *Caixa*. Os “pequenos empresários”, isto é, os empresários individuais com receita anual inferior a R\$ 36.000,00, estão dispensados de qualquer escrituração (CC, art. 1.179, § 2º; LD n. 123/2006, art. 68).

Para a completa compreensão da matéria, contudo, não se pode esquecer que o art. 29, VII, do Estatuto de 2006 determina a exclusão do Simples Nacional quando, *in litteris*, “houver falta de escrituração do livro *Caixa* ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária”. Aparentemente, haveria uma contradição na lei. O que o art. 26 dispensaria (escrituração do livro *Caixa*), o art. 29, VII, exigiria indiretamente. Na verdade, a melhor forma de interpretar esses dispositivos, conferindo sistematicidade ao texto legal, consiste em reconhecer aos optantes pelo Simples Nacional duas alternativas: ou bem eles mantêm documentação que permita a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária, ou bem escrituram o livro *Caixa*. Quer dizer, o optante pelo Simples Nacional somente está dispensado de qualquer escrituração mercantil se a documentação que mantiver arquivada nos termos do art. 26, II, do Estatuto permitir a identificação da movimentação financeira, incluindo a bancária. Se os documentos guardados não têm essa aptidão, a escrituração do livro *Caixa* deverá ser feita para suprir a deficiência. Em suma, o optante pelo Simples Nacional tem, na verdade, a escolha entre manter a documentação que permita a identificação da movimentação financeira, dispensando-se de fazer qualquer escrituração mercantil, ou

escrever o livro *Caixa*. Continua, assim, dispensado do dever geral de escrituração imposto aos empresários, em razão da primeira alternativa ao seu alcance.

Em conclusão, os microempresários e empresários de pequeno porte estão, desde 2006, dispensados de escrituração mercantil desde que sejam optantes pelo Simples Nacional e mantenham arquivados documentos referentes ao seu giro empresarial que permitam a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária. Os demais microempresários e empresários de pequeno porte devem escrever o livro *Caixa*, a menos que sejam *pequenos empresários* segundo a definição legal.

Ressalte-se, por outro lado, que a sociedade limitada de propósito específico (SPE) constituída por microempresários ou empresários de pequeno porte optantes do Simples Nacional, para exploração do comércio nacional ou internacional, não se beneficia da dispensa da escrituração mercantil. O art. 56, § 2º, IV, do Estatuto (com a redação dada pela LC n. 128/2008) apenas autoriza a SPE a manter um regime próprio de escrituração mercantil, que compreende dois livros: *Diário* e *Razão*.

6. DEMONSTRAÇÕES CONTÁBEIS PERIÓDICAS

Como visto, o Código Civil impõe aos empresários em geral três obrigações: a de manter escrituração regular de seus negócios; a de se registrar na Junta Comercial, antes de dar início à exploração de suas atividades; e, finalmente, a de levantar balanços anuais, patrimonial e de resultado (art. 1.179). As duas primeiras foram objeto de estudo nos itens anteriores. Examine-se, agora, a última.

Quando se trata de uma sociedade limitada, a obrigação se resume ao levantamento do balanço geral do ativo (considerados todos os bens, dinheiro e créditos) e passivo (todas as obrigações de que é devedora), e a demonstração de resultados (ou “da conta de lucros e perdas”), observadas as técnicas geralmente aceitas pela contabilidade (CC, art. 1.188). Estes balanços terão por base a escrituração mercantil elaborada ao longo do exercício, e serão lançados pelo contador no próprio livro *Diário*, ou, se

este tiver sido substituído por fichas soltas, no livro denominado *Balancetes Diários e Balanços* (CC, art. 1.185).

Se, no entanto, a sociedade empresária adota a forma de anônima ou se enquadra no conceito legal de sociedade de grande porte (Lei n. 11.638/2007, art. 3º, parágrafo único), a disciplina legal é bem mais detalhada. O balanço patrimonial deve apresentar determinadas contas de ativo (circulante, realizável a longo prazo e permanente, este último subdividido em imobilizado, diferido e investimentos) e de passivo (circulante, exigível a longo prazo, resultados futuros e patrimônio líquido, subdividido este último em capital social, reservas e lucros ou prejuízos acumulados). Em relação a este tipo de empresário, a lei também exige, além do balanço patrimonial, o levantamento de quatro outras demonstrações contábeis: *lucros ou prejuízos acumulados*, *resultado do exercício*, dos fluxos de caixa e *valor adicionado*. Só por estes elementos já se pode notar a grande diferença, no tocante ao cumprimento das obrigações legais, entre a limitada (desde que *não* enquadrada no conceito de sociedade de grande porte) e a anônima.

Quanto à periodicidade para a elaboração das demonstrações contábeis, a exemplo da vigente em outros países (Alemanha, Espanha, Portugal, Itália e Argentina), é ela, em regra, anual. No Brasil, existem duas exceções apenas: as sociedades anônimas cujo estatuto estabeleça a distribuição de dividendos semestrais (LSA, art. 204) e as instituições financeiras (Lei n. 4.595/64, art. 31). Nesses casos, o período para elaboração do balanço e demais demonstrativos é o semestre. Geralmente, adotam os empresários em geral o ano civil como referência, embora possam escolher livremente qualquer período anual, para fins de dar cumprimento à obrigação (salvo, novamente, no caso das instituições financeiras, que devem levantar o balanço nos dias 30 de junho e 31 de dezembro, por força da lei).

A periodicidade para a elaboração de demonstrações contábeis é, em regra, anual. Apenas as instituições financeiras e as sociedades anônimas que distribuem dividendos semestrais estão obrigadas a levantá-las em menor periodicidade.

As consequências para a falta das demonstrações contábeis periódicas são as seguintes: *a)* o empresário terá dificuldade de acesso ao crédito bancário, ou a outros serviços prestados pelos bancos que se valem do balanço como instrumento de aferição da idoneidade econômica e patrimonial de seus clientes; *b)* não poderá participar de licitação promovida pelo Poder Público, tendo em vista as exigências da legislação própria (Lei n. 8.666/93, art. 31, I); *c)* os administradores de sociedade anônima e os administradores da limitada responderão, perante os sócios, por eventuais prejuízos advindos da inexistência do documento.

Finalmente, cabe uma referência aos balanços patrimoniais *especial* e de *determinação*. São instrumentos contábeis que a sociedade empresária providencia, quando necessária a mensuração do seu patrimônio durante o exercício. Como visto, a obrigação legal impõe aos empresários o levantamento do balanço patrimonial ao término de um determinado período (anual, em regra; semestral, excepcionalmente). É o balanço *ordinário* ou *periódico*. Existem, contudo, situações verificadas no transcorrer do período, que reclamam a definição do valor do patrimônio líquido da sociedade empresária num determinado momento, não coincidente com o término do exercício social. Nesses casos, levanta-se o balanço *especial*, ou o *de determinação*. No primeiro (balanço especial), mantêm-se os mesmos critérios de apropriação de contas e avaliação dos bens e direitos adotados pelo balanço ordinário. Não se procede, em outros termos, a nenhuma reavaliação de ativo ou passivo. Sua finalidade é apenas a de atualizar o balanço, considerando os fatos contábeis verificados desde o término do exercício até a data de seu levantamento. No último (balanço de determinação), alteram-se os critérios de apropriação de contas e avaliação dos bens e direitos adotados pelo balanço ordinário, para atender-se a necessidade específica da sociedade, por exemplo, a de *apurar os haveres* de sócio falecido, expulso ou dissidente. Os bens do ativo e direitos do passivo são, então, reavaliados (a preço de mercado). Os balanços especial e de determinação não geram desdobramentos de ordem tributária.

Capítulo 5

ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

1. CONCEITO DE ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

Estabelecimento empresarial é o conjunto de bens que o empresário reúne para exploração de sua atividade econômica. Compreende os bens indispensáveis ou úteis ao desenvolvimento da empresa, como as mercadorias em estoque, máquinas, veículos, marca e outros sinais distintivos, tecnologia etc. Trata-se de elemento indissociável à empresa. Não existe como dar início à exploração de qualquer atividade empresarial, sem a organização de um estabelecimento. Pense-se a hipótese do empresário interessado no comércio varejista de medicamentos (farmácia). Ele deve adquirir, alugar, tomar emprestado, ou, de qualquer forma, *reunir* determinados bens, como por exemplo: os remédios e outros produtos normalmente comercializados em farmácia, as estantes, balcões e demais itens de mobiliários, a máquina registradora, balança e equipamentos. Além desses bens, o empresário deverá encontrar um ponto para o seu estabelecimento, isto é, um imóvel (normalmente alugado), em que exercerá o comércio.

Ao organizar o estabelecimento, o empresário agrega aos bens reunidos um sobrevalor. Isto é, enquanto esses bens permanecem articulados em função da empresa, o conjunto alcança, no mercado, um valor superior à simples soma de cada um deles em separado. Aquele empresário interessado em se estabelecer no ramo farmacêutico tem, na verdade, duas opções: adquirir uma farmácia já pronta, ou todos os bens que devem existir numa farmácia. No primeiro caso, irá despendar valor maior que no segundo. Isto

porque, ao comprar o estabelecimento já organizado, o empresário paga não apenas os bens nele integrados, mas também a organização, um “serviço” que o mercado valoriza. As perspectivas de lucratividade da empresa abrigada no estabelecimento compõem, por outro lado, importante elemento de sua avaliação, ou seja, é algo por que também se paga.

O estabelecimento é, assim, uma propriedade com características dinâmicas singulares. A desarticulação de um ou mais bens, por vezes, não compromete o valor do estabelecimento como um todo. O industrial, ao terceirizar a entrega de suas mercadorias, contratando serviço de uma transportadora, pode vender os caminhões que possuía. A venda desses bens não repercute necessariamente no valor da sua indústria. Claro que a desarticulação de bens essenciais — cuja identificação varia enormemente, de acordo com o tipo de atividade desenvolvida, e o seu porte — faz desaparecer o estabelecimento e o sobrevalor que gerava. Se o industrial desenvolveu uma tecnologia especial, responsável pelo sucesso do empreendimento, a cessão do *know how* pode significar a acentuada desvalorização do parque fabril.

Este fato econômico — a agregação de sobrevalor aos bens integrantes do estabelecimento empresarial — não é ignorado pelo direito. Quando o poder público desapropria imóvel, em que existia um estabelecimento empresarial, deve indenizar tanto o proprietário do imóvel como o locatário titular do estabelecimento (Barreto Filho, 1969). Por outro lado, o direito admite a reivindicação do estabelecimento, como um complexo organizado, além da reivindicação de cada um de seus bens componentes (Correia, 1973:139/141). Finalmente, a proteção desse sobrevalor pressupõe a disciplina jurídica dos negócios relacionados ao estabelecimento (a locação empresarial com direito a renovatória, a vedação do restabelecimento do alienante no trespasse etc.), de forma a garantir que o investimento realizado pelo empresário na organização do estabelecimento não seja indevidamente apropriado por concorrentes.

Estabelecimento empresarial é o conjunto de bens reunidos pelo empresário para a exploração de sua atividade econômica. A proteção jurídica do estabelecimento

empresarial visa à preservação do investimento realizado na organização da empresa.

O valor agregado ao estabelecimento é referido, no meio empresarial, pela locução inglesa *goodwill of a trade*, ou simplesmente *goodwill*. No meio jurídico, adota-se ora a expressão “fundo de comércio” (derivada do francês *fonds de commerce*, e cuja tradução mais ajustada seria, na verdade, “fundos de comércio”), ora “aviamento” (do italiano *avviamento*), para designar o sobrevalor nascido da atividade organizacional do empresário. Prefiro falar em “fundo de empresa”, tendo em vista que o mesmo fato econômico e suas repercussões jurídicas se verificam na organização de estabelecimento de qualquer atividade empresarial. Registro que não é correto tomar por sinônimos “estabelecimento empresarial” e “fundo de empresa”. Este é um atributo daquele; não são, portanto, a mesma coisa. Precise-se: o estabelecimento empresarial é o conjunto de bens que o empresário reúne para explorar uma atividade econômica, e o fundo de empresa é o valor agregado ao referido conjunto, em razão da mesma atividade.

A sociedade empresária pode ser titular de mais de um estabelecimento. Nesse caso, aquele que ela considerar mais importante será a sede, e o outro ou outros as filiais ou sucursais (para as instituições financeiras, usa-se a expressão “agência”, para mencionar os diversos estabelecimentos). Em relação a cada um dos seus estabelecimentos, a sociedade empresária exerce os mesmos direitos, sendo irrelevante a distinção entre sede e filiais, para o direito comercial. Para os objetivos das regras de competência judicial, no entanto, ganha relevo a identificação da categoria própria do estabelecimento, porque a ação contra a sociedade empresária deve ser proposta no foro do lugar de sua sede, ou no de sua filial, segundo a origem da obrigação (CPC, art. 100, IV, *a* e *b*). Quando se trata, por outro lado, de pedido de falência ou de recuperação judicial, o juízo competente será o do principal estabelecimento da sociedade devedora, sob o ponto de vista econômico, independentemente de ser a sede ou uma filial (LF, art. 3º). A distinção, por conseguinte, entre as duas espécies de estabelecimento do mesmo empresário (sede ou filial), abstraídos os aspectos pertinentes à

competência judicial, não apresenta maiores desdobramentos para o direito (Ferreira, 1962, 6:30/42).

Por fim, registre-se que o desenvolvimento do comércio eletrônico via internete importou a criação do *estabelecimento virtual*, que o consumidor ou adquirente de produtos ou serviços acessa exclusivamente por via de transmissão e recepção eletrônica de dados. Aqui, cuidarei apenas do estabelecimento físico — isto é, o acessível por deslocamento no espaço; do virtual, cuido mais à frente (Cap. 36, item 2).

2. NATUREZA DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

Existem nada menos que nove teorias diferentes sobre a natureza do estabelecimento, compondo um leque de visões que vão desde a personificação do complexo de bens até a negativa de sua relevância para o direito (cf. Barreto Filho, 1969:77/109; Correia, 1973:121/134; Ferrara, 1952:161/162). Da rica discussão, basta apenas destacar três pontos essenciais: 1^ª) o estabelecimento empresarial não é sujeito de direito; 2^ª) o estabelecimento empresarial é um bem; 3^ª) o estabelecimento empresarial integra o patrimônio da sociedade empresária. Esses tópicos são suficientes para a completa e adequada compreensão do instituto e dispensam maiores considerações sobre o infértil debate acerca da natureza do estabelecimento empresarial.

O estabelecimento empresarial não pode ser confundido com a sociedade empresária (sujeito de direito), nem com a empresa (atividade econômica).

Ao se afirmar que o estabelecimento empresarial não é sujeito de direito, o que se pretende afastar é a noção de personalização desse complexo de bens, presente em algumas proposições da segunda metade do século XIX, principalmente na Alemanha, que procuravam criar um conceito legal capaz

de justificar a relativa autonomia entre a empresa e o empresário. Falo aqui da tese da empresa em si (*Unternehmen an sich*), cujos precursores são Endemann e Wilhelm. Procurou-se, na oportunidade, explorar a noção do estabelecimento como uma pessoa jurídica. A tentativa de personalização do estabelecimento, contudo, não logrou êxito, inclusive no direito brasileiro, em que se mostra totalmente incompatível com as normas vigentes. Considerar o estabelecimento empresarial uma pessoa jurídica é errado, segundo o disposto na legislação brasileira. Sujeito de direito é a sociedade empresária, que, reunindo os bens necessários ou úteis ao desenvolvimento da empresa, organiza um complexo com características dinâmicas próprias. A ela, e não ao estabelecimento empresarial, imputam-se as obrigações e asseguram-se os direitos relacionados com a empresa.

Ao seu turno, a afirmação de que o estabelecimento empresarial é bem serve para classificá-lo entre os objetos de propriedade, diferenciando-o da empresa propriamente dita. Antigas formulações da doutrina italiana sobre a empresa, que a pretendiam um fenômeno poliédrico, sustentavam que o estabelecimento era o seu perfil patrimonial ou objetivo (Asquini, 1943), estabelecendo uma identidade parcial entre os conceitos. Mesmo no linguajar cotidiano, encontra-se referência ao *local* de exploração da atividade econômica pela palavra “empresa”. Em termos técnicos, contudo, esta relação semântica é inadequada. Empresa é a atividade econômica desenvolvida no estabelecimento, e não se confunde com o complexo de bens nele reunidos. Assim, o estabelecimento empresarial pode ser alienado, onerado, arrestado ou penhorado, mas a empresa não.

Por fim, a definição de que o estabelecimento empresarial integra o patrimônio da sociedade empresária, composto pelos bens empregados na implantação e desenvolvimento da atividade econômica, importa a superação da discussão acerca da separação do patrimônio do empresário (a teoria do estabelecimento como patrimônio de afetação). De fato, enquanto se tem em mira a figura do empresário individual, a pessoa física que explora a atividade econômica, cabe distinguir, entre os bens do seu patrimônio, os que estão empregados nessa atividade dos demais (a residência do empresário e sua família, o carro etc.). Essa distinção não tem o alcance de poupar os bens não empregados na empresa, no momento da responsabilização do empresário individual. Em princípio, todos os bens do

patrimônio de certa pessoa, no direito brasileiro, respondem pelas obrigações dessa pessoa (há exceções, como o bem de família, os inalienáveis etc.). Mas a distinção era importante, ao se considerar a questão da sucessão na chamada firma individual. De qualquer forma, como atualmente as empresas de alguma relevância (para o direito e para a economia) são pessoas jurídicas, revestidas da forma de sociedade limitada ou anônima, a questão perdeu toda a sua pertinência. O estabelecimento empresarial e o ativo do patrimônio social se confundem (cf. Ferreira, 1962, 6:4/6).

Na classificação geral dos bens, estabelecida pelo Código Civil, o estabelecimento empresarial é uma *universalidade de fato* (art. 90), por encerrar um conjunto de bens pertinentes ao empresário (cuja propriedade titulariza ou dos quais é locador, comodatário, arrendatário etc.) e destinados à mesma finalidade, de servir à exploração de empresa.

3. ELEMENTOS DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

O estabelecimento empresarial é composto por elementos materiais e imateriais. No primeiro grupo, encontram-se as mercadorias do estoque, os mobiliários, utensílios, veículos, maquinaria e todos os demais bens corpóreos que o empresário utiliza na exploração de sua atividade econômica. A propósito desses, importa destacar que a sua proteção jurídica não é diferente da liberada às demais coisas (corpóreas). Quer dizer, se o empresário tem desrespeitado seu direito de propriedade sobre uma mercadoria do estoque, a sua proteção, no âmbito penal e civil, será idêntica à que o direito dá a qualquer outra pessoa não empresária, na mesma situação. O direito comercial, por outro lado, não possui normas específicas sobre a tutela dessa parte do estabelecimento empresarial. Os elementos imateriais do estabelecimento empresarial são, principalmente, os bens industriais (patente de invenção, de modelo de utilidade, registro de desenho industrial, marca registrada, nome empresarial e título de estabelecimento) e o ponto (local em que se explora a atividade econômica). Abrange esse grupo institutos jurídicos tradicionalmente estudados pelo direito comercial.

Há autores que consideram, entre os elementos incorpóreos do estabelecimento, o *aviamento*, que é o potencial de lucratividade da empresa (por exemplo Waldemar Ferreira, 1962, 6:209). Mas não é correta essa afirmação. Conforme destaca a doutrina, o aviamento é um atributo da empresa, e não um bem de propriedade do empresário (cf. Correia, 1973:119; Ferrara, 1952:167; Barreto Filho, 1969:169). Quando se negocia o estabelecimento empresarial, a definição do preço a ser pago pelo adquirente se baseia fundamentalmente no aviamento, isto é, nas perspectivas de lucratividade que a empresa explorada no local pode gerar. Isto não significa que se trate de elemento integrante do complexo de bens a ser transacionado. Significa unicamente que a articulação desses bens, na exploração de uma atividade econômica, agregou-lhes um valor que o mercado reconhece. Aviamento é, a rigor, sinônimo de fundo de empresa, ou seja, designam ambas expressões o sobrevalor, agregado aos bens do estabelecimento empresarial em razão da sua racional organização pelo empresário.

Outro equívoco reside na consideração da *clientela* como elemento do estabelecimento empresarial. Clientela é o conjunto de pessoas que habitualmente consomem os produtos ou serviços fornecidos por um empresário. Embora até seja possível falar-se em um direito à clientela, cuja tutela se faz por meio da repressão à concorrência desleal (Colombo, 1979:172/173), não se deve confundi-la com os bens do patrimônio da sociedade empresária. De fato, não deriva da tutela jurídica a necessária natureza de *bem* do objeto tutelado. A proteção jurídica conferida ao empresário, no sentido de não se ver tolhido da clientela conquistada, em razão de condutas condenáveis de seus concorrentes, não significa que essa se tornou propriedade daquele. Muito pelo contrário, a noção de clientela como objeto de domínio do empresário é imprópria, porque cuida de um conjunto de *pessoas* — a clientela é isso, nada mais —, insuscetíveis de apropriação, para o direito em vigor.

4. A PROTEÇÃO AO PONTO: LOCAÇÃO EMPRESARIAL

Ao se estabelecer, uma das principais questões que o empresário deve equacionar diz respeito à localização do seu negócio. Em função do vulto do empreendimento, do tipo de atividade, do perfil da clientela potencial, tem fundamental importância o local em que se situa o estabelecimento. A distância em relação às fontes de insumo ou aos mercados consumidores, por exemplo, representa elemento de custo da atividade industrial. Para determinados comércios de varejo de produtos alimentícios será útil a proximidade a alguns equipamentos urbanos, como parada de ônibus, estações do metropolitano, vias de grande afluxo de pessoas. Para a comercialização de material escolar, fornecimento de cópias xerográficas, venda de livros etc. é importante a vizinhança a uma instituição de ensino. Por outro lado, alguns ramos de comércio e serviços concentram-se em certas regiões da cidade, as quais se tornam referência para os consumidores. Criam-se como que ruas especializadas: a avenida Paulista é conhecida, mesmo fora de São Paulo, como um centro financeiro, em que se concentram agências da quase totalidade dos bancos operantes no país.

O *ponto* — também chamado de “propriedade comercial” — é o local em que o empresário se estabelece. É um dos fatores decisivos para o sucesso do seu empreendimento. Por essa razão, o interesse voltado à permanência no ponto é prestigiado pelo direito. Não apenas porque a mudança do estabelecimento empresarial costuma trazer transtornos, despesas, suspensão da atividade, perda de tempo, mas principalmente porque pode acarretar prejuízos ou redução de faturamento em função da nova localização, o empresário tem interesse em manter o seu negócio no local em que se encontra. Claro que, por vezes, a mudança pode se revelar um fator de crescimento da atividade econômica explorada, mas isto cabe ao empresário dimensionar. Se ele considera mais útil ao seu negócio permanecer no local em que se encontra estabelecido, este seu interesse é legítimo e goza de tutela jurídica. Proponho denominar-se *direito de inerência ao ponto* o interesse, juridicamente protegido, do empresário relativo à permanência de sua atividade no local onde se encontra estabelecido.

Ponto é o local em que se encontra o estabelecimento empresarial. A proteção

jurídica do ponto decorre da sua importância para o sucesso da empresa.

Quando o empresário é o proprietário do imóvel em que se estabeleceu, o seu direito de inerência ao ponto é assegurado pelo direito de propriedade de que é titular. Quando, entretanto, ele não é o proprietário, mas o locatário do prédio em que se situa o estabelecimento, a proteção do seu direito de inerência ao ponto decorre de uma disciplina específica de certos contratos de locação não residencial que assegura, dadas algumas condições, a prorrogação compulsória.

O direito brasileiro passou a tutelar o direito de inerência ao ponto do locatário, em 1934, por meio de um diploma legal que ficou conhecido como *lei de luvas*. De acordo com a sistemática então introduzida, o comerciante e o industrial que locasse imóvel para a exploração de sua atividade, por prazo determinado de no mínimo 5 anos, e não tivesse mudado de ramo nos 3 últimos, podia pleitear a renovação compulsória do vínculo locatício. Presentes tais pressupostos, o contrato de locação era renovado, independentemente da vontade do locador. A lei de locação predial urbana vigente (LL: Lei n. 8.245/91, art. 51) manteve o instituto e, a partir da experiência com a aplicação judicial da lei de luvas, aprimorou-o em muitos aspectos. Um dos mais importantes foi a extensão do benefício às pessoas jurídicas com fins lucrativos exercentes de atividades civis, mudança que caracterizou o descarte da teoria dos atos de comércio na disciplina da matéria. Com a entrada em vigor do Código Civil, e adotando-se os conceitos nele empregados, pode-se dizer que titularizam o direito à renovação compulsória do contrato de locação os empresários (individual ou sociedade empresária) e a sociedade simples.

4.1. Requisitos da Locação Empresarial

Classificam-se as locações prediais urbanas em duas categorias: a residencial e a não residencial. Nesta última, encontram-se os contratos em que o locatário é autorizado a explorar, no prédio locado, uma atividade econômica (anote-se que também são não residenciais as locações com outras finalidades, tais as filantrópicas, associativas, culturais, moradia de diretor etc.). Por outro lado, se o locatário, na locação não residencial, é

titular de direito de inerência ao ponto, e pode pleitear judicialmente a renovação compulsória do contrato, então a locação é *empresarial*. Nem toda locação, em que o imóvel abriga a exploração de atividade econômica, portanto, dá ao empresário direito à renovação. É necessário, para que a locação seja empresarial, o atendimento aos seguintes requisitos do art. 51 da LL: *a*) contrato escrito, com prazo determinado (requisito formal); *b*) mínimo de 5 anos de relação locatícia (requisito temporal); *c*) exploração da mesma atividade econômica por pelo menos 3 anos ininterruptos (requisito material).

Lei de Locações

Art. 51. Nas locações de imóveis destinados ao comércio, o locatário terá direito a renovação do contrato, por igual prazo, desde que, cumulativamente:

I — o contrato a renovar tenha sido celebrado por escrito e com prazo determinado;

II — o prazo mínimo do contrato a renovar ou a soma dos prazos ininterruptos dos contratos escritos seja de cinco anos;

III — o locatário esteja explorando seu comércio, no mesmo ramo, pelo prazo mínimo e ininterrupto de três anos.

O atendimento ao requisito formal geralmente não desperta problemas. Se o contrato é oral ou, sendo escrito, estabelece prazo de duração indeterminado, a locação não é empresarial. Não tem o empresário, neste caso, direito de permanecer no prédio locado. Quer dizer, a qualquer tempo, mesmo que transcorridos já 5 anos de relação locatícia, o locador poderá denunciar o contrato mediante aviso escrito ao locatário, com a antecedência mínima de 30 dias (LL, art. 56). Raramente o empresário tem interesse em locar imóvel, para a sua atividade, sem prazo determinado de duração, porque a instabilidade do vínculo indeterminado, derivada da prerrogativa de o locador retomar o imóvel a qualquer tempo, é, em geral, incompatível com o desenvolvimento de atividade econômica.

O requisito temporal se refere ao prazo da relação locatícia: para se caracterizar como empresarial, é necessário que a locação tenha no mínimo

5 anos. De duas maneiras se preenche o requisito: se o contrato é firmado com este prazo, ou superior, ou se a soma dos prazos determinados de contratos sucessivos alcança a mesma marca (*accessio temporis*). Assim, se as partes, sempre por escrito, celebram inicialmente um contrato por 3 anos e, vencido este, contratam nova locação do mesmo imóvel, agora por 2 anos, este último contrato poderá ser renovado compulsoriamente, visto que a relação locatícia perdura pelo quinquênio legal. A soma dos prazos pode ser invocada pelo locatário, ou pelo seu cessionário ou sucessor.

Em relação, ainda, à soma de prazos contratuais para o atendimento ao requisito temporal, deve-se examinar uma situação bastante corriqueira, consistente em alguma demora na formalização do novo contrato de locação entre as partes. É, sem dúvida, comum que, entremeando dois contratos escritos, transcorra um pequeno lapso de tempo sem instrumento escrito, correspondente ao momento em que locador e locatário estavam desenvolvendo tratativas acerca da renovação do vínculo. Claro que a locação, nesse período, existiu, e as obrigações correspondentes (pagamento do aluguel e encargos, posse do bem etc.) foram cumpridas pelas partes, mas não havendo instrumento escrito, deve-se considerar o vínculo contratual *sem* prazo determinado. Em razão da existência de um contrato oral entre dois contratos escritos, o cabimento da soma destes é, conseqüentemente, discutível. Em outros termos, o interregno sem contrato escrito descaracteriza a locação empresarial? Na lei de luvas, não havia sequer a previsão da *accessio*, de modo que se admitia a renovação do contrato, desde que o tempo de negociação tivesse sido curto (algo como 2 ou 3 meses). Este entendimento, contudo, não se coaduna com o texto da lei de 1991, que exige “prazos ininterruptos”. No rigor do direito vigente, qualquer lapso temporal entre dois contratos escritos, ainda que diminuto, impede a soma dos respectivos prazos. A questão, contudo, é controvertível: Nascimento Franco, com respaldo em pronunciamentos jurisprudenciais, admite a soma de prazos, a despeito do interregno sem instrumento escrito, mesmo sob a vigência da lei de 1991 (1994:84/92). Segundo esse autorizado entendimento, a aceitação da renovatória, no caso, tem o objetivo de coibir eventual tentativa do locador de frustrar os direitos do locatário.

Uma derradeira questão se coloca, pertinente à admissibilidade da consideração, na *accessio*, do tempo de vigência de um contrato *escrito* com

prazo indeterminado. Claro que o contrato a renovar deve ter sido firmado com prazo determinado, para que se atenda ao requisito formal da renovação, mas seria possível aditar a este, para alcançar os 5 anos exigidos, o tempo de relação locatícia anterior, em que o instrumento contratual escrito não estipulava prazo de duração? A lei nada dispõe sobre essa situação particular. Contudo, a adição do tempo de vigência do primeiro contrato escrito (o indeterminado) ao prazo determinado do segundo atende aos objetivos do regime de locação empresarial, que é justamente o de tutelar a inerência ao ponto do locatário. Por esta razão, deve-se admitir a somatória no caso.

Finalmente, no que diz respeito ao requisito material, impõe-se a exploração, ininterrupta, pelo locatário, de uma mesma atividade econômica no prédio locado, por pelo menos 3 anos. Este requisito de caracterização da locação empresarial está relacionado com o sobrevalor agregado ao imóvel, em razão da exploração de uma atividade econômica no local, de sorte a transformá-lo em referência para os consumidores. Ora, esse sobrevalor só existe após uma certa permanência da atividade no ponto, que foi estimada pelo legislador em 3 anos. De acordo com a regra estabelecida, sem a exploração de uma mesma atividade no prédio locado, pelo prazo em questão, o empresário locatário não cria, com o seu estabelecimento, nenhuma referência aos consumidores digna de tutela jurídica. O seu fundo de empresa não merece proteção do direito porque não transcorreu um tempo considerado mínimo, pela lei, para a consolidação de uma clientela. O requisito material deve estar atendido à data do ajuizamento da ação renovatória (Buzaid, 1957:292/293). Assim, num contrato com prazo determinado de 5 anos, a exploração do mesmo ramo de atividade econômica deve ter se iniciado, no mais tardar, até o décimo oitavo mês de sua vigência. Se houver, depois, mudança no ramo de atividade explorado, o locatário perde o direito de inerência ao ponto.

4.2. Exceção de Retomada

Na locação empresarial, o direito do locatário de inerência ao ponto tem o seu fundamento na lei ordinária (LL, art. 51). De outro lado, o direito de propriedade do locador é constitucionalmente garantido (CF, art. 5º, XXII). Por esta razão, a tutela do interesse na renovação do contrato de locação,

que aproveita ao locatário, não pode importar o esvaziamento do direito real de propriedade titularizado pelo locador. Uma disposição de lei ordinária que contemplasse o locatário com uma tutela incompatível com a proteção à propriedade seria, com certeza, inconstitucional. Neste sentido, sempre que houver conflito entre os direitos — do locatário, voltado à renovação da locação, e do locador, no tocante ao uso pleno do seu bem —, prevalecerá o fundado no texto constitucional, em detrimento do previsto na legislação ordinária. Em outros termos, em determinadas situações, apesar de a locação atender aos requisitos do art. 51 da LL, ela não será renovada porque, se o fosse, o direito de propriedade do locador restaria desprestigiado. Ainda que a ação renovatória tenha sido aforada no interregno legal, com o estrito atendimento às condições estabelecidas, ela não deverá ser julgada procedente, porque um direito de índole constitucional não pode ser limitado por lei. A renovação compulsória do contrato de locação empresarial, com efeito, só terá validade se for compatível com o exercício do direito de propriedade pelo locador.

A renovação compulsória do contrato de locação empresarial não pode ser incompatível com o exercício do direito de propriedade, pelo locador. Por essa razão, admite-se a exceção de retomada, na ação renovatória.

A lei de locações assinala algumas das hipóteses em que a oposição dos interesses dos contratantes da locação empresarial é resolvida em favor do locador, não reconhecendo o direito de inerência ao ponto. Evidentemente, trata-se de uma referência exemplificativa, não exaustiva, da lei. Ou seja, em qualquer caso, se a renovação compulsória da relação locatícia importar a impossibilidade de o locador exercer plenamente o seu direito de propriedade, ainda que a hipótese não se encontre especificamente contemplada na lei como fator impeditivo da renovação, esta não pode ocorrer, porque o contrário representaria desobediência à norma constitucional assecuratória daquele direito. As situações previstas na lei (LL, arts. 52 e 72, II e III) são as seguintes: *a*) realização de obras no

imóvel, que importem sua radical transformação, por exigência do Poder Público; *b*) reformas no imóvel, que o valorizem, pretendidas pelo locador; *c*) insuficiência da proposta apresentada pelo locatário, na ação renovatória; *d*) proposta melhor de terceiros; *e*) transferência de estabelecimento existente há mais de um ano, pertencente ao cônjuge, ascendente ou descendente do locador, ou a sociedade por ele controlada; *f*) uso próprio.

Nessas situações — e nas demais em que ficar caracterizada a impossibilidade de pleno exercício do direito constitucional de propriedade, se prorrogado o contrato de locação empresarial — o locador pode resistir eficazmente à pretensão do locatário, voltada à renovação do vínculo locatício. Entre o interesse de o empresário conservar o ponto, em cuja criação investiu recursos materiais e intelectuais, e o do proprietário, no sentido de tirar dos seus bens os mais rentáveis frutos, o sistema jurídico prestigia o último. Em outros termos, apenas quando compatível com o interesse do dono do imóvel, tem o locatário direito à renovação compulsória.

Merece destaque, a propósito, a hipótese de retomada por alegação de uso próprio pelo locador. O legislador assegurou ao proprietário a exceção, mas pretendeu limitá-la, ao vedar a exploração no prédio de atividade econômica de idêntico ramo ao do locatário. A vedação apenas não se aplicaria, nos termos da lei, na hipótese de locação-gerência, ou seja, na locação cujo objeto é o imóvel e também o estabelecimento empresarial nele instalado (LL, art. 52, § 1º). A limitação operada, contudo, não sobrevive à análise de sua constitucionalidade. O locador é titular de um direito garantido na Carta Magna. A lei ordinária, por evidente, pode disciplinar o exercício desse direito, inclusive para o compatibilizar com a função social, também determinada pela Constituição (arts. 5º, XXIII, e 170, II). Entretanto, a lei não pode impedir o uso, gozo e disposição do bem pelo seu proprietário, sob pena de invalidade.

Quando o direito de propriedade do locador entra em conflito com o direito de inerência ao ponto do locatário, está em questão uma simples oposição de interesses privados, individuais. Nem sequer se compromete a continuidade da empresa explorada pelo locatário, posto que a retomada do prédio significa, estritamente, apenas a mudança do local da exploração da atividade econômica. Neste contexto, não haveria razões para se invocar

alguma restrição constitucional ao pleno exercício do direito de propriedade, de modo a se prestigiar a inerência ao ponto. Nenhum interesse social ou metaindividual é atingido ou prejudicado, com a retomada do prédio pelo locador. Assim sendo, deve-se entender de modo absoluto e ilimitado a prerrogativa do locador de impedir a renovação compulsória do contrato de locação, sob a alegação de uso próprio. Quer dizer, o locador pode manifestar oposição à renovatória, por pretender usar o bem diretamente, para quaisquer finalidades. Isto abrange desde a hipótese de moradia do locador e sua família, até a de exploração de atividade econômica idêntica à do locatário.

É inconstitucional, portanto, a *limitação* do art. 52, § 1º, da LL, à alegação de uso próprio como fator impeditivo da renovação do contrato de locação. Pode, dessa forma, o locador arguir, na contestação à ação renovatória, o seu interesse em retomar o bem, para nele explorar igual ramo de atividade do locatário. Claro está, por outro lado, que é devida, na hipótese, a indenização em favor do locatário, pela perda do ponto, sempre que tiver sido ele o responsável pela organização do estabelecimento empresarial naquele lugar.

4.3. Ação Renovatória

O direito de inerência ao ponto é exercido por meio de uma ação judicial própria, denominada *renovatória*. Esta ação deve ser proposta pelo locatário no prazo de decadência assinalado pela lei, isto é, entre 1 ano e 6 meses antes do término do prazo do contrato a renovar. Em termos práticos, a renovação deve ser pleiteada pelo locatário no transcurso dos primeiros 6 meses do último período anual de vigência do contrato de locação. Se o locatário não conseguir negociar com o locador, antes do fim desse prazo, a assinatura de novo contrato de locação por escrito, deve promover a ação renovatória, para assegurar o seu direito. Como é decadencial o prazo, não se interrompe, nem se suspende.

Note-se que a perda do prazo para a ação renovatória não importa o fim do vínculo locatício. Na verdade, encerrado o prazo contratual determinado, se as partes simplesmente continuarem cumprindo as obrigações próprias da locação, considera-se prorrogado o vínculo. Neste caso, contudo, a locação

perde a sua natureza empresarial e o locatário sujeita-se à retomada do bem, pelo locador, mediante simples aviso com 30 dias de antecedência.

O direito à renovação compulsória do contrato de locação empresarial é exercido pelo locatário, por meio de uma ação judicial específica: a renovatória.

Na petição inicial, além de comprovar o atendimento aos requisitos da locação empresarial e o exato cumprimento do contrato, inclusive quanto ao pagamento dos impostos e taxas que lhe cabia, o locatário deve apresentar uma proposta de aluguel para o novo período locatício. Diz a lei que a proposta deve indicar, de modo claro e preciso, as condições negociais oferecidas para a renovação (LL, art. 71, IV). O mérito da contestação do locador pode ter três fundamentos: *a)* desatendimento dos requisitos da locação empresarial; *b)* decadência do direito à renovação; *c)* exceção de retomada. No primeiro e segundo casos, a improcedência da renovatória não significa, necessariamente, o fim do vínculo locatício. A decisão judicial apenas não reconhece o direito do locatário à renovação compulsória, mas não obsta o prosseguimento da locação não residencial (cf. Franco-Gondo, 1968:255/256). No último caso, entretanto, ao decretar a improcedência da ação, o juiz determinará a expedição de mandado de despejo, para a desocupação do imóvel, em 30 dias (art. 74).

4.4. Indenização do Ponto

O empresário, por vezes, apesar de preencher os requisitos legalmente estabelecidos para pleitear a renovação compulsória do contrato, não consegue ver julgada procedente a sua renovatória, em virtude do acolhimento de exceção de retomada arguida pelo locador. Trata-se, como visto (item 4.2), de uma decorrência do princípio da supremacia constitucional. O legislador ordinário não pode assegurar ao inquilino um direito que importe o esvaziamento da propriedade, porque isto seria inconstitucional. A forma de se compatibilizar a retomada do bem com os legítimos interesses do locatário — que criou o fundo de empresa — é a sua

indenização pela perda do ponto. De fato, o empresário constitui no prédio, por ele locado para o exercício da atividade empresarial, um ponto de referência para os consumidores. Se, em seguida, outro negociante ocupa o mesmo imóvel, para explorar atividade afim, há um inquestionável enriquecimento indevido, posto que este último usufrui, sem a necessária retribuição, dos efeitos do investimento, material e intelectual, feito pelo anterior ocupante do imóvel, ao instalar ali a sua empresa. Para que não se verifique o enriquecimento indevido, a obediência ao mandamento constitucional protetivo do direito de propriedade exige a previsão legal de mecanismos de compensação, em favor do empresário que perde o ponto.

Não é qualquer hipótese de desacolhimento da ação renovatória que dá ensejo à indenização em favor do locatário. Apenas se a improcedência decorre do atendimento à exceção de retomada apresentada pelo locador, terá o empresário o ressarcimento pela perda do ponto. As duas outras hipóteses de mérito de contestação — desatendimento dos requisitos da locação empresarial ou perda do prazo para a propositura da ação —, se acolhidas, não importam o dever de indenizar. Também não conduz ao ressarcimento o insucesso da ação renovatória, em razão de matéria preliminar. Dito de outra forma, os pressupostos para o empresário ter direito à indenização pela perda do ponto são três: *a)* caracterização da locação como empresarial, com o atendimento aos requisitos formal, temporal e material; *b)* ajuizamento da ação renovatória dentro do prazo; *c)* acolhimento de exceção de retomada.

Presentes, pois, estes pressupostos, caberá a indenização pela perda do ponto nas seguintes hipóteses: *a)* se a exceção de retomada foi a existência de proposta melhor de terceiro; *b)* se o locador demorou mais de 3 meses, contados da entrega do imóvel, para dar-lhe o destino alegado na exceção de retomada (por exemplo: realização de obras, transferência de estabelecimento de descendente etc.); *c)* exploração, no imóvel, da mesma atividade do locatário; *d)* insinceridade da exceção de retomada. Desta lista, apenas as duas primeiras são especificamente mencionadas na lei (LL, art. 52, § 3º), decorrendo as demais dos princípios gerais de direito, que vedam o enriquecimento indevido e tutelam a boa-fé.

Se caracterizada a locação empresarial e proposta a ação renovatória dentro do prazo, o locatário terá, em determinadas situações, direito à indenização pela perda do ponto, caso o locador obtenha a retomada do imóvel.

Acerca da hipótese *c*, de exploração do mesmo ramo de atividade do locatário, importa ressaltar a situação da *locação-gerência*, aquela que abrange não só o imóvel, mas também um estabelecimento empresarial nele abrigado. Se, por exemplo, um empresário, estabelecido em prédio de sua propriedade, resolve afastar-se temporariamente do negócio, ele pode se utilizar do mecanismo da locação-gerência, isto é, ele pode alugar o seu imóvel a outro empresário, junto com o estabelecimento empresarial (cf. Ripert-Roblot, 1946:473/484). Nesse caso, o responsável pela criação, no local, de um ponto de referência dos consumidores não é o locatário-gerente, mas o locador, que, antes, ali explorava a atividade. Na locação-gerência, é cabível a ação renovatória e, entre as exceções de retomada, pode o locador invocar sua pretensão de retomar o exercício da empresa, no imóvel objeto de contrato. Embora o ramo de negócio seja o mesmo que o do locatário, a indenização pela perda do ponto não é cabível, por faltar o fundamento do enriquecimento indevido.

A indenização deve cobrir os prejuízos e lucros cessantes em decorrência tanto da mudança como da perda do lugar e desvalorização do fundo. Em suma, tudo que o empresário perdeu e o que razoavelmente deixou de lucrar em razão da retomada do imóvel (LL, art. 52, § 3º). Observe-se que o ponto não se confunde com os demais elementos integrantes do estabelecimento, nem com este tampouco. Assim, mesmo se o locatário levantar todos os bens — materiais ou imateriais — por ele instalados no prédio locado, o *ponto*, enquanto referência aos consumidores, permanecerá pelo menos por algum tempo. O locupletamento, nessa situação, ocorre se é explorada a mesma atividade do locatário, no local, ainda que sob outro nome, com instalações diversas, pessoal próprio etc., sendo por isso devida a indenização.

5. “SHOPPING CENTER”

O proprietário de um terreno que nele constrói prédio destinado a abrigar um estabelecimento empresarial e, depois de concluída a obra, loca-o a pessoa interessada em explorar atividade econômica no local, dá ao seu bem certo fim rentável. Ele, proprietário, contudo, não é empresário. Se, no mesmo terreno, construir um prédio constituído de espaços relativamente autônomos, para fins de os alugar a quaisquer pessoas interessadas em explorar atividade econômica no lugar, ele ainda não pode ser considerado empresário. Continua apenas o titular de propriedade imobiliária (uma “galeria”), de que extrai renda. Se, finalmente, o prédio é constituído de espaços relativamente autônomos, e o proprietário *organiza* a distribuição desses espaços, de forma a locá-los para pessoas interessadas em explorar determinadas atividades econômicas predefinidas, ele já se pode considerar empresário. Ele é titular de empresa do ramo *shopping center*.

No empreendimento denominado *shopping center*, o empresário deve organizar os gêneros de atividade econômica (comércio ou prestação de serviços) que se instalarão no grande estabelecimento. A ideia básica do negócio é pôr à disposição dos consumidores, num local único, de cômodo acesso e seguro, a mais variada sorte de produtos e serviços. Assim, as ocupações dos espaços devem ser planejadas, atendendo às múltiplas necessidades do consumidor. Geralmente, não podem faltar num *shopping center* certas modalidades de serviços (correios, cinemas, lazer etc.) ou comércio (restaurantes, lanchonetes, papelarias etc.), mesmo que a sua principal atividade seja estritamente definida (utilidades domésticas, moda, material de construção etc.), pois o objetivo do empreendimento volta-se ao atendimento de muitas das necessidades dos consumidores. É esta concentração variada de fornecedores que acaba por atrair maior clientela, redundando benefício para todos os negociantes instalados no *shopping*.

O empreendimento compreende, inclusive, uma relativa organização da competição empresarial. Este aspecto do negócio abrange não apenas as promoções de venda conjuntas (em épocas de grande apelo consumista, como Natal ou Dia das Mães), a definição de ramos de atividades que podem ou devem ser exploradas com maior ou menor visibilidade, em razão das evoluções do mercado de consumo, como também a proibição da competição autofágica (o lojista se compromete a não manter outro estabelecimento nas cercanias). Sem a organização da concorrência interna,

não se pode considerar *shopping center* uma simples concentração de lojas num mesmo prédio. Neste sentido, o empresário titular do *shopping* deve ficar atento às exigências do consumo, às marcas em ascensão, aos novos serviços e tecnologias, aos modismos, bem como ao potencial econômico de cada negociante instalado no complexo. Finalmente, o empreendimento dessa natureza pressupõe investimentos em publicidade, instalações comuns, aprimoramento das condições de comodidade, decoração e segurança do prédio etc. Mesmo para enfrentar a concorrência entre os *shopping centers*, o empresário deve constantemente ajustar o complexo às imposições do mercado de consumo (por exemplo: substituindo ou subtraindo lojas âncoras, oferecendo produtos da moda, melhorando a praça de alimentação).

Em suma, o empresário que explora *shopping center* desenvolve atividade econômica bastante singular, que não se reduz a um simples negócio imobiliário. Há todo um planejamento de distribuição do espaço (o *tenant mix*), de sorte a oferecer aos consumidores uma variada gama de produtos, marcas, além de atrativos na área de lazer e restauração. Ao locar uma loja, o empreendedor não pode perder de vista o complexo em sua inteireza, devendo atentar à necessária combinação da diversidade de ofertas, fator inerente ao sucesso do empreendimento. Se no *shopping* já há uma farmácia estabelecida, não se justifica, pela lógica do negócio, locar espaço para outra. Se o consumidor está nutrindo particular afeição por certa marca de doceria, o empreendedor deve procurar atrair o titular desta, ou um franqueado, propondo-lhe condições vantajosas para se estabelecer no *shopping*. Por sua vez, o lojista, ao ocupar espaço no centro de compras, passa a fazer parte de um sistema empresarial, devendo se submeter às normas fixadas quanto ao horário de funcionamento, padrão dos produtos oferecidos, *layout*, bem como participar das promoções conjuntas de vendas, contribuir para a manutenção dos espaços comuns, integrar a associação dos lojistas etc. Pode-se, portanto, compreender que nem o empreendedor de *shopping center* é um locador comum, nem o lojista um locatário comum.

É de tal forma especialíssima a situação das partes no contrato entre o empreendedor do *shopping center* e o lojista, que alguns doutrinadores põem em questão a sua natureza. Orlando Gomes, por exemplo, considera-o um contrato atípico misto, no que é seguido por Alfredo Buzaid (revendo

anterior entendimento sobre o assunto), Fernando Albino e Nascimento Franco, entre outros. Rubens Requião, a seu turno, vê na relação jurídica entre o empreendedor e o lojista uma coligação de contratos, entre os quais o de locação. Há, inclusive, sugestões de denominação específica para este tipo de vínculo: contrato de *estabelecimento* (Alfredo Buzaid) ou de *centro comercial* (Villaça Azevedo). A lei, entretanto, prestigia o entendimento de parte da doutrina que considera de natureza locatícia a relação jurídica entre o empreendedor do *shopping center* e o empresário que nele se estabelece. Autores como Washington de Barros Monteiro, Caio Mário da Silva Pereira e Modesto Carvalhosa, embora admitam a existência de aspectos muito específicos na relação contratual em foco, não os consideram suficientes à descaracterização da natureza locatícia (cf. em Arruda-Lobo, 1984, e Pinto-Oliveira, 1991).

De minha parte, considero que entre o empreendedor e o lojista existe um contrato de locação, embora revestido de cláusulas especiais com vistas ao atendimento das características próprias do *shopping*. Estas cláusulas dizem respeito, essencialmente, à remuneração devida pelo lojista ao empreendedor, e costumam desdobrar o aluguel numa parcela fixa, reajustável segundo índice e periodicidade contratados, e noutra variável, proporcional ao faturamento do locatário. Para mensurar o valor da parcela variável do aluguel, o contrato autoriza o locador proceder à auditoria das contas do locatário, à vistoria das instalações, à fiscalização do movimento econômico ou à adoção de outras providências úteis à exata definição do seu faturamento. Aliás, em épocas de grande estímulo ao consumo (assim, o Natal, o Dia das Mães etc.), os *shopping centers* promovem sorteios entre os consumidores, que recebem cupons numerados em quantidade proporcional ao valor da compra realizada. Estes certames, além da finalidade óbvia de atrair consumidores, também servem para o controle do faturamento dos lojistas.

O shopping center é um empreendimento peculiar, em que espaços comerciais são alugados para empresários com determinados perfis, de forma que o complexo possa atender diversas necessidades dos consumidores.

Além do aluguel, há outras obrigações de natureza pecuniária assumidas pelo locatário de loja em *shopping center*. Geralmente, paga-se uma prestação denominada *res sperata*, retributiva das vantagens de se estabelecer num complexo comercial que possui já uma clientela constituída. O consumidor, por certo, muitas vezes procura o *shopping* e não especificamente um de seus lojistas. O fundo de empresa do empreendedor do *shopping center* (chamado de *sobrefundo* por Ives Gandra) é, em certa medida, utilizado pelos locatários, que devem, em contrapartida, remunerá-lo por meio da *res sperata*. Também devem os locatários se filiar à associação dos lojistas, pagando a mensalidade de associado correspondente. Caberá à associação custear despesas de interesse comum, notadamente com publicidade. Em alguns *shopping centers*, por fim, é devido em dezembro o dobro da parte fixa do aluguel, tendo em vista o extraordinário movimento do comércio, em geral, nesta época do ano.

As obrigações do locatário, relacionadas à específica situação de um negociante estabelecido num centro de compras, encontram amplo respaldo na lei, que determina a observância das condições pactuadas com o empreendedor (LL, art. 54, *caput*). As despesas de manutenção das partes comuns do *shopping*, inclusive algumas de natureza extraordinária, podem ser carreadas aos lojistas pelo contrato de locação, desde que constem do orçamento. A lei só impede sejam cobradas dos lojistas as despesas com: *a*) obras de reformas ou acréscimos que interessem à estrutura integral do imóvel; *b*) pintura das fachadas, esquadrias externas, empenas, poços de aeração e iluminação; *c*) indenizações trabalhistas e previdenciárias pela dispensa de empregados, anteriores ao início da locação; *d*) obras ou substituições de equipamentos, que impliquem modificação do projeto original; *e*) obras de paisagismo.

Em virtude das particularidades do contrato de locação de espaço comercial em *shopping*, discutia-se o cabimento da ação renovatória em favor do lojista (Franco, 1994:63/65; Pinto, 1992:54/57). A dinâmica característica do empreendimento, em certas ocasiões, revela-se incompatível com a permanência de alguns lojistas. Se, por exemplo, determinada marca de produtos de perfumaria tem recebido dos

consumidores maior aceitação que outra, o *shopping*, com espaço locado para o comerciante titular desta última, tem interesse — partilhado por todos os demais locatários — em substituí-lo pelo titular da marca em ascensão. O exercício do direito de inerência ao ponto pelo lojista, no entanto, pode entrar o pleno desenvolvimento do complexo. Por esta razão, uma das consequências da tentativa de descaracterizar o vínculo contratual como locação era a de afastar a possibilidade de renovação compulsória.

A lei de locações, contudo, admite claramente a renovação compulsória do contrato de locação de espaços em *shopping centers* (LL, art. 52, § 2º). Deve-se ressaltar, contudo, que, se a renovação importa prejuízo ao empreendimento, caberá a exceção de retomada. Trata-se de uma questão de fato, a ser provada pelo empresário titular do *shopping center*. Quando a tutela do direito de inerência redundar injustificável redução de receita do locador, por inadequação do negócio do locatário às evoluções do mercado de consumo, é decorrência da proteção constitucional do seu direito de propriedade o impedimento da renovação compulsória da locação. O locatário receberá a correspondente indenização, pela perda do ponto, se for o caso, mas não poderá o empreendedor deixar de exercer o seu direito de propriedade — neste caso, traduzido pela faculdade de reorganizar a oferta dos produtos e serviços, no interior do complexo — para fins de ajustar a exploração econômica do seu bem às demandas dos consumidores.

6. ALIENAÇÃO DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

O estabelecimento empresarial pode ser vendido pelo empresário que o titulariza. O contrato de compra e venda de estabelecimento denomina-se *traspasse*, e é muitas vezes proposto, no meio empresarial, por meio das expressões “passa-se o ponto”. O *traspasse* não se confunde com a cessão de quotas sociais de sociedade limitada ou a alienação de controle de sociedade anônima. São institutos jurídicos bastante distintos, embora com efeitos econômicos idênticos, na medida em que são meios de transferência da empresa. No *traspasse*, o estabelecimento empresarial deixa de integrar o patrimônio de um empresário (o alienante) e passa para o de outro (o

adquirente). O objeto da venda é o complexo de bens corpóreos e incorpóreos, envolvidos com a exploração de uma atividade empresarial. Já na cessão de quotas sociais de sociedade limitada ou na alienação de controle de sociedade anônima, o estabelecimento empresarial não muda de titular. Tanto antes como após a transação, ele pertencia e continua a pertencer à sociedade empresária. Essa, contudo, tem a sua composição de sócios alterada. Na cessão de quotas ou alienação de controle, o objeto da venda é a participação societária. As repercussões da distinção jurídica são significativas, em especial no que diz respeito à sucessão empresarial, que pode ou não existir no trespasse, mas não existe na transferência de participação societária.

Exemplifique-se: se *Antonio* e *Benedito* pretendem se tornar os titulares da empresa hoje explorada pela sociedade *Bandeirantes Ltda.*, de que são sócios *Carlos* e *Darcy*, há dois caminhos possíveis. O primeiro é a constituição de uma sociedade entre eles (suponha-se, *Primavera Ltda.*), que adquire o estabelecimento empresarial da *Bandeirantes Ltda.* Nessa hipótese, o contrato entre as duas sociedades é o trespasse, e será cabível discutir se a adquirente tornou-se, ou não, sucessora da alienante (isto é, se os credores da *Bandeirantes Ltda.* poderão, ou não, exercer seus direitos contra a *Primavera Ltda.*). No segundo caminho, *Antonio* adquire as quotas de *Carlos* e *Benedito*, as de *Darcy*. Não se verifica o trespasse: o estabelecimento empresarial, pertencente à *Bandeirantes Ltda.* continua da propriedade da mesma pessoa jurídica. O que se negocia, nessa hipótese, não é o estabelecimento, mas as quotas representativas do capital da sociedade empresária. Aqui, a questão da sucessão não se põe, porque os credores da *Bandeirantes Ltda.* continuam titulares de seus créditos perante essa pessoa jurídica, independentemente de quem sejam os seus sócios.

6.1. A Questão da Sucessão

O direito de diversos países se preocupa em disciplinar a alienação do estabelecimento empresarial, para fins de tutelar os interesses dos credores. Na Alemanha, o *Handelsgesetzbuch*, de 1897, contempla regra que importa a responsabilidade do adquirente do estabelecimento empresarial pelas obrigações do alienante, quando mantido o nome empresarial (Koller-Roth-Morck, 1996:109/117). O direito francês, por sua vez, desde 1909, admite

que os credores do alienante se oponham à venda do estabelecimento, inclusive para discutir o preço contratado, que deve ser suficiente para ele solver suas obrigações (Ripert-Roblot, 1947:503/504). Na Argentina, desde 1934, a lei determina que o preço do estabelecimento não pode ser inferior ao total do passivo do alienante, e o seu pagamento não pode ser realizado senão depois de transcorridos 10 dias da publicação do anúncio da venda. Essas duas limitações são estabelecidas, para que terceiros possam reclamar, naquele prazo, junto ao adquirente, a satisfação do crédito titularizado perante o alienante. Após atender às reclamações dos credores, o adquirente paga ao alienante o saldo do valor pactuado. Por fim, cabe lembrar o direito italiano, em que disposições do *Codice Civile*, de 1942, definem que o adquirente se sub-roga em todas as obrigações ativas e passivas do alienante, salvo as de caráter pessoal e as expressamente ressalvadas no contrato.

No Brasil, até a entrada em vigor do Código Civil, considerava-se que o passivo não integrava o estabelecimento (Barreto Filho, 1969:228/229); em consequência, a regra era a de que o adquirente *não* se tornava sucessor do alienante. Isto é, os credores de um empresário não podiam, em princípio, pretender o recebimento de seus créditos de outro empresário, em razão de este haver adquirido o estabelecimento do primeiro. Admitia-se, então, somente três hipóteses de sucessão: a assunção de passivo expressa no contrato, as dívidas trabalhistas e fiscais. Com a entrada em vigor do Código Civil, altera-se por completo o tratamento da matéria: o adquirente do estabelecimento empresário responde por todas as obrigações relacionadas ao negócio explorado naquele local, desde que regularmente contabilizadas, e cessa a responsabilidade do alienante por estas obrigações no prazo de um ano (art. 1.146). Claro está que somente nos trespases realizados após a vigência do Código Civil, opera-se a sucessão e liberação nestes termos; nos anteriores, vigora o princípio da não sub-rogação de passivo em decorrência do trespasse.

O contrato de alienação do estabelecimento empresarial deve ser levado a registro na Junta Comercial e publicado na imprensa oficial (CC, art. 1.144). Além dessas formalidades, se ao alienante não restarem bens suficientes para solver o passivo relacionado ao estabelecimento vendido, a eficácia do contrato ficará na dependência do pagamento de todos os

credores ou da anuência destes. Em decorrência, o empresário que pretende alienar o seu estabelecimento empresarial deve solicitar o prévio consentimento dos seus credores. Este pode ser expresso (isto é, dado por escrito) ou tácito (caracterizado pela inércia do credor, nos 30 dias seguintes à notificação judicial ou extrajudicial). O alienante apenas está dispensado da precaução na hipótese em que permanece solvente, mesmo após a alienação (CC, art. 1.145). Assim, a sociedade empresária, com diversas filiais e grande patrimônio, pode se dispensar de obter a anuência dos credores, ao resolver vender uma delas, caso permaneça com os demais estabelecimentos.

Em suma, o direito brasileiro estabelece uma determinada formalidade, prévia ou concomitante ao trespasse, que é a anuência expressa ou tácita dos credores, dispensando-a apenas no caso de solvência do alienante, posterior à transação. Se tal formalidade não é cumprida, a consequência será altamente prejudicial ao adquirente, pois ele poderá perder o estabelecimento, em favor da coletividade dos credores, caso o alienante venha a ter a sua falência decretada (LF, art. 129, VI). É ineficaz, perante a massa falida, a venda do estabelecimento empresarial realizada sem as precauções acima. O adquirente que não se acautela, no sentido de exigir do alienante a prova da anuência dos credores ou da sua solvência, perde, em favor da massa falida, o estabelecimento empresarial que houvera comprado.

Para evitar a ineficácia do trespasse, bem como para administrar diretamente os passivos de algum modo ligados ao estabelecimento que passa a assumir, o adquirente costuma contratar com o alienante a assunção de todas as obrigações. É comum — e atende, em geral, à conveniência dos empresários contratantes — a inserção de cláusula, no trespasse, que transfere ao adquirente a responsabilidade pela solução das dívidas pendentes do alienante, ligadas ao estabelecimento transacionado. Normalmente, em anexo ao instrumento contratual, relacionam--se os débitos e identificam-se os credores e valores correspondentes, para maior segurança quanto à extensão da obrigação assumida pelo comprador do estabelecimento. Claro que as partes podem também estabelecer o inverso no contrato de trespasse: o adquirente não assume nenhum passivo do

alienante, e fica este obrigado *em regresso* a indenizá-lo caso um credor venha a obter sua responsabilização em juízo.

Considera-se sucessor o adquirente do estabelecimento, quando a obrigação do alienante se encontrava regularmente contabilizada. Independentemente de regular escrituração, o adquirente é sempre sucessor do alienante, em relação às obrigações trabalhistas e fiscais ligadas ao estabelecimento.

A regular contabilização da dívida para fins de responsabilização do adquirente do estabelecimento empresarial não se exige em relação a passivos de duas ordens: trabalhista e tributário. Também não se verifica relativamente a essas obrigações a liberação do alienante no prazo de um ano.

De acordo com o art. 448, da CLT, mudanças na propriedade da empresa não afetam os contratos de trabalho. Essa regra, na verdade, abre ao empregado duas opções: a de demandar o antigo proprietário do estabelecimento empresarial em que trabalhava, ou o atual. Em qualquer hipótese, o empresário reclamado não poderá, em contestação, opor-se à pretensão do empregado, com base nos termos do contrato de trespasse. Se a reclamação foi proposta contra o alienante do estabelecimento empresarial, em nada o aproveita, perante a Justiça do Trabalho, a cláusula contratual em que transferiu para o adquirente o passivo que possuía. Da mesma forma, se o demandado é o adquirente, ele não poderá opor ao ex-empregado do alienante os termos do negócio de trespasse, pelos quais não se tornou cessionário das dívidas. Em suma, perante o empregado do alienante, as condições contratadas entre o adquirente e o alienante ou a contabilidade referente ao estabelecimento não operam efeitos, quer a reclamação tenha sido proposta contra este último, quer contra o primeiro. Apenas na composição dos interesses dos próprios empresários contratantes, no juízo de regresso, interessam tais condições: se o adquirente é responsabilizado perante antigo empregado do alienante, e, pelo instrumento de trespasse, não havia expressamente assumido aquele passivo trabalhista, ou a dívida não se encontrava regularmente contabilizada, terá direito de regresso para se

ressarcir do prejuízo; o mesmo direito terá o alienante, se o trespasse previa a cessão da dívida, ou mesmo omissa, estava esta regularmente escriturada.

Em relação ao passivo fiscal, devem-se distinguir, nos termos do art. 133 do CTN, duas situações: se o alienante deixa de explorar qualquer atividade econômica, ou se continua a exploração de alguma atividade (mesmo que diferente da explorada no estabelecimento vendido), nos seis meses seguintes à alienação. No primeiro caso, a responsabilidade do adquirente é *direta*, e pode o fisco cobrar dele todas as dívidas tributárias do alienante, originadas da atividade desenvolvida no local do estabelecimento. No segundo, o adquirente responde de forma *subsidiária*, quer dizer, apenas no caso de falência ou insolvência do alienante. Registre-se que a sucessão tributária somente se caracteriza, em qualquer caso, se o adquirente continuar explorando, no local, idêntica atividade econômica do alienante. Se alterar o ramo de atividade do estabelecimento, não responde mais pelas dívidas fiscais do alienante, nem direta, nem subsidiariamente.

Assim, se o empresário é executado por dívida fiscal do antigo titular do seu estabelecimento, sendo iguais os ramos de atividades ali exploradas por ele e pelo antecessor, terá de realizar a prova, em embargos à execução, de que o alienante ainda explora alguma atividade econômica. Se produzida essa prova, conclui-se que o fisco não é titular do direito de responsabilizá-lo, enquanto não exaurido o patrimônio do alienante; não produzida a prova de que o alienante ainda é empresário estabelecido em outro local, prossegue-se a execução contra o adquirente. De se registrar, também, que, perante o fisco, são inoponíveis os termos do trespasse ou a omissão na contabilidade do alienante, que apenas podem eventualmente fundamentar o direito de regresso. Quer dizer, se o adquirente for judicialmente responsabilizado por obrigação tributária do alienante, poderá ressarcir-se junto a esse, se o contrato de trespasse previa a não assunção da dívida objeto da execução fiscal. Do mesmo modo, se o alienante foi executado por dívida fiscal que, nos termos do contrato de trespasse, era da responsabilidade do adquirente, terá contra esse o direito de regresso.

6.2. Trespasse e Locação Empresarial

Na maioria dos casos, o estabelecimento empresarial se encontra em prédio locado pela sociedade empresária. Quando assim é, o trespasse

envolve necessariamente a cessão da locação, que depende de autorização do locador (LL, art. 13) ou pode se ocasionar a rescisão desta em 90 dias seguintes à sua publicação (CC, art. 1.148). O adquirente do estabelecimento empresarial situado em imóvel locado, desse modo, deve negociar não apenas com o titular do fundo de empresa (o locatário), como também com o dono do imóvel (o locador), pagando eventualmente *luvas* a esse último.

A anuência do locador para a cessão da locação pode ser expressa ou tácita, caracterizando-se a última pela sua inércia, no prazo de 30 dias, após a notificação do trespasse. Se não manifestada a concordância do locador, por uma dessas formas, sujeita-se o adquirente à retomada do imóvel, a qualquer tempo (LL, art. 9^o, II). Além disso, o empresário não terá direito à ação renovatória, ainda que preenchidos os requisitos legais característicos da locação empresarial, mesmo que o locador não tenha manifestado oposição formal (LL, art. 13, § 1^o).

Independente de receber a notificação pleiteando a autorização para a cessão, ou mesmo de respondê-la, pode o locador, nos 90 dias seguintes à publicação do contrato de alienação na imprensa oficial, rescindir a locação, *se houver justa causa*. Caracterizam-na fatos como a não aprovação do novo fiador apresentado, existência de protestos em nome do adquirente, ou de ações judiciais intentadas contra este, sua situação patrimonial, econômica ou financeira insatisfatória ao atendimento das condições normalmente exigidas pelo locador etc. Em ocorrendo a rescisão da locação empresarial nestes termos, o alienante deve indenizar o adquirente pelos danos decorrentes.

Desse modo, para fins de preservar a integridade de seu investimento, o empresário, ao locar imóvel para a instalação da empresa, deve negociar com o locador a inserção, no contrato de locação, da anuência prévia para eventual cessão ou outra disposição contratual expressa que contemple a sub-rogação. Se não conseguir essa condição negocial no início do vínculo locatício, ele poderá vir a ter dificuldades para recuperar o investimento, quando do trespasse, caso o locador imponha *luvas* excessivas para anuir com a cessão do vínculo locatício.

O adquirente do estabelecimento empresarial, uma vez dada a autorização, pelo locador, para a cessão ou sub-rogação da locação, poderá se aproveitar dos prazos relativos ao alienante, para fins de ajuizamento da

ação renovatória. Os prazos anteriores podem ser somados aos seus tanto para o atendimento do requisito temporal, que é o de 5 anos de contrato (LL, art. 51, II), como do requisito material, que exige 3 anos de exploração do mesmo ramo de atividade (LL, art. 51, III). Desse modo, imagine-se que o alienante era locatário de um contrato por prazo determinado de 4 anos, e que, após 3, cedeu a locação para o adquirente, com a anuência do locador. Imagine-se, também, que, ao anuir com a cessão, o locador assinou novo contrato com o adquirente, fixando o prazo de 2 anos de duração. Nessa hipótese, está caracterizada a locação empresarial, tendo o adquirente do estabelecimento direito de pleitear a renovação compulsória do vínculo (LL, art. 51, § 1^o).

6.3. Cláusula de Não Restabelecimento

O alienante do estabelecimento empresarial que se restabelece em concorrência com o adquirente, em geral acaba atraindo para o novo local de seus negócios a clientela que formou no antigo. Note-se que o desvio de clientela, atualmente, deve-se menos ao contato pessoal entre o consumidor e comerciante, e mais às informações que o empresário alienante detém sobre a realidade do mercado em que opera. O uso dessas informações na exploração da mesma atividade, no novo estabelecimento concorrente, é o elemento decisivo para a atração da clientela formada em torno do outro. Esse fato, por evidente, importa prejuízo ao adquirente que, embora esteja exposto à concorrência em geral, pagou ao alienante um determinado valor, em razão especificamente do aviamento do estabelecimento transacionado. Ora, o restabelecimento do alienante pode, por essa razão, caracterizar enriquecimento indevido. Para evitá-lo, é comum nos contratos de trespasse (e também em outros atos empresariais, como a cessão de participação societária, a locação de espaço em *shopping center*, a rescisão de franquia etc.) a inserção de cláusula proibitiva de restabelecimento do alienante.

O direito positivo italiano foi o primeiro a disciplinar o assunto, prevendo a interdição do restabelecimento do alienante, nos 5 anos seguintes ao trespasse. Na Itália, a propósito, os primeiros julgados considerando irregular a concorrência do alienante datam do início do século XX (Colombo, 1979:172). É, no entanto, unânime, na doutrina e jurisprudência de diversos países, que a validade da interdição, mesmo a legalmente

prevista, depende de alguns limites. O empresário que alienou o seu estabelecimento não pode ficar impedido de explorar atividades não concorrentes, ou ficar vinculado à obrigação de não fazer por prazo indeterminado ou sem delimitações geográficas. A cláusula de não restabelecimento que vede a exploração de qualquer atividade econômica, ou não estipule restrições temporais ou territoriais ao impedimento, é inválida. O objetivo da proibição contratual é impedir o enriquecimento indevido do alienante, por meio do desvio eficaz de clientela. Ora, se ele se restabelece em atividade não concorrente, ou para atender região inalcançável pelo potencial econômico do antigo estabelecimento, ou, ainda, depois de transcorrido prazo suficiente para o adquirente consolidar sua posição no mercado, não se verifica concorrência direta entre os participantes do contrato de trespasse; conseqüentemente, não há disputa da mesma clientela, nem enriquecimento indevido do alienante.

A cláusula de não restabelecimento representa a garantia da integridade do valor despendido pelo adquirente, no trespasse, ao remunerar o fundo de empresa. Com a entrada em vigor do Código Civil, o alienante, salvo disposição diversa no contrato de trespasse, fica impedido de concorrer com o adquirente pelo prazo de 5 anos.

Se o instrumento contratual do trespasse, portanto, prevê a cláusula de não restabelecimento, e ela atende às condições de validade apontadas pela doutrina (isto é, a proibição possui balizas materiais, temporais e espaciais), então o alienante não poderá competir com o adquirente. Por outro lado, se o mesmo documento contempla autorização expressa para o restabelecimento do alienante, porque foi esta uma das condições tratadas entre as partes, deverá o adquirente suportar eventual perda de clientela, em razão do novo estabelecimento concorrente. Em qualquer caso, se expresso o trespasse, não haverá dificuldades em se estabelecerem os direitos e obrigações dos contratantes, em relação à concorrência. Mas, se o instrumento é omissivo, se as partes não estabeleceram nenhuma convenção expressa a respeito do eventual restabelecimento do alienante dispõe a lei que o alienante não

poderá concorrer com o adquirente pelo prazo de 5 anos subsequentes ao trespasse (CC, art. 1.147).

Para ilustrar a discussão da matéria, vale a pena recordar um caso rumoroso da jurisprudência brasileira (acórdão publicado em *RT*, 12/180 e, também, na *Revista Direito de Empresa* n. 1), relativo a ação judicial, em que uma empresa com sede no Rio de Janeiro, a Companhia Nacional de Tecidos de Juta, pleiteou indenização do Conde Álvares Penteado, de quem havia adquirido um estabelecimento empresarial, situado em São Paulo (a Fábrica Santana). O fundamento do pedido era o fato de o Conde ter se restabelecido, por intermédio da Companhia Paulista de Aniagem, corré da ação. O advogado da autora foi Carvalho de Mendonça, e, no derradeiro recurso junto ao STF, os réus contrataram Ruy Barbosa. Embora a decisão final deste famoso feito tenha sido desfavorável ao adquirente, que não obteve a indenização pretendida, o entendimento de que a cláusula de não restabelecimento deve ser expressa não se consolidou, não fez jurisprudência.

Mesmo antes da entrada em vigor do Código Civil, portanto, já predominava, no direito brasileiro, o entendimento de que, omissa o contrato de trespasse, devia-se reputar *implícita* a cláusula de não restabelecimento. Era a lição de Carvalho de Mendonça, Oscar Barreto Filho, Pontes de Miranda e, em certo sentido, Waldemar Ferreira (com entendimento contrário: Ruy Barbosa). Quer dizer, o restabelecimento do alienante, em competição direta com o adquirente, era considerado lícito apenas se o contrato de trespasse contivesse cláusula de autorização expressa. Verificada a omissão do instrumento, pressupunha-se vedado o restabelecimento do alienante. Se as partes não haviam contratado em outro sentido, devia-se considerar que a intenção tinha sido a de transferir, do alienante para o adquirente, todo o potencial econômico representado pelo estabelecimento empresarial, o que implicava necessariamente a interdição da concorrência, por parte do alienante (cf. Barreto Filho, 1969:251/253; Barbosa, 1913).

7. FRANQUIA

O estabelecimento empresarial não se organiza facilmente. Aliás, se o mercado valoriza o aviamento, o fundo de empresa, então reconhece a importância e a dificuldade do trabalho organizativo que o empresário despense. As pessoas sem experiência na condução de atividades econômicas poderão sofrer prejuízos consideráveis, ou até mesmo quebrar, se não possuem aptidão. Nesse contexto, desenvolveram-se serviços de organização da empresa, prestados por profissionais, que visam a suprir eventuais deficiências do empresário. O contrato de franquia (*franchising*) corresponde a um dos mecanismos mais aprimorados de prestação de tais serviços. Ele resulta da conjugação de dois outros contratos empresariais. De um lado, a licença de uso de marca, e, de outro, a prestação de serviços de organização de empresa. Sob o ponto de vista do franqueador, serve o contrato para promover acentuada expansão dos seus negócios, sem os investimentos exigidos na criação de novos estabelecimentos. Sob o ponto de vista do franqueado, o contrato viabiliza o investimento em negócios de marca já consolidada junto aos consumidores, e possibilita o aproveitamento da experiência administrativa e empresarial do franqueador.

Segundo a estrutura básica do negócio, o franqueador autoriza o uso de sua marca e presta aos franqueados de sua rede os serviços de organização empresarial, enquanto estes pagam os *royalties* pelo uso da marca e remuneram os serviços adquiridos, conforme a previsão contratual (cf. Farina, 1994:451/454; Martins, 1961:583/596; Bulgarelli, 1979:486). A venda de produtos, do franqueador para o franqueado, não é requisito essencial da franquia, mesmo das comerciais; o elemento indispensável à configuração do contrato é a prestação de serviços de organização empresarial, ou, por outra, o acesso a um conjunto de informações e conhecimentos, detidos pelo franqueador, que viabilizam a redução dos riscos na criação do estabelecimento do franqueado (Comparato, 1978:377).

Normalmente, os serviços de organização empresarial se desdobram em três contratos: o *management*, relacionado com os sistemas de controle de estoque, de custos e treinamento de pessoal; o *engineering*, pertinente à organização do espaço (*layout*) do estabelecimento do franqueado; e o *marketing*, cujo conteúdo diz respeito às técnicas de colocação do produto ou serviço junto ao consumidor, incluindo a publicidade. Entre as partes do contrato de franquia, estabelece-se nítida relação de subordinação. O

franqueado deverá organizar a sua empresa com estrita observância das diretrizes gerais e determinações específicas do franqueador. Essa subordinação empresarial é inerente ao contrato. Não existe franquia sem tal característica. Ela é indispensável à plena eficiência dos serviços de organização empresarial, que o franqueado adquire. O franqueador, desse modo, num certo sentido participa do aviamento do franqueado (cf. Silveira, 1984:81/83).

O crescimento do sistema de franquias, no Brasil, a partir dos anos 1990, despertou o interesse de empresários, no sentido de franquearem seus negócios, e diversos investidores foram atraídos pelas alternativas abertas pelo segmento. Alguns empresários, no entanto, passaram a conceder franquias sem se aparelharem de modo conveniente para a prestação dos serviços de organização empresarial. O surgimento de conflitos entre franqueadores e franqueados foi, assim, inevitável. Em 1994, editou-se a Lei n. 8.955, com o objetivo de disciplinar a formação do contrato de franquia. Trata-se de diploma legal do gênero denominado *disclosure statute* pelo direito norte-americano. Ou seja, encerra normas que não regulamentam propriamente o conteúdo de determinada relação jurídico-contratual, mas apenas impõem o dever de transparência nessa relação (cf. Epstein-Nickles, 1976:28/34 e 275/289). A lei brasileira sobre franquias não confere tipicidade ao contrato: prevalecem entre franqueador e franqueado as condições, termos, encargos, garantias e obrigações exclusivamente previstos no instrumento contratual entre eles firmado. Procura, apenas, a lei assegurar ao franqueado o amplo acesso às informações indispensáveis à ponderação das vantagens e desvantagens relacionadas ao ingresso em determinada rede de franquia. Em outros termos, o contrato de franquia é atípico porque a lei não define direitos e deveres dos contratantes, mas apenas obriga os empresários que pretendem franquear seu negócio a expor, anteriormente à conclusão do acordo, aos interessados algumas informações essenciais.

7.1. Circular de Oferta de Franquia

A Lei n. 8.955/94 introduziu no direito brasileiro um instrumento fundamental para a formação válida do vínculo entre franqueador e franqueado: a *Circular de Oferta de Franquia* — COF. Esse documento

equivale ao “dossiê de informação” (*basic disclosure document*) exigido dos franqueadores, nos Estados Unidos, desde 1979, em razão do *Franchising and Business Opportunity Ventures Trades Regulations Rule* (Abrão, 1984:24). Reúnem-se na COF as informações, dados, elementos e documentos capazes de apresentar aos interessados na franquia um completo quadro da situação em que se encontra a rede e a exata extensão das obrigações que serão assumidas pelas partes, caso vingue o contrato. A COF deve apresentar o conteúdo exigido pela lei (art. 3^o), conter somente informações verídicas, e ser entregue ao interessado em aderir ao sistema, com a antecedência mínima de dez dias, sob pena de anulabilidade do contrato que vier a ser firmado, devolução de todos os valores pagos a título de taxa de filiação e *royalties*, além de indenização (art. 4^o).

A lei brasileira sobre franquia não disciplina especificamente os direitos e deveres dos contratantes, durante a execução do contrato. Ela apenas obriga que os empresários, ao oferecerem franquia, prestem aos interessados informações indispensáveis à avaliação das reais condições proporcionadas pelo negócio.

As informações, dados, elementos e documentos exigidos para a COF podem ser distribuídos nas seguintes categorias: *a)* perfil do franqueador; *b)* perfil da franquia; *c)* perfil do franqueado ideal; *d)* obrigações do franqueador e direitos do franqueado; *e)* obrigações do franqueado. *Grosso modo*, portanto, a Circular deve se desdobrar em cinco grandes capítulos, correspondentes a essas categorias de informações exigidas na lei.

No capítulo referente ao perfil do franqueador, a COF deve apresentar o histórico resumido da empresa franqueadora, com os dados relacionados à época de sua implantação e menção dos principais fatos que marcam a trajetória do seu desenvolvimento econômico e mercadológico. Também é exigida a explicitação da forma societária adotada pelo franqueador (vale dizer: se sociedade limitada ou anônima) e pelas demais empresas a que se encontra diretamente ligado, por meio, por exemplo, de grupo empresarial, coligação, controle, consórcio ou outras modalidades de vínculo jurídico ou econômico. A COF deve informar os nomes empresariais do franqueador e

das empresas diretamente ligadas, anotando, se for o caso, a denominação constituída por elemento fantasia, além dos respectivos endereços. Ainda para fins de delinear o perfil do franqueador, deverão acompanhar a COF as demonstrações financeiras, inclusive os balanços, relativos aos dois últimos exercícios. Se o franqueador adota a forma de uma sociedade anônima, os demonstrativos são os definidos pelo art. 176 da LSA (*balanço patrimonial, demonstração dos lucros ou prejuízos acumulados, do resultado do exercício e das origens e aplicação de recursos*). Já se o franqueador é sociedade limitada, deverá apresentar o balanço patrimonial, que deve levantar ao menos uma vez por ano, além dos demonstrativos elaborados para o atendimento da legislação tributária, segundo o regime próprio adotado.

No capítulo relacionado ao perfil da franquia, os interessados devem encontrar as informações que lhes permitam avaliar a real situação da rede, sob todos os aspectos relevantes, bem como o potencial de desenvolvimento do negócio. Nesse sentido, o franqueador tem o dever de revelar aos interessados todas as pendências judiciais (isto é, as ações cautelares, de conhecimento, especiais, execuções, recursos, notificações etc.) que tenham por objeto o funcionamento do sistema de franquia, ou que possam eventualmente inviabilizá-lo. No primeiro grupo de pendências, encontram-se as promovidas pelos franqueados, ou contra eles, pertinentes às relações entre o franqueador e um ou mais integrantes da rede de franquia. No segundo grupo as demandas, em que é discutida a titularidade, caducidade ou validade do registro da marca empregada pelo franqueador, ou mesmo a juridicidade da cessão ou licença de uso que o beneficia. O rol de pendências judiciais deve abranger tanto aquelas de que é parte o franqueador, como as que envolvem empresas controladoras e titulares de marcas, patentes e direitos autorais relacionados com a franquia, bem como os subfranqueadores. É decorrência do dever de transparência a identificação do número dos autos e do juízo relativo a cada processo, bem como notícia atualizada sobre a sua tramitação.

Será também no capítulo do perfil da franquia que os interessados devem encontrar informações especialmente importantes para a análise da conveniência de sua adesão ao sistema. Trata-se das descrições da franquia, do negócio e das atividades a serem desenvolvidas pelos franqueados.

Exige-se detalhamento na descrição da franquia, e faculta-se a generalidade na do negócio e atividades. Para fins de elaboração da COF, deve-se distinguir entre *franquia* e *negócio*, considerando o primeiro conceito relacionado ao contrato que se pretende estabelecer entre as partes, e o último às implicações econômicas deste. O vínculo contratual deve ser detalhadamente descrito pela Circular, enquanto as suas implicações negociais podem ser descritas de forma genérica. Entende-se a distinção estabelecida pela lei (art. 3º, IV), já que no capítulo relacionado às obrigações do franqueado, a COF deve detalhar as repercussões econômicas do contrato, razão pela qual eventual exigência de detalhamento dessa descrição também no capítulo do perfil da franquia caracterizaria redundância. Ainda sobre as informações relacionadas ao contrato que será firmado, caso o interessado manifeste sua adesão ao sistema, exige a lei que a COF se faça acompanhar do correspondente modelo. Embora a lei se refira unicamente a contrato-padrão, porque esta tem sido, em larga medida, a prática no setor, é evidente que, inexistindo modelo, a Circular deve ser instruída pela minuta do contrato que o franqueador se propõe a assinar com os interessados.

Para possibilitar aos pretendentes da franquia o contato direto com os integrantes do sistema, de modo a viabilizar o levantamento de dados e informes de experiências negociais, no capítulo referente ao perfil da franquia, a COF deve relacionar nome, endereço e telefone dos franqueados, subfranqueados e subfranqueadores atuais, e dos que se desligaram da rede nos últimos doze meses. E, para completar o capítulo, a Circular deve apresentar informação atualizada sobre a situação, perante o INPI, das marcas e patentes abrangidas pelo contrato de franquia. Isto é, se se trata de simples depósito, ou se o registro ou patente já foram concedidos, e as respectivas datas, se há pedido de caducidade ou oposição administrativa ao direito industrial pleiteado, se foi solicitada a prorrogação, quando cabível etc. Esse item deve necessariamente trazer os elementos que possibilitem aos interessados qualquer tipo de pesquisa no INPI, como o número da patente, do certificado ou do processo.

No terceiro capítulo da COF, sobre o perfil do franqueado ideal, devem ser fixados os requisitos que, necessária ou preferencialmente, o interessado deve atender para ingressar na rede. A lei se refere ao grau de escolaridade

e à experiência anterior, mas não apenas essas condições subjetivas podem ser exigidas ou desejadas do interessado, mas quaisquer outras também, como, por exemplo, idade mínima ou máxima, formação técnica ou superior específica, idoneidade econômica e moral, residência em determinada cidade ou região. Convém que a COF defina os meios de comprovação do atendimento das condições subjetivas do franqueado ideal, mencionando, por exemplo, a necessidade de apresentação de certidões negativas de protesto, de débitos fiscais ou de distribuidores cíveis, criminais e trabalhistas, ou de documentos probatórios da conclusão de cursos etc.

O capítulo da Circular acerca das obrigações do franqueador e direitos do franqueado deve referir-se, de início, à cláusula da territorialidade, importantíssimo aspecto do relacionamento entre franqueador e franqueado. Os interessados devem ser informados pela COF se a franquia adota o sistema de exclusividade territorial para os franqueados. Claro que, na hipótese de adoção deste sistema, fica vedada a possibilidade de atuação além dos limites do território contratado, porque isso feriria a exclusividade de outros franqueados. A cláusula de territorialidade pode estabelecer, também, não exatamente a exclusividade, mas a simples preferência do franqueado, por meio de sistemas de compensação interna da rede. Nesse caso, a definição das condições de atuação além dos limites do território de cada franqueado devem ser claramente estabelecidas, para que não se lesem os interesses de nenhum dos integrantes da rede.

A lei não menciona, especificamente, a obrigação de informar os critérios para a definição da área de atuação (território) de cada franqueado. Isso, contudo, é essencial para a perfeita avaliação das condições de rentabilidade da franquia e do prazo de amortização do capital investido. Assim, do dever genérico de transparência, conclui-se a necessidade de tal informação, podendo se definir na COF, por exemplo, a metodologia a ser empregada em futuras avaliações do potencial de mercado.

Outro elemento de extrema importância, no capítulo das obrigações do franqueador, é a indicação dos serviços de organização empresarial com os quais o franqueado poderá contar. Assim, a COF deve detalhar se o contrato abrange ou não, e em que medida, a prestação dos serviços de supervisão da rede, treinamento do franqueado e seus empregados, fornecimento de manuais, auxílio na escolha do ponto, definição do *layout* e outros

normalmente esperados do concedente da franquia. Especial atenção deve ser dedicada à elaboração (pelo franqueador) ou leitura (pelo franqueado) desse capítulo, tendo em conta que muitos dos conflitos internos à rede estão relacionados à extensão dos serviços de organização empresarial, objeto do contrato de franquia.

O maior capítulo da COF é necessariamente o dedicado às obrigações do franqueado, não apenas em razão da natureza das informações abrangidas, mas principalmente pela extensão do seu objeto. Em relação a esse tópico, a Circular deve, inicialmente, especificar as atividades que cabem ao franqueado desenvolver diretamente para a exploração do negócio objeto de contrato; ou seja, as franquias apresentam diferentes graus de dependência do trabalho pessoal do franqueado, em função da atividade econômica, porte ou organização administrativa. Em parte delas, o regular desenvolvimento da empresa pressupõe a presença constante do próprio franqueado no estabelecimento (ou do sócio-gerente da sociedade franqueada), para cuidar pessoalmente de certos aspectos do negócio, enquanto noutras franquias essa presença não se exige. A COF deve esclarecer convenientemente esse aspecto, mencionando as horas semanais de absorção de trabalho do franqueado e a natureza do seu envolvimento no cotidiano da empresa e da rede.

Também no capítulo referente às obrigações do franqueado, à Circular cabe apresentar especificações quanto aos valores a serem aportados pelos interessados no investimento. Assim, o instrumento deve estimar o aporte inicial de capital, abrangendo tanto o relacionado à compra, implantação e entrada em operação da franquia, quanto o relacionado às instalações, equipamento e estoque. Além dessas estimativas, a COF deve definir a taxa inicial de filiação (também denominada “taxa de franquia”) e a caução a ser prestada pelo franqueado. Note-se que os valores correspondentes à taxa e à caução devem ser exatos, enquanto os demais itens do investimento podem ser aproximados, recomendando-se a apresentação dos critérios de estimação e de eventuais margens de erro.

Tudo quanto for devido pelo franqueado ao franqueador, durante a execução do contrato, deve ser detidamente discriminado pela COF, de modo a aclarar suas bases de cálculo e finalidades. Exige-se a indicação específica dos pagamentos devidos a título de remuneração pela utilização

da marca e pelos serviços fornecidos, sendo cabível a utilização de percentuais sobre o faturamento. Exige-se, também, a referência ao aluguel de equipamento ou do ponto, e, se houver algum esquema de publicidade comum, à contribuição do franqueado para o seu custeio. Do mesmo modo, em havendo a obrigação de constituição de seguro, o valor mínimo do prêmio deverá ser definido pela Circular. Note-se que a COF não poderá omitir nenhum desembolso a cargo do franqueado, por mais específico, incomum ou reduzido que seja. Aliás, convém ao franqueador, em obediência ao dever genérico de transparência, informar também os itens que, em sua franquia, não serão eventualmente devidos.

Neste mesmo capítulo, a Circular deve prestar informações claras e detalhadas acerca dos bens, serviços e insumos que o franqueado se obriga a adquirir, tanto do próprio franqueador quanto de outros fornecedores. Esses últimos, por sua vez, devem estar identificados pela COF, para que os interessados possam avaliar concretamente a extensão da obrigação assumida. Por fim, o instrumento de oferta deve prever a disciplina das relações entre os contratantes após o encerramento da franquia, tratando em especial dos segredos de empresa a que tem acesso o franqueado, bem como das condições de concorrência entre este e o franqueador (se haverá, ou não, cláusula de não restabelecimento e em que termos).

7.2. Registro da Franquia

Os contratos de franquia devem ser registrados no INPI, por exigência da lei (LPI, art. 211). Esse registro não representa, contudo, requisito de validade ou eficácia do ato, entre as partes contratantes. A franquia não registrada é plenamente válida e eficaz entre o franqueador e o franqueado, e a ausência da formalidade não pode ser invocada, por qualquer um deles, a pretexto de descumprimento de obrigação contratual. Mas o registro é condição para que o negócio produza efeitos perante terceiros, em especial o fisco e as autoridades monetárias. Sem o registro da franquia, não se admite a dedução fiscal dos *royalties*, pagos pela licença do uso de marca, nem a remessa de dinheiro para o exterior.

Deve-se ressaltar, no entanto, que o registro da franquia é condição de eficácia do ato perante terceiros, apenas na hipótese em que franqueador e franqueado titularizam direitos perante esses. Quando ocorre o inverso — os

terceiros são credores dos participantes da franquia —, o registro não pode ser considerado condição de eficácia. É, por exemplo, o caso dos consumidores que, embora “terceiros” em relação aos participantes do contrato de franquia, não podem ter os seus direitos prejudicados pela ausência do registro. Nas hipóteses em que o consumidor pode agir contra o franqueador, em razão de irregularidade do franqueado, a ausência do registro não é fator excludente de responsabilidade.

Capítulo 6

PROPRIEDADE INDUSTRIAL

1. INTRODUÇÃO

A história do direito industrial — ramo jurídico muitas vezes referido pela expressão “marcas e patentes” — tem início na Inglaterra, mais de um século antes da primeira Revolução Industrial, com a edição do *Statute of Monopolies*, em 1623, quando, pela primeira vez, a exclusividade no desenvolvimento de uma atividade econômica deixou de se basear apenas em critérios de distribuição geográfica de mercados, privilégios nobiliárquicos e outras restrições próprias ao regime feudal, para prestigiar as inovações nas técnicas, utensílios e ferramentas de produção. O inventor passou a ter condições de acesso a certas modalidades de monopólio concedidas pela Coroa, fator essencial para motivá-lo a novas pesquisas e aprimoramentos de suas descobertas. Não é, aliás, um despropósito imaginar que o pioneirismo do direito inglês, na matéria de proteção aos inventores, pode ter contribuído decisivamente para o extraordinário processo de industrialização que teve lugar na Inglaterra, a partir de meados do século XVIII. A segunda norma de direito positivo que, historicamente, se destaca é a Constituição dos Estados Unidos (1787), cujo art. 1º, § 8.8, atribui ao congresso da Federação poderes para assegurar aos inventores, por prazo determinado, o direito de exclusividade sobre a invenção, tendo sido editada a lei correspondente já em 1790. A França foi o terceiro país a legislar sobre direito dos inventores, em 1791 (Miranda, 1956, 16:207/216).

Outro momento de extrema importância, para a evolução do direito industrial, foi a criação, em 1883, da *União de Paris*, convenção internacional da qual o Brasil é participante desde o início, e cujo objetivo principal é a declaração dos princípios da disciplina da propriedade industrial. A convenção — revista em Bruxelas (1900), Washington (1911), Haia (1925), Londres (1934), Lisboa (1958) e Estocolmo (1967) — adota

conceito amplo de propriedade industrial, abrangendo não apenas os direitos dos inventores, como também as marcas e outros sinais distintivos da atividade econômica (*denominação de origem, nome e insígnia*).

Convenção de Paris

Art. 1º, n. 2: “a proteção da propriedade industrial tem por objeto as patentes de invenção, os modelos de utilidade, os desenhos ou modelos industriais, as marcas de fábrica ou de comércio, as marcas de serviço, o nome comercial e as indicações de proveniência ou denominações de origem, bem como a repressão da concorrência desleal”.

A Convenção de Paris, pela abrangência que conferiu ao conceito de propriedade industrial, consolidou uma nova perspectiva para o tratamento da matéria. Os direitos dos inventores sobre as invenções, e os dos empresários sobre os sinais distintivos de sua atividade, juntamente com as regras de repressão à concorrência desleal, passaram a integrar um mesmo ramo jurídico. É certo que as invenções e os sinais distintivos se identificam enquanto bens imateriais, cuja exploração econômica pressupõe investimentos importantes para os empresários. É certo, também, que todas as regras de direito industrial se fundam, direta ou indiretamente, em preceitos de lealdade competitiva. Mas o conceito amplo de propriedade industrial adotado pela União de Paris não deixa de sugerir algo de arbitrário. Tanto assim que diversos países, como a Espanha, Alemanha e Argentina, por exemplo, possuem leis separadas para as invenções, e para as marcas. Nos Estados Unidos, a Constituição atribui poderes ao Congresso da Federação para disciplinar os direitos dos inventores, mas não a matéria relativa às marcas. Por esta razão, a legislação federal norte-americana sobre sinais distintivos dos empresários (*trademark*) somente é aplicável às operações interestaduais, cabendo aos Estados legislar sobre direito marcário (Miller-Davis, 1983:148/149).

A história do direito industrial brasileiro, a exemplo do direito comercial, se inicia no processo de desentranse da nossa economia colonial, no início do século XIX, quando a Corte portuguesa se encontrava no Brasil, evitando

Napoleão. Em 1809, o Príncipe Regente baixou alvará que, entre outras medidas, reconheceu o direito do inventor ao privilégio da exclusividade, por 14 anos, sobre as invenções levadas a registro na Real Junta do Comércio. A doutrina brasileira reivindica, a partir desse fato, um “lugar proeminente” ao nosso país na história do direito industrial, sob a alegação de que teria sido ele o quarto, no mundo, a disciplinar a matéria (Cerqueira, 1946:6/7). De qualquer forma, em 1830, tendo já conquistado sua independência política, o Brasil editou lei sobre invenções, atendendo à previsão constante da Constituição do Império (art. 179, n. 26). Posteriormente, em 1875, surgiu a primeira lei brasileira sobre marcas, uma resposta à representação ao governo, apresentada por Ruy Barbosa, que não havia logrado êxito na defesa dos interesses de um cliente seu — o titular da marca de rapé *Areia Preta* — por falta de uma legislação protetora (cf. Ferreira, 1962, 6:259/263).

O direito brasileiro, originariamente, disciplinava em separado as invenções e as marcas. Em 1882, editou-se nova lei sobre patentes, e em 1887 e 1904, outras sobre marcas. O critério de tratamento da matéria industrial em leis separadas somente foi abandonado em 1923, a partir da criação da Diretoria Geral da Propriedade Industrial, órgão que passou a centralizar administrativamente as questões afetas aos seus dois âmbitos. A partir de então, o direito industrial brasileiro passou a disciplinar, no mesmo diploma legislativo, as patentes de invenções e os registros de marca. Mas o conceito amplo de propriedade industrial, estabelecido pela União de Paris, nunca foi integralmente incorporado nas muitas reformas legislativas que se seguiram (1945, 1967, 1969 e 1971). A vigente Lei da Propriedade Industrial (LPI: Lei n. 9.279/96), por exemplo, aplica-se às invenções, desenhos industriais, marcas, indicações geográficas e à concorrência desleal, mas não trata do nome empresarial, instituto cuja disciplina é feita pela lei do registro de empresas (Lei n. 8.934/94).

2. BENS DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL

São bens integrantes da propriedade industrial: a invenção, o modelo de utilidade, o desenho industrial e a marca. O direito de exploração com

exclusividade dos dois primeiros se materializa no ato de concessão da respectiva *patente* (documentado pela “carta-patente”); em relação aos dois últimos, concede-se o *registro* (documentado pelo “certificado”). A concessão da patente ou do registro compete a uma autarquia federal denominada Instituto Nacional da Propriedade Industrial — INPI.

O direito industrial é a divisão do direito comercial que protege os interesses dos inventores, designers e empresários em relação às invenções, modelo de utilidade, desenho industrial e marcas.

Dos quatro bens industriais, a invenção é a única não definida pela lei. Esta ausência de definição corresponde à tradição legislativa sobre a matéria, nacional e estrangeira (Cerqueira, 1946:211/212), e é plenamente justificável pela extrema dificuldade de se conceituar o instituto. Todos, de fato, sabem intuitivamente o que é uma invenção e não há dúvidas quanto aos elementos essenciais que a caracterizam (criação original do espírito humano, ampliação do domínio que o homem exerce sobre a natureza etc.), mas não é fácil estabelecer os seus exatos contornos conceituais. Em razão da dificuldade em definir invenção, o legislador prefere se valer de um critério de exclusão, apresentando uma lista de manifestações do intelecto humano que não se consideram abrangidas no conceito (LPI, art. 10). Neste sentido, não são invenção: *a*) as descobertas e teorias científicas (a teoria da relatividade de Albert Einstein, por exemplo); *b*) métodos matemáticos (o cálculo infinitesimal, de Isaac Newton); *c*) concepções puramente abstratas (a lógica heterodoxa, de Newton da Costa); *d*) esquemas, planos, princípios ou métodos comerciais, contábeis, financeiros, educativos, publicitários, de sorteio e de fiscalização (a pedagogia do oprimido, de Paulo Freire, é exemplo de método educativo); *e*) obras literárias, arquitetônicas, artísticas e científicas ou qualquer criação estética e programas de computador (tutelados pelo direito autoral); *f*) apresentação de informações, regras de jogo, técnicas e métodos operatórios ou cirúrgicos, terapêuticos ou de diagnóstico, e os seres vivos naturais.

O modelo de utilidade é, por sua vez, uma espécie de aperfeiçoamento da invenção — já foi denominado de “pequena invenção”. A lei define o modelo de utilidade como “objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação” (LPI, art. 9^o). Os recursos agregados às invenções, para, de um modo não evidente a um técnico no assunto, ampliar as possibilidades de sua utilização, são modelos de utilidade. As manifestações intelectuais excluídas do conceito de invenção também não se compreendem no de modelo de utilidade (LPI, art. 10).

Para se caracterizar como modelo de utilidade, o aperfeiçoamento deve revelar a atividade inventiva do seu criador. Deve representar um avanço tecnológico, que os técnicos da área repute engenhoso. Se o aperfeiçoamento é destituído dessa característica, sua natureza jurídica é a de mera “adição de invenção” (LPI, art. 76; Strenger, 1996:18). Por outro lado, havendo dúvidas acerca do correto enquadramento de uma criação industrial — se invenção ou modelo de utilidade —, e não existindo critério técnico de ampla aceitação capaz de eliminá-las, deve-se considerar o objeto uma invenção. Como a lei preceitua o conceito de modelo de utilidade, mas não o de invenção, a criação industrial que não se puder enquadrar com certeza no primeiro (ou em outra categoria do direito industrial), deve-se considerar enquadrado no segundo.

O desenho industrial (*design*) é a alteração da forma dos objetos. Está definido, na lei, como “a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial” (LPI, art. 95). A sua característica de fundo — que, inclusive, o diferencia dos bens industriais patenteáveis — é a *futilidade*. Quer dizer, a alteração que o desenho industrial introduz nos objetos não amplia a sua utilidade, apenas o reveste de um aspecto diferente. A *cadeira de braços* que August Endell projetou em 1899, em *Jugendstil* (versão alemã do estilo *art nouveau*), por exemplo, não tem mais utilidade do que qualquer outra cadeira. Servem todas ao mesmo propósito, o de sentar. Este traço da futilidade é essencial para que a alteração no objeto seja, sob o ponto de vista jurídico, um desenho

industrial, e não um eventual modelo de utilidade ou uma adição de invenção. Por outro lado, este mesmo traço aproxima o *design* da obra de arte. São ambos fúteis, no sentido de que não ampliam as utilidades dos objetos a que se referem (anote-se, contudo, que os objetos revestidos de desenho industrial têm necessariamente função utilitária, ao contrário daqueles em que se imprime a arte, desprovidos dessa função).

Lei da Propriedade Industrial

Art. 95. Considera-se desenho industrial a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial.

A invenção, o modelo de utilidade, a adição de invenção e o desenho industrial são, assim, alterações em objetos em graus diferentes. Nos dois primeiros, é indispensável a presença da atividade inventiva; isto é, a alteração não pode ser uma decorrência óbvia dos conhecimentos técnicos existentes à época da criação. Presente este requisito, a alteração será considerada invenção quando for independente; e modelo de utilidade quando acessória de uma invenção. Já no caso de faltar atividade inventiva, a alteração poderá ser adição de invenção ou desenho industrial. A primeira existe na hipótese de um pequeno aperfeiçoamento na invenção patenteada, enquanto a última se manifesta pela mudança de natureza exclusivamente estética. A definição do melhor enquadramento de uma certa alteração, entre essas quatro categorias, muitas vezes apresenta dificuldades consideráveis, exigindo peruciência dos técnicos e dos profissionais do direito envolvidos com a matéria.

O quarto bem industrial é a marca, definida como o sinal distintivo, suscetível de percepção visual, que identifica, direta ou indiretamente, produtos ou serviços (LPI, art. 122). No Brasil (ao contrário do que se verifica em outros países, como a França e a Alemanha), os sinais sonoros, ainda que originais e exclusivos, embora possam também individualizar produtos e serviços, não são suscetíveis de registro como marca. É o caso,

por exemplo, do “*plim plim*”, adotado pela Rede Globo de Televisão, no passado, para destacar a veiculação de publicidade da apresentação de filmes e outros programas (cf. Domingues, 1984:199/201). Também não são marcas as características de cheiro, gosto ou tato de que se revestem os produtos ou serviços. Os signos não visuais são tutelados pela disciplina jurídica da concorrência, na medida em que sua usurpação sirva de meio fraudulento para desviar clientela. Apenas os sinais visualmente perceptíveis podem ser registrados como marca no INPI. Os exemplos são inúmeros: *Coca-cola*, *Saraiva*, *Itaú* etc.

A doutrina costuma classificar as marcas em *nominativas*, *figurativas* ou *mistas* (Requião, 1971:193/194). No primeiro grupo, estariam as marcas compostas exclusivamente por palavras, que não apresentam uma particular forma de letras (por exemplo, *Revista Direito de Empresa*); no segundo, as marcas consistentes de desenhos ou logotipos (por exemplo, a famosa gravatinha da *Chevrolet*); no último, as marcas seriam palavras escritas com letras revestidas de uma particular forma, ou inseridas em logotipos (por exemplo, *Coca-cola*). Esta classificação, no entanto, é inútil, para fins jurídicos. Qualquer que seja o tipo de marca, segundo este critério diferencial, a proteção é idêntica.

Por fim, vale a pena um registro sobre a marca tridimensional. Para determinados produtos, a forma serve como fator de distinção. Pense na caneta *Bic* ou na garrafa da *Coca-cola*. Eles apresentam formas eventualmente protegidas como desenho industrial, mas por sua distintividade também comportam proteção como marcas. A marca é tridimensional sempre que a forma do produto for um *signo*, ou, como diz a lei, um *senal distintivo* (LPI, art. 122).

2.1. Segredo de Empresa

O inventor — ou o criador de modelo de utilidade —, se pretender patentear sua invenção, deve estar atento ao fato de que todos passarão a ter conhecimento das inovações que realizou, em seus detalhes. Providência essencial do procedimento administrativo de concessão da patente é a publicação do pedido, bem como o irrestrito acesso dos interessados ao relatório descritivo, reivindicações, resumo e desenhos correspondentes (LPI, art. 30). A publicação, pelo órgão oficial do INPI (a *Revista da*

Propriedade Industrial), ocorrerá no prazo máximo de 18 meses, a contar do depósito do pedido ou da data da solicitação de prioridade mais antiga. Essa providência, que somente não existe na hipótese de invenção de interesse à defesa nacional (LPI, art. 75), é indispensável para que os demais titulares de patente possam eventualmente se opor a pretensões lesivas aos seus direitos, e os inventores em geral possam reorientar suas pesquisas.

A publicação da invenção é condição para a concessão da patente. Por esta razão, muitos empresários preferem manter em segredo suas invenções a pedir a proteção legal.

Pois bem, uma vez divulgados pelo INPI os detalhes da invenção, caberá ao titular do depósito da patente — e só a ele — zelar para que terceiros não se utilizem indevidamente de sua criação industrial. A fiscalização dessa eventualidade e a adoção das providências judiciais pertinentes são da exclusiva alçada do particular interessado. Se assim é, em algumas circunstâncias, poderá revelar-se mais interessante ao inventor manter segredo acerca de sua invenção, explorando-a sem requerer a concessão da patente. O risco desta alternativa é a de outro inventor, que chegar aos mesmos resultados posteriormente, acabar titularizando o direito industrial, por ser o primeiro a depositar o pedido. Neste sentido, cabe ponderar qual a situação menos desvantajosa: controlar a invenção depositada e divulgada, ou explorá-la sigilosamente.

O segredo de empresa não está totalmente desamparado no direito brasileiro. Pelo contrário, a lei tipifica como crime de concorrência desleal a exploração, sem autorização, de “conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto”, se o acesso ao segredo foi fraudulento ou derivou de relação contratual ou empregatícia (LPI, art. 195, XII e XI). Deste modo, a usurpação de segredo de empresa gera responsabilidade penal e civil, com fundamento na disciplina jurídica da

concorrência. Apenas não haverá lesão a direito de um empresário se o outro, que explora economicamente o mesmo conhecimento secreto, também o obteve graças às próprias pesquisas. Nesse caso, se nenhum dos dois titulariza a patente, não haverá concorrência desleal. Por outro lado, quando dois ou mais empresários exploram um mesmo conhecimento secreto, o primeiro deles a depositar o pedido de patente poderá impedir que os demais continuem a explorá-lo. A proteção do direito brasileiro ao segredo de empresa — a exemplo do que se verifica noutros países, como nos Estados Unidos (Weston-Maggs-Schechter, 1950:306/308) —, não dá ensejo à exclusividade de exploração da invenção.

No Brasil, não existe nenhum registro do segredo de empresa. Trata-se de um fato cuja prova deve se fazer em juízo pelos meios periciais, documentais ou testemunhais. Na França, registra a doutrina, desenvolveu-se uma prática simples e eficaz de formalização da existência do segredo. O empresário descreve a invenção em relatório do qual extrai duas vias, envelopando-as em separado. Envia-as, dentro de um envelope maior, apropriado a esta finalidade, ao *Institut National de la Propriété Industrielle*, que registra o recebimento. Um dos envelopes, ainda lacrado, é restituído ao interessado; o outro permanecerá, também lacrado, no arquivo da repartição pública, pelo prazo de cinco anos, renovável. Se, neste período, for necessário provar a existência e a anterioridade do segredo, os envelopes serão abertos (Ripert-Roblot, 1947:398/399).

2.2. Marcas Coletivas e de Certificação

As marcas são sinais distintivos que identificam, direta ou indiretamente, produtos ou serviços. A identificação se realiza pela aposição do sinal no produto ou no resultado do serviço, na embalagem, nas notas fiscais expedidas, nos anúncios, nos uniformes dos empregados, nos veículos etc. Dá-se uma identificação direta se o sinal está relacionado especificamente ao produto ou serviço. A identificação indireta se realiza por meio de duas outras categorias de marca, introduzidas no direito brasileiro pela atual legislação: as coletivas e de certificação. De fato, o art. 123 da LPI conceitua: a) *marca de produto ou serviço*, como sendo a usada para os individuar, distinguindo-os de outros idênticos, semelhantes ou afins, de origem diversa; b) *marca de certificação*, como a que atesta a conformidade

de produto ou serviço a normas ou especificações técnicas; c) *marca coletiva*, como a que informa ser o produto ou serviço fornecido por empresário filiado a certa entidade.

As marcas de identificação indireta são a coletiva e a de certificação. Existentes também em outros direitos (como o norte-americano, francês, alemão e espanhol), estas marcas possuem o traço comum de transmitirem ao consumidor a informação de que o produto ou serviço possui uma qualidade destacada, especial, acima da média; seja porque o empresário que os fornece participa de uma conceituada associação empresarial (a *marca coletiva*), seja porque foram atendidos determinados padrões de qualidade (a *marca de certificação*). Outro elemento comum é a existência de um regulamento de uso, indispensável ao registro no INPI. Este regulamento estabelecerá as condições pelas quais um empresário tem direito de usar a marca coletiva ou de certificação, bem como as hipóteses em que perde o direito. Finalmente, o terceiro aspecto comum às duas categorias é a desnecessidade de licença para o uso da marca. Se o empresário atende aos pressupostos previstos no regulamento de uso, está autorizado a usá-la em seus produtos ou serviços, independentemente de qualquer registro no INPI.

Lei da Propriedade Industrial

Art. 123. Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I — marca de produto ou serviço: aquela usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa;

II — marca de certificação: aquela usada para atestar a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas ou especificações técnicas, notadamente quanto à qualidade, natureza, material utilizado e metodologia empregada; e

III — marca coletiva: aquela usada para identificar produtos ou serviços provindos de membros de uma determinada entidade.

A diferença entre a marca coletiva e a de certificação diz respeito à natureza do titular do registro. No caso da coletiva, o titular será sempre uma associação empresarial, ou seja, uma entidade, sindical ou não, que congrega

os empresários de determinado produto, ou de certa região, ou adeptos de uma específica ideologia (por exemplo, os empresários cristãos, os ecológicos etc.). No caso da marca de certificação, o titular não é uma associação empresarial, mas um agente econômico (normalmente, um empresário) cuja atividade é a de avaliar e controlar a produção ou circulação de bens ou serviços, desenvolvidas por outros agentes. O titular da marca de certificação, aliás, não pode ter direto interesse comercial ou industrial em relação ao produto ou serviço cuja conformidade ele atesta (LPI, art. 128, § 3º).

Se o empresário pretende identificar seus produtos com uma marca coletiva ou de certificação, ele deverá consultar o respectivo regulamento de uso, registrado no INPI, para verificar se atende às condições nele estipuladas. Normalmente, o regulamento irá estabelecer, entre as condições de uso, uma contrapartida remuneratória em favor do titular da marca (por exemplo, a taxa de filiação à associação empresarial, o pagamento dos serviços de controle de qualidade etc.). Atendidas as condições, a lei considera outorgada a autorização de uso da marca, sem que outra formalidade seja necessária além das previstas no respectivo regulamento.

Por outro lado, se alguém usa marca coletiva ou de certificação, sem atender às condições regulamentares correspondentes, as medidas judiciais de coibição e reparação do ilícito cabem exclusivamente ao titular da marca, isto é, à associação empresarial ou à empresa de avaliação e controle, às quais o INPI concedeu o registro. O empresário usuário da marca coletiva ou de certificação não tem ação contra o usurpador, e apenas pode reclamar as providências do titular da marca, e, caso este permaneça inerte, representar ao INPI, para que promova a extinção do registro (LPI, art. 151, II).

3. A PROPRIEDADE INTELECTUAL

Os bens sujeitos à tutela jurídica sob a noção de “propriedade industrial” (isto é, as patentes de invenção, as marcas de produtos ou serviços, o nome empresarial etc.) integram o estabelecimento empresarial. São, assim, bens imateriais da propriedade do empresário. Há, porém, outros bens da mesma natureza, cuja tutela segue disciplina diversa, a do direito autoral.

O conjunto destas duas categorias de bens é normalmente denominado “propriedade intelectual”, numa referência à sua imaterialidade e à origem comum, localizada no exercício de aptidões de criatividade pelos titulares dos respectivos direitos. A propriedade intelectual, portanto, compreende tanto as invenções e sinais distintivos da empresa, como as obras científicas, artísticas, literárias e outras. O direito intelectual, deste modo, é o gênero, do qual são espécies o industrial e o autoral. Normalmente, o estudo deste último é reservado à doutrina de direito civil, não cuidando dele os comercialistas. Deve-se, contudo, acentuar que há bens de extraordinária importância econômica para os empresários que são protegidos, no Brasil e no exterior, pelo direito autoral, e não pelo industrial, como, por exemplo, os programas de computador (Lei n. 9.609/98; cf. Manso, 1987). Por esta razão, é necessário pelo menos uma referência genérica às diferenças entre os dois grandes capítulos do direito intelectual. Além disso, cabe examinar também o critério distintivo entre desenho industrial e obra de arte, para assinalar as hipóteses de aplicação de cada ramo do direito de tutela da propriedade intelectual.

3.1. Diferenças entre o Direito Industrial e o Direito Autoral

A proteção liberada ao *criador* pelo direito industrial diferencia--se da do autoral, em dois aspectos: em primeiro lugar, quanto à origem do direito; em segundo, quanto à extensão da tutela.

A exclusividade na exploração do bem imaterial conferida pelo direito industrial decorre de um ato administrativo. O inventor e o *designer* somente titularizam o direito de exploração exclusiva da invenção, modelo ou desenho, após a expedição da patente, pelo INPI. Do mesmo modo, o empresário só se considera titular do direito de exclusividade, em relação à marca, após expedido o certificado de registro. Em outros termos, o ato administrativo pelo qual o inventor ou o empresário tem reconhecido o seu direito industrial é de natureza constitutiva, e não declaratória. A consequência imediata da definição é clara: o direito de exclusividade será titularizado por quem pedir a patente ou o registro *em primeiro lugar*. Não interessa quem tenha sido realmente o primeiro a inventar o objeto, projetar o desenho ou a utilizar comercialmente a marca. O que interessa saber é

quem foi o primeiro a tomar a iniciativa de se dirigir ao INPI, para reivindicar o direito de sua exploração econômica exclusiva.

Em decorrência da natureza constitutiva do ato de concessão do direito industrial, quem titulariza a patente pode não ter sido necessariamente a primeira pessoa a proceder à correspondente invenção. E mesmo que essa pessoa venha a provar, por documentos confiáveis que sejam, ter sido dela a primeira invenção, não poderá impedir que o titular da patente exerça seu direito de exclusividade, também contra ela. Ou seja, esta pessoa — a despeito de ter sido a primeira a inventar — somente poderá explorar economicamente a invenção mediante licença do titular da patente.

Já em relação aos bens que integram a propriedade autoral, a regra não é esta. O direito de exclusividade do criador de obra científica, artística, literária ou de programa de computador não decorre de algum ato administrativo concessivo, mas da criação mesma. Se alguém compõe uma música, surge do próprio ato de composição o direito de exclusividade de sua exploração econômica. É certo que a legislação de direito autoral prevê o registro dessas obras: o escritor deve levar seu livro à Biblioteca Nacional, o escultor sua peça à Escola de Belas Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro, o arquiteto seu projeto ao CREA, e assim por diante (Lei n. 5.988/73, art. 17, mantido em vigor pelo art. 115 da Lei n. 9.610/98). Estes registros, contudo, não têm natureza constitutiva, mas apenas servem à prova da anterioridade da criação, se e quando necessária ao exercício do direito autoral. O autor, portanto, pode reivindicar em juízo o reconhecimento de seu direito de exploração exclusiva da obra, mesmo que não tenha o registro. O inventor, o *designer* e o empresário não podem reivindicar idêntica tutela, se não exibirem a patente ou o registro.

Mesmo o registro de programas de computador, embora feito pelo INPI, não tem natureza constitutiva, porque se cuida de direito de autor. Na verdade, o INPI, neste caso, não desempenha uma função própria, relacionada à tutela da propriedade industrial, mas atua apenas como o órgão designado pelo Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, que, se, no futuro, entender de passar a incumbência a outra repartição pública, poderá fazê-lo, sem que isto altere a natureza jurídica do ato registrário, que continuará sendo, no caso, meramente declaratório. Ou seja, o INPI, quando patenteia uma invenção ou registra desenho industrial

ou marca, pratica ato de natureza constitutiva, fundado no direito industrial; quando, porém, registra um logiciário (*software*), pratica ato declaratório, relacionado ao direito autoral.

Se restar demonstrado, portanto, que uma determinada pessoa foi a primeira a criar uma obra intelectual, artística ou científica, ou um programa de computador, ela será a titular do direito à exploração exclusiva, mesmo que outra pessoa tenha feito, anteriormente, o registro da mesma obra nas entidades mencionadas por lei ou designadas pelo MICT.

Uma das diferenças entre o direito industrial e o autoral está relacionada à natureza do registro do objeto, ou da obra. O do primeiro é constitutivo; o da obra se destina apenas à prova da anterioridade.

A segunda diferença entre os dois sistemas protetivos da propriedade intelectual diz respeito à extensão da tutela. O direito industrial protege não apenas a forma exterior do objeto, como a própria ideia inventiva, ao passo que o direito autoral apenas protege a forma exterior. Se alguém apresenta ao INPI um pedido de patente, descrevendo de maneira diferente uma invenção já patenteada, ele não poderá receber o direito industrial que pleiteia. Isto porque a propriedade, neste caso, está protegida como a *ideia* de que decorre a invenção. Ao seu turno, no campo do direito autoral, coíbem-se os plágios, ou seja, a apropriação irregular de obra alheia, tal como ela se apresenta externamente. Qualquer um pode publicar um livro, narrando, em primeira pessoa, a história de um homem obcecado pela ideia de que sua mulher foi adúltera, tema introduzido na literatura brasileira por Machado de Assis, em *Dom Casmurro*. Ora, desde que não reproduza trechos do texto machadiano, este escritor não incorrerá em plágio, embora a sua ideia não seja minimamente original. O pintor que retratar as coloridas bandeirolas de papel, usadas nas festas juninas do interior paulista, não estará infringindo os direitos autorais de Volpi (ou seus sucessores), que foi o criador do tema, desde que não reproduza especificamente nenhuma tela ou gravura dele. Isto

porque a proteção liberada pelo direito autoral não alcança a ideia do autor, mas só a forma pela qual ela se exterioriza, e se apresenta ao público.

A segunda diferença entre o direito industrial e o autoral está relacionada à extensão da tutela jurídica. Enquanto o primeiro protege a própria ideia inventiva, o segundo cuida apenas da forma em que a ideia se exterioriza.

A propósito desta segunda diferença, vale lembrar que o programa de computador, por ser protegido pelo direito autoral, submete--se ao regime próprio desse gênero de propriedade intelectual. Em decorrência, é possível a qualquer um comercializar logiciários que atendam às mesmas necessidades dos já existentes no mercado, desde que não os reproduzam (o que configuraria plágio). Também em virtude deste enquadramento no campo do direito do autor, não é ilícita a desengenharia dos logiciários, isto é, a descoberta do modo de operação do programa, por meio de sua desestruturação, como forma de pesquisa de novas alternativas de desenvolvimento da informática.

3.2. Desenho Industrial e Obra de Arte

Situa-se o desenho industrial no limite entre a atividade de criação industrial e a artística. É, ademais, muito comum, em grandes museus de arte, a existência de seção dedicada ao *design*, na qual se exibem móveis e utensílios dotados de formas esteticamente inovadoras. O primeiro a criar essa seção, o *Museum of Modern Art*, de Nova York, exhibe até um helicóptero (modelo *Bell*, projetado por Arthur Young). A proximidade entre o desenho industrial e a obra de arte derivam da natureza fútil do ato de criação. Tanto o *designer* como o artista não contribuem para o aumento das utilidades que o homem pode esperar dos objetos. A contribuição deles é de outro gênero, ligada basicamente aos prazeres de fruição visual: uma contribuição estética, portanto. Não é considerada desenho industrial, contudo, uma obra de caráter exclusivamente artístico, por expressa disposição da lei (LPI, art. 98).

Como visto, a tutela da criação artística é feita pelo direito do autor, e não pelo industrial. É, portanto, uma questão doutrinária relevante, para o direito da propriedade intelectual, a distinção entre o desenho industrial e a obra de arte. Esta discussão não desperta muito o interesse dos artistas e *designers*, mas a tecnologia jurídica não a pode evitar, uma vez que é essencial para a definição do regime tutelar aplicável. Outrossim, não é demais lembrar que a tecnologia do direito se vale de conceitos operacionais, para fins práticos — solucionar conflitos de interesse. Não tem, e não pode ter, a pretensão de substituir a reflexão da teoria da arte. Por outro lado, não vale a pena considerar, nesta discussão, toda e qualquer manifestação artística do homem (literatura, teatro, cinema etc.), mas apenas a pintura e a escultura, que são as únicas com as quais o desenho industrial pode eventualmente se confundir.

A distinção jurídica entre desenho industrial e obra de arte (escultura ou pintura) está relacionada a algumas das funções que os respectivos objetos têm. Note-se que, embora tanto o *design* como a manifestação artística revelem o traço comum da futilidade — isto é, não aumentam a utilidade que uma coisa pode ter — há uma diferença essencial entre os objetos revestidos de desenho industrial e aqueles em que a arte se materializa. E esta diferença está ligada à sua natureza utilitária ou simplesmente estética. Para se chegar a um conceito minimamente operacional, no emaranhado do problema, deve-se partir de uma reflexão (um tanto superficial, admita-se) sobre a função desses objetos.

Abstraindo-se a questão das motivações dos artistas, e centrando o foco sobre as do consumidor de arte, pode-se distinguir uma primeira função de qualquer pintura ou escultura, que é a estética. Elas se destinam, por esta perspectiva, a tornar mais bonito o ambiente em que são colocadas. O desejo de embelezar — e o que vem a ser bonito ou feio é questão altamente subjetiva, desinteressante à tecnologia jurídica — é elemento motivador de grande parte das pessoas que consomem arte. Mas, além da estética, as obras de arte cumprem também outras funções. Geralmente, são uma referência à condição social de quem as adquire, um símbolo de prestígio, refinamento ou poder econômico. Quando uma corporação financeira japonesa desembolsa dezenas de milhões de dólares, para arrematar em leilão um *Girassóis* de Van Gogh, mais do que procurando algo para enfeitar a sala de

diretoria, ela está fazendo uma demonstração de força. A mesma, guardadas as proporções, que faz o empresário brasileiro, ao dependurar um *Anita Malfatti* sobre a lareira de sua sala de estar. A arte tem, assim, uma função (digo) publicitária.

As duas funções destacadas, a estética e a publicitária, talvez não sejam as mais importantes da arte. Mas não interessa, aqui, examinar tal aspecto da questão. Fato é que essas funções são as mesmas que podem ter o desenho industrial. Um serviço *Noritake* embeleza a mesa e, ao mesmo tempo, revela a condição econômica do anfitrião. Mas há, aqui, uma diferença fundamental, em relação à obra de arte. O objeto em que se materializa o desenho industrial possui sempre uma função *principal*, de natureza utilitária, que falta às telas e suportes de esculturas. O desenho industrial, em si, é fútil, no sentido de que não amplia as possibilidades de utilização do objeto a que é aplicado; mas o objeto tem necessariamente utilidade. Note-se que, pela perspectiva do empresário que contrata o *designer*, a função esperada do desenho é a de dotar a mercadoria produzida de um elemento ornamental (nela mesma ou na embalagem) que a individualize, no mercado, em relação aos concorrentes (Schulmann, 1991). Para fins jurídicos, a função mercadológica é a decisiva para distinguir os desenhos registráveis dos não registráveis; é, porém, irrelevante para distanciar o *design* das concepções puramente artísticas.

O desenho industrial é diferente da escultura e da pintura (obras de arte) porque o objeto a que se refere tem função utilitária e não apenas estética, decorativa ou de promoção do seu proprietário.

Em outros termos, a diferença entre desenho industrial e obra de arte está relacionada à inspiração básica da atividade do *designer*, desde o seu surgimento, no final do século XIX: *a articulação entre forma e função* (Pevsner, 1968; Heskett, 1980:10/49). O objeto meramente utilitário — que só proporciona uma certa comodidade, sem possuir forma esteticamente destacada — não ostenta qualquer *design*. Um jogo de talher comum,

destituído de valor estético, que serve apenas para comer, não possui sua forma protegida pelo direito industrial. Ao contrário do faqueiro *Riemerschmid*, dotado de grande originalidade quando lançado no mercado nos anos 1910, e que ainda hoje agrada por sua graciosa forma. Do mesmo modo, o objeto de pura forma, sem nenhuma função utilitária (assim, a escultura ou a tela), também não tem sua concepção protegida pelo direito industrial. Por mais desconfortável que pareça, a cadeira *vermelha, azul e amarela*, de Gerrit Rietveld, de 1918, serve para sentar; e é neste particular — quer dizer, no remodelar a forma, sem eliminar a função — que o desenho industrial de uma cadeira se distingue da escultura de uma cadeira. Se o objeto resultante da atividade criativa, em suma, não apresenta função utilitária, a forma correspondente pode ter a proteção do direito autoral, mas não a do direito industrial.

Na distinção entre desenho industrial e obra de arte, pelo aspecto da articulação entre função e forma do objeto correspondente, há uma exceção a se considerar: as joias. São objetos de utilidade prática nenhuma, mas provêm de atividade criativa tutelada pelo direito industrial. Brincos, colares, anéis e pulseiras, ainda que exclusivos, não são obras de arte, mas resultam de desenhos industriais. Seus criadores são protegidos pelo direito industrial, e não pelo autoral.

4. PATENTEABILIDADE

Os bens industriais patenteáveis são a invenção e o modelo de utilidade. Não basta, contudo, que o inventor ou o criador do modelo tenha conseguido, em suas pesquisas científicas ou tecnológicas, um resultado original, para que tenha direito à patente. A lei estabelece diversas condições para a concessão do direito industrial, às quais se refere, neste caso, pelo neologismo “patenteabilidade”. São as seguintes: *a*) novidade; *b*) atividade inventiva; *c*) industriabilidade; *d*) desimpedimento. As mesmas condições são exigíveis da invenção e do modelo de utilidade, mas, por razões de ordem exclusivamente didáticas, com vistas a facilitar a exposição do tema, será feita referência somente à primeira.

4.1. Novidade

Uma invenção atende ao requisito da novidade se é desconhecida dos cientistas ou pesquisadores especializados. Se os *experts* não são capazes, pelos conhecimentos que possuem, de descrever um objeto, o primeiro a fazê-lo será considerado o seu inventor. Nos termos legais, a invenção é nova quando não compreendida no *estado da técnica* (LPI, art. 11). A avaliação da novidade do invento, portanto, depende do conceito de estado da técnica, fundado essencialmente na ideia de divulgação do trabalho científico e tecnológico.

O estado da técnica abrange, de início, todos os conhecimentos a que pode ter acesso qualquer pessoa, especialmente os estudiosos de um assunto em particular, no Brasil ou no exterior. São alcançados pelo conceito os conhecimentos divulgados por qualquer meio, inclusive o oral e o eletrônico, na data em que o inventor submete a sua invenção ao INPI (depósito do pedido de patente). Se o objeto reivindicado pelo inventor já se encontra acessível, nestes termos, a qualquer outra pessoa, então lhe falta o requisito da novidade. Não caberá a proteção do direito industrial, porque, se a correspondente descrição já se encontra divulgada, o requerente não pode ser tido como o primeiro a inventar o objeto.

Também se consideram integrantes do estado da técnica alguns conhecimentos não divulgados. São os descritos em patente depositada, ainda não publicada. Como se examinará mais à frente, o pedido de patente fica mantido em sigilo pelo INPI, nos 18 meses subsequentes ao depósito (LPI, art. 30), findos os quais a invenção será obrigatoriamente tornada pública (podendo o interessado eventualmente requerer a antecipação da publicação). Pois bem, de acordo com a lei, o conteúdo completo de pedido depositado é considerado estado da técnica, a partir da data do depósito, embora a sua publicação seja posterior. Em outros termos, se o inventor júnior depositou seu pedido, quando já se encontrava em curso o prazo de sigilo do pedido do inventor sênior, não será considerada nova a invenção daquele, mesmo que nenhuma delas tenha sido publicada (ou mesmo que o júnior requeira a antecipação da publicação de seu pedido, em relação à do sênior).

O estado da técnica, desse modo, compreende todos os conhecimentos difundidos no meio científico, acessível a qualquer pessoa, e todos os

reivindicados regularmente por um inventor, por meio de depósito de patente, mesmo que ainda não tornados públicos. Estes são os contornos básicos da noção conceitual que permite avaliar o grau de novidade das invenções (LPI, art. 11), mas o conceito de estado da técnica não está completo, ainda. Devem-se ressaltar algumas formas de divulgação que não chegam a comprometer a novidade do invento. Assim, se o próprio inventor, nos 12 meses anteriores ao depósito da patente, deu notícias de sua invenção — por exemplo, em congressos ou por meio de revista acadêmica —, então não se considera que a invenção já integre o estado da técnica. O mesmo ocorre se a divulgação é feita em razão de fraude, como no caso de o INPI inadvertidamente publicar a invenção, na tramitação de pedido de patente apresentado por quem, na verdade, usurpara uma criação intelectual alheia. Outro exemplo é o da divulgação do invento por quem não estava autorizado a fazê-lo (LPI, art. 12). Nas duas últimas situações, para que a divulgação não seja considerada integrante do estado da técnica, ela também deve ter-se verificado no período de 12 meses anteriores ao depósito do pedido de patente. É o chamado “período de graça”.

Lei da Propriedade Industrial

Art. 11. A invenção e o modelo de utilidade são considerados novos quando não compreendidos no estado da técnica.

A novidade, portanto, se define a partir de um conceito negativo, de uma exclusão. Novo é o invento que não se encontra no estado da técnica. A doutrina costuma distinguir novidade de *originalidade*, atributo de toda invenção, sob o ponto de vista subjetivo. Original é a qualidade da concepção, no momento em que ela passa de desconhecida para conhecida, no espírito de uma pessoa, em razão de seu esforço próprio (quer dizer, fora do processo ensino-aprendizagem). Um inventor que ignora o funcionamento de um determinado objeto pode chegar ao seu conhecimento, em razão das pesquisas que realiza. Em sua mente, forma-se uma ideia original. Em seguida, ao tentar obter a patente, fica sabendo que outro inventor (um ano

antes, que seja) havia já depositado a mesma invenção. A ideia do júnior era original, mas não nova (cf. Cerqueira, 1946:307/309).

4.2. Atividade Inventiva

O segundo requisito para a concessão da patente é a *atividade inventiva*. Apresenta-a a invenção que não decorre do estado da técnica de um modo óbvio, para um especialista. Quer dizer, para ser patenteável, a invenção, além de não compreendida no estado da técnica (novidade), não pode derivar de forma simples dos conhecimentos nele reunidos. É necessário que a invenção resulte de um verdadeiro engenho, de um ato de criação intelectual especialmente arguto. Este requisito da atividade inventiva foi criado pelo direito norte-americano (*non-obviousness*), em 1952, a partir de precedentes judiciais, e, hoje em dia, corresponde a preceito básico do direito industrial em diversos países (a França adotou-o em 1968; a Espanha o admite na lei de 1986; o Brasil o introduziu em 1996).

A atividade inventiva (ou *inventividade*) é o atributo da invenção que permite distinguir a simples criação intelectual do engenho. Numa hipotética classificação dos inventores, de acordo com a capacidade inventiva, haveria pelo menos 3 níveis a considerar: os gênios (em que se enquadraria, por exemplo, Thomas Edison ou James Watt), os engenhosos e os criativos. Para um leigo, os avanços que os criativos proporcionam ao estado da técnica podem ser surpreendentes ou instigantes. Para o especialista, entretanto, tais avanços são óbvios, evidentes, meros desdobramentos previsíveis dos conhecimentos existentes. Sob o ponto de vista jurídico, apenas as invenções dos engenhosos e dos gênios podem ser patenteadas, porque só estas se revestem do atributo da atividade inventiva.

Ressalte-se que a referência à capacidade inventiva dos pesquisadores, que eu acabei de fazer, na verdade, só pode servir de esquema didático para melhor compreensão do conceito legal (atividade inventiva). Nenhuma patente poderá ser negada, em função de critérios subjetivos, isto é, das qualidades apresentadas pela *pessoa* do inventor. O INPI não pode classificar os inventores, segundo as respectivas habilidades, para fins de apreciar os pedidos de patente. O exame da patenteabilidade de uma invenção é sempre objetivo, quer dizer, exaure-se na comparação entre, de

um lado, a descrição submetida à análise e, de outro, o estado da técnica e suas decorrências óbvias.

Lei da Propriedade Industrial

Art. 13. A invenção é dotada de atividade inventiva sempre que, para um técnico no assunto, não decorra de maneira evidente ou óbvia do estado da técnica.

Art. 14. O modelo de utilidade é dotado de ato inventivo sempre que, para um técnico no assunto, não decorra de maneira comum ou vulgar do estado da técnica.

No direito norte-americano, a presença do requisito da *non-obviousness*, muitas vezes, é feita pela verificação dos resultados alcançados pelo invento, quando colocado no mercado. Assim, por exemplo, se há sucesso imediato na sua aceitação pelos consumidores, este fato é considerado sinal indicativo do atendimento à condição de patenteabilidade. Se, por outro lado, as necessidades dos consumidores, que se pretendiam atender com o invento, continuam insatisfeitas, é sinal de falta de atividade inventiva (Miller-Davis, 1983:70/94). O critério pode ser útil à aplicação do direito industrial brasileiro. De fato, a análise da inventividade, no pedido de patente, pode ser *auxiliada* por exames relacionados aos resultados que o invento proporciona, em termos econômicos, à empresa e aos consumidores. Elementos como a eficiência do produto, a redução de custos, a simplificação de processos industriais ou a diminuição do tamanho de utensílios e máquinas podem reforçar a conclusão acerca da presença de atividade inventiva no invento correspondente (cf. Blasi-Garcia-Mendes, 1997:129).

O exame dos resultados proporcionados pela invenção, contudo, pode servir unicamente de critério auxiliar, na análise da inventividade. O essencial, para aferição do atendimento do requisito da lei, é a ampliação do estado da técnica para além dos limites de suas decorrências óbvias. O aumento da eficiência de um processo industrial é normalmente associado a uma ampliação desta ordem, e, por isso, pode contribuir para a análise da patenteabilidade da invenção. Mas, por si só, não é suficiente para a concessão do direito industrial; assim como, por outro lado, não se justifica

o indeferimento da patente apenas pela falta de maior eficiência na utilização do invento. O decisivo é a demonstração de que, para um especialista, a invenção não representa uma decorrência óbvia ou evidente do estado da técnica.

4.3. Industriabilidade

O terceiro requisito da patenteabilidade é a industriabilidade, que se reputa atendido quando demonstrada a possibilidade de utilização ou produção do invento, por qualquer tipo de indústria (LPI, art. 15). Aqui, a expressão “indústria” possui um sentido bastante largo, equivalente a atividade produtiva, e alcança não apenas a transformação de matéria--prima em mercadorias (noção estrita de atividade industrial), mas também a agricultura, pecuária, construção civil, prestação de serviços etc. A doutrina brasileira costumava lecionar que esse requisito (a “utilização industrial”) tinha o propósito de excluir, do campo das criações patenteáveis, as puras concepções intelectuais, como as descobertas científicas. Em outros termos, o requisito circunscreveria a patenteabilidade às criações de efeitos práticos (Cerqueira, 1946:340). A lição, contudo, não mais se ajusta aos termos da lei vigente, perante a qual não se enquadram as concepções teóricas no conceito de invenção (LPI, art. 10, I a III). Quer dizer, toda invenção — tanto a patenteável como a não patenteável — tem, por definição legal, efeitos práticos. A industriabilidade como condição de patenteabilidade, portanto, não pode ter o mesmo sentido que a doutrina antigamente apontava.

Na verdade, o que pretende a lei, ao eleger a industriabilidade como condição de patenteabilidade, é afastar a concessão de patentes a invenções que ainda não podem ser fabricadas, em razão do estágio evolutivo do estado da técnica, ou que são desvestidas de qualquer utilidade para o homem. Duas, portanto, são as invenções que não atendem ao requisito da industriabilidade: as muito avançadas e as inúteis.

Não tem direito a patente, portanto, o criador da invenção que, por se mostrar tão avançada em relação ao estado da técnica, ainda não pode ser fabricada. Note-se que não está em questão a fabricação *em escala industrial*, que pressupõe a viabilidade do custo e a absorção pelo mercado consumidor. O transistor, por exemplo, à época de sua invenção, não pôde ser utilizado pela indústria em larga escala, por uma questão de ordem

econômica apenas. Não existia qualquer dificuldade técnica a impedir sua imediata fabricação, mas os custos eram muito altos. O mesmo aconteceu com o raio laser e o *chip* (Blasi-Garcia-Mendes, 1997:131). A inexistência de condições econômicas para a fabricação em escala industrial não impede a patenteabilidade da invenção. O que a impede é a inexistência dos conhecimentos técnicos indispensáveis à fabricação do invento. Assim, se o pedido de patente descreve objeto cuja industrialização depende de outras invenções ainda inexistentes, embora previsíveis, então lhe falta o requisito da industriabilidade. A patente não poderá ser concedida, pelo menos enquanto esta circunstância persistir.

Em segundo lugar, também não atendem ao requisito da industriabilidade as invenções sem qualquer utilidade para o homem. Uma criação simplesmente curiosa ou intelectualmente instigante não goza da proteção do direito industrial, ainda que represente uma novidade e resulte de inegável atividade inventiva. Para obter a patente, é indispensável que o inventor demonstre algum tipo de proveito, para as pessoas em geral ou para as de determinado grupo, em função do uso do invento. Assim, o fabricante de medicamentos que pretender patentear uma nova droga, deverá demonstrar sua eficácia terapêutica. Os placebos não podem ser patenteados.

4.4. Desimpedimento

O derradeiro requisito da patenteabilidade é o desimpedimento. Invenções há que, embora novas, inventivas e industrializáveis, não podem receber a proteção da patente, por razões de ordem pública. A lei anterior de propriedade industrial vigente no Brasil, por exemplo, excluía da proteção industrial a invenção de medicamentos. Considerava-se, então, que a descoberta de um novo remédio era assunto de interesse da saúde pública, de tal forma que a todos os empresários interessados — e não somente ao inventor — deveria ser possível fabricá-lo. Com isto, estar-se-ia garantindo maior acesso da população em geral aos avanços da ciência. Em outros termos, os produtos essenciais à saúde deveriam ser livremente explorados (Cerqueira, 1946:355). Por esta razão, havia, na legislação anterior, um *impedimento* à concessão da patente (então chamada de “privilégio”) para a invenção de remédios.

A nossa atual legislação de propriedade industrial é resultante, em boa parte, da necessidade que teve o Brasil de responder, a partir da segunda metade dos anos 1980, às crescentes pressões internacionais — principalmente dos Estados Unidos — no sentido de passar a reconhecer o direito das indústrias farmacêuticas. O valor social da ampla acessibilidade da população aos avanços da ciência, na área dos medicamentos, esconde, na verdade, uma falácia. A pesquisa científica pressupõe investimentos de grande porte, e a exclusividade na fabricação de novas drogas é condição para o retorno destes. O empresário que apenas se apropria dos resultados da pesquisa alheia, sem realizar nenhum investimento de monta e sem pagar *royalties* ao inventor, pode comercializar o mesmo remédio a preço inferior ao praticado pela indústria responsável pela invenção. A concorrência desleal acaba, a médio e longo prazo, prejudicando o próprio consumidor. Claro, porque, se não houver garantia de retorno, novos investimentos em pesquisa simplesmente não serão feitos. Desse modo, ao descartar o impedimento de patente de remédios, a lei brasileira em vigor valeu-se da melhor alternativa de tratamento da matéria.

Três são os impedimentos existentes no direito brasileiro, atualmente: *a*) as invenções contrárias à moral, aos bons costumes e à segurança, à ordem e à saúde públicas; *b*) substâncias, matérias, misturas, elementos ou produtos resultantes de transformação do núcleo atômico, bem como a modificação de suas propriedades e os processos respectivos; *c*) seres vivos, ou parte deles (LPI, art. 18). Esta última hipótese de impedimento possui uma exceção: pode se conceder patente para a transformação genética introduzida pelo homem em micro-organismos (são os chamados “transgênicos”).

O direito industrial brasileiro não impede a patente de organismos vivos transgênicos.

Note-se que o desimpedimento à concessão da patente não diz respeito às qualidades intrínsecas, aos atributos da invenção, como os outros requisitos — novidade, inventividade e industriabilidade. O impedimento é previsto na

lei, a rigor, em atenção a valores sociais estranhos à questão propriamente técnica da invenção, e está muitas vezes ligado a preceitos éticos. O desimpedimento, por consequência, é um atributo extrínseco da invenção, e muitas vezes o exame do atendimento a esse requisito se vê sujeito às nuances dos valores disseminados na sociedade.

5. REGISTRABILIDADE

Os registros concedidos pelo INPI referem-se a dois diferentes bens industriais: o desenho industrial (*design*) e as marcas. O registro do primeiro guarda algumas semelhanças com a patente de invenção ou de modelo de utilidade (nas leis brasileiras anteriores, aliás, os desenhos industriais eram patenteados e não registrados), distanciando--se, por vezes, da marca. Por essa razão, ao contrário da patenteabilidade, a registrabilidade não comporta tratamento geral. São acentuadamente desiguais, em outros termos, as condições para o registro do desenho industrial e da marca.

5.1. Registro de Desenho Industrial

Há três requisitos para o registro do desenho industrial: *a)* novidade; *b)* originalidade; *c)* desimpedimento.

Um desenho industrial é novo quando não compreendido no estado da técnica. Os *designers*, evidentemente, conhecem os principais trabalhos realizados no campo do desenho industrial, bem como estão atentos às inovações apresentadas por seus colegas; dedicam-se, inclusive, a estudar peças clássicas, de modo a aprenderem com as soluções encontradas por seus autores. O conjunto de conhecimentos resultante das observações e estudos compõe o estado da técnica, legalmente definido como tudo que foi divulgado, por qualquer meio, até a data do depósito do pedido de registro. Integra, também, o estado da técnica o desenho depositado no INPI, embora ainda não publicado. A exemplo do disposto relativamente ao estado da técnica das invenções e modelos de utilidade, também é concedido um “período de graça”, ao autor do desenho. No caso do *design*, no entanto, a lei estabeleceu os 180 dias anteriores ao depósito do pedido de registro,

para fins de excluir do estado da técnica a divulgação feita, nesse período, pelo próprio *designer*, ou realizada em decorrência de fraude (LPI, art. 96, § 3º). Prazo menor, portanto, que o relativo às invenções e modelo de utilidade.

A originalidade, por sua vez, é a apresentação de uma configuração visual distintiva, em relação aos objetos anteriores (LPI, art. 97). Algumas alterações no desenho registrado por outra pessoa podem significar novidade (já que não se encontram no estado da técnica); mas se não trouxerem para o objeto uma característica peculiar, que o faça perfeitamente distinguível dos seus pares, o registro não poderá ser concedido, em razão da falta de originalidade. Para o exemplo, lembre-se da famosa cadeira que Charles Mackintosh, arquiteto e *designer* escocês, projetou para a *Hill House*, em 1902. Cadeira de espaldar bem alto, formado por ripas pretas, que lembra uma escada (sete ripas abaixo do assento, vinte e duas acima). As ripas mais altas são cortadas por traves verticais. Se um *designer* submeter ao INPI uma cadeira com estas mesmas características, mas com traves diagonais sobrepostas às ripas superiores, esta cadeira será eventualmente nova — posto nenhum outro *designer* a tivesse projetado, antes —, mas nada original. O resultado visual da nova cadeira não seria suficientemente distinto do da Mackintosh. A originalidade está para o desenho industrial como a inventividade está para a invenção. Quer dizer, o direito industrial protege as criações engenhosas do espírito humano, e não qualquer tipo de inovação trazida aos objetos.

Finalmente, a lei estabelece três impedimentos à concessão do registro de desenho industrial. Não pode ser registrado o desenho que: *a*) tem natureza puramente artística (ver item 3.2, acima); *b*) ofende a moral e os bons costumes, a honra ou imagem de pessoas, ou atente contra a liberdade de consciência, crença, culto religioso, ou contra ideias ou sentimentos dignos de respeito e veneração; *c*) apresenta forma necessária, comum, vulgar ou determinada essencialmente por considerações técnicas e funcionais (LPI, arts. 98 e 100).

Os requisitos para o registro de desenho industrial são a novidade, a

A concessão do registro de desenho industrial independe da prévia verificação, pelo INPI, da sua novidade e originalidade. Apenas a inexistência dos impedimentos é checada pela autarquia, antes da expedição do certificado. Se, em momento posterior, restar demonstrado o desatendimento dos requisitos da registrabilidade, o INPI instaura de ofício o processo de nulidade do registro concedido (ver item 6.2).

5.2. Registro de Marca

O registro de marca está sujeito a três condições: *a)* novidade relativa; *b)* não colidência com notoriamente conhecida; *c)* desimpedimento.

A primeira — novidade relativa — é exigida para que a marca cumpra a sua finalidade, de identificar, direta ou indiretamente, produtos e serviços, destacando-os dos seus concorrentes. Se a marca não for nova, ela não atenderá essa finalidade. Note-se que não é exigida a novidade absoluta para a concessão do registro. Não é necessário que o requerente tenha criado o sinal, em sua expressão linguística, mas que lhe dê, ou ao signo não linguístico escolhido, uma nova utilização. Se o fabricante de móveis de escritório adota para seus produtos a marca *triângulo*, ele poderá obter a proteção do direito industrial, apesar de a expressão não ter sido criada por ele. Aliás, triângulo é figura geométrica estudada desde a Antiguidade, que todos conhecem nos primeiros anos de escola. O que é novo, na decisão do fabricante, é chamar móveis de *triângulo*. A ninguém antes dele pode ter ocorrido semelhante ideia. Em outros termos, o uso emprestado à expressão linguística (ou ao signo não linguístico) é que deve se revestir de novidade, para que a marca possa ser registrada.

Em razão do caráter relativo da novidade, a proteção da marca registrada é restrita ao segmento dos produtos ou serviços a que pertence o objeto marcado. A regra do direito marcário, que se conhece por “princípio da especificidade”, tem o objetivo de impedir a confusão entre os consumidores acerca dos produtos ou serviços disponíveis no mercado. Se houver possibilidade de os consumidores os confundirem, as marcas adotadas para os identificar não podem ser iguais ou semelhantes.

No exemplo hipotético acima, o fabricante de móveis de escritório terá a sua marca registrada pelo INPI, na classe 20 (“móveis, espelhos, molduras, produtos (não incluídos em outras classes) de madeira, cortiça, junco, cana, vime, chifre, marfim, osso, barbatana de baleia, concha, tartaruga, âmbar, madrepérola, espuma do mar e sucedâneos de todas estas matérias ou de matérias plásticas”). Nenhum empresário dedicado aos produtos abrangidos na mesma classe poderá utilizar marca idêntica ou semelhante. O comerciante que vende móveis de piscina, por exemplo, está impedido de usar a expressão *triângulo*, para os identificar. Contudo, se uma agência de publicidade pretender adotar a mesma marca, para os seus serviços, poderá fazê-lo livremente, sem que exista ofensa ao direito do industrial titular da marca registrada. Aliás, a agência poderá também requerer o registro da expressão *triângulo*, como sua marca, uma vez que este será feito agora na classe 35 (“Propaganda; gestão de negócios; administração de negócios; funções de escritório”).

Destaco que duas marcas iguais ou semelhantes até podem ser registradas na mesma classe, desde que não se verifique a possibilidade de confusão entre os produtos ou serviços a que se referem. É respeitado o princípio da especificidade, em suma, sempre que o consumidor, diante de certo produto ou serviço, não possa minimamente confundi-lo com outro identificado com marca igual ou semelhante. Afastada essa possibilidade, será indiferente se as marcas em questão estão registradas na mesma classe ou em classes diferentes.

O INPI classifica os produtos e serviços, para facilitar a pesquisa do âmbito da proteção deferida pelo registro, adotando a Classificação Internacional de Produtos e Serviços (“Classificação de Nice” — 9ª Edição). A classificação dos produtos e serviços para fins do direito marcário tem a função de auxiliar a investigação da eventualidade da confusão entre as marcas. As classes não delimitam, em outros termos, o âmbito do direito de exclusividade concedido ao titular do registro.

A única exceção à regra da especificidade (limitação da tutela ao segmento dos produtos e serviços suscetíveis de confusão pelo consumidor) diz respeito à *marca de alto renome*, cuja proteção é extensiva a todos os ramos de atividade (LPI, art. 125). Trata-se de uma situação especial, em que se encontram certas marcas, amplamente conhecidas pelos consumidores

(por exemplo, *Coca-cola*, *Natura*, *Fiat*, *Pirelli*). Nenhum consumidor poderia pensar que um móvel de escritório com a marca *Coca-cola* teria sido fabricada pelo mesmo empresário que fornece os refrigerantes. Mas, como se trata de marca de alto renome, o fabricante de roupas não tem direito de empregá-la em seus produtos, a despeito da impossibilidade de confusão.

O titular de marca, registrada numa ou mais classes, pode requerer ao INPI que lhe atribua a qualidade de “alto renome”. Deve fazê-lo necessariamente como meio de defesa (isto é, ao impugnar o pedido de registro formulado por outrem ou no bojo de pedido de anulação de registro alheio), segundo o regulamento administrativo do tema (Res. INPI 121/2005). Se a autarquia, diante das provas apresentadas pelo impugnante ou requerente da anulação do registro, considerar que a marca dele é mesmo amplamente conhecida, a sua proteção deixará de ser restrita ao segmento de produtos ou serviços passíveis de confusão e se estenderá para todas as atividades econômicas. Durante o prazo de 5 anos, ele não precisará produzir prova do alto renome da marca quando impugnar pedidos formulados por outros empresários ou pleitear a anulação de registro concedido. O titular de marca de alto renome pode, desse modo, impedir sua utilização por qualquer outro empresário, mesmo os que oferecem produtos ou serviços em relação aos quais a possibilidade de confusão estaria completamente afastada.

Pelo “princípio da especificidade”, a proteção da marca registrada é limitada aos produtos e serviços a respeito dos quais podem os consumidores se confundir, salvo quando o INPI reconhece sua natureza de “marca de alto renome”. Nesta hipótese, a proteção é ampliada para todos os ramos da atividade econômica.

A proteção especial que a lei dá à marca registrada de alto renome, além de significar a possibilidade de o titular impedir a utilização de sinal idêntico ou semelhante, em qualquer outro ramo de atividade econômica, apresenta também outro aspecto, relativo às características essenciais responsáveis pelo seu amplo conhecimento junto aos consumidores. Quer

dizer: a marca de alto renome não pode ter sua forma distintiva principal utilizada por ninguém.

Quando se trata de marca comum, o titular está protegido contra reproduções e semelhanças, dentro do mesmo segmento. Mas não pode impedir o uso de signos visuais ou expressões linguísticas comuns aos concorrentes, ainda que tenha sido o primeiro a ostentá-los em sua marca. São as chamadas marcas *débeis* ou *frágeis*. No campo da indústria farmacêutica, podem-se colher alguns exemplos, uma vez que os medicamentos são muitas vezes chamados por variações linguísticas do nome científico de seu componente básico ou do mal que pretende combater (assim: *Cefalon* e *Cefalit*, destinados à atenuação da cefaleia; ou *Deltaren* e *Voltaren*; cf. Domingues, 1984:156/164). Pois bem, uma marca de alto renome recebe a proteção especial mesmo em relação aos signos de uso comum. É o caso, por exemplo, da marca *McDonald's*, de que é titular conhecidíssima rede de *fast-food*. O prefixo *Mc* identifica de tal forma a rede, que, embora se trate de sinal linguístico comum — na composição de nomes pessoais sobretudo —, não pode ser utilizado por nenhum outro empresário. Ela é, em todo o mundo, de tal forma conhecida por seu prefixo — largamente explorado nas propagandas e na identificação dos produtos —, que esse fato impede, como ilustra Wolfgang Berlitz (1995:184), o registro de marcas como *McChinese*.

O segundo requisito para o registro de marca é a não colidência com marca notoriamente conhecida. Seu fundamento legal se encontra no art. 126 da LPI, que atribui ao INPI poderes para indeferir de ofício pedido de registro de marca, que reproduza ou imite, ainda que de forma parcial, uma outra marca, que notoriamente não pertence ao solicitante. Trata-se de disposição introduzida pela atual lei, pela qual o Brasil finalmente cumpre compromisso internacional, assumido quando de sua adesão à Convenção da União de Paris, em 1884. Pelo seu art. 6^o *bis* (I), os países unionistas (isto é, os integrantes da União de Paris) se comprometem a recusar ou invalidar registro, bem como proibir o uso, de marca que constitua reprodução, imitação ou tradução de uma outra, que se saiba pertencer a pessoa diversa, nascida ou domiciliada noutro país unionista (sobre o tema, ver Gusmão, 1990).

A marca notoriamente conhecida goza de uma proteção especial, que independe de registro no INPI. Assim, se alguém pretender apropriar-se de marca que evidentemente não lhe pertence, o seu pedido poderá ser indeferido pelo INPI, mesmo que não exista registro anterior da marca no Brasil.

O principal objetivo do segundo requisito da registrabilidade é a repressão à contrafação de marcas (a chamada *pirataria*). Essa prática ilícita consiste em requerer o registro de marcas ainda não exploradas pelos seus criadores no Brasil, mas já utilizadas noutros países. Quando o empresário, responsável pela criação e consolidação da marca no exterior, resolve expandir seus negócios para o mercado brasileiro, encontra-a registrada em nome de outra pessoa, em princípio o titular do direito de exclusividade. Demonstrada a notoriedade da marca, o empresário poderá requerer ao INPI a nulidade do registro anterior, bem como a concessão do direito industrial em seu nome.

O terceiro requisito é o desimpedimento. O art. 124 da LPI apresenta extensa lista de signos que não são registráveis como marca. Em alguns incisos (IV, XIII, XV, XVI), na verdade, o legislador estabelece condições especiais para alguns registros, e não propriamente impedimento. É, por exemplo, o caso de pseudônimo ou apelido (como *Pelé* ou *Xuxa*), cujo registro não é impedido, mas apenas condicionado à autorização da pessoa notoriamente conhecida por ele. Em outros incisos (V, VII, XI, XII, XVII, XIX, XXII, XXIII), o legislador se refere à extensão da proteção de bens imateriais de natureza diversa, o que também não significa impedimento, mas definição dos signos suscetíveis de compor uma marca. Abstraídas estas hipóteses, restam as seguintes: *a)* brasão, armas, medalha, bandeira, emblema, distintivo e monumento oficiais; *b)* letra, algarismo e data, salvo se revestidos de suficiente forma distintiva; *c)* expressão, figura, desenho ou sinal contrário à moral e aos bons costumes, ou que ofenda a honra ou imagem de pessoas, ou atente contra a liberdade de consciência, crença, culto religioso ou ideia e sentimento dignos de respeito e veneração; *d)* sinal de caráter genérico, necessário, comum, vulgar ou simplesmente descritivo,

quando tiver relação com o produto ou serviço a distinguir, ou suas qualidades, salvo quando revestido de suficiente forma distintiva; e) as cores e suas denominações, salvo se dispostas ou combinadas de modo peculiar e distintivo; f) indicação geográfica; g) falsa indicação de origem; h) reprodução ou imitação de título ou apólice públicos, moeda ou cédula; i) termo técnico usado para distinguir produto ou serviço; j) a forma necessária, comum ou vulgar, bem como a que não pode ser tecnicamente dissociada de um produto ou de seu acondicionamento.

Ressalte-se que o impedimento legal obsta o registro do signo como marca, mas não a sua utilização na identificação de produtos ou serviços. Quer dizer, o empresário pode adotar, por exemplo, a bandeira nacional estilizada para identificar suas mercadorias ou atividade, mas não poderá exercer nenhum direito de exclusividade sobre ela. Outro exemplo: o fornecedor de massas alimentícias pode escolher a expressão *Macarrão* para identificar seus produtos. Não poderá, porém, registrá-la como marca, porque se trata de signo genérico, isto é, referente ao gênero ao qual pertence a mercadoria marcada. Não podendo registrar a expressão como marca, não poderá impedir o seu uso pelos concorrentes. Somente poderá pleitear o direito industrial, se revestir o signo *Macarrão* de uma forma suficientemente distintiva. Se entrelaçar a letra *M* ao restante da palavra, digamos. Neste caso, terá a exclusividade de uso da expressão, *na forma registrada*. Qualquer um poderá continuar usando a palavra, desde que evite o entrelaçamento característico da marca levada a registro.

6. PROCESSO ADMINISTRATIVO NO INPI

No passado, o direito industrial de alguns países europeus (a França e a Itália, por exemplo) adotaram um sistema de tramitação dos pedidos de patente e registro em geral, chamado de *livre concessão*. Era caracterizado pela definição de que o processo administrativo, preparatório da expedição da patente ou do registro, dedicava-se unicamente à verificação do atendimento às formalidades legais, dispensada análise do mérito do pedido (isto é, o preenchimento das condições de patenteabilidade ou registrabilidade). Ao sistema de *livre-concessão* se contrapõe o de *exame*

prévio, adotado nos Estados Unidos e na Alemanha, por exemplo. Carvalho de Mendonça identifica, ainda, dois outros sistemas: o de *aviso prévio e secreto*, criado pelo direito suíço, e o de *publicação preventiva*, da legislação inglesa de 1907 (1938:124/125). Atualmente, em parte devido à globalização, em parte às garantias que proporciona, predomina o sistema de exame prévio. Mesmo na França — em que foi criado o sistema de *livre concessão* —, desde 1978, é feito o exame *limitado* da novidade da invenção, ou do caráter distintivo da marca (Ripert-Roblot, 1947:408 e 436/437; Gusmão, 1990:7/8).

O direito industrial brasileiro era filiado ao sistema de exame prévio, desde 1923 (cf. Cerqueira, 1946:364/385). A lei de 1996, no entanto, inovou o tratamento da matéria, adotando um sistema misto: enquanto os pedidos de patente de invenção e de modelo de utilidade, bem como o de registro de marca continuam sujeitos ao regime do exame prévio, o de registro de desenho industrial está, agora, submetido a tramitação mais próxima à do de livre concessão.

Note-se que as particularidades do processo administrativo — quer dizer, se há ou não exame prévio das condições de patenteabilidade ou de registrabilidade —, ao contrário do que pensou alguma doutrina (Cerqueira, 1946:763/764), não têm necessária relação com a natureza atributiva ou declaratória do ato de expedição da patente ou do registro. No Brasil, o ato administrativo praticado pelo INPI, mesmo quando diz respeito ao registro de desenho industrial, é sempre constitutivo do direito industrial de exclusividade na exploração econômica do bem (LPI, art. 109). Também importa acentuar que não existe diferença entre os dois regimes, no que diz respeito ao controle jurisdicional do ato administrativo praticado pelo INPI. Seja no sistema de exame prévio, seja no de livre concessão, os interessados podem discutir judicialmente se a concessão do direito industrial pela autoridade administrativa atendeu aos requisitos legais de patenteabilidade ou de registrabilidade. A diferença entre os dois sistemas tem pertinência unicamente no âmbito do INPI. Quer dizer, na tramitação de pedido de direito industrial relacionado à invenção, modelo de utilidade ou marca, a autarquia examina os requisitos da patenteabilidade ou da registrabilidade *antes* de decidir o pedido; na tramitação do relacionado a desenho

industrial, os requisitos da registrabilidade serão examinados *posteriormente*, e mesmo assim apenas em alguns casos.

6.1. Pedido de Patente

O objetivo do processo administrativo do INPI, deflagrado pela apresentação de um pedido de patente, é o de verificar se este atende às condições de patenteabilidade (isto é, a novidade, a inventividade, a industriabilidade e o desimpedimento). As principais fases do pedido são o depósito, a publicação, o exame e a decisão.

O pedido de patente de invenção ou de modelo de utilidade segue tramitação que compreende quatro fases: depósito, publicação, exame e decisão.

O depósito é um ato mais complexo que o simples protocolo do pedido, em razão dos efeitos que produz. Ele assinala não só a anterioridade da apresentação da criação industrial ao INPI — o que implica a definição do titular do direito, em caso de sobreposição de pedidos —, mas também o início da contagem de importantes prazos, inclusive o da duração da patente. Para que o pedido possa ser depositado pelo INPI, ele deve atender a determinados requisitos formais, entre os quais ressalta o da apresentação das “reivindicações” (LPI, art. 19, III). A definição exata e técnica da invenção ou modelo de utilidade, cuja patente é pleiteada, se encontra neste capítulo do pedido. Nele, o requerente deve detalhar os aspectos da sua criação industrial que a individualizam, a ponto de justificar a proteção legal. O exame de mérito e a própria extensão dos efeitos da patente (LPI, art. 41) dependem das reivindicações apresentadas.

Se o requerente ainda não tem condições de apresentar todos os elementos exigidos para o depósito, mas quer se assegurar quanto à anterioridade de seu pedido, poderá entregá-lo incompleto ao INPI, contra recibo datado. Neste caso, o INPI concederá prazo de 30 dias ao requerente para o atendimento às exigências relacionadas à complementação do depósito. Se tempestivamente atendidas as exigências, o depósito se

considera efetivado na data do recibo; se desatendidas, arquiva-se o pedido, perdendo o requerente a anterioridade que eventualmente o favorecia. O depósito de patente só poderá ser alterado pelo depositante, com vistas a melhor esclarecer ou definir seu objeto, antes da apresentação do pedido de exame (LPI, art. 32).

A publicação é o ato que dá aos interessados a notícia da existência do pedido de concessão de direito industrial. Trata-se de providência indispensável para a tramitação do processo administrativo. De fato, é necessário que todos os empresários, inventores e demais pessoas interessadas possam ter conhecimento preciso e detalhado da reivindicação, para defender seus interesses. O inventor sênior, que depositou seu pedido de patente em primeiro lugar, só poderá resistir ao pleito do júnior, se tiver conhecimento da invenção reivindicada por este último. A indispensabilidade da publicação, para o direito industrial, é fato que justifica, muitas vezes, o empresário preferir manter em segredo de empresa os avanços tecnológicos que seu departamento de pesquisa alcançou. Isto porque, uma vez tornada pública a reivindicação, qualquer pessoa terá acesso a esses avanços, e poderá deles se utilizar, cabendo ao empresário as providências para descobrir a utilização ilícita e bloqueá-la.

O pedido de patente será mantido em segredo, no INPI, pelo prazo de 18 meses, a contar do depósito (LPI, art. 30). No vencimento do prazo, será feita a publicação, salvo no caso de patente de interesse da defesa nacional, que tramita totalmente em sigilo (LPI, art. 75). O requerente pode, se for do seu interesse, solicitar a antecipação da publicação.

Na fase do exame, o INPI investiga as condições de patenteabilidade. Além do inventor-depositante, qualquer pessoa pode apresentar ao INPI o pedido de exame, nos 36 meses seguintes à data do depósito. Melhor dizendo, desde a publicação do pedido, e até o encerramento da fase do exame, podem os interessados apresentar à autarquia os elementos que possuírem, seja para demonstrar eventual desatendimento às condições de patenteabilidade (por exemplo, no caso de o pedido colidir com outra patente, anteriormente depositada ou concedida), seja para contribuir com a outorga do direito industrial (no caso de um outro empresário interessado na futura exploração da invenção, mediante licença). Não há, propriamente, um prazo para a apresentação da oposição ou da contribuição, mas como a lei

determina que o exame não pode ter início antes de 60 dias da publicação do pedido (LPI, art. 31, parágrafo único), a cautela recomenda que se observe este termo para a providência por parte dos interessados. A fase de exame de patente se conclui com a elaboração, pelos setores técnicos do INPI, do parecer de mérito, acerca do qual terá o depositante direito de manifestação, caso seja desfavorável à sua pretensão (LPI, art. 36).

Quando a patente tiver por objeto produtos e processos farmacêuticos, a concessão dependerá de prévia anuência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (LPI, art. 229-C). Note-se que, neste caso, além do INPI, também este outro órgão governamental deverá se pronunciar sobre o atendimento dos requisitos da patenteabilidade. Não estão em causa, por óbvio, questões como a eficácia do medicamento e a relevância para a saúde pública em sua comercialização massiva, assuntos de que tratará ou poderá tratar a ANVISA em procedimentos administrativos próprios. Ao se manifestar sobre o pedido de patente, ela deverá unicamente manifestar seu entendimento sobre patenteabilidade de produtos que possam pôr em risco a saúde de seus usuários, e nada mais. É este o correto entendimento adotado pela Advocacia Geral da União (Parecer n. 337/PGF/EA/2010). Quando não há risco à saúde, cabe exclusivamente ao INPI conferir os requisitos de patenteabilidade dos produtos e processos farmacêuticos.

Deferido o pedido, é expedida a *carta-patente*, o único documento comprobatório da existência do direito industrial sobre a invenção ou modelo de utilidade.

6.2. Pedido de Registro de Desenho Industrial

O pedido de registro de desenho industrial, como já assinalado, tem a sua tramitação disciplinada, na lei de 1996, segundo o sistema de livre concessão. Deste modo, feito o depósito do *design* no INPI, segue-se a sua imediata publicação e concomitante expedição do certificado. Esta sistemática apenas não será observada em duas hipóteses: se o interessado solicitar sigilo, ou se o pedido não preencher as condições mínimas para o registro. No primeiro caso, o processo aguardará a manifestação do requerente ou a fluência do prazo máximo legal, de 180 dias, quando então terá seguimento, com a publicação. No segundo, o INPI indeferirá de plano o pedido.

O pedido de registro de desenho industrial é o único, no direito brasileiro, submetido ao sistema de livre concessão, que dispensa o exame da novidade e originalidade previamente à outorga do direito de exclusividade.

Ressalte-se que a publicação do desenho industrial e a expedição do respectivo certificado independem do exame, pelo INPI, da novidade e da originalidade. A autarquia, assim, apenas poderá indeferir o registro, se o pedido esbarrar em algum impedimento legal (por exemplo: trazer desenho de natureza puramente artística, contrário à moral ou de forma comum) ou se for desatendida formalidade essencial ao depósito (por exemplo: mais de vinte variações, falta de explicitação do campo de aplicação do objeto). Se o *design* é novo e original, este é assunto a se examinar eventualmente em outra oportunidade. O depositante, portanto, após a expedição do certificado, já é o titular do direito industrial de exploração com exclusividade do desenho (LPI, art. 109).

Claro que o sistema, ao dispensar o exame prévio, dá ensejo à concessão do mesmo direito industrial a duas pessoas diferentes. Como a autoridade administrativa não procede à prévia verificação da novidade e da originalidade, é possível que dois *designers* portem certificados de registro de um mesmo desenho industrial. Como resolver esta questão? Em primeiro lugar, não se deve descartar a hipótese de acordo entre os titulares do registro, até mesmo para somarem esforços na defesa dos seus direitos de exploração exclusiva, em relação a terceiros. Não existindo acordo, qualquer um deles poderá requerer ao INPI o exame do objeto do seu registro (LPI, art. 111). Será, então, emitido parecer técnico sobre a sua novidade e originalidade. Se o INPI constatar que o desenho, registrado em nome de quem requereu o exame de mérito, atende aos pressupostos de registrabilidade, ele instaura *ex officio* o processo de nulidade do outro registro; se constatar o desatendimento a tais pressupostos, o processo de nulidade, também instaurado de ofício, direciona-se ao próprio registro examinado.

6.3. Pedido de Registro de Marca

Apresentado pedido de registro de marca, o INPI realiza um exame formal preliminar, pertinente à instrução. Se convenientemente instruído, na forma que a lei determina (LPI, art. 155), o pedido é depositado. Se a instrução estiver incompleta, mas individuar suficientemente o requerente, o sinal e a classe da marca, então o INPI expede um recibo e fixa as exigências a serem atendidas pelo requerente. Caso se dê o atendimento, no prazo de 5 dias, o depósito considera-se realizado na data do recibo. Finalmente, se a instrução estiver muito incompleta, não possibilitando sequer a expedição do recibo, o pedido simplesmente não será protocolado. O apresentante não tem direito ao protocolo, se não instruir minimamente o pedido.

Em seguida ao depósito, é feita a publicação da marca, podendo qualquer interessado, nos 60 dias seguintes, apresentar oposição. Os empresários — diretamente ou por meio de seus agentes de propriedade industrial — costumam acompanhar as publicações da *Revista da Propriedade Industrial*, para verificarem se não estão sendo apresentados pedidos que possam prejudicar seus interesses. Muitos têm na marca registrada o mais valioso elemento do estabelecimento empresarial, de forma a justificar gastos na proteção do respectivo direito. Se um concorrente apresenta pedido de registro de marca, cujo signo é igual ou semelhante ao da registrada em nome daquele empresário, terá ele interesse em manifestar oposição. O depositante será intimado das oposições ofertadas para, nos 60 dias seguintes, defender sua pretensão ao registro.

Na sequência, o INPI realiza o exame das condições da registrabilidade (novidade relativa, não colidência com marca notória e desimpedimento), podendo, se for o caso, impor exigências ao depositante. Concluída a fase do exame, decide o pedido, concedendo ou negando o registro da marca.

6.4. Prioridade

O Brasil, como país unionista — isto é, pertencente à União de Paris —, assumiu compromisso internacional de conferir *prioridade* a determinados pedidos de patente ou registro industrial. Nos termos do art. 4º da Convenção (cuja revisão de Estocolmo, de 1967, foi promulgada pelo Dec. n. 75.572/75), quem apresenta pedido de patente de invenção ou de modelo de utilidade, ou deposita desenho industrial ou marca em qualquer país

unionista tem, durante certo prazo, o direito de prioridade nos demais países da União. O prazo é de 12 meses para as invenções e modelos de utilidade, e de 6 para os desenhos industriais e marcas, contados da data do primeiro pedido. Durante esse período, em virtude da sistemática adotada pela União, os inventores, *designers* e empresários são protegidos, em matéria de direito industrial, como se não existissem fronteiras entre os países membros. Assim, se o inventor pede a patente no Japão (unionista desde 1899), e tem interesse em explorá-la no Brasil (unionista desde 1884), nos Estados Unidos (desde 1887) e Argentina (desde 1967), deverá, nos doze meses seguintes à apresentação daquele pedido, promover o depósito da mesma invenção nos três outros países, de acordo com o direito industrial neles vigente. Ao fazê-lo, deve reivindicar a prioridade, provando a data em que pediu a patente na agência japonesa de propriedade industrial. Imagine-se que, na tramitação do processo de patente no Brasil, verifica-se que outro inventor também depositou igual pedido no INPI. Nesse caso, em observância da Convenção de Paris, a agência brasileira deve analisar a questão da novidade considerando, para o primeiro inventor, a data do pedido no Japão, e, para o segundo, a do depósito no Brasil. A reivindicação da prioridade deve ser feita juntamente com o pedido de patente ou de registro (LPI, arts. 16, 99 e 127).

7. EXPLORAÇÃO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL

A concessão pelo INPI do direito industrial assegura ao titular da patente ou do registro a faculdade de utilização econômica da invenção, modelo, desenho ou marca, com exclusividade. Ninguém poderá, em outros termos, fazer uso desses bens, sem a sua licença. Quem usurpa direito industrial alheio sujeita-se, além das sanções de ordem civil, também à persecução penal (LPI, arts. 183 a 190). A lei, no entanto, contempla uma exceção, ressaltando a situação dos usuários anteriores de boa-fé. As condições para o tratamento excepcional variam segundo a natureza do bem intelectual.

O direito industrial protege os empresários de boa-fé que já exploravam a invenção, desenho ou marca, na data em que foi solicitada a patente ou o registro. A proteção dos usuários da marca, no entanto, é diferente da conferida aos usuários de invenção ou desenho.

No tocante a invenção, modelo de utilidade e desenho industrial, é reconhecido ao usuário de boa-fé o direito de continuar a sua exploração econômica, sem o pagamento de qualquer remuneração em favor do titular da patente ou do registro (LPI, arts. 45 e 110). Note-se que a exceção não beneficia o inventor ou o *designer* que, na data do depósito da patente realizado por outro, não explorava economicamente a sua criação intelectual. Ou seja, o direito industrial protege a pessoa que primeiro reivindica a sua proteção, não necessariamente a primeira a conceber o bem intelectual. Isto é correto. Se, contudo, já havia uma atividade econômica organizada em torno de uma invenção, modelo ou desenho, não há por que sacrificá-la (e aos empregos e riquezas que gera), em decorrência da tutela conferida ao primeiro que pleiteou a patente ou registro. São plenamente compatibilizáveis a proteção liberada em favor das criações industriais e o princípio da preservação da empresa.

Em relação às marcas, a tutela concedida aos usuários anteriores de boa-fé tem extensão diversa. No caso das patentes e dos desenhos industriais, esses usuários têm assegurado o direito de continuarem explorando as atividades econômicas, já existentes ao tempo da apresentação do depósito, sem o pagamento de *royalties* ao titular do bem industrial. A faculdade não está sujeita a nenhuma providência junto ao INPI; é suficiente, para o exercício do direito, que os usuários disponham de meios de prova da boa-fé e da anterioridade da exploração econômica, para a eventualidade de virem a ser judicialmente acionados. Em relação à marca, no entanto, a situação é bem diferente. O usuário de boa-fé, que explorava a marca no Brasil há pelo menos 6 meses, tem direito de precedência ao registro. Quer dizer, ele não pode simplesmente continuar utilizando a marca, mas deve apresentar também o seu pedido de registro. E deve fazê-lo, entendendo, nos 60 dias seguintes à publicação do pedido da marca concorrente, que é o prazo assinalado em lei para as oposições (LPI, art. 158). Negligenciando na

providência, o registro será outorgado ao concorrente que o solicitara, hipótese em que o usuário de boa-fé pode ser impedido de continuar usando a marca.

7.1. Licença de Direito Industrial

A exploração do direito industrial se realiza direta ou indiretamente. Na primeira forma, o próprio titular da patente ou do registro assume os riscos da atividade empresarial, fabricando e comercializando ele mesmo o objeto inventado ou desenhado, ou usando a marca nos produtos ou serviços que oferece ao mercado. A forma indireta de exploração do direito industrial decorre da outorga de *licença* de uso, pelo titular da patente ou do registro em favor de um empresário. Muito comum, também, é a simultânea exploração direta e indireta do bem industrial.

A licença é o contrato pelo qual o titular de uma patente ou registro, ou o depositante (licenciador), autoriza a exploração do objeto correspondente pelo outro contratante (licenciado), sem lhe transferir a propriedade intelectual. A autorização pode ser concedida com ou sem exclusividade e admite limitações temporais ou territoriais, hipóteses em que os seus efeitos se circunscrevem aos âmbitos definidos pelas partes. A averbação do instrumento no INPI, embora não seja requisito de validade do ato, ou de eficácia entre os contratantes, define-se como condição para que a licença produza efeitos perante terceiros, em especial o fisco e as autoridades monetárias. Deste modo, a dedutibilidade fiscal dos *royalties* pagos pelo licenciado ao licenciador, ou a remessa de divisas para o exterior, a este título, depende da averbação.

Entre as partes é aplicável, subsidiariamente às normas estabelecidas pela legislação de direito industrial, o regime jurídico do contrato de locação de coisas móveis (CC, arts. 565 a 578); equiparando-se o licenciador ao locador e o licenciado ao locatário (Cerqueira, 1946:438). Em decorrência, salvo acordo em contrário das partes, o cancelamento, anulação ou caducidade do direito industrial, bem como o indeferimento do pedido de patente ou registro, exoneram o licenciador de suas obrigações e não importam o dever de indenizar o licenciado. Por outro lado, como se trata de contrato *intuitu personae*, o licenciado não pode, sem autorização expressa do licenciador, sublicenciar a patente ou o registro. Também

decorre desta característica a rescisão da licença em virtude de cessão do direito industrial (salvo se o instrumento prevê cláusula de vigência perante cessionários e está averbado no INPI).

Normalmente, a licença é ato voluntário, um acordo amplamente negociado entre o licenciador e o licenciado. A lei prevê, contudo, hipóteses em que o titular da *patente* é obrigado, pelo INPI, a licenciar o seu uso em favor de terceiros interessados (LPI, arts. 68 a 71). São as seguintes: *a*) exercício abusivo do direito, como, por exemplo, a cobrança de preços excessivos; *b*) abuso do poder econômico, em que a patente é usada para domínio de mercado; *c*) falta de exploração integral do invento ou modelo no Brasil, quando viável economicamente a exploração; *d*) comercialização insatisfatória para atendimento das necessidades do mercado; *e*) dependência de uma patente em relação a outra, se demonstrada a superioridade da patente dependente, e a intransigência do titular da dependida em negociar a licença; *f*) emergência nacional ou interesse público, declarado por ato do Poder Executivo Federal.

O interessado em explorar a invenção ou modelo, patenteado por outra pessoa, pode, decorridos 3 anos da concessão da patente, requerer ao INPI a licença compulsória, se presente uma das hipóteses que a lei autoriza. Feito o pedido, o titular será intimado a se manifestar sobre as condições oferecidas, seguindo-se a instrução do processo e a decisão do INPI, concessiva ou denegatória da licença. As licenças compulsórias são outorgadas sem exclusividade e com cláusula proibitiva de sublicenciamento, ficando garantida a remuneração do titular do direito industrial, fixada, se necessário, mediante arbitramento. O licenciado, no licenciamento compulsório, tem o prazo de 1 ano, para dar início à exploração econômica da patente, sob pena de cassação da licença.

7.2. Cessão de Direito Industrial

A cessão de direito industrial é o contrato de transferência da propriedade industrial, e tem por objeto a patente ou registro, concedidos ou simplesmente depositados. A cessão pode ser total, quando compreende todos os direitos titularizados pelo cedente, ou parcial. Esta última pode se limitar quanto ao objeto (cede-se parte das reivindicações depositadas ou patenteadas, por exemplo) ou quanto à área de atuação do cessionário

(transfere-se o direito de exploração econômica com exclusividade dentro de certo país, por exemplo). Não há cessão temporalmente limitada, na medida em que ela se define como o ato de transferência da propriedade industrial, e não apenas de autorização de seu uso (hipótese relacionada a outro contrato intelectual, a *licença*).

Rege-se a cessão de direito industrial pelas normas atinentes à cessão de direitos, observadas as disposições específicas da legislação de propriedade industrial (LPI, arts. 58 a 60, 121, 134 e 135). Por esta razão, o cedente responde, perante o cessionário, pela existência do direito à data da cessão (CC, art. 295). Ou seja, se for declarado o cancelamento, a nulidade ou caducidade da patente ou do registro, por fato anterior à transferência, o cessionário poderá rescindir o contrato e pleitear perdas e danos. O mesmo se verifica caso o objeto do direito industrial não apresente o desempenho propagado pelo cedente. Com mais precisão: se a invenção ou o modelo de utilidade não revelam a eficiência que lhes foi atribuída, se o desenho industrial ou a marca não estimulam o consumo na medida garantida pelo instrumento de cessão, poderá o cessionário optar entre a rescisão do contrato, com indenização, ou o abatimento proporcional do preço. Não se responsabiliza, contudo, o cedente pelos resultados unilateralmente esperados pelo cessionário e não obtidos com a exploração do direito industrial cedido.

A licença de direito industrial está para a cessão, como a locação está para a venda.

Na hipótese de o cedente aperfeiçoar a sua invenção, poderá obter a patente do aperfeiçoamento, não estando obrigado a transferi-lo ao cessionário. Contudo, em se tratando de cessão total, ele não poderá explorar o aperfeiçoamento junto com a invenção, sem a licença do cessionário, ou do atual titular da patente, salvo se o instrumento de cessão dispõe em contrário. De qualquer modo, o cedente tem o direito moral à

revelação de seu nome, quando veiculada pelo cessionário qualquer notícia sobre o inventor, mesmo após sucessivas cessões.

7.3. “Secondary Meaning” e Degeneração de Marca Notória

Duas são as espécies de marca notória no direito brasileiro: as de alto renome e as notoriamente conhecidas. Como visto, elas são protegidas de modo especial porque nenhum outro empresário, concorrente ou não, pode adotá-las, mesmo que esteja completamente afastada a possibilidade de confusão entre os consumidores.

Dois fenômenos mercadológicos são típicos da marca notória. De um lado, o amplo conhecimento que os consumidores têm dela acaba dando distintividade a expressões meramente descritivas — que, não fosse a notoriedade da marca, seriam inaptas a cumprir a função de identificar determinado produto ou serviço. Trata-se de fenômeno designado pela locução inglesa *secondary meaning*. A expressão descritiva do produto ou serviço passa a ter um segundo significado, que é o de identificar um deles em especial. A notoriedade gera, então, a distintividade. Por exemplo, ninguém pode registrar com exclusividade a expressão *Fruta* para identificar as frutas que comercializa, em razão de seu caráter meramente descritivo. Mas se essa marca acabar se tornando notória na identificação, pelos consumidores, de um determinado fornecedor desse produto, o amplo conhecimento justificará a proteção liberada pela lei para as marcas notórias.

Interessa-nos aqui, também, um outro fenômeno mercadológico típico das marcas notórias, que é exatamente o inverso do *secondary meaning*. O fenômeno da degeneração, em que a notoriedade elimina a distintividade.

A degeneração de marca notória é um interessante fenômeno mercadológico, que se verifica quando os consumidores passam a identificar o gênero do produto pela marca de um de seus fabricantes (cf. Sampaio, 1995). Marcas como *aspirina*, *gilete* e *fórmica* encontram-se degeneradas, na medida em que deixaram de identificar certo produto, fornecido por determinado empresário, e passaram a se referir ao gênero, incluindo produtos concorrentes. A degeneração é altamente prejudicial ao empresário, porque a marca deixa de cumprir com a sua função essencial. Todos os

investimentos em publicidade para tornar notória a marca podem se perder, pelo exagero da notoriedade. Os investimentos para reverter processo de degeneração em curso, por sua vez, devem ser tão ou mais elevados, e sua eficácia não é garantida, podendo até mesmo contribuir para degenerar mais ainda a marca.

Há quem considere conceitos sinônimos os de degeneração e diluição (Moro, 2003:131). Também há doutrinadores que tomam a diluição como gênero, do qual a degeneração seria espécie (Barbosa, 2003:816). Bem examinados os institutos, porém, constata-se tratarem de temas diversos. Em comum se percebe o elevado risco de desvalorização da marca em razão da erosão da distintividade, mas cessa nesse ponto a convergência. Na verdade, diluição não é, como a degeneração, um fenômeno mercadológico, algo que se espraia entre os consumidores usuários de uma mesma língua. A diluição é, na verdade, resultante de práticas adotadas por outros empresários (concorrentes ou não) que podem levar à perda de valor de uma marca notória.

Não se consegue com facilidade identificar quem provoca a degeneração da marca, no sentido de ter sido o primeiro a se apropriar da expressão como indicativa do gênero e não da espécie. Mesmo que o empresário titular da marca tenha motivado ou dado causa à degeneração, a pessoa ou pessoas que passaram a tomá-la como repertório de sua língua não são identificáveis. Já na diluição, é sempre prontamente identificável o responsável pela prática empresarial apta a impor desvalor à marca diluída. No direito norte-americano, em que a noção de diluição se construiu, costumam-se diferenciar duas hipóteses: de um lado, a diluição-turvação (*dilution by blurring*) e, de outro, a diluição--mácula (*dilution by tarnishment*) (Weston-Maggs-Schechter, 1950:215/224). Na diluição-turvação, a marca famosa é diluída em razão de seu uso por outros empresários, na identificação de negócio, produto ou serviço não concorrente (Schechter-Thomas, 2003:710/711). Aquela associação imediata entre o signo empregado na marca e o produto, que os investidores em publicidade procuram despertar nos consumidores, é prejudicada pela existência de outros produtos (não concorrentes) que ostentam a mesma marca ou parecida. Já a diluição-mácula compromete a reputação da marca, em razão da qualidade inferior dos negócios, produtos ou serviços não concorrentes operantes ou

oferecidos no mercado por outros empresários (Schechter-Thomas, 2003:715/716).

Ao instituto da diluição (turvação ou mácula) do direito norte-americano corresponde o da repressão às condutas parasitárias, construído no direito europeu. A coibição da diluição atende, na *common law*, ao mesmo objetivo que, nos direitos de tradição românica, busca a responsabilização por condutas parasitárias. Quando as marcas deixaram de indicar, primordialmente, a origem do produto e passaram a servir de referência à sua qualidade e reputação, empresários não concorrentes procuraram se beneficiar, indevidamente, do prestígio associado a marcas conhecidas, e o direito marcário precisou desenvolver novos padrões para proteger os titulares destas, já que o princípio da especificidade não se mostrara suficiente ao novo cenário. No direito norte-americo, também por vezes é invocada a doutrina da expansão para assegurar este círculo de proteção aos titulares de marcas afamadas (Miler-Davis, 1980:180/181). Não há, portanto, equivalência entre os institutos da diluição e da degeneração. E se ao titular de marca diluída é reconhecido o direito de sempre buscar a reparação de seus danos contra o empresário não concorrente responsável pela prática que desencadeou o processo de desvalorização, ao titular da marca degenerada nem sempre se atribui este direito.

Em outros países, a degeneração de marcas pode ser causa de extinção do direito industrial (na Itália, por exemplo; cf. Galgano, 1992:98), ou fundamento para impedir o uso de marca semelhante por outro empresário. Embora não se afastem tais consequências, a degeneração de marca notória tem relevância jurídica, no direito brasileiro, especificamente na hipótese de responsabilização civil de um empresário, por ato prejudicial ao titular do registro. Se, por exemplo, na publicidade de um televisor, associa-se o produto a uma cerveja bastante conhecida, isto pode — de acordo com as características da mensagem publicitária — contribuir para o processo de degeneração da marca da bebida. Este tipo de publicidade, ressalte-se, não é necessariamente lesivo ao direito industrial titularizado pelo fabricante da cerveja (ver posição contrária de Gusmão, 1989); ela somente importa responsabilidade do anunciante do televisor, se resta caracterizado o efeito degenerativo do anúncio. A lei, de fato, ampara o interesse do titular da marca em impedir que a sua citação em publicidade, comparativa ou não,

possa ter efeito degenerativo. De acordo com os arts. 130, III, e 131 da LPI, zelar pela integridade material e reputação da marca é direito decorrente do depósito ou do registro, inclusive em relação ao seu uso em propaganda alheia.

8. EXTINÇÃO DO DIREITO INDUSTRIAL

Extingue-se o direito industrial pelas seguintes razões: *a)* decurso do prazo de duração; *b)* caducidade; *c)* falta de pagamento da retribuição devida ao INPI; *d)* renúncia do titular; *e)* inexistência de representante legal no Brasil, se o titular é domiciliado ou sediado no exterior.

O primeiro fator extintivo está ligado à limitação no tempo do direito de propriedade intelectual. Ao contrário de outras propriedades, a relacionada a bens industriais, mesmo se usufruída ininterruptamente pelo seu titular, encontra na fluência de um termo legal o seu fim. Varia para cada bem imaterial o prazo de duração. A patente de invenção dura 20 anos, contados da data do depósito, ou 10 da concessão, o que ocorrer por último. Para as patentes de modelo de utilidade, o prazo é de 15 anos, a partir do depósito, ou 7, após a concessão, também o que ocorrer por último. Observe-se que, tanto para a invenção como para o modelo, na hipótese de retardamento do processo no âmbito do INPI, em razão de pendência judicial ou por força maior, o prazo não poderá ser contado da concessão (LPI, art. 40).

No caso da patente, os prazos de duração são improrrogáveis.

O registro de desenho industrial, por sua vez, dura 10 anos, a contar do depósito, admitidas até 3 prorrogações sucessivas, por período de 5 anos cada (LPI, art. 108). Em outros termos, o *designer* poderá titularizar a exclusividade sobre a sua criação industrial pelo prazo máximo de 25 anos, a partir do depósito. Por fim o registro de marca vigora por 10 anos, contados da concessão, sendo cabíveis sucessivas prorrogações, por igual período. Deste modo, o empresário pode, a rigor, preservar o seu registro de marca, enquanto considerar interessante (LPI, art. 133). Tanto no caso do desenho industrial, como no da marca, o pedido de prorrogação deve ser apresentado durante o último ano de vigência do registro. Perdido o prazo, a lei ainda dá ao titular do direito industrial mais uma derradeira chance (180

dias para os desenhos, 6 meses para as marcas), desde que pague retribuição adicional.

Em termos gerais, a patente de invenção dura vinte anos, e a de modelo de utilidade quinze, enquanto o registro de desenho industrial dura dez anos. Estes prazos são contados do depósito; os dois primeiros não admitem prorrogação, mas o último comporta até três prorrogações sucessivas, de cinco anos cada.

O registro de marca dura dez anos, contados da concessão, e é sempre prorrogável.

A caducidade é fator extintivo decorrente do abuso ou desuso no exercício do direito industrial. Em relação à patente, se o titular não explorar (diretamente ou por licença voluntária) a invenção ou o modelo, de modo a atender às demandas do mercado, mesmo tendo decorridos 3 anos da concessão, qualquer interessado poderá pleitear a licença compulsória. Decorridos 2 anos do licenciamento compulsório, a caducidade poderá ser declarada pelo INPI, de ofício ou a requerimento de interessado no caimento da patente em domínio público, se ainda persistir o abuso ou o desuso. A declaração de caducidade pressupõe processo administrativo, em que o interessado tem a oportunidade de se defender (LPI, arts. 80 a 83).

Em relação ao registro de marca, a caducidade se caracteriza pela fluência do prazo de 5 anos sem exploração econômica no Brasil. O empresário titular do registro deve, no quinquênio subsequente à concessão, iniciar o uso da marca, imprimindo-a nas embalagens, notas fiscais, uniformes, veículos e anúncios publicitários. Por outro lado, se ocorrer interrupção de uso, ele deverá ser retomado antes do transcurso daquele prazo. Cabe anotar que a utilização da marca, feita com significativas diferenças em relação ao sinal constante do certificado de registro, equivale, para fins de caducidade, ao desuso. Não existe caducidade do registro de desenho industrial.

A renúncia aos direitos da patente ou do registro, por sua vez, é fator extintivo decorrente de ato unilateral do seu titular. A lei põe a salvo os direitos de terceiros, como licenciados ou franqueados, ao condicionar a sua aceitação, pelo INPI, à inexistência de prejuízos para eles. Existindo,

portanto, averbação de licença de uso em vigor, o INPI não poderá aceitar a renúncia desacompanhada de instrumento de anuência dos contratantes interessados. Finalmente, a derradeira hipótese de extinção do direito industrial é a falta de representante legal no Brasil, inclusive com poderes para receber citação judicial, quando domiciliado ou sediado no exterior o titular da patente ou do registro (LPI, art. 217).

Extinto, por qualquer motivo, o direito industrial, o respectivo objeto cai em domínio público. Isto significa que qualquer pessoa poderá utilizá-lo e dar-lhe exploração econômica livremente, sem que o criador possa reclamar, ou exigir remuneração. Além da extinção, outros fatores também importam o domínio público de bens industriais. Se o processo administrativo de patente, após a publicação, é arquivado por inércia do requerente em atender às exigências do INPI, a invenção ou o modelo de utilidade não poderão mais ser patenteados, já que está insuperavelmente comprometida a sua novidade. Outro exemplo: se o depositante de patente ou registro no exterior não pedir a extensão ao Brasil de seu direito, no prazo assinalado pela União de Paris, o bem industrial cai em domínio público, no território brasileiro (salvo se estiver em tramitação processo iniciado antes do término do prazo de prioridade).

9. NOME EMPRESARIAL

Nome empresarial é aquele utilizado pelo empresário para se identificar, enquanto sujeito exercente de uma atividade econômica. Se a marca identifica, direta ou indiretamente, os produtos e serviços, o nome empresarial irá identificar o sujeito de direito que os fornece ao mercado (normalmente, uma pessoa jurídica revestida da forma de uma sociedade limitada ou anônima). No passado, quando as atividades comerciais eram, em regra, exploradas individualmente — isto é, predominavam comerciantes pessoas físicas, e não jurídicas —, era comum a adoção de um nome específico, um tanto diferente do nome civil, para a identificação do sujeito, enquanto comerciante. Essa prática, na verdade, correspondia a uma estratégia negocial. Ao adotar a abreviatura, acompanhada geralmente de referência ao ramo de comércio a que se dedicava, o comerciante se

distinguia — e, indiretamente, aos seus produtos — da concorrência. Era mais fácil ao consumidor reportar-se ao comerciante pelo nome comercial, do que pelo civil. Em outros termos, com base em seu nome de batismo, o comerciante costumava criar outro nome, de mais fácil assimilação pelos consumidores e demais agentes econômicos, passando a usá-lo nos atos de comércio.

Vai longe o tempo em que o empresário se valia deste expediente para se distinguir da concorrência. Hoje em dia, o nome empresarial não cumpre mais a função mercadológica do passado. Foi substituído, na função, pela marca. Se antes, os consumidores formulavam o conceito acerca da qualidade dos produtos, pelo prestígio do nome do comerciante que os vendia, na economia de massa opera-se uma inversão: conhece-se a marca, e é por meio dela que, indiretamente, se identifica o empresário. Ou seja, antigamente, a seda era boa porque havia sido adquirida na *Casa* de um certo comerciante. Hoje em dia, a empresa é conceituada porque vende a seda identificada por uma conhecida marca.

Embora o nome de identificação do sujeito que explora a atividade econômica não tenha mais a mesma importância mercadológica que possuía no passado, ele ainda goza de proteção jurídica em razão de outro aspecto relevante: a reputação do empresário entre fornecedores e financiadores. De fato, o nome é, atualmente, uma referência muito mais importante no meio empresarial, do que no mercado de consumo. E é exatamente em razão do papel que tem, enquanto instrumento de reputação (boa ou má) do empresário, que o direito não o pode ignorar. Por outro lado, essa função do nome empresarial (ligada mais às relações do seu titular com outros empresários, e menos às voltadas aos consumidores) justifica a diferença do tratamento jurídico que lhe é dispensado, frente ao das marcas.

O nome que identifica o empresário é considerado, em alguns direitos estrangeiros, elemento integrante do estabelecimento empresarial; constitui, nesses países, bem de propriedade do titular da empresa, como, aliás, define expressamente a *ley de marcas y designaciones* argentina, de 1981. A doutrina brasileira debateu à exaustão a “natureza jurídica” do nome comercial, propondo alguns a tese do direito pessoal, pela qual o nome é tido como a expressão da personalidade, agregado à pessoa do comerciante e, conseqüentemente, inalienável e impenhorável. Corresponde à visão de

Pontes de Miranda (1956, 16:222/231). Contraposta à tese do nome como direito da personalidade, há a do direito patrimonial, defendida, entre outros, por Clóvis Beviláqua (1908). A distinção entre nome comercial *subjetivo* e *objetivo* é, por outro lado, uma tentativa de conciliar as duas concepções, ao reconhecer que, além de atributo da personalidade do comerciante (feição *subjetiva*), o nome é, ao mesmo tempo, elemento de identificação da própria atividade (feição *objetiva*). Para Gama Cerqueira, esta distinção é suficiente para desembaraçar a matéria doutrinária, na medida em que o sentido *objetivo* de nome comercial o torna uma propriedade incorpórea, suscetível de proteção pelo direito industrial (1946:1.174; também Martins, 1957:490).

O Código Civil parece ter optado pela tese do direito pessoal. O art. 1.164 do Código Civil, que proíbe a alienação do nome empresarial, deve, segundo alguns autores, ser interpretado em consonância com o art. 16, que inclui o direito ao nome entre os “da personalidade”, que são, por definição, intransmissíveis (Carvalhosa, 2003: 730/732). Deve-se, no entanto, levar em conta que o mercado *de fato* atribui ao nome empresarial um valor, como intangível da empresa. Ora, se há quem, em determinadas circunstâncias, paga pela utilização do nome empresarial criado pelo exercente de atividade econômica, então negar-lhe a condição de bem do patrimônio desse último pode ser uma solução legal dissociada da realidade. Se o direito não reconhecer a natureza patrimonial do nome adotado pelo empresário, os conflitos eventualmente ligados à sua negociação não poderão ser convenientemente equacionados, na medida em que a própria juridicidade do negócio é questionável.

9.1. Espécies de Nome Empresarial

Duas são as espécies de nome empresarial: a firma e a denominação. Alguns empresários somente podem adotar firma, outros apenas denominação, e há, ainda, os que podem optar por uma ou outra espécie. O empresário individual, por exemplo, só pode adotar nome empresarial da modalidade firma; a sociedade anônima só denominação; a sociedade limitada pode optar por qualquer uma delas. As diferenças entre firma e denominação são duas: a primeira diz respeito à *estrutura* do nome empresarial; a segunda, à *função*.

As espécies de nome empresarial são a firma e a denominação. Diferenciam-se quanto à estrutura e a função.

Em termos de estrutura, a firma tem por base necessariamente um nome civil, seja do próprio empresário individual, seja de sócio da sociedade empresária. Se *Antonio da Silva* se dedica ao comércio de antiguidades, ele deverá inscrever como firma o seu nome civil, por extenso (*Antonio da Silva*) ou abreviado (*A. Silva, Silva*), acompanhado ou não de menção ao ramo de atividade (*A. Silva — Antiguidades, Silva — Antiquário*). Se ele contrata uma sociedade limitada com *Benedito Costa*, a firma social será formada pelo nome deles, por extenso ou abreviado (*Silva & Costa Ltda., A. Silva & B. Costa Ltda.*), admitindo-se a substituição do nome de sócio (ou sócios, se três ou mais) pela partícula “& Cia.”, bem como a referência ao ramo de atividade explorado (*Silva & Cia. Ltda. — Antiquário, Benedito Costa & Cia. — Comércio de Antiguidades Ltda.*). A expressão “razão social” designa o mesmo que firma, quando titularizada por pessoa jurídica.

A denominação, por sua vez, pode tomar por base qualquer expressão linguística, seja ou não o nome civil de sócio da sociedade empresária. A sociedade limitada entre *Antonio da Silva, Benedito Costa e Carlos de Souza* pode adotar como denominação *Silva, Costa & Souza Ltda.* ou *Antiquário Bandeirante Ltda.*; se constituem uma sociedade anônima, a denominação poderá ser *Companhia Bandeirante de Antiguidades, Antiquário Carlos de Souza Sociedade Anônima* ou *ABC — Comércio de Antiguidades S/A*. Quando a expressão linguística escolhida pelos sócios para a estrutura da denominação não é nome civil, chama-se “elemento fantasia”.

Nota-se que a estrutura do nome empresarial nem sempre é suficiente para distinguir a correspondente espécie, já que tanto a firma como a denominação podem se basear em nomes civis. Claro, se o nome identifica sociedade anônima, sabe-se que se trata de denominação, porque este tipo societário não pode adotar firma; por outro lado, como o empresário individual não pode se identificar por meio de denominação, seu nome empresarial será necessariamente firma. O problema se coloca, por exemplo, em relação à sociedade limitada, que pode optar entre as duas modalidades de nome empresarial. Quando uma sociedade deste tipo se identifica a partir do nome civil de seus sócios (*Silva & Cia. Ltda. —*

Comércio e Indústria ou *Benedito Costa Turismo Ltda.*), a espécie de nome empresarial adotada será definida por sua função. Quer dizer, a firma possui uma função que a denominação não tem: ela serve também de assinatura do empresário. No passado, o representante legal da sociedade limitada, ao representá-la, não devia se utilizar de sua própria assinatura; a boa técnica recomendava que ele fizesse uso, nesses casos, de outra assinatura, correspondente à razão social. Se *José Penteado* era gerente de *Silva & Cia. Ltda.*, ele devia possuir duas assinaturas: uma, correspondente ao seu nome civil, para os atos de seu interesse e outra, representativa da firma da sociedade, para os de interesse desta.

Está em absoluto desuso a prática de dupla assinatura. Há muito tempo, os gerentes de sociedade adotam o mesmo e único sinal, como assinatura, tanto nos atos de interesse pessoal, como na qualidade de representante da pessoa jurídica. Assim, a distinção entre firma e denominação, para a sociedade limitada, acaba se reduzindo a uma questão formal, de importância nenhuma: se na última página do contrato social, encontra-se o campo “firmas por quem de direito”, com as assinaturas dos gerentes, então o nome empresarial é do tipo firma; caso não se encontre esse campo, será do tipo denominação.

9.2. Formação e Proteção do Nome Empresarial

A formação do nome empresarial deve atender a dois princípios: a veracidade e a novidade (Lei n. 8.934/94, art. 34). O princípio da veracidade proíbe a adoção de nome que veicule informação falsa sobre o empresário a que se refere. O da novidade impede a adoção de nome igual ou semelhante ao de outro empresário. Os dois parâmetros se justificam, em última análise, na coibição da concorrência desleal e na preservação da reputação dos empresários, junto aos seus fornecedores e financiadores. Para cumprir satisfatoriamente a função de identificar o sujeito de direito exercente de atividade econômica, o nome empresarial não pode dar ensejo a confusões, e deve ser suficientemente distinto.

Lei n. 8.934/94

Art. 33. A proteção ao nome empresarial decorre automaticamente do arquivamento dos atos constitutivos de firma individual e de sociedades, ou de suas

alterações.

Art. 34. O nome empresarial obedecerá aos princípios da veracidade e da novidade.

Em razão do princípio da veracidade, a retirada, expulsão ou morte de sócio de sociedade limitada impõe a alteração da *firma*, quando o dissidente, expulso ou falecido havia emprestado o seu nome civil à composição do nome empresarial. Assim, saindo, sendo expulso ou falecendo o sócio de sociedade limitada, cujo nome empresarial aproveitava o seu nome civil, impõe-se a mudança para excluir a referência ao dissidente, expulso ou falecido, seja o nome empresarial firma (CC, art. 1.165) ou denominação (CC, art. 1.158, § 2º, *in fine*). Quando se trata de sociedade anônima, o princípio da veracidade é menos restritivo, já que impede apenas a adoção de nome civil de quem não é “fundador, acionista, ou pessoa que, por qualquer outro modo, tenha concorrido para o êxito da empresa” (CC, art. 1.160, parágrafo único; Lei n. 6.404/76, art. 3º, § 1º). Deste modo, da denominação da sociedade anônima pode constar nome civil de quem não é, nunca foi ou deixou de ser sócio, desde que ele a tenha fundado ou contribuído para o seu êxito.

O princípio da novidade, ao seu turno, representa a garantia de exclusividade do uso do nome empresarial (CC, art. 1.166). O primeiro empresário que arquivar firma ou denominação, na Junta Comercial, tem o direito de impedir que outro adote nome igual ou semelhante, já que isso importaria desrespeito à novidade. O primeiro empresário pode exercer a prerrogativa na esfera administrativa, opondo-se ao arquivamento do ato constitutivo do concorrente, ou na judicial. A última via é mais comum, em vista da brevíssima duração dos prazos fixados na Lei n. 8.934/94, para o arquivamento de ato constitutivo de sociedade empresária.

O DNRC recomenda às Juntas o seguinte critério, na observância do princípio da novidade: *a*) devem ser comparados os nomes por inteiro, quando colidem duas firmas individuais ou razões sociais; *b*) devem ser comparadas por inteiro, também, as denominações compostas por expressões comuns, de fantasia, de uso generalizado ou vulgar; *c*) devem ser, por fim, comparados os núcleos das denominações compostas por

expressões de fantasia incomum. Nessas comparações, consideram-se iguais as expressões homógrafas e semelhantes as homófonas (IN-DNRC n. 104, art. 8º). São criticáveis tais critérios, tendo em vista a sua generalidade e abstração, frente à multiplicidade de hipóteses que se podem verificar. Na verdade, os parâmetros fixados pelo DNRC, para a avaliação da novidade do nome empresarial, se destinam a orientar e uniformizar a atuação dos órgãos do registro de empresa, mas, por evidente, não estão isentos de questionamento junto ao Poder Judiciário, caso se revelem inapropriados em algum caso concreto. Até mesmo porque não possuem alicerce legal, mas regulamentar.

O uso indevido de nome empresarial caracteriza crime de concorrência desleal (LPI, art. 195, V), cabendo a responsabilização civil do usurpador, pelos danos derivados do desvio de clientela (LPI, art. 209).

9.3. Diferenças entre Nome Empresarial e Marca

O nome empresarial e a marca se reportam a diferentes “objetos semânticos”. O primeiro identifica o sujeito de direito (o empresário, pessoa física ou jurídica), enquanto a marca identifica, direta ou indiretamente, produtos ou serviços. Sob o ponto de vista econômico e mercadológico, é oportuno e vantajoso adotar-se, nos dois designativos, o mesmo núcleo linguístico. Assim, o *Banco Itaú S/A* é o nome empresarial que identifica o sujeito de direito titular da marca de serviços bancários *Itaú*. Para o direito, no entanto, é irrelevante se há ou não identidade linguística. A proteção dispensada a cada designativo será a prevista no correspondente regime jurídico. São quatro as diferenças entre esses regimes: *a)* órgão registrário; *b)* âmbito territorial da tutela; *c)* âmbito material; *d)* âmbito temporal.

O primeiro elemento distintivo entre a proteção do nome e da marca diz respeito ao órgão em que são registrados. A proteção ao nome empresarial deriva da inscrição da firma individual, ou do arquivamento do ato constitutivo da sociedade, na Junta Comercial, ao passo que a da marca decorre do registro no Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Um não substitui o outro, em nenhuma hipótese. Só têm proteção o nome empresarial arquivado ou registrado na Junta e a marca registrada no INPI.

A segunda diferença é uma consequência da primeira: a proteção conferida pela Junta Comercial ao nome se exaure nos limites do Estado a

que ela pertence, enquanto que os efeitos do registro de marca são nacionais (CC, art. 1.166). Ou seja, o empresário sediado em Santa Catarina tem, a partir do arquivamento de seu ato constitutivo no registro de empresas, protegido o seu nome empresarial em todo o Estado catarinense. Se abrir filiais no Paraná e no Rio Grande do Sul, terá neles a mesma proteção. Nenhum outro empresário poderá se estabelecer, ou abrir filial, com nome idêntico ou semelhante, nestes três Estados. Tais arquivamentos, contudo, não impedem que, em outro Estado da Federação (Rio de Janeiro, suponhamos), seja arquivado ato constitutivo com nome empresarial colidente. Ressalte-se, para precisar, que tanto o empresário catarinense pode vender seus produtos ou serviços no Rio de Janeiro, como o carioca pode fazê-lo em Santa Catarina, Paraná ou Rio Grande do Sul (desde que não abram filiais). Um, contudo, não poderá impedir que o outro se utilize do nome registrado na respectiva Junta.

Como o registro do nome empresarial tem abrangência estadual, e não nacional, os seus efeitos estão restritos aos Estados em que o empresário tem sede ou filial. Para estender a tutela ao país todo, ele deve providenciar o arquivamento de *pedido de proteção ao nome empresarial*, nas Juntas dos demais Estados (CC, art. 1.166, parágrafo único; IN-DNRC n. 104, art. 11, §§ 1º e 2º). O mesmo não ocorre com a marca, que, registrada no INPI, estará protegida em todo o território brasileiro (e, até mesmo, nos demais países unionistas, se presentes as condições da Convenção de Paris).

A terceira diferença está relacionada ao âmbito material da tutela. A marca tem a sua proteção restrita, em razão do princípio da especificidade, ao segmento dos produtos ou serviços passíveis de confusão pelo consumidor (salvo no caso excepcional da marca de alto renome, cuja proteção é especial e abrange todas as classes), enquanto o nome empresarial é protegido independentemente do ramo de atividade econômica a que se dedica o empresário. Como visto acima, a proteção liberada ao nome empresarial não visa apenas impedir confusão entre os consumidores, mas principalmente preservar a reputação do titular da empresa, junto aos fornecedores e financiadores. O protesto de títulos em nome de um pode prejudicar o crédito de outro empresário, com nome igual ou semelhante. E este prejuízo independe do específico ramo de negócio explorado por eles. Por tal razão, aquele que primeiro registrar o nome na Junta Comercial pode

impedir que outro adote, no Estado correspondente, nome igual ou semelhante, ainda que as atividades não sejam concorrentes.

Finalmente, a quarta diferença é ligada ao prazo de duração da proteção. Enquanto o direito de utilização exclusiva da marca extingue--se em dez anos, se não for solicitada pelo interessado a prorrogação, o do nome empresarial vigora por prazo indeterminado. Enquanto a sociedade estiver em funcionamento regular, ela terá tutelado o interesse em relação ao nome empresarial. Apenas a declaração de inatividade da empresa pode importar a extinção do direito ao nome empresarial contra a vontade de seu titular (Lei n. 8.934/94, art. 60, § 1º, *in fine*).

O regime protetivo do nome empresarial, assim, difere-se do da marca, nos aspectos assinalados. Quando colidem nomes, portanto, o critério da anterioridade no Estado ampara o empresário, em relação a todos os ramos de atividade econômica. Mas, cabe a indagação: e se o conflito for entre nome empresarial e marca? Imagine-se, com efeito, que o fabricante de produtos de higiene, chamado *Souza & Irmãos Ltda.*, titular da marca registrada *Sol*, resolva impedir que o comerciante de utensílios de banheiro, denominado *Comércio e Representação Sol Ltda.*, seja proibido de utilizar o seu nome empresarial, em vista da possibilidade de confusão entre os consumidores. Complemente-se a hipótese, cogitando que o registro do nome na Junta Comercial é anterior ao da marca no INPI. Como solucionar este conflito? Na lei, não se encontra dispositivo regulando a matéria, mas a jurisprudência tem normalmente prestigiado a tutela da marca, em detrimento da do nome empresarial, mesmo quando o registro deste é anterior. Exige-se, contudo, em função do princípio da especialidade, que o titular da marca e o do nome colidentes operem no mesmo segmento de mercado (salvo se a marca for de alto renome, quando o empresário goza de proteção em todos os segmentos).

10. TÍTULO DE ESTABELECIMENTO

Além da marca e do nome empresarial, o direito industrial cuida de uma terceira categoria de sinal distintivo: o título de estabelecimento. Trata-se da designação que o empresário empresta ao local em que desenvolve sua

atividade. Por exemplo: quando o consumidor se dirige à agência do *Banco Itaú S/A*, encontra-a identificada pela expressão *Itaú*. É este o título do estabelecimento, o designativo referente ao lugar do exercício da atividade. A expressão linguística do título não precisa coincidir com o núcleo do nome empresarial, nem com a marca. Por razões econômicas e mercadológicas, entretanto, é comum a adoção, como título de estabelecimento, da própria marca registrada. Tal alternativa, inclusive, além de ajudar na fixação da marca, possibilita ao empresário a proteção do sinal identificador do local do exercício do seu negócio, por meio do registro industrial. Ele pode impedir que concorrentes se utilizem de sinal idêntico ou semelhante, com base no seu direito marcário.

Quando o título de estabelecimento, contudo, apresenta expressão linguística diversa da da marca — *e não se encontra registrado também como marca no INPI* —, o empresário somente poderá impedir que alguém o imite ou reproduza, com base na repressão à concorrência desleal. A lei tipifica como crime desta natureza o uso indevido de título de estabelecimento (LPI, art. 195, V), do que decorre também a responsabilidade civil do infrator, pelos danos decorrentes do desvio de clientela (LPI, art. 209). Como, por outro lado, não existe atualmente registro do título de estabelecimento — ele existiu, no Brasil, entre 1934 e 1967, e produzia efeitos restritos ao âmbito do município —, a prova da anterioridade, no uso do sinal distintivo, pode ser feita por testemunhas ou documentos de qualquer gênero.

Capítulo 7

DISCIPLINA JURÍDICA DA CONCORRÊNCIA

1. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIVRE- INICIATIVA

O perfil que a Constituição desenhou para a ordem econômica tem natureza neoliberal. Essa última é uma expressão cujo sentido deve ser precisado. O conceito de liberalismo já é, por si, plurívoco. Nicola Matteucci, por exemplo, discutindo-o no campo da política, após identificar quatro diferentes níveis em que se poderia focar o conceito (histórico, filosófico, temporal e estrutural), conclui pela impossibilidade de uma definição satisfatória (Bobbio-Matteucci-Pasquino, 1983:686/705). Se assim é com o conceito de liberalismo, o de neoliberalismo não poderia deixar de introduzir novas dificuldades na discussão semântica.

Historicamente, a expressão teria sido utilizada pela primeira vez em discursos governamentais justificadores das medidas de reconstrução das estruturas da economia capitalista, abaladas pela crise de 1929. Em tal contexto, o neoliberalismo é a forma de se acentuar que o dirigismo estatal, então implementado, não poderia ser confundido com a planificação econômica centralizada e o socialismo, experimentados na União Soviética. Embora não fossem tempos de guerra fria, a Revolução Russa, ainda jovem, inspirava os movimentos operários de todo o mundo ocidental. As medidas de ingerência do estado, em searas que a ideologia capitalista procurava reservar arduamente aos particulares, não poderiam vir desacompanhadas de uma reafirmação de alguns princípios liberais. A ideia de um liberalismo renovado — veiculada pela expressão “neoliberal” — atendia essa necessidade. No final dos anos 1930, desenvolveram-se estudos

acadêmicos que visavam estruturar a doutrina econômica neoliberal, a partir desse contexto político (cf. Sandroni, 1985:214).

Terminada a guerra fria, a mesma expressão se vê utilizada com o significado exatamente oposto, nos discursos críticos à desarticulação do estado do bem-estar social ou da paralisação do processo de sua construção. Neoliberal, agora, é o defensor da retração do estado, do fim das políticas sociais. Não é mais a referência ao liberalismo renovado, mas sim ao liberalismo ressurgente. Se antes da guerra fria, o neoliberalismo era a defesa do aumento da intromissão do aparato estatal na economia, depois dela, torna-se o inverso, a defesa da redução da intromissão.

Abstraindo os discursos dos políticos e suas rotulações simplificadoras — que, na verdade, no contexto de um trabalho tecnológico, não passam de curiosidades —, conceituo neoliberal como *o modelo econômico definido na Constituição que se funda na livre-iniciativa, mas consagra também outros valores com os quais aquela deve se compatibilizar*. A defesa do consumidor, a proteção ao meio ambiente, a função social da propriedade e os demais princípios elencados pelo art. 170 da CF como informadores da ordem econômica, bem como a lembrança da valorização do trabalho como um dos fundamentos dessa ordem, tentam refletir o conceito de que a livre-iniciativa não é mais que um dos elementos estruturais da economia. Ao delinear o perfil da ordem econômica com o traço neoliberal, a Constituição, enquanto assegura aos particulares a primazia da produção e circulação dos bens e serviços, baliza a exploração dessa atividade com a afirmação de valores que o interesse egoístico do empresariado comumente despreza.

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:

- I — soberania nacional;*
- II — propriedade privada;*
- III — função social da propriedade;*
- IV — livre concorrência;*
- V — defesa do consumidor;*
- VI — defesa do meio ambiente;*

VII — redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII — busca do pleno emprego;

IX — tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Considera alguma doutrina, a partir do balizamento constitucional da livre iniciativa por valores de “justiça social e bem-estar coletivo”, que a exploração de atividade econômica com puro objetivo de lucro e de satisfação pessoal do empresário seria, sob o ponto de vista jurídico, ilegítima. É, por exemplo, o entendimento de José Afonso da Silva (1976:673). A natureza neoliberal da ordem econômica prevista pela Constituição não tem, entretanto, tal extensão. A equiparação, em importância, da livre-iniciativa e dos valores normalmente desconsiderados pelo empresário egoísta (a defesa do consumidor, a proteção do meio ambiente, a função social da propriedade etc.) apenas afasta a possibilidade de edição de leis, complementares ou ordinárias, disciplinadoras da atividade econômica, desatentas a esses valores. O empresário visa, com os lucros gerados pela empresa, ter meios para atender às necessidades suas e de sua família, em padrão de vida normalmente bem acima da generalidade das pessoas. Além dessa motivação básica, ele também tem a da busca da satisfação pessoal: costuma ser extremamente gratificante ao empresário admirar a evolução do empreendimento que esboçou, organizou e dirigiu, bem como ver nos resultados a realização do seu projeto. E nada há de ilegítimo nisso. Da norma constitucional ordenadora da economia (o art. 170 da CF) apenas se pode concluir a inconstitucionalidade de regras jurídicas que eventualmente não reflitam a mesma igualação valorativa, estabelecida no texto fundamental, entre a livre-iniciativa, a defesa do consumidor, a proteção ao meio ambiente etc.

Para o direito comercial, dois aspectos relevantes se concluem da inserção da livre-iniciativa entre os fundamentos da ordem econômica. Em primeiro lugar, a constitucionalidade de preceitos de lei que visam a motivar os particulares à exploração de atividades empresariais. O primado da

autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, por exemplo, quando aplicado ao direito societário, tem o sentido de limitar o risco, de forma a que as pessoas não receiem investir em atividades econômicas em razão da possibilidade de elevado comprometimento de seu patrimônio. Outro exemplo está na aplicação do princípio da autonomia das obrigações cambiais — destinado a viabilizar a ágil circulação do crédito —, mesmo quando o devedor do título é um consumidor (cf. Coelho, 1994:202/203). Nesses casos, o princípio constitucional da livre-iniciativa é uma importante referência à interpretação das normas infraconstitucionais disciplinadoras do exercício de atividades econômicas.

Em segundo lugar, o prestígio que a liberdade de iniciativa recebe da Constituição significa, também, o reconhecimento de um direito, titularizado por todos: *o de explorarem atividades empresariais*. Disso decorre o dever, imposto à generalidade das pessoas, de respeitarem o mesmo direito constitucional, bem como a ilicitude dos atos que impeçam o seu pleno exercício. Em duas direções se projeta a defesa do direito à livre-iniciativa: contra o próprio estado, que somente pode ingerir-se na economia nos limites constitucionalmente definidos, e contra os demais particulares. O direito comercial cuida desse segundo aspecto da questão, isto é, das normas jurídicas que tutelam o exercício do direito à livre-iniciativa, quando ameaçado por *concorrência ilícita*.

Há duas formas de concorrência que o direito repudia, para fins de prestigiar a livre-iniciativa: a desleal e a perpetrada com abuso de poder. A primeira é reprimida em nível civil e penal, e envolve apenas os interesses particulares dos empresários concorrentes (item 2); a segunda, reprimida também em nível administrativo, compromete as estruturas do livre mercado e são chamadas de infração da ordem econômica (itens 3 a 7). São modalidades diferentes de repressão a práticas concorrenciais (item 8).

Essa separação em dois do regime repressivo da concorrência ilícita — de um lado, a desleal, que não compromete as estruturas da livre concorrência; de outro, a infração da ordem econômica, que as compromete — está claramente estabelecida no direito brasileiro, em consonância com a tradição europeia do tratamento da matéria. Na França, Itália, Espanha e Portugal, por exemplo, a mesma distinção se pode constatar de forma clara; ao passo que nos Estados Unidos ela não é nitidamente estabelecida (cf.

Ripert-Roblot, 1947:335/337; Ferrara, 1952:177/178; Sánchez, 1992:132/139; Santos-Gonçalves-Marques, 1991:359/360; Weston-Maggs-Schechter, 1950:573/580).

2. CONCORRÊNCIA DESLEAL

Ao direito constitucional de explorar atividade econômica, expresso no princípio da livre-iniciativa como fundamento da organização da economia, corresponde o dever, imposto a todos, de o respeitar. Em relação ao estado, esse dever se traduz na inconstitucionalidade de exigências administrativas não fundadas na lei, para o estabelecimento e funcionamento de uma empresa (CF, art. 170, parágrafo único). Em relação aos particulares, se traduz pela ilicitude de determinadas práticas concorrenciais. Por *ilícita* conceituo todas as formas de concorrência sancionadas pela lei, independentemente da natureza civil, penal ou administrativa da sanção (para uma breve referência acerca de outras propostas conceituais: Cerqueira, 1946:1.271/1.273; também Miranda, 1956, 17:267/270). Pelo conceito aqui proposto, não se reduz a concorrência ilícita à criminosa.

Uma das hipóteses de concorrência ilícita é a desleal. A concorrência desleal se diferencia da outra forma de ilicitude competitiva (*a infração da ordem econômica*), na medida em que as lesões produzidas pela primeira não alcançam outros interesses além dos do empresário diretamente vitimado pela prática irregular. Na infração da ordem econômica, a concorrência ilícita ameaça as estruturas da economia de mercado, e, portanto, um universo muito maior de interesses juridicamente relevantes são atingidos. Em razão de tal diferença, a lei não se preocupou em estabelecer mecanismos de repressão administrativa à concorrência desleal, contentando-se com as repressões civil e penal.

O direito brasileiro reprime duas formas de práticas concorrenciais ilícitas: a “concorrência desleal” e a “infração da ordem econômica”.

É uma questão teórica de difícil elucidação a do conceito de concorrência *desleal* (cf. Cerqueira, 1946:1.266/1.271; Ripert-Roblot, 1947:336). Não há competição empresarial sem o intuito de conquista de mercado. Desse modo, o elemento fundamental da concorrência, sua essência mesmo, é o intuito de alargar a clientela, em prejuízo de concorrentes dedicados ao mesmo segmento de mercado. O objetivo imediato do empresário em competição é simplesmente o de cativar consumidores, por meio de recursos (publicidade, melhoria da qualidade, redução do preço etc.) que os motivem a direcionar suas opções no sentido de adquirirem o produto ou serviço que ele, e não outro empresário, fornece. Ora, o efeito necessário da competição é a indissociação entre o benefício de uma empresa e o prejuízo de outra, ou outras. Na concorrência, os empresários objetivam, de modo claro e indisfarçado, infligir perdas a seus concorrentes, porque é assim que poderão obter ganhos.

A hipótese em que o empresário ganha sem prejudicar nenhum outro é a da criação de mercados novos, com introdução de produtos ou serviços até então não fornecidos aos consumidores. Essa hipótese, contudo, enquanto outros empresários não atuarem no mesmo segmento, não representa competição — ao contrário, é caso de *falta* de competição. Por outro lado, quando pessoas anteriormente excluídas ingressam no mercado de consumo (em virtude, por exemplo, do aumento do poder aquisitivo de algumas camadas da população), durante certo tempo os empresários que se adiantam podem lucrar sem infligir perdas aos demais. A médio prazo, contudo, uma vez consolidado o aumento do mercado, restaura-se a concorrência e as vantagens de uns voltam a significar desvantagens de outros.

Sendo assim, não é simples diferenciar-se a concorrência *leal* da *desleal*. Em ambas, o empresário tem o intuito de prejudicar concorrentes, retirando-lhes, total ou parcialmente, fatias do mercado que haviam conquistado. A intencionalidade de causar dano a outro empresário é elemento presente tanto na concorrência lícita como na ilícita. Nos efeitos produzidos, a alteração nas opções dos consumidores, também se identificam a concorrência leal e a desleal. São os *meios* empregados para a realização dessa finalidade que as distinguem. Há meios idôneos e meios inidôneos de

ganhar consumidores, em detrimento dos concorrentes. Será, assim, pela análise dos recursos utilizados pelo empresário, que se poderá identificar a deslealdade competitiva. À frente (item 8), ver-se-á que a outra modalidade de concorrência ilícita — a infração da ordem econômica — não se caracteriza pelo meio utilizado, mas pelos efeitos potenciais ou efetivos da prática concorrencial.

Como as motivações e os efeitos da concorrência leal e da desleal são idênticos, a diferença entre elas se encontra no meio empregado para conquistar a preferência dos consumidores.

2.1. Classificação da Concorrência Desleal

Para Gama Cerqueira, pode-se classificar a concorrência desleal em duas categorias: a *específica*, que se traduz pela tipificação penal de condutas lesivas aos direitos de propriedade intelectual titularizados por empresários (isto é, os direitos sobre marcas, patentes, título de estabelecimento, nome empresarial); e a *genérica*, que corresponde à responsabilidade extracontratual (1946:1.271). Adotando-se a mesma noção, proponho precisar-se a classificação nos seguintes termos: *específica*, a concorrência desleal sancionada civil e penalmente; *genérica*, a sancionada apenas no âmbito civil. Desse modo, as práticas empresariais tipificadas como crime de concorrência desleal (LPI, art. 195) são formas de concorrência desleal específica; e as não tipificadas como crime, mas geradoras do direito à indenização por perdas e danos (LPI, art. 209), são de concorrência desleal genérica.

A concorrência desleal específica se viabiliza por meios inidôneos mais facilmente delineados (isto é, a violação de segredo de empresa e a indução de consumidor em erro). Já em relação à genérica, é mais difícil precisar os meios concorrenciais ilícitos. São exemplos de concorrência desleal genérica o desrespeito aos direitos do consumidor (inobservância do padrão legal de qualidade, por exemplo) e a sonegação de tributos. Nesses dois casos, os meios inidôneos — sintetizados pela noção de desrespeito ao

direito vigente — permitem ao empresário desleal praticar preço mais baixo que os concorrentes cumpridores da lei e, em consequência, subtrair-lhes consumidores.

2.2. Modalidades de Concorrência Desleal Específica

A concorrência desleal específica se viabiliza, basicamente, por meio de fraude na obtenção ou veiculação de *informações* sobre empresa concorrente. A fraude na *obtenção* de informações se opera por meio de violação de segredo de empresa; a fraude na *veiculação*, mediante a indução de consumidores em erro. De fato, a concorrência desleal se diferencia da leal no tocante ao meio empregado pelo empresário para conquistar clientela de outro. São os meios adotados — e não a intenção do ato ou seus efeitos — que conferem ilicitude a determinada prática concorrencial. A violação de segredo de empresa e a indução do consumidor em erro são os meios que, empregados na conquista de mercados, distinguem a concorrência lícita da desleal específica.

Normalmente, quando a concorrência desleal se traduz no ato de *obter* informações, essas são verdadeiras, já que as inverídicas dificilmente poderão ser úteis à definição de uma eficiente estratégia empresarial. Entretanto, quando a deslealdade diz respeito à *veiculação* de informações, costumam ser essas falsas, no sentido de promover o aumento indevido da reputação do infrator, ou o comprometimento da imagem da vítima. Historicamente, o direito tem dedicado maior atenção a esse último modo de deslealdade competitiva. Basta, para confirmá-lo, lembrar que a Convenção da União de Paris, de 1883, ao delinear os contornos da concorrência desleal, no art. 10-*bis*, contemplou exemplos que se referem unicamente à fraude na divulgação de informações. Cada vez mais, no entanto, e em função do progresso das técnicas de processamento de dados, ganha relevância a outra modalidade de concorrência desleal, a da fraude na obtenção de informações.

A concorrência desleal específica se viabiliza, basicamente, por meio de violação do segredo de empresa ou pela indução do consumidor em erro.

Na primeira modalidade (concorrência desleal específica por violação do segredo de empresa), o agente ativo do ilícito tem acesso a informações que a vítima tinha interesse em manter reservadas, fora do alcance de concorrentes; tal acesso, porém, não se dá por acaso ou por descuido da empresa-vítima, e sim por invasão a banco de dados, infiltração de empregados ou colaboradores do agente ativo no corpo funcional da concorrente, ou aliciamento de membros desta.

O primeiro exemplo de violação de segredo de empresa se refere ao acesso não autorizado a banco de dados. Devido ao desenvolvimento da informática, cada vez mais as empresas se expõem ao perigo de “espionagem a distância”, sem a infiltração de pessoas no corpo funcional da concorrente para fins de apropriação de informações. As informações mantidas em banco de dados podem ser, tecnicamente, acessadas por via telefônica e reproduzidas em meio eletrônico com rapidez. Sofisticados sistemas de segurança contra tais acessos são desenvolvidos, mas, proporcionalmente, desenvolvem-se fórmulas de neutralização. Essa prática, assim como a aquisição das informações por meio dela obtidas, configura concorrência desleal.

A hipótese de infiltração de funcionários no quadro da concorrente é também conhecida por “espionagem econômica”. A pessoa paga pelo concorrente emprega-se na empresa vítima, com o fim de se apropriar de informações, geralmente essenciais sobre a estratégia ou o processo produtivo da última.

A outra forma de violação de segredo de empresa consiste na “compra” de informações privilegiadas e envolve empregados graduados, administradores, sócios minoritários ou mesmo colaboradores (advogados, contadores, representantes comerciais etc.) do empresário atingido pela concorrência desleal. O aliciamento de trabalhadores ou profissionais que servem à empresa vítima, além de caracterizar a concorrência ilícita da empresa aliciadora, também importa a responsabilidade do sujeito aliciado. Este, ao colaborar com o concorrente, descumpra seu dever de lealdade com a empresa que o havia contratado e poderá ser responsabilizado, se empregado ou ex-empregado, de acordo com o direito do trabalho. A seu

turno, a legislação societária imputa responsabilidade ao administrador pelo descumprimento do dever de lealdade (LSA, art. 155). Em situação semelhante se encontra o sócio minoritário, que pode ser expulso da sociedade por falta de cumprimento de obrigações societárias (CC, art. 1.085). Há, por outro lado, solidariedade entre o empresário agente da concorrência desleal e o sujeito aliciado (CC, art. 942). O empresário vítima, assim, poderá optar pela responsabilização do concorrente ou do seu antigo colaborador ou sócio, para se ressarcir dos prejuízos.

Espionagem econômica, mesmo realizada a distância (hacking) é modalidade de concorrência desleal específica.

Na segunda modalidade de concorrência desleal (isto é, a realizada por indução do consumidor em erro), o agente ativo da conduta ilícita faz chegar ao conhecimento dos consumidores uma informação, falsa no conteúdo ou na forma, capaz de os enganar. O engano pode dizer respeito, por exemplo, à origem do produto ou serviço. O consumidor é levado a crer que certa mercadoria é produzida por determinada e conceituada empresa, quando isso não corresponde à verdade. Não está apenas em questão, aqui, a tutela dos interesses dos consumidores, mas também a do empresário que teve a sua imagem indevidamente utilizada para o lucro de concorrente. De fato, a utilização de imagem empresarial alheia, sem a devida autorização do titular e a correspondente compensação econômica, representa uma forma sutil de enriquecimento indevido, e por essa razão é coibida pelo direito. Outro exemplo: se a empresa de remoção médica pratica preços abaixo da concorrência porque limita o número de vezes em que o consumidor poderá beneficiar-se dos serviços, mas isso não é suficientemente aclarado nas peças publicitárias, dá-se a enganosidade por omissão, condenada pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 37, § 3º). A indução do consumidor em erro, nesse caso, também prejudica os direitos dos concorrentes, porque cria a falsa impressão de que estes têm preços elevados, ou mesmo extorsivos.

Muitas vezes, quem promove a divulgação do falso não é o empresário concorrente, que procura se preservar, mas pessoas que, embora sem vínculo formal de subordinação, agem por ordem dele. Nesse caso, é maior a dificuldade de prova, mas, uma vez estabelecida a ligação entre quem propagou a falsa informação e o mandante, caracteriza-se a concorrência desleal.

O engano a que se induz o consumidor pode dizer respeito, finalmente, à reputação da própria empresa infratora, no sentido da valorização. O empresário atribui-se diretamente, ou por meio da promoção de seus produtos ou serviços, uma qualidade que não possui. Note-se a dificuldade do estabelecimento de liame específico entre a atitude do autor da concorrência desleal (arrogar qualidade que não possui) e o dano decorrente de perda de clientela por parte de empresário concorrente. Não é fácil demonstrar que a redução da participação no mercado de um empresário se deve ao fato de o outro promover publicidade enganosa sobre si mesmo. Uma vez, no entanto, feita a demonstração, caberá a responsabilização civil. Por fim, registro que essa derradeira forma de ilustrar a concorrência desleal por indução do consumidor em erro representa, rigorosamente, a mesma figura jurídica que a legislação consumerista conceituou como publicidade enganosa (CDC, art. 36, § 1º).

A publicidade enganosa representa uma espécie de concorrência desleal específica. A mesma propaganda pode, assim, gerar responsabilidade do anunciante perante consumidores e concorrentes.

2.3. Repressão Civil

A repressão civil à concorrência desleal assegura ao empresário--vítima a devida composição dos danos sofridos. Quando se cuida de concorrência desleal específica, a caracterização da conduta como ilícita, ensejadora da reparação civil, não enfrenta maiores problemas. Ou seja, inexistem dúvidas quanto à natureza desleal da prática de concorrência quando o ato é

tipificado como crime, pelo art. 195 da LPI. Nesse caso, inclusive, aplica-se à repressão civil o disposto no art. 935 do CC; quer dizer, a existência do fato e sua autoria não podem ser rediscutidas no foro cível, caso se encontrem já decididas no penal. Se o acusado de crime de concorrência desleal é inocentado no processo-crime, não poderá ser acolhida a pretensão à indenização civil contra essa pessoa. Se o acusado, contudo, não foi condenado por falta de provas ou por prescrição da pretensão punitiva, a ação civil pode ter seguimento.

No caso de concorrência desleal genérica (isto é, não tipificada como crime), a questão da caracterização da conduta do demandado ganha contornos mais complexos, em vista da impossibilidade de se diferenciar, quanto à finalidade e aos resultados, a concorrência lícita da ilícita. De fato, como visto acima, tanto o empresário que compete dentro das condições reputadas leais, como o que transgride os limites desta, têm idênticos objetivos, quais sejam, o de subtrair clientela alheia. Será a idoneidade do meio utilizado que possibilitará a distinção entre o que se permite e o que se condena, na concorrência entre empresas.

A concorrência desleal genérica se caracteriza quando utilizado meio imoral, desonesto ou condenado pelas práticas usuais dos empresários.

O texto legal referente à matéria (concorrência desleal genérica), o art. 209 da LPI, ressalva o direito a indenização civil por atos de competição desleal não tipificados como crime, quando “tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviços, ou entre os produtos e serviços postos no comércio”. A primeira parte da transcrição revela um legislador desatento à referida dificuldade de repousar na intenção ou no resultado da prática empresarial, a distinção entre a concorrência leal e a desleal — em ambas, o empresário quer impor prejuízos ao concorrente, porque essa é a condição de seus ganhos. No restante do dispositivo transcrito, percebe-se que, dos meios fraudulentos para a realização da

concorrência desleal, referiu-se a lei unicamente à indução dos consumidores em erro, deixando de lado a violação do segredo de empresa e os muitos outros em que a concorrência desleal genérica pode se traduzir.

A redação imprecisa da norma poderia levar à conclusão de que a concorrência desleal por violação de segredo de empresa somente geraria a responsabilidade civil na hipótese específica, ou seja, se também estivesse caracterizada como crime; enquanto a realizada mediante a indução de consumidores em erro comportaria a repressão civil, mesmo que genérica. Essa interpretação, contudo, por ser meramente gramatical, deve ser afastada, de forma a se assegurar a indenização aos empresários cujos segredos foram violados, ainda quando inexistir tipo penal correspondente. A importância da interpretação teleológica cresce, na medida em que aumentam os recursos de informática para o acesso não autorizado a bancos de dados, atualmente a mais danosa forma de violar segredos de empresa.

Na verdade, qualquer meio inidôneo gera a responsabilidade civil por concorrência desleal. A dificuldade de apontar, de modo exaustivo, a lista de meios desleais é a mesma de distinguir a concorrência desleal genérica das formas lícitas de competição.

A lei estabelece critérios para a definição do valor da indenização a ser paga ao empresário vítima de concorrência desleal. Em termos gerais, o art. 208 da LPI preceitua que a “indenização será determinada pelos benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido”. É, na verdade, apenas uma forma diferente de estabelecer o mesmo critério genérico da legislação civil, que define o montante da indenização pelo que efetivamente se perdeu mais o que razoavelmente se deixou de ganhar (CC, art. 402).

Em especial, quanto aos lucros cessantes, o legislador se preocupou em definir que o valor do ressarcimento será o mais favorável ao prejudicado dentre três possíveis: *a)* os benefícios que ele teria se não tivesse existido a deslealdade competitiva; *b)* os benefícios que o concorrente condenado auferiu; *c)* a remuneração que o prejudicado teria recebido se, por meio de licença, houvesse legitimado a ação do concorrente (LPI, art. 210). É bem verdade que o primeiro critério tem abrangência maior que a do conceito de lucros cessantes, de sorte que sua utilização dar-se-á apenas nos casos em que não houve outras perdas. O segundo critério não poderá, por sua vez, ser

utilizado se o autor da concorrência desleal, a despeito dela, não conseguiu auferir benefício concreto. Finalmente, o último critério é cabível só nas indenizações por práticas que poderiam ser objeto de licença, como, por exemplo, as de utilização de nome empresarial, sinal de propaganda, título de estabelecimento ou insígnia alheia. Nenhum dos critérios apontados pela lei, desse modo, se pode aplicar em qualquer situação. Sempre haverá pelo menos uma hipótese em que determinado critério se revela inoperante. Não se trata, portanto, de conjunto de alternativas de que sempre poderão se socorrer as vítimas da concorrência desleal. Em outros termos, entre as vias legais de fixação dos lucros cessantes, não existe nenhuma que possa, ou mesmo deva, preponderar sobre a outra de modo definitivo. Será sempre uma mera questão quantitativa a da operacionalização desses critérios: isto é, aplica-se o que resultar maior valor de indenização.

2.4. Repressão Penal

Lei n. 9.279/96 (Lei da Propriedade Industrial)

Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:

I — publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem;

II — presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem;

III — emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem;

IV — usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos;

V — usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências;

VI — substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento;

VII — atribui-se, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve;

VIII — vende ou expõe ou oferece à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado, ou dele se utiliza para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constitui crime mais grave;

IX — dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem;

X — recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador;

XI — divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato;

XII — divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude; ou

XIII — vende, expõe ou oferece à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou menciona-o, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser;

XIV — divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolve esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos.

Pena — detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

A LPI, em seu título sobre crimes contra a propriedade industrial, tipifica condutas de concorrência desleal (art. 195). A comparação do texto da lei vigente com o da anterior sobre a matéria (Dec. n. 7.903/45, art. 178) ressalta a substituição das imprecisas expressões “segredo de fábrica” e “segredo de negócio”, na descrição das condutas criminais, por um conceito que, malgrado a complexidade, se revela mais apropriado, e que se poderia denominar *segredo de empresa*. Este segredo compreende os “conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou (...) evidentes para um técnico no assunto” (LPI, art. 185, XI).

A substituição conceitual importou, além de maior precisão, a superação da diferença entre as duas espécies de segredo mencionadas nos tipos penais da antiga legislação repressora, diferença que a doutrina apontava residir no

objeto da informação mantida sigilosa: “de fábrica” era o segredo relativo ao processo de produção; “de negócio”, o relacionado aos aspectos especificamente comerciais da empresa (Delmanto, 1975:238/239). Certamente, não há razões para tal distinção, tendo em conta que tanto um como outro gênero de informação possuem a mesma importância estratégica para o desenvolvimento de qualquer gênero de atividade econômica.

A violação de segredo de empresa é conduta típica tanto na hipótese em que o autor do crime é ou foi colaborador do empresário-vítima, na qualidade de empregado, prestador de serviços profissionais, administrador, sócio e outros (LPI, art. 195, inciso XI e § 1º), como naquela em que o autor não manteve qualquer vínculo jurídico com a vítima (*idem*, inciso XII). Nesse último caso, incluem-se os espiões a distância (os chamados *hackers*), que se introduzem, sem autorização, nos bancos de dados informatizados das empresas, em busca de informações que possam ser negociadas com concorrentes desleais.

Em França, desde 1988, o simples ato de acessar fraudulentamente, no todo ou em parte, sistema de tratamento automatizado de dados é crime, mesmo que não haja nenhuma exploração das informações assim obtidas. Essa representa, apenas, uma hipótese de agravamento da pena (Larguier-Larguier, 1994:177). No Brasil, no entanto, o crime não se caracteriza se o invasor apenas se apropria do segredo, dando-se por satisfeito por considerar atendidas suas necessidades hedônicas de desafio intelectual. Para a configuração do crime de concorrência desleal, na espécie, será necessário que o agente ativo divulgue, explore ou se utilize do segredo. Será necessário, por exemplo, que o *hacker* transmita as informações, mediante pagamento ou de modo gracioso, a empresário concorrente, à imprensa ou aos consumidores. Por outro lado, se o invasor, após a apropriação das informações sigilosas, também praticar ato que importe a destruição ou adulteração destas, ou o seu comprometimento de qualquer forma, responderá também pelo crime de dano (CP, art. 163).

3. INFRAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA

Por *constituição econômica* entende-se o conjunto de normas constitucionais referentes à economia ou, como se diz mais usualmente, à ordem econômica (Santos-Gonçalves-Marques, 1991:17). No direito brasileiro em vigor, a constituição econômica tem perfil neoliberal. Significa isso que se baseia nos princípios tradicionais do liberalismo econômico — a propriedade privada, a liberdade de iniciativa e a de competição —, temperados com a afirmação de certas conquistas sociais, consolidadas principalmente na última metade do século — a função social da propriedade, a defesa do consumidor, busca do pleno emprego etc. Por outro lado, entre os elementos basilares da constituição econômica, prevê-se a repressão ao abuso do poder econômico, que visa à dominação dos mercados, eliminação da concorrência ou aumento arbitrário dos lucros (CF, art. 173, § 4º).

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.

Do perfil neoliberal da constituição econômica brasileira, pode-se concluir a livre concorrência como uma das estruturas básicas de organização da economia, cujos contornos ganham precisão com as normas infraconstitucionais repressoras do abuso de poder econômico (ou *infração da ordem econômica*, como preferiu denominá-lo o legislador de 1994). O princípio da repressão aos abusos do poder econômico é, no dizer de Eros Grau, um fragmento do princípio da livre concorrência (1990:230). Desse modo, a interpretação da legislação antitruste (Lei n. 12.529/2011), especialmente quanto à caracterização legal das condutas infracionais, não pode ser feita dissociada da referência constitucional à matéria. A livre concorrência deve ser prestigiada como estrutura fundamental da ordem econômica e a repressão aos abusos do poder econômico deve servir unicamente de sua garantia.

O poder econômico, note-se, é um dado de fato inerente ao livre mercado. Se a organização da economia se pauta na liberdade de iniciativa e de competição, então os agentes econômicos são necessariamente desiguais, uns mais fortes que outros. Ou seja, conforme assentou Miguel Reale, o poder econômico não é em si ilícito, mas é o instrumento normal ou natural de produção e circulação de riquezas nas sociedades constitucionalmente organizadas em função do modelo da economia de mercado (em Franceschini-Franceschini, 1985:521). Ora, nem a Constituição nem a lei poderiam ignorar ou pretender a eliminação do poder econômico. O direito somente pode disciplinar o exercício desse poder, reprimindo as iniciativas que comprometem as estruturas do livre mercado (cf. Grau, 1990:228/229). É apenas a repressão a *certas* modalidades de exercício do poder econômico que a lei pode contemplar, em obediência ao mandamento constitucional. Em outros termos, nem todas as manifestações de exercício do poder econômico se encontram, pela constituição econômica, no campo do que a lei pode considerar ilícito administrativo, mas apenas aquelas que têm ou podem ter o efeito de domínio de mercados, eliminação da concorrência ou aumento arbitrário dos lucros. Por exemplo, o abuso do poder de controle pelo acionista controlador (LSA, art. 117) não deixa de ser “econômico” e, mesmo assim, não configura, quando ausentes os elementos do art. 173, § 4º, da Constituição Federal, infração da ordem econômica.

O poder econômico não é punido por si. O que o direito coíbe é o abuso do poder econômico que ameaça ou pode ameaçar a livre concorrência.

Se o empresário titular de poder econômico exerce-o ao competir com os demais agentes atuantes no mesmo mercado, e lucra ou tira vantagens de sua posição destacada, nada há de irregular nisso. É apenas o jogo competitivo característico do regime capitalista, em que os mais fortes, economicamente falando, se valem desse fator de supremacia para ampliar a participação no mercado, evidentemente em detrimento da de outros empresários. O

exercício do poder econômico que não tenha e não possa ter o efeito de dominância de mercado, eliminação da concorrência ou aumento arbitrário de lucros insere-se nesse jogo e não pode ser, sob o ponto de vista constitucional, considerado abusivo; e, conseqüentemente, não pode ser objeto de repressão legal. A Constituição Federal, ao estruturar a economia brasileira pelo princípio da livre concorrência, admite a generalidade das práticas empresariais voltadas à conquista de mercados, ainda que derivadas do exercício do poder econômico. Somente quando a própria competição está em risco, a Constituição, para a assegurar, reputa abusivo o seu exercício e autoriza à lei a repressão.

Em suma, a Constituição Federal, em seu art. 173, § 4º, delineou as modalidades de exercício do poder econômico que podem ser consideradas juridicamente abusivas. São aquelas que põem em risco a própria estrutura do livre mercado. Especificamente, aquelas que podem ocasionar a dominação de setores da economia, eliminação da competição ou aumento arbitrário de lucros. As outras formas de exercício do poder econômico, insuscetíveis de produzirem tais efeitos, não são abusivas, por definição do direito positivo brasileiro vigente. A Constituição não reputa abusivo o exercício do poder econômico compatível com as estruturas do livre mercado.

A disciplina jurídica da concorrência, que reprime as infrações da ordem econômica, é chamada, tradicionalmente, de “direito antitruste”. A expressão se liga, por evidente, aos propósitos originários da atuação estatal, voltados a impedir a formação de grandes conglomerados econômicos. Claro que hoje se alarga o campo de aplicação desse capítulo da disciplina jurídica da concorrência, que passa a tutelar as estruturas do livre mercado, também contra outras formas de abuso. Por tradição, contudo, continua utilizável o nome.

3.1. Órgãos Administrativos de Repressão às Infrações

A repressão administrativa às infrações da ordem econômica compete ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE.

O CADE foi criado pela Lei n. 4.137/62 como órgão da administração direta federal, vinculado inicialmente ao Conselho de Ministros e, posteriormente, ao Ministério da Justiça. Houve quem tentasse fazer vingar a

tese de que teria natureza autárquica desde sua origem, com o intuito de acelerar a efetivação em juízo das decisões administrativas (ver em Franceschini-Franceschini, 1985:470/476; cf. Barbieri Filho, 1984:49/98), mas o entendimento mais correto era mesmo o de que, a despeito de sua relativa autonomia, o CADE tinha a natureza de simples desdobramento funcional da administração direta, sem personalidade jurídica própria (Meirelles, 1981:125/140).

Em 1994, o CADE transformou-se em autarquia, o que visou propiciar maior agilidade para atuação em juízo. Ele é definido legalmente como “entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional” (art. 4º). Bem entendida, tal definição diz respeito à chamada jurisdição *administrativa* e não *judicial*, visto que a autarquia integra o Poder Executivo e não o Judiciário. É, segundo propõe parte da doutrina de direito público, uma entidade com caráter de órgão administrativo de função *quase judicial*, categoria de que seriam exemplos, além do CADE, também o Tribunal Marítimo, os Conselhos de Contribuintes e outros (cf. Meirelles, 1981:129; Carvalho, 1986:207/210). Aos chamados órgãos administrativos *quase judiciais* correspondem, contudo, apenas maiores formalidades na preparação e edição dos respectivos atos. Tais formalidades são muito semelhantes às praticadas no Judiciário. Mas a solenidade com que reveste os julgamentos, bem assim o detalhamento legislativo da disciplina de tramitação dos processos administrativos não são fatores suficientes para alterar a qualidade jurídica dos atos emanados do CADE. Sua natureza é igual à dos atos emanados dos demais órgãos administrativos. Abstraídas as formalidades, estas sim quase judiciais, as sanções do CADE têm rigorosamente a mesma natureza administrativa das aplicadas por qualquer fiscal de normas edilícias de uma Prefeitura, ou pela Polícia de Trânsito, em estradas estaduais. Seus pronunciamentos, em suma, a despeito das formalidades próximas às dos órgãos judiciais, não fazem coisa julgada e estão sujeitos sempre à revisão pelo Poder Judiciário, na mesma medida de todos os demais atos administrativos (CF, art. 5º, XXXV).

Além da competência relacionada à coibição das práticas infracionais, tem o CADE atribuições preventivas, cabendo nota à relacionada com a aprovação dos atos que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência ou

resultar dominação de mercado, como os de concentração empresarial (Lei n. 12.529/2011, art. 88).

O CADE é composto por três órgãos: a) Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, órgão judicante integrado por um Presidente e seis Conselheiros; b) Superintendência-Geral, à qual compete, por exemplo, instaurar e instruir os processos administrativos relacionados à infração da ordem econômica; c) Departamento de Estudos Econômicos, dirigido pelo Economista-Chefe, incumbido de estudos e pareceres econômicos que subsidiem as decisões da Superintendência e do Tribunal.

A repressão administrativa às infrações da ordem econômica compete ao CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), entidade judicante integrante da administração indireta (autarquia) vinculada ao Ministério da Justiça.

3.2. Natureza da Competência do CADE

A doutrina de direito econômico ensaia uma classificação das experiências legislativas em matéria de defesa da concorrência reportando-se a dois diferentes sistemas. De um lado, o que proíbe restrições à concorrência pelos danos potenciais que produzem e, de outro, o que as reprime somente pelos danos efetivamente produzidos. A tendência do primeiro é a de tomar a concorrência como um fim em si mesmo (*teoria da concorrência-condição*), com total abstração dos muitos outros aspectos econômicos relacionados com a prática anticoncorrencial. A tendência do outro sistema é a de considerar a concorrência como apenas um dos diversos bens da estrutura do livre mercado dignos de tutela (*teoria da concorrência-meio*). Para os ordenamentos econômicos desse último sistema, a repressão aos acordos, oligopólios, monopólios ou domínio de mercado está condicionada ao prejuízo ao interesse geral (cf. Santos-Gonçalves-Marques, 1991:361).

O direito norte-americano é exemplo típico de ordenamento filiado ao sistema da concorrência-condição, e mesmo lá a jurisprudência tem atenuado a rigidez das proibições legais, mediante a pesquisa das razões motivadoras

da prática anticoncorrencial (*rule of reason*) ou de seu caráter subsidiário e razoável (*ancillary restraint doctrine*). Por outro lado, o próprio estatuto legal, o *Sherman Act*, de 1890, a primeira lei antitruste norte-americana, submete à prudência do juiz (*discretion of the court*) a definição da pena cabível contra as práticas restritivas de mercado (Sullivan-Harrison, 1988:77/84). Nos Estados Unidos, é amplamente discutido se as condutas restritivas da concorrência por cartéis devem ser sancionadas sempre que celebrado o contrato de atuação concertada (“*per se*” *rule of illegality*), ou se a punição dependeria da análise da razoabilidade ou não do procedimento empresarial em referência (*rule of reason*). No contexto daquele direito, um acordo de uniformização de preços, por exemplo, pode ser visto ou como absolutamente injurídico, em si e por si mesmo considerado, independentemente da indagação de seus efeitos (cf. Sullivan, 1977), ou como jurídico, em razão de sua razoabilidade, caso a principal função não tenha sido a de limitar a competição. Em outros termos, se duas empresas firmam acordo de uniformização de preços, com o objetivo de restringir a concorrência, a jurisprudência norte-americana tende a puni-las sempre, ainda que eventualmente os preços concertados sejam razoáveis e os consumidores se beneficiem. Mas, se a restrição da concorrência não é o objetivo principal do ajuste, então o exame da razoabilidade dos efeitos ganha realce, devendo ser afastada a punição se a conduta empresarial for justificável. Essa tendência é identificada pela doutrina, apesar da dificuldade de se sistematizarem os muitos pronunciamentos judiciais sobre a matéria antitruste (Sullivan-Harrison, 1988:82; Morgan, 1994:510 e ss.).

Por sua vez, o direito comunitário europeu filia-se ao sistema da concorrência-meio, e a declaração de inaplicabilidade da legislação comunitária antitruste pressupõe o que se convencionou chamar de “balanço econômico”, em que tem relevo a melhoria da produção ou distribuição, o progresso técnico e econômico, os benefícios aos consumidores e a necessidade ou desnecessidade da restrição, relacionados com a conduta empresarial investigada (Burkhardt, 1995; Santos- -Gonçalves-Marques, 1991:383/384 e 431). Na Europa, não se distinguem acordos com função econômica primordialmente restritiva e acordos com mero efeito subsidiário restritivo, prevalecendo a análise da razoabilidade dos efeitos em todos os

casos, mesmo naqueles em que o objetivo pretendido pelo empresário ou empresários em atuação concertada seja o de restrição da concorrência.

Conforme a lição de Benjamin Shieber (1966:97/105), a solução do direito antitruste brasileiro, desde a edição da lei de 1962, tem sido a de se situar mais próxima ao enfoque europeu no tratamento da matéria, dando sempre relevância à razoabilidade dos acordos empresariais de efeitos direta ou indiretamente restritivos. Na aplicação de medidas sancionadoras, o direito brasileiro não poderia distanciar-se da tendência mundial de considerar todos os efeitos da prática anticoncorrencial, benéficos ou prejudiciais. A tutela da liberdade de concorrência e repressão às práticas empresariais restritivas, em geral, repercutem positivamente em todos os demais setores da estrutura econômica. Contudo, isso pode não se verificar, e de fato não se verifica, em diversas oportunidades. Não há bom senso, nem assim pode querer a lei, na defesa da competição como um valor abstrato, em detrimento de efetiva melhoria de níveis de emprego, desenvolvimento tecnológico, melhor atendimento aos consumidores etc. O CADE, órgão administrativo, é instrumento da política econômica do Poder Executivo. Há, é certo, garantias institucionais de autonomia, visando maior imparcialidade de seus julgados. Porém, eles não podem se distanciar dos princípios básicos norteadores da política econômica implementada pelo Presidente da República, e sua equipe.

De fato, segundo o que se afirma dos mecanismos constitucionais de prevalência da vontade popular, ao eleger o Presidente da República, o povo opta por uma determinada forma de tratar o interesse público (traduzida no programa de governo ou até na inexistência de qualquer tipo de programa). Empossado na chefia do Poder Executivo, o eleito compõe a sua equipe de governo, inclusive a responsável pela implementação da política econômica sufragada nas urnas. Ora, a atuação de qualquer órgão administrativo em descompasso com essa política representa, em última instância, a negação da vontade popular expressa na eleição presidencial. Abstraindo-se a questão do funcionamento do poder, muito mais complexa do que faz crer a descrição acima (Coelho, 1992b:75/90), fato é que, juridicamente, a atuação da autarquia antitruste deve estar harmonizada com a política econômica do governo.

Ora, no contexto, devem-se considerar as muitas hipóteses em que a prática empresarial, embora tipificada como infração à ordem econômica, repercute favoravelmente em outros aspectos da economia. Por vezes, a conduta infracional implica maior desenvolvimento econômico regional ou nacional, decréscimo da taxa de desemprego, geração de tributos, avanços tecnológicos e eficiência na produção. O CADE não pode simplesmente ignorar eventuais reflexos positivos da prática empresarial, ao decidir pela aplicação de sanção. Deve, ao contrário, inserir sua atuação na política econômica (legitimada nas urnas) e, se for o caso, atenuar (Lei n. 12.529/2011, art. 45) ou mesmo não aplicar a penalidade.

Em outros termos, o CADE, órgão encarregado de apurar a ocorrência do ilícito e julgá-lo, não dispõe de discricionariedade quando examina a caracterização de infração da ordem econômica. Em outros termos, o julgamento da existência das práticas infracionais deriva do exercício de competência *vinculada*. Não pode, assim, o Conselho considerar infração à ordem econômica a conduta que o legislador não descreveu como tal, nem pode deixar de considerá-la infração se corresponder à hipótese legal. Não há interpretação extensiva ou analogia possíveis nessa matéria. Se os fatos demonstrados no processo administrativo geram a convicção de que agiu o empresário do modo como a lei caracteriza a infração, então o CADE não poderá deixar de tomá-la por ocorrida. Ao contrário, se dos fatos colecionados no processo administrativo não decorre essa convicção, mas sim a de licitude da prática empresarial, então o CADE não poderá considerar a infração existente.

Contudo, à natureza vinculante da competência do CADE para considerar determinada prática empresarial como ilícita contrapõe-se a *discricionariedade* para punir ou não o agente econômico que a perpetrou.

O CADE exerce competência vinculada ao tipificar certa prática empresarial como infração da ordem econômica. Sua competência para aplicar sanção, contudo, é discricionária.

Inexiste na Lei n. 12.529/2011 dispositivo expresso atributivo de competência discricionária para não sancionar a infração da ordem econômica. Mas ele não seria realmente indispensável, porque o seu fundamento repousa, em última análise, na estrutura constitucional do exercício do poder pelo povo, que obsta interpretações ilimitadas da autonomia administrativa conferida pelo legislador. Há, por outro lado, isto é certo, dispositivos na legislação antitruste que somente se justificam pela competência discricionária para a aplicação da sanção. É o caso, por exemplo, do art. 45, pertinente à gradação da pena, ou do art. 88, § 6º, que autoriza a aprovação de atos restritivos ou prejudiciais da concorrência.

Antes de encerrar o exame dessa matéria, convém assinalar que a ingerência política na atuação dos órgãos de defesa da concorrência está se esvaziando, com aumento do prestígio da tecnicidade das decisões, no mundo todo. A alteração da lei argentina de defesa da concorrência, em 1999, ilustra bem a tendência, com a transferência da competência para o trato da matéria de um Secretário de Estado (o de Comércio e Negociações Econômicas Internacionais) para uma autarquia, então criada, o Tribunal Nacional de Defesa da Concorrência. A despolitização do direito de defesa da concorrência é exigência do processo de globalização econômica, para o qual a liberdade de iniciativa e concorrência tem sido, por enquanto, a tônica.

4. CARACTERIZAÇÃO DA INFRAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA

A caracterização da infração da ordem econômica é feita pela *indispensável* conjugação de dois dispositivos da Lei Antitruste, o art. 36 e seu § 3º da Lei n. 12.529/2011. Isto é, a conduta empresarial correspondente a qualquer um dos incisos do § 3º do art. 36 somente é infracional se o seu *efeito*, efetivo ou potencial, no mercado estiver configurado no *caput* do referido dispositivo; especificamente, se dela resultar dominação de mercado, eliminação da concorrência ou aumento arbitrário dos lucros (o exercício abusivo de posição dominante não configura categoria autônoma: item 4.5). A norma constitucional programadora da Lei Antitruste (CF, art.

173, § 4º) circunscreve com clareza o conjunto das condutas empresariais suscetíveis de repressão legal. Diz a Constituição que a lei reprimirá o abuso do poder econômico *que vise* determinados efeitos lesivos às estruturas do livre mercado. Assim dispondo, estabelece que outros modos de exercício do poder econômico, incapazes de redundarem os efeitos assinalados, são, em virtude da proeminência do princípio da livre competição, plenamente jurídicos, lícitos.

Tome-se um exemplo. É corrente e legítimo, no meio empresarial, conceder tratamento diferenciado a revendedores, com base exclusivamente em critérios subjetivos. Imagine-se o fabricante de componentes de veículos automotores terrestres negociando a mesma peça, em igual quantidade, com dois diferentes revendedores: um deles, tradicional e próspero comerciante, bom pagador, operando há décadas na atividade e com quem o industrial sempre manteve excelentes e frutíferas relações; o outro, recém-estabelecido no ramo, desconhecido e com fama de mau pagador. É justo, técnico, normal e lícito diferenciar, exclusivamente sob o ponto de vista subjetivo, os dois revendedores, concedendo ao primeiro vantagens comerciais negadas ao outro. Em geral, a diferenciação nas condições de negócio não produz efeitos senão nas próprias relações privadas entre os contratantes, inserindo-se a matéria exclusivamente no campo da autonomia da vontade.

Não haverá infração da ordem econômica se os efeitos do tratamento discriminatório não ultrapassarem os limites das relações negociais entre os empresários envolvidos. Mesmo ultrapassando tais limites, pode se verificar hipótese em que não é caracterizada infração. Com efeito, o tratamento discriminatório pode ser, em determinadas situações, mecanismo de *implemento* da competitividade. É o caso, por exemplo, em que o fabricante, com o intuito de conquistar o mercado de uma região distante da sede de sua fábrica, oferece aos distribuidores situados nesse mercado um desconto, no preço dos produtos, que possa compensar o custo mais elevado do transporte, negando aos distribuidores mais próximos, operadores de mercados já conquistados, o mesmo benefício. A discriminação aqui é o fator que propiciará o aumento da competitividade no mercado em que o empresário pretende ingressar, inexistindo, assim, infração da ordem econômica (o exemplo é de Cuevas, 1983:553/555). Somente se o tratamento diferenciado, ao produzir efeitos para além das relações comerciais do

exclusivo interesse dos agentes diretamente envolvidos, puder ocasionar domínio de mercado, eliminação de concorrência ou aumento arbitrário de lucros, então a própria estrutura do livre mercado estará em risco. Somente assim, a discriminação configura ilicitude.

Não há, portanto, como caracterizar a infração da ordem econômica, isolando-se o descrito em cada um dos dispositivos legais componentes da estrutura da hipótese infracional. Aliás, o próprio § 3º do art. 36 da Lei n. 12.529/2011 preceitua expressamente a indispensabilidade da remissão ao *caput* do dispositivo daquela lei, ao fixar que as condutas nele exemplificadas são infracionais “*na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos*”. Em suma, a caracterização da infração da ordem econômica é feita já pelo texto constitucional (art. 173, § 4º), apenas reproduzido no art. 36, I a IV, da Lei Antitruste. O elenco de condutas apresentado pelo art. 36, § 3º, é meramente exemplificativo dos instrumentos mais utilizados no abuso do poder econômico, e não esgotam todas as possibilidades de condutas empresariais lesivas às estruturas do livre mercado.

Nenhuma prática empresarial é infração da ordem econômica se os seus efeitos — potenciais ou reais — não importam dominação de mercado, eliminação de concorrência ou aumento arbitrário de lucros.

Assim, a mesma prática pode configurar ou não concorrência ilícita, dependendo dos efeitos que gera ou pode gerar.

Há, por outro lado, duas modalidades fundamentais de infração da ordem econômica. De um lado, aquelas que somente se viabilizam mediante a realização de acordo, ainda que oral, entre empresários; e, de outro, as que são perpetradas apenas por um agente econômico. As primeiras denominam-se *colusão* e podem ser de três categorias: as *horizontais*, quando envolvem apenas empresários situados no mesmo estágio da produção e circulação econômica (por exemplo, industriais concorrentes em atuação concertada); as *verticais*, quando envolvem empresários situados em estágios diferentes da produção e circulação econômica (por exemplo: fornecedor e

distribuidores em atuação concertada); ou de *concentração*, quando empresas passam a submeter-se à mesma direção econômica com ou sem perda de autonomia jurídica (cf. Faria, 1992:15/18).

4.1. Irrelevância da Culpa

Para se caracterizar a infração da ordem econômica, é irrelevante se os agentes ativos agiram ou não com culpa. A responsabilidade administrativa, segundo o previsto na lei, decorre de avaliação objetiva dos efeitos da conduta empresarial. Se a prática em consideração implica ou mesmo pode implicar certos resultados — os reputados comprometedores das estruturas do livre mercado pelo art. 173, § 4º, da CF —, então não interessa indagar se o empresário os pretendeu ou, não os pretendendo, agiu com imprudência, negligência ou imperícia.

Convencionou-se chamar a hipótese de responsabilidade objetiva. Essa categoria, a rigor, é pertinente à composição das perdas e danos por atos lícitos (responsabilidade do estado, do INSS por acidente de trabalho, do fornecedor por acidentes de consumo etc.), de modo que a sua transposição para o direito antitruste deve ser feita com cautelas, porque a responsabilidade por infração da ordem econômica, embora independa de culpa do agente, configura sempre um ilícito.

A responsabilidade civil ou se funda na culpa (subjéitiva) ou na possibilidade de socialização das repercussões econômicas do dano (objetiva). No primeiro caso, o fundamento da atribuição de responsabilidade é, em última análise, a manifestação da vontade, isto é, a noção clássica de que toda obrigação apenas pode originar-se da vontade do devedor. Se uma pessoa produz danos a outra, há só duas possibilidades: ou poderia tê-los evitado ou não. Se não os poderia ter evitado, a hipótese é de caso fortuito ou força maior, e inexistente responsabilidade; se poderia e o não fez, manifestou uma certa vontade. No caso da responsabilidade objetiva, o fundamento último não é a vontade do agente, mas a possibilidade de o responsável socializar entre as pessoas de determinado grupo as repercussões econômicas do evento danoso. Na responsabilidade objetiva, o agente responde por ato lícito, que ele não provocou nem poderia ter evitado. A imputação de responsabilidade, contudo, é racional e justificável, a despeito da inexistência de vontade em causar danos, porque o agente tem

plenas condições, pela posição econômica que ocupa, de socializar as repercussões do evento danoso (cf. Coelho, 1997:10/17).

O fabricante, por exemplo, responde objetivamente pelos danos derivados de acidente de consumo. Quer dizer, ainda que tenha dotado sua empresa da mais moderna tecnologia e mais apurado controle de qualidade, alguns produtos sairão da linha de montagem defeituosos e poderão causar lesões a consumidores. Não se caracteriza culpa ou dolo do empresário, na hipótese, já que, no exemplo, lançou mão dos recursos mais desenvolvidos que o conhecimento humano pôde engendrar. Na doutrina tradicional da responsabilidade civil, essa hipótese de acidente de consumo teria a natureza de caso fortuito ou força maior. Na legislação consumerista, inclusive a brasileira, a responsabilidade é imputável ao fabricante porque ele pode, por meio de mecanismos de composição do preço de seus produtos, distribuir entre os consumidores as repercussões econômicas do acidente (Cap. 8, item 7).

A legislação estipuladora de responsabilidade administrativa em geral desconsidera o elemento subjetivo concernente às intenções do infrator ao descrever os comportamentos infracionais. Cogitem-se, para ilustração da afirmativa, as multas por descumprimento das posturas edilícias, por infração às normas de trânsito, por descumprimento de obrigação tributária instrumental, ou as penas próprias do regime dos servidores públicos. Em todos esses casos, o fundamento da responsabilização não é a culpa do responsabilizado, mas sim o efeito prejudicial da conduta típica (para o trânsito, para a administração tributária, para o serviço público etc.).

Portanto, chamar objetiva a responsabilidade por infração da ordem econômica se justifica apenas por uma semelhança com a categoria do direito civil, consistente na irrelevância da culpa. Mas, rigorosamente falando, não há objetivização da responsabilidade do agente ativo porque, embora haja a possibilidade de socialização das repercussões econômicas do dano, nas situações relacionadas à infração da ordem econômica, a responsabilização decorre sempre de prática ilícita.

A responsabilização administrativa do empresário em virtude de infração da ordem econômica independe de culpa. No entanto, não é técnico chamar a hipótese

de “objetiva”, à semelhança do que se verifica com a responsabilidade civil independente de culpa. Isto porque a infração da ordem econômica é sempre um ato ilícito.

O legislador antitruste, na verdade, apenas passou a adotar a melhor tradição do direito na disciplina da imposição de sanções administrativas, desconsiderando o elemento subjetivo e dando relevo aos efeitos potenciais ou efetivos da conduta empresarial indesejada. Sob a égide do antigo direito antitruste brasileiro, parte da doutrina considerava indispensável o dolo para a caracterização do abuso do poder econômico (Medeiros da Silva, 1979:31), questão que está totalmente superada no contexto do direito atual (cf. Denozza, 1988:44/45).

4.2. Prejuízo à Livre Concorrência ou Livre-Iniciativa

O direito positivo (Lei n. 12.529/2011, art. 36, I) estabelece que os atos de qualquer natureza que tenham o efeito, potencial ou real, de limitar, falsear ou prejudicar a livre concorrência ou a livre-iniciativa são definidos como infração da ordem econômica.

Lei n. 12.529/2011

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.

Há quem distinga entre a livre concorrência e a livre-iniciativa, definindo a primeira como o princípio norteador dos limites da última. Assim, afirma-

se que todos têm direito de se estabelecerem no exercício de atividade econômica, desde que o façam competitivamente. Para os fins operacionais de aplicação da legislação antitruste, não tem maior importância a distinção entre livre concorrência ou liberdade de iniciativa. Se a limitação, falseamento ou prejuízo atingiu a liberdade de concorrer ou a liberdade de empreender, as repercussões jurídicas são rigorosamente idênticas.

Limitar a livre concorrência ou a livre-iniciativa é barrar total ou parcialmente, mediante determinadas práticas empresariais, a possibilidade de acesso de outros empreendedores à atividade produtiva em questão. Em geral, a obstaculização do acesso decorre do aumento dos custos para novos estabelecimentos, provocado com vistas a desencorajar eventuais interessados. A venda de produtos ou serviços por preços abaixo do custo, por exemplo, pode ser suportada temporariamente por empresários já estabelecidos em dada atividade. Isso, no entanto, aumenta o custo de ingresso na atividade, porque amplia a previsão de amortização do investimento inicial, ao forçar os preços daquele mercado para baixo. Aliás, a simples *ameaça*, dos empresários estabelecidos, no sentido de virem a praticar preços abaixo do custo já é suficiente para desestimular outros empresários a se estabelecerem no mesmo segmento de mercado.

Falsear a livre concorrência ou iniciativa significa ocultar a prática restritiva, por meio de atos e contratos aparentemente compatíveis com as regras de estruturação do livre mercado. A expressão *falsear*, também utilizada pelo legislador português, em atenção ao Tratado de Roma, sugere ideia mais ampla que a de *simulação*, relativa aos defeitos dos atos jurídicos. Pode haver falseamento da concorrência, sem que o negócio jurídico que o viabiliza se caracterize como simulado. Imaginem-se algumas empresas oligopolizadas celebrando contrato de troca de informações sobre custos operacionais, com vistas a ocultarem a ação concertada na fixação de preços. A caracterização da infração da ordem econômica e imposição da sanção administrativa independem da prova de simulação. Quer dizer, as autoridades não precisam demonstrar a existência do defeito do ato jurídico como condição da sanção, nessa modalidade específica de infração da ordem econômica. Claro está, por outro lado, que a prática de negócio simulado pode servir de indício de falseamento.

Prejudicar a livre concorrência ou iniciativa, por fim, significa incorrer em qualquer prática empresarial lesiva às estruturas do mercado, ainda que não limitativas ou falseadoras dessas estruturas. Trata-se de conduta difícil de se exemplificar em nível conceitual. A previsão normativa se explica como cautela do legislador, tendo em conta as imprevisíveis e variadíssimas possibilidades abertas pelas múltiplas formas de relacionamento entre empresas, de que podem derivar restrições horizontais ou verticais.

Note-se, por fim, que a Constituição Federal menciona como reprimíveis pela lei o abuso do poder econômico que visa à eliminação da concorrência (art. 173, § 4º). Ora, não é feita específica referência no texto constitucional à limitação, ao falseamento e ao prejuízo da livre concorrência, que são formas de eliminação *parcial* e não total da competição. Nesse contexto, insere-se interessante questão, suscitada já ao tempo da lei anterior, respeitante à constitucionalidade da repressão legal às condutas empresariais que apenas em parte eliminam a concorrência. Medeiros da Silva, examinando a norma correspondente da lei de 1962, que tipificava como abuso do poder econômico a eliminação parcial da concorrência, manifestou opinião no sentido de que havia inconstitucionalidade na previsão legal. Para ele, a falta de distinção na Carta Fundamental entre as diversas formas de eliminação significaria que o constituinte apenas teria reputado abusiva a eliminação *total* da competição (1979:32/33). Não considero, contudo, que houvesse inconstitucionalidade, mesmo no antigo direito antitruste. Ademais, a eliminação total da competição é fato raro, e as estruturas do livre mercado precisam ser protegidas principalmente contra as condutas de eliminação parcial, muitíssimo mais comuns.

4.3. Mercado Relevante

Para a caracterização de posição dominante, é indispensável a definição do que se convencionou chamar por *mercado relevante*, ou *mercado em causa*. A dominância nunca diz respeito a toda a atividade econômica, mas a segmentos delineados, cujos contornos devem ser pesquisados e estabelecidos para a caracterização da infração da ordem econômica. Como lecionam Santos, Gonçalves e Marques, a noção de posição dominante é relativa e somente tem sentido com a concreta definição geográfica e material do mercado em que a dominância se revela (1991:393). Em outros

termos, para configurar o domínio de mercado por determinados empresários, o primeiro aspecto a precisar é o *mercado relevante*. Ninguém domina globalmente a economia de um país como o Brasil, por mais poder econômico e político que concentre. Devem-se, então, especificar os limites do ramo de fornecimento de produtos ou serviços em que se manifesta o domínio econômico.

Mercado relevante não é conceito que se refere à importância econômica da atividade em consideração.

Os percentuais de participação no mercado de cada empresário possuem relevância e ganham expressão na medida em que são conferidos em função dos segmentos específicos em que atuam. Tais participações certamente se reduziriam e se diluiriam, perdendo sentido jurídico-operacional, se a referência fosse alargada para maiores parcelas ou mesmo para toda a economia do país. A definição do mercado relevante é feita, assim, em dois níveis: o geográfico e o material.

A delimitação geográfica do mercado é importante, principalmente no Brasil, em razão das profundas e variadas diferenças regionais existentes em termos econômicos e mesmo culturais. Não há necessidade de o mercado relevante abranger todo o território nacional, embora em determinadas hipóteses isso aconteça. Ou seja, a relevância a que se reporta o legislador não é função quantitativa do maior ou menor tamanho da base territorial do mercado. Não é necessário, por outro lado, que o mercado relevante mobilize grandes somas de capital, posto que também não é função quantitativa do volume de recursos monetários que movimenta. O mercado relevante pode ser, também, o internacional, fato característico da economia globalizada do nosso tempo.

A delimitação material do mercado é feita a partir da perspectiva do consumidor. O mercado relevante abrange todos os produtos ou serviços pelos quais o consumidor poderia trocar, razoavelmente, o produto ou serviço acerca de cuja produção ou distribuição se pesquisa a ocorrência de

infração da ordem econômica. Se a mercadoria ou o serviço pode ser perfeitamente substituído, de acordo com a avaliação do consumidor médio, por outros de igual qualidade, oferecidos na mesma localidade ou região, então o mercado relevante compreenderá também todos os outros produtos ou serviços potencialmente substitutos.

A definição geográfica e material do mercado relevante, portanto, somente pode ser feita mediante análise casuística. A título de exemplo, imagine-se que determinado atacadista de produtos frutíferos seja responsável por pequena parcela do mercado de frutas frescas, mas está paulatinamente adquirindo todas as empresas que fornecem bananas para a região sudeste do Brasil. Para se definir se tal prática configura ou não domínio de mercado relevante, é necessário desenvolver raciocínio a partir da perspectiva do consumidor da base territorial referida. Assim, se na região sudeste do Brasil, consome-se qualquer tipo de frutas frescas nas refeições, sendo considerada dispensável a banana em qualquer circunstância, então o mercado relevante é o das frutas frescas, e o empresário não está incorrendo em nenhuma conduta infracional, na medida em que participa em pouca escala desse segmento. Entretanto, se o consumidor morador daquela região faz questão da banana em determinadas ocasiões, quando não a substitui por nenhuma outra fruta, então o mercado relevante é o da banana, e o empresário incorre em prática de dominância de mercado ao adquirir todas as empresas desse segmento mercadológico (cf. Santos-Gonçalves-Marques, 1991:438).

A definição do mercado relevante é casuística e leva em conta duas variáveis, a geográfica e a material. Essa última se delinea a partir da perspectiva do consumidor.

Uma vez encontrado o mercado relevante, é necessário verificar se o fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador do produto ou serviço (ou da tecnologia neles empregada) controla o respectivo segmento da atividade econômica. Isto é, se as operações e negócios que desenvolve

repercutem consideravelmente nas decisões adotadas pelos demais agentes econômicos que operam no mesmo mercado. Há a presunção de tal controle, quando a participação do empresário é da ordem de vinte por cento (Lei n. 12.529/2011, art. 36, § 2º). Quer dizer, se o agente econômico desenvolve operações que correspondem a esse percentual, então presume a lei que há o controle do mercado e, conseqüentemente, o domínio.

4.4. Aumento Arbitrário de Lucros

No regime capitalista de produção, o lucro é o elemento propulsor da iniciativa dos particulares. Sem a motivação de ganhos atraentes, dificilmente as pessoas se lançariam a um empreendimento econômico, suportando seus riscos e percalços. Dariam às suas energias e recursos melhor destino. Nesse contexto, revela-se plenamente compatível com a constituição econômica brasileira os atos, negócios e práticas empresariais destinadas à geração de lucros. Quanto maior a perspectiva de lucro vislumbrada pelo empresário, mais capital e esforço ele se sentirá motivado a investir em determinada atividade.

Em suma, as estruturas do livre mercado se fortalecem e desenvolvem pela busca de lucros. A concorrência entre os empresários se alimenta da perspectiva de aumento de lucratividade das empresas. Há, contudo, limites, balizados pela própria constituição econômica, na geração dos lucros: eles devem ser justificáveis sob o ponto de vista da lógica da livre competição. Pressupõem-se que os lucros sem justificção dessa ordem são *arbitrários*, porque podem chegar a comprometer as estruturas do livre mercado. Por essa razão, tais condutas são reputadas infracionais. Atente-se, por outro lado, à conjunção aditiva “e”, do final do § 4º do art. 173 da Constituição Federal; ela sugere que a lei somente pode reprimir abusos do poder econômico que manifestem os 3 efeitos potencialmente lesivos à economia liberal (dominação de mercado, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros). É certo, por outro lado, que esses efeitos, em muitas vezes, se sobrepõem: quem domina mercado também elimina, pelo menos em parte, a concorrência, e vice-versa. Pois bem, da ocasional indissociabilidade desses conceitos decorre uma outra formulação para a questão: arbitrário é o lucro obtido por práticas anticoncorrenciais, não explicável por nenhuma outra razão econômica.

Grosso modo, portanto, o lucro que não se justifica, sob o ponto de vista tecnológico, administrativo, econômico ou financeiro, foi produzido de modo arbitrário, por uma prática empresarial irregular.

O lucro gerado pela regular exploração de atividade econômica, no contexto da competição capitalista, nada tem de arbitrário, por maior que seja, se a sua origem está relacionada com investimentos, desenvolvimento tecnológico, política de *marketing*, boa administração financeira etc. Ou seja, a justificação do lucro descaracteriza qualquer tipo de arbitrariedade. Se ficar demonstrado que a causa dos ganhos auferidos pelo empresário se insere no contexto da regular concorrência, não existirá o tipo infracional. Reafirme-se, por outro lado, que a caracterização da arbitrariedade dos lucros não é uma questão quantitativa: o lucro pode ser arbitrário, apesar de sua reduzida expressão, assim como pode ser elevadíssimo sem que se revele qualquer forma de arbitrariedade.

Lucro arbitrário é aquele que não decorre de inovações tecnológicas, medidas de racionalidade administrativa da empresa ou de outros fatores justificáveis.

Por fim, e em termos muito gerais, duas são as possibilidades de geração de lucro na empresa capitalista: aumento da receita ou redução dos custos. A legislação anterior punia como abuso do poder econômico apenas o lucro injustificável (quer dizer: arbitrário) derivado de aumento do preço sem justa causa. Pela lei de 1994, é ilícita a produção de lucros arbitrários decorrentes não somente do aumento dos preços, mas também de receitas de outra natureza, como as de venda de ativos, por exemplo. Também será caracterizável a infração, se os lucros arbitrários se originarem da redução de custos. Se o empresário tem exclusivo acesso a determinada fonte de insumo, os seus custos podem ser menores do que os dos concorrentes e isso pode ter o efeito de gerar lucros arbitrários, caracterizando-se a infração da ordem econômica (Lei n. 12.529/2011, art. 36, V), ainda que os preços praticados não se elevem.

4.5. Abuso de Posição Dominante

O previsto no inciso IV do art. 36 da Lei Antitruste é, em vista da interpretação sistemática do dispositivo, mera *redundância*. Com efeito, o que significa “exercício de posição dominante de forma abusiva”? Ou, em outros termos, o que quer dizer “abuso de posição econômica dominante”?

A resposta somente pode se encontrar no próprio texto constitucional, que fixa os contornos básicos da disciplina da atividade econômica. Deve-se partir, portanto, do art. 173, § 4º, da CF, em cujos termos se encontram os limites dentro dos quais pode se mover o legislador ordinário, ao dispor sobre o direito antitruste. No referido dispositivo constitucional, encontra-se referência aos efeitos lesivos à estrutura do livre mercado abrangidos nos três primeiros incisos do art. 36 da legislação antitruste. A eliminação da concorrência (inc. I), a dominação de mercado (inc. II) e o aumento arbitrário de lucros (inc. III) são expressamente mencionados pelo § 4º do art. 173 da Constituição Federal.

Mas o abuso de posição dominante não foi lembrado pelo constituinte como efeito lesivo à ordem econômica, que se pudesse distinguir dos demais efeitos compreendidos na mesma disposição constitucional. Ou seja, o abuso da posição dominante não pode ser considerado pela legislação ordinária um efeito autônomo, independente dos outros identificados pela norma constitucional. Se assim eventualmente pretendesse o legislador ordinário, ele estaria incorrendo em inconstitucionalidade, indo além dos limites fixados pela ordem fundamental vigente. Limitar, falsear ou prejudicar a concorrência, dominar mercado relevante e aumentar arbitrariamente os lucros são maneiras de se exercer abusivamente a posição dominante. Não há como incorrer em conduta capaz de gerar os efeitos referidos no art. 173, § 4º, da Constituição, e reproduzidos nos incisos I a III do art. 36 da Lei Antitruste, senão por meio do exercício abusivo de posição dominante. O sentido adequado para a exegese desse dispositivo somente pode ser, por conseguinte, o de *síntese* da matéria abrangida já pelos outros incisos do mesmo artigo. Em outros termos, se não for considerado redundante, a norma em questão (o inciso IV) será necessariamente inválida, por inconstitucionalidade, já que estaria reprimindo práticas empresariais além da autorização contida na Constituição Federal. O princípio hermenêutico da

inexistência de termos inúteis na lei cede, por evidente, diante da supremacia constitucional.

4.6. Paralelismo de Preços ou Conduta

A cartelização ordinariamente está acompanhada do alinhamento de preços. Como o objetivo dos concorrentes em colusão é o de alcançarem os mesmos ganhos que adviriam da monopolização, eles devem praticar preço próximo, com variações desprezíveis, que definem por meios diretos ou indiretos. Mas mesmo em segmentos de mercado onde impera a livre competição, pode-se verificar a prática de preços fixados em valores próximos para produtos concorrentes. O *paralelismo* na fixação do preço não é indicativo necessário da existência de colusão entre os agentes econômicos. Assim, embora a restrição de concorrência por meio do cartel normalmente importe o alinhamento dos preços, nem sempre estão em colusão os concorrentes que praticam preços alinhados.

A economia conhece e descreve hipóteses em que o alinhamento de preços nada tem de colusivo. Uma delas é a interdependência dos concorrentes. Quando são homogêneos os produtos, equivalem as tecnologias empregadas e os custos para a produção se assemelham, é natural supor que os competidores tendem a praticar preços próximos (Sullivan, 1977:164). Os pãezinhos são vendidos nas padarias de uma mesma localidade por preços em geral idênticos em razão dessa interdependência. Os padeiros não fecham nenhum acordo visando a restrição da competição entre eles. Simplesmente as condições econômicas sob as quais fabricam o produto são de tal modo semelhantes que os preços naturalmente se aproximam.

Outra hipótese de alinhamento não derivada de cartelização do mercado que a economia estuda é a liderança de preços. Em segmentos em que atuam uma ou poucas empresas de porte e várias pequenas, a tendência é de estas últimas alinharem seus preços com os daquelas, seguindo-as nos aumentos e reduções. A definição do preço mais adequado para o produto não raras vezes demanda estimativas, avaliações e estudos que os pequenos empresários não têm como custear, sendo mais fácil para eles imitarem (proporcionalizando) os líderes do setor (Cf. Forgioni, 1998:338). No mercado de pneumáticos, houve tempo em que pequenos fabricantes

costumavam praticar preços equivalentes a determinado percentual do praticado pelas empresas líderes, sem que houvesse a mínima conduta concertada entre eles.

Tanto a interdependência dos concorrentes como a liderança de preços podem configurar ato anticoncorrencial, mesmo não havendo colusão, quando acompanhada de outros elementos como o controle cruzado dos interdependentes ou a imposição pelo líder do seu preço aos demais *players*. Mas interessa sublinhar que, ausentes esses ingredientes, a simples proximidade dos preços praticados por concorrentes não indica a presença necessária do cartel, já que há alinhamentos provenientes do regular funcionamento do mercado de livre competição. Exatamente porque o alinhamento de preços não indica, por si só, a cartelização, as autoridades antitruste sempre se depararam com o problema de distinguir as situações em que o paralelismo é indício de colusão daquelas em que ele não o é.

A autoridade antitruste norte-americana (a *Federal Trade Commission* — FTC), em precedentes famosos, assentou o entendimento de que a prova da existência de cartelização não depende necessariamente da existência de um contrato expresso entre os concorrentes em colusão. O mais citado de todos é o *American Tobacco v. United States*, julgado pela Suprema Corte em 1946, no qual se decidiu que a condenação judicial pela formação de cartel não depende necessariamente da prova de contrato expresso entre as empresas em colusão, bastando demonstrar o concerto das condutas (Morgan, 1994:269/280). O cartel, assim, é condenável como anticoncorrencial tanto na hipótese de acerto explícito entre os conluiados, como tácito. Afinal, se conscientemente os concorrentes agem de modo uniforme, ainda que não tenham feito nenhum acordo, os efeitos deletérios para os consumidores são idênticos ao de um cartel.

O paralelismo de preços, em suma, pode indicar a colusão fundada num acordo expresso, num acordo tácito (por vezes, chamado de “paralelismo consciente”) ou simplesmente o regular funcionamento do mercado. O desafio do direito antitruste consiste em distinguir basicamente essas duas últimas hipóteses. No enfrentamento dessa questão, considera-se que o paralelismo de preços não é indício de cartelização tacitamente estabelecida quando há explicação econômica que o justifica como manifestação do regular funcionamento do mercado. Em outros termos, para que se configure

o ilícito, é necessário um *plus factor*, isto é, um elemento a mais além do paralelismo de conduta (Sullivan-Harrison, 1992:125). Essa formulação ficou conhecida como a teoria do “*algo mais que o paralelismo*” ou “*paralelismo plus*”. Por ela, em síntese, do simples fato de concorrentes praticarem preços próximos não deriva nenhum ilícito concorrencial se é justificável, sob o ponto de vista econômico, o paralelismo e não há outros elementos caracterizadores de colusão.

De acordo com a doutrina do paralelismo plus não basta à caracterização da infração da ordem econômica o mero alinhamento de preços ou condutas, sendo necessário algo mais, sem suficiente explicação econômica, para que a autoridade antitruste possa concluir pela existência de cartel.

A doutrina do *paralelismo plus* tem sido adotada pelas autoridades antitruste brasileiras. Em 2001, as três grandes fabricantes de papel higiênico reduziram 25% o comprimento dos rolos de papel de alta qualidade. Note que não se trata, aqui, propriamente de paralelismo de preço, mas de conduta. O *algo a mais* tipificador da infração considerado pelo CADE foi o fato de os supermercados terem recebido destes três fabricantes aviso a respeito da futura redução dos rolos, antes de qualquer uma delas ter feito a entrega do produto no novo tamanho. Se fosse o caso de liderança, não se explicaria o aviso prévio simultâneo, porque as empresas seguidoras não teriam como antever o comportamento do líder. Fica claro que houve troca de informações entre os concorrentes, característica do cartel. O CADE também adotou a teoria do *paralelismo plus* ao instaurar, em 1997, processo para investigar a cartelização na comercialização de aço plano comum, entre três empresas líderes do segmento. Neste processo, a autoridade antitruste brasileira concluiu pela caracterização do cartel, considerando como *plus* a realização de uma reunião entre as empresas representadas, ocorrida nas dependências de um órgão governamental (SEAE), em que o objetivo era o de comunicar ao governo os preços que passariam a adotar.

Esses precedentes demonstram o tipo de elemento adicional que o CADE exige para considerar que o paralelismo de conduta seria indicativo de cartelização. Como se pode notar, o “algo a mais” tipificador de infração da ordem econômica é exatamente a colusão, o acordo sobre preços a praticar (ou outra conduta que impacte os preços, como, por exemplo, no caso da redução uniforme do tamanho do rolo de papel higiênico de alta qualidade). Não existindo esse ingrediente no contato entre as empresas concorrentes e sendo justificável economicamente o paralelismo de preços ou de conduta, não há ilícito nenhum.

5. CONDUtas INFRACIONAIS

A interpretação do art. 36, § 3º, da Lei n. 12.529/2011 não pode ser feita isoladamente. As condutas descritas nos vinte e quatro incisos do dispositivo não configuram, por si só, infração da ordem econômica. Para a caracterização do ilícito, é necessário que a conduta descrita tenha ou possa ter alguns dos efeitos precisamente delineados pela norma constitucional programadora da legislação antitruste (art. 173, § 4º) e reproduzidos no art. 36, I, II e III, da mesma lei.

Ou seja, haverá infração da ordem econômica somente se a conduta descrita no § 3º do art. 36 da Lei Antitruste implicar efetivamente, ou puder implicar, em tese, a eliminação da concorrência, o domínio de mercado ou o aumento arbitrário de lucros. Se a conduta em foco não produzir, mesmo em termos potenciais, qualquer um dos efeitos lesivos às estruturas do livre mercado não desejados pelo constituinte, ainda que represente o exercício de um poder econômico, não existirá ilegalidade.

A título de exemplo, considere-se que as franqueadoras normalmente fixam o preço final ao consumidor dos produtos e serviços de suas franqueadas. Ora, essa situação corresponde ao comportamento descrito no inciso IX do mesmo art. 36 (“*impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores ... preços de revenda*”), mas não se caracteriza, em princípio, a infração da ordem econômica. Isso porque o efeito da imposição de preços não lesa as estruturas do livre mercado — não elimina a concorrência, não gera lucros arbitrários e não importa dominação de mercado. Ao contrário, é

parte indissociável do negócio da franquia a uniformização da rede, em todos os aspectos do negócio, inclusive e principalmente quanto aos preços praticados, devendo ser desligada da franquia a franqueada que desatender a essa definição da franqueadora.

A caracterização das condutas infracionais foi feita, rigorosamente falando, não pela legislação antitruste, mas sim pela própria Constituição Federal (cf. Faria, 1990:155/161). Esta, no art. 173, § 4º, delimitou com precisão quais condutas empresariais comportam repressão pela lei ordinária. Além dos limites traçados por esse dispositivo, vigora em plenitude o princípio da livre-iniciativa. Não pode o legislador, sob pena de inconstitucionalidade, reprimir qualquer tipo de comportamento que não configure abuso do poder econômico praticado com o objetivo de produzir determinados efeitos comprometedores das estruturas do livre mercado (eliminação da concorrência, lucratividade arbitrária ou domínio de mercado). Ao seu turno, o intérprete também não pode ignorar que os contornos básicos da matéria se esgotam no texto constitucional, devendo sempre *contextualizar* as normas da legislação ordinária antitruste.

São as seguintes, portanto, as condutas infracionais exemplificadas pelo art. 36, § 3º, da Lei Antitruste:

Lei n. 12.529/2011

Art. 36. (...) § 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 serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

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.

a) *Preços concertados* — uma das principais modalidades de infração à ordem econômica é o acordo entre concorrentes para a prática ou fixação de preços e condições de venda. Normalmente celebrado entre os maiores agentes econômicos do mercado, pode pretender tanto o aumento como a redução dos preços.

O *aumento* concertado dos preços com o objetivo de elevação dos praticados pelos participantes do negócio redundaria, sob o ponto de vista econômico, na transferência de renda dos consumidores para as empresas do oligopólio. Claro que, mesmo em atividades monopolizadas ou oligopolizadas, há limites econômicos máximos para a definição de preços, além dos quais haverá queda de procura e de consumo (elasticidade). Mas isso não significará necessariamente diminuição da margem de lucro, se os principais empresários operando no mercado mantiverem os níveis concertados, compatibilizando com estes os custos da produção.

Já a *redução* concertada de preços tem o efeito econômico de obstaculizar o acesso de outros empresários ao mesmo mercado. A prática de preços baixos, ainda que importe comprometimento temporário de parte da margem de lucros, dificulta aos novos agentes se aventurem no mesmo mercado, já que para competirem com alguma chance de sucesso deveriam praticar preços baixos também. Ora, se isso é factível para empresários já estabelecidos, com participação consolidada no mercado, para os demais significa elevação dos custos da produção (pela majoração da perspectiva de amortização do investimento inicial).

Para a configuração da infração, é necessário que haja efetivo *acordo* entre os agentes envolvidos. Não basta apenas o efeito da padronização de preços e condições de negócio. É indispensável que tenha havido realmente algum tipo de entendimento entre os empresários com vistas ao tratamento concertado da questão. Se muitos agentes de certo segmento de mercado praticam preços uniformes ou paritários, mas não estabeleceram acordo de nenhum tipo nesse sentido, inexistente concerto e tampouco infração. É a doutrina do paralelismo *plus*, já examinada (subitem 4.5).

A composição de preços de produtos e serviços envolve complexidades crescentes. Os cálculos indispensáveis à sua definição pressupõem pessoal técnico especializado, acesso a informações diversas, definições econômicas, administrativas e jurídicas, equipamento e logiciário

apropriados etc. Os pequenos e médios empresários muitas vezes valem-se dos preços praticados pelas grandes empresas, para definirem os seus próprios, uma vez que não têm condições nem recursos para realizarem cálculo de tamanha complexidade. Sem os meios para fixarem com segurança seus preços, eles simplesmente aguardam o anúncio da tabela do grande empresário e os estabelecem proporcionalmente (em geral, para menos). Ora, quem de fora se depara com a situação, poderia imaginar que está diante da prática descrita em lei. Para que ela se configure, contudo, seria necessário que tivesse ocorrido algum tipo de entendimento entre os empresários de pequeno e médio porte, de um lado, e o grande, de outro.

Como se trata de elemento indispensável à caracterização da hipótese infracional, a existência do acordo deve ser demonstrada pela autoridade administrativa como condição para a aplicação da sanção (ou, na ação judicial de indenização civil, pelo autor diretamente lesado ou legitimado à defesa de interesse individual homogêneo, difuso ou coletivo). Claro está que não se exige a apreensão física do instrumento firmado pelas partes, até porque ele não é requisito formal necessário à celebração do acordo de preços. Imprescindível, a rigor, é a demonstração de que ocorreu o encontro de vontades, ainda que feita por meio de indícios externos de prática concertada (doutrina do *conscious parallelism*: cf. Sullivan-Harrison, 1988:124/127).

É irrelevante, para essa hipótese infracional, a natureza específica do acordo ou entendimento estabelecido entre os agentes ativos do ilícito. Normalmente, aliás, na tentativa de fugirem à incidência da lei, os empresários não firmam instrumento denominado “acordo de preços”, ou algo que o valha, mas procuram formalizar a sua relação negocial de modo aparentemente inofensivo, celebrando, por exemplo, um simples ajuste de troca de informações comerciais, por meio do qual viabilizam o concerto dos preços e condições de venda.

b) *Divisão de mercados ou de fontes de fornecimento de matéria-prima* — no caso da infração consistente na divisão de mercados ou de fontes de fornecimento de matéria-prima, é pressuposto da caracterização da conduta o acordo entre os empresários concorrentes (*práticas colusivas*). Não caracteriza o ilícito a simples conservação de posições, mediante redução da agressividade na competição, não decorrente de qualquer forma de

entendimento entre os agentes econômicos. Várias fórmulas foram desenvolvidas pelas práticas comerciais para a divisão de mercados. Como mostram Sullivan e Harrison (1992:11/112), a mais usual é a divisão de bases territoriais (um empresário comercializa seu produto na região sudeste do país e o outro na região nordeste, p. ex.), geralmente associada aos acordos de preços; mas podem-se também tomar por referencial os adquirentes (um contratante negocia com tais e quais revendedores e o outro com os demais), os produtos negociados (um transaciona com linhas de produto com as quais o outro não opera) ou mesmo funções econômicas (um empresário não vende no varejo e o outro não vende no atacado).

Ressalte-se que a divisão de mercados ou de fontes de fornecimento de matéria-prima será infracional apenas se visar aos efeitos lesivos à estrutura do livre mercado. Quer dizer, se a divisão é feita com vistas a racionalizar o escoamento de produtos ou serviços, então não existe qualquer ilicitude. Assim, o concedente, na comercialização de veículos automotores terrestres, é obrigado por lei a observar, na atribuição de novas concessões, os critérios de potencial de mercado (Lei n. 6.729/79, art. 5º), com o objetivo de racionalizar a definição das áreas operacionais de responsabilidade de cada concessionário. Nesse caso, estará certamente dividindo mercados entre os integrantes de sua rede, mas não há comprometimento da livre concorrência, até porque os consumidores podem optar por adquirirem os veículos de qualquer estabelecimento (Lei n. 6.729/79, art. 5º, § 3º).

c) *Atuação concertada em licitação pública* — a conduta consistente na atuação concertada em licitação pública, para fins de combinação prévia de preços ou ajuste de vantagens, para se configurar infração da ordem econômica, deve estar inserida no contexto do abuso do poder econômico, tal como definido na Constituição (CF, art. 173, § 4º). Se duas ou mais licitantes combinam previamente os preços ou vantagens, mas apenas com o intuito de obter o contrato administrativo em licitação, sem outras repercussões quanto às estruturas do livre mercado, estará caracterizado apenas o ilícito penal do art. 90 da Lei n. 8.666/93, mas não a conduta infracional da lei antitruste.

II — promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

d) *Conduta comercial uniforme ou concertada* — conduta comercial é conceito mais amplo que o de padronização de preços e condições de venda. Compreende essa última, mas apresenta contornos de maior amplitude. Se um grande empresário pretende ingressar no mercado de fornecimento de matérias-primas, no qual já atuam umas poucas e pequenas empresas, ele poderia tentar reunir os industriais adquirentes do insumo, eventualmente insatisfeitos com — diga-se — a demora na entrega dos produtos, para acenar-lhes com a possibilidade de melhor atendimento, desde que de imediato e conjuntamente cancelem todos os pedidos feitos junto àqueles fornecedores.

Note-se que o empresário motivador do cancelamento simultâneo dos pedidos, agente ativo da hipótese infracional agora em exame, não pratica a conduta comercial uniforme ou concertada, que é realizada pelos industriais adquirentes da matéria-prima em questão. A lei somente caracteriza como infração o acordo entre concorrentes, em matéria de concerto de preços e de condições de venda, e nem toda a conduta comercial uniforme ou concertada diz respeito a esses assuntos. No exemplo acima, a padronização de comportamentos se revelou no cancelamento simultâneo de pedidos.

A hipótese infracional também é usualmente perpetrada por associações ou entidades de empresários, que servem de instrumentos à motivação da uniformização ou concerto de condutas comerciais. Rea-firme-se, contudo, que é indispensável à configuração da infração que o objetivo da adoção de conduta uniforme ou concertada seja o de eliminar a competição, dominar mercado ou aumentar arbitrariamente os lucros. Se os jornais com circulação nacional uniformizam as dimensões-padrões para os seus anúncios, motivados por associação de agências de publicidade, sem outro intuito a não ser o de racionalizar a veiculação de propaganda, não ocorrerá o ilícito.

III — limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

e) *Limitação ou obstáculo ao acesso ao mercado* — a conduta infracional de limitação ou obstáculo ao acesso ao mercado é prática em que incorrem agentes econômicos de modo indireto. Nada poderia ser feito *diretamente* voltado a impedir ou dificultar o estabelecimento de novas empresas, sem que se configurasse ilícito penal. A restrição ou a obstaculização do acesso ao mercado é resultado, por isso, de operações econômicas, mais ou menos sutis. Normalmente, a limitação ou obstáculo ao acesso de novos empresários a determinado ramo de atividade econômica decorrem do aumento dos custos para o estabelecimento de empresas nessa atividade. Aumento que pode ser ocasionado por muitas e variadas condutas empresariais. Têm, por exemplo, o efeito de aumentar o custo de instalação de novas empresas: a obtenção de exclusividade para o fornecimento de bens de capital ou de matéria--prima, a prática de preços abaixo do custo etc.

Nesse sentido, a exclusividade de fornecimento de bens de capital ou de matéria-prima, obtida pelo empresário já estabelecido em certo segmento de mercado, reserva aos demais apenas a alternativa de buscarem os insumos junto a outras fontes, eventualmente no exterior. Ora, nesse caso, os novos empresários deverão custear a importação dos bens de capital ou da matéria-prima, inexistentes para o detentor da exclusividade. Já a prática de preços abaixo do custo também impede ou dificulta o acesso de novos empresários ao mercado, na medida em que, para adotarem preço competitivo, devem necessariamente suportar a dilatação do prazo para a amortização do investimento inicial.

Uma interessante hipótese de impedimento de entrada de empresa concorrente no mercado foi examinada por Arnaldo Wald relativamente à cláusula penal por rescisão do contrato de fornecimento. Segundo a consulta originária de seu parecer, várias empresas distribuidoras de derivados de petróleo incluíram no instrumento celebrado com os respectivos revendedores uma cláusula penal exorbitante, com o objetivo de impedir que esses passassem a operar com a Petrobras Distribuidora S/A (em Franceschini-Franceschini, 1985:506/520). O valor da multa pela rescisão do contrato de fornecimento é, sob o ponto de vista econômico (embora não

necessariamente jurídico), *custo* de instalação de novas empresas. Quanto maior a pena contratual nesse caso, maior o entrave ao ingresso de concorrentes, aos quais cabe oferecer oportunidades negociais aos revendedores que compensem os encargos contratuais da rescisão.

IV — criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

f) Dificultação de constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa — as dificuldades à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa podem se referir especificamente às concorrentes ou aos fornecedores, adquirentes e financiadores. No primeiro caso, diz-se que há prática restritiva horizontal, enquanto no segundo, vertical. Em ambos, a infração resulta normalmente de operações comerciais ou econômicas, em geral voltadas a desestimularem terceiros a contratarem com os concorrentes, adquirentes, fornecedores ou financiadores. Qualquer atitude diretamente voltada a dificultar a constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa poderia configurar ilícito penal, de modo que o infrator procurará atingir os mesmos efeitos por via transversa, por meio de expedientes econômicos mais ou menos sutis. Diga-se que uma indústria mantenha contrato de fornecimento relativo a dois produtos diferentes com determinado revendedor. E suponha-se que um concorrente resolva expandir seus negócios para fornecer um desses produtos, em condições comerciais mais vantajosas. A tendência do revendedor será a de procurar negociar um produto com cada fabricante. Imagine-se que a primeira indústria, apenas com o intuito de desestimular o revendedor a contratar com seu concorrente, suspendesse os descontos, dos quais sempre se beneficiara o revendedor, no preço do produto fornecido só por ela, reservando a mesma vantagem comercial apenas para a hipótese de aquisição das duas mercadorias.

Assente-se, por oportuno, que não ocorreria a infração de venda casada (*tying agreement*) na hipótese sugerida acima, porque a venda de uma

mercadoria não está sendo condicionada à aquisição da outra. O empresário apenas está concedendo certa vantagem para quem adquirir as duas mercadorias, sem recusar-se a vender qualquer delas em separado.

V — impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

g) *Obstáculo de acesso a fontes de insumo* — a infração de impedir o acesso de concorrentes a fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologias e aos canais de distribuição é das modalidades de práticas anticoncorrenciais que pressupõem acordo entre agentes econômicos (*práticas colusivas*). Não é possível incorrer-se nessa conduta infracional unilateralmente. O obstáculo de acesso decorrerá, portanto, de ajuste entre um empresário e o fornecedor do insumo, em detrimento de concorrente do primeiro e adquirente do segundo.

VI — exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

h) *Exclusividade de publicidade* — exigir ou conceder vínculo exclusivo na veiculação de publicidade pode configurar infração da ordem econômica, porque a exclusividade importa obstáculos à comunicação entre os demais agentes econômicos. Ao obstar a livre veiculação de informações, com o intuito de dominar mercado, eliminar a concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, o infrator atua em descompasso com as estruturas do mercado capitalista. Podem incorrer na conduta infracional tanto o anunciante como o veículo de comunicação (rádio, TV, jornal, cartazes externos etc.). Claro, no entanto, que a exclusividade somente poderá decorrer de acordo entre esses agentes econômicos. O simples fato de um

empresário *exigir* a exclusividade, sem que possua poder econômico para tornar séria a exigência, não tem qualquer significado para o direito antitruste, já que não se estabelecerá nenhum obstáculo ao livre trânsito das informações no mercado.

VII — utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

i) Oscilação de preços de terceiros — a utilização de meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros, na tentativa de eliminar concorrência, dominar mercados ou aumentar arbitrariamente os lucros é infração da ordem econômica que caracteriza também o crime de concorrência desleal, tipificado no inciso II do art. 195 da Lei n. 9.279/96, se tiver sido efetivada por meio da veiculação, por qualquer meio, de informação falsa sobre o concorrente.

A oscilação pode ser para baixo ou para cima, e nas duas hipóteses há a possibilidade de prejuízos para a concorrência. Por vezes, a subida de preços de terceiros desestimula o consumo de seus produtos ou serviços e, por vezes, a queda dos preços pode comprometer a sua margem de lucros. De um modo ou de outro, o meio enganoso ocasiona ou pode ocasionar a retirada (ou mesmo o não ingresso) de outros empresários no segmento de mercado que se pretende dominar.

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;

j) Regulação de mercado — a conduta infracional de regulação do mercado pressupõe necessariamente a existência de atuação concertada entre

pelo menos dois agentes econômicos, não podendo ocorrer de modo unilateral. São práticas restritivas colusivas, horizontais ou verticais. É necessário, para o enquadramento da conduta na hipótese legal, que a regulação do mercado tenha o sentido de limitação ou controle de tecnologia, da própria produção, da distribuição ou do financiamento dessas. Se agentes econômicos padronizam os critérios de avaliação de desempenho, por exemplo, sem que a regulação ultrapasse os limites da organização interna das respectivas empresas, não se caracteriza qualquer infração.

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;

k) Imposição de condições a distribuidores — a imposição de condições a distribuidores é modalidade de restrição vertical, porque envolve agentes econômicos que se relacionam em fases diferentes da cadeia de produção e circulação de mercadorias, como, por exemplo, concedente e concessionários, franqueador e franqueados, industrial e seus revendedores etc. Não configura o ilícito a previsão contratual de quotas mínimas ou máximas de mercadorias a serem adquiridas pelos distribuidores, limitação da margem de lucro, descontos ou condições diferenciadas de negócio, ou qualquer outro fator relativo exclusivamente ao vínculo contratual existente entre o empresário e seus revendedores. A imposição deve dizer respeito aos negócios desses últimos com terceiros (em geral, consumidores), conforme estabelece claramente o texto legal. Aliás, para determinados setores da produção, o próprio direito positivo preceitua a fixação de quotas de bens para a compra pelo distribuidor. É o que ocorre, exemplificando, com a concessão comercial de veículos automotores terrestres (Lei n. 6.729/79, art. 6º).

A ilicitude preceituada na norma refere-se à ingerência não prevista em contrato, do industrial ou atacadista nas relações jurídicas e negociais entre

os seus distribuidores e terceiros adquirentes. É, por exemplo, conduta ilícita do vendedor sujeitar os distribuidores a não revenderem seus produtos a outros agentes econômicos, normalmente consumidores, que não se dispuserem a adquirir quantidade mínima das mercadorias distribuídas.

Na franquia, como visto, é ínsito ao sistema, entre outras condutas empresariais padronizadas, o desenvolvimento de promoções conjuntas, muitas das quais sustentadas em descontos uniformemente concedidos aos consumidores por toda a rede, durante o prazo da promoção. Nenhum franqueado pode deixar de conceder exatamente o mesmo desconto, porque a uniformização de conduta empresarial é inerente à própria estrutura da franquia.

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;

l) Discriminação de adquirentes ou fornecedores — a repressão administrativa à prática diferenciada de preços, no direito brasileiro, ao contrário do que se verifica, por exemplo, nos Estados Unidos, somente tem base jurídica no contexto da tutela das estruturas do livre mercado. Isto é, a diferenciação será ilícita apenas se visar a eliminação de concorrência, domínio de mercado ou aumento arbitrário de lucros. Qualquer outra forma de diferenciação ou discriminação, nas relações entre empresários, deslocada do contexto das práticas restritivas de mercado, será plenamente lícita, ainda que baseada apenas em critérios subjetivos. Aliás, como visto anteriormente, é usual conceder-se tratamento diferenciado a revendedores, a partir de critérios exclusivamente subjetivos.

A diferença de preços pode se basear também em critérios objetivos, dizendo respeito a descontos concedidos em função da quantidade de mercadorias adquiridas, ou do momento do pedido. Assim, pode o empresário vender seus produtos a preço unitário cotados em relação indireta com o volume de mercadorias solicitadas (quanto maior este, menor

aquele), ou garantindo descontos apenas àqueles adquirentes que solicitam mercadorias todos os meses do ano. Também em relação às diferenciações fundadas em critério objetivo, o direito brasileiro exige a contextualização nas práticas restritivas para a caracterização da infração. Quer dizer, somente estarão presentes os elementos do tipo infracional se a prática de preços diferenciados tiver por objetivo a limitação da concorrência, o domínio de mercado ou o aumento arbitrário dos lucros.

Estão alcançadas também pela norma definidora da infração da ordem econômica as assim chamadas discriminações *indiretas*, caracterizadas pela uniformização do preço nominal pago por todos os compradores, acompanhada da concessão de vantagens adicionais, como serviços, somente a parte dos compradores (cf. Sullivan-Harrison, 1988:318/319).

| |
|--|
| <p><i>XI — recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;</i></p> |
|--|

m) Recusa de fornecimento — o princípio da autonomia da vontade sofreu, na passagem do capitalismo inferior para o superior, uma considerável restrição. De fundamento universal para as obrigações imputáveis às pessoas, paulatinamente reservou-se ao princípio apenas a margem estreita da complementação de disposições normativas. No direito do trabalho, por exemplo, pouquíssimos aspectos da relação de emprego são definidos pela vontade específica do empregador e do empregado. No direito de tutela dos consumidores, o fornecedor não pode se recusar a vender os produtos ou prestar os serviços aos consumidores (CDC, arts. 35 e 39, IX). Nas relações de direito comercial, no entanto, continua em plena vigência o princípio da autonomia da vontade. Nenhum empresário é obrigado, por qualquer norma jurídica em vigor no Brasil, a contratar a venda de suas mercadorias ou a prestação de seus serviços com outro empresário intermediário do fornecimento. O fabricante tem o direito de simplesmente não querer vender os seus produtos a determinado

comerciante, por motivos subjetivos, particulares, pessoais, que somente lhe dizem respeito.

Apenas se configura ilícita a recusa de venda se ela é o instrumento de política empresarial restritiva; quer dizer, se, pela recusa, puder se verificar o efeito de eliminação da concorrência, domínio de mercado ou aumento arbitrário de lucros, então haverá infração da ordem econômica. Caso não ocorram esses efeitos, sequer potencialmente, a recusa de venda não tem importância para o direito antitruste.

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;

n) Dificultação ou rompimento de relação comercial — a previsão como infracional da conduta de dificultação ou rompimento de relação comercial, motivada pela resistência do outro contratante em se submeter a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais, é indispensável à proteção dos agentes econômicos que procuram ajustar suas condutas às regras estruturais do livre mercado. Se não existisse a previsão, o empresário que se recusasse a aderir a condutas restritivas impostas por seus fornecedores ou adquirentes, estaria desprotegido. Isso serviria, na verdade, como verdadeira motivação à ampliação das práticas restritivas, já que a lei deixaria ao desabrigo os agentes econômicos com interesse na preservação da liberdade de competição.

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;

o) Destruição, inutilização ou açambarque de insumo — a infração da ordem econômica desenhada no inciso XIII do § 3º do art. 36 da Lei n. 12.529/2011 parece ter sido inspirada em famoso caso do direito antitruste brasileiro, que ficou conhecido como a “guerra das garrafas”. Conforme relata Frontini (1974), duas fábricas de refrigerantes competiam pelo mercado de certa região do Rio Grande do Sul, e uma delas percebeu que os vasilhames de seu produto e os engradados não retornavam após o consumo. Isso porque a outra empresa retirava os vasilhames de circulação e os destruía, reaproveitando os engradados com a adulteração da marca. O CADE considerou a prática abusiva de criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento e ao desenvolvimento de empresa.

XIV — açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

p) Obstáculos à exploração ou açambarque de direitos intelectuais — Franceschini, em percuciente estudo referente ao abuso do poder econômico exercido por meio dos contratos de tecnologia (em Franceschini-Franceschini, 1985:609/620), aponta dois aspectos na questão da circulação dos bens imateriais: o *estático*, referente à não utilização ou não exploração intencional, em detrimento do interesse coletivo; e o *dinâmico*, consistente na outorga de licença ou cessão de direito industrial em termos anticoncorrenciais. Ainda segundo a lição de Franceschini, o desuso de direito industrial materializado em patente pode caracterizar abuso do poder econômico, principalmente quando a empresa detentora de certa tecnologia e com presença proeminente no mercado em que é empregada empenha-se em adquirir as demais patentes exploráveis nesse mercado, alcançando *status* monopolístico por via oblíqua. É a hipótese de açambarque de direito industrial, mencionado pela Lei Antitruste. Sob o aspecto dinâmico, lembra Franceschini que a licença ou cessão de direitos industriais pode ficar condicionada a práticas restritivas da concorrência, tais como restrições ao licenciado ou cessionário, preço dos produtos beneficiados com a

tecnologia, proibição de venda a concorrente etc. Mesmo a circulação de registro de marca pode servir a práticas anticoncorrenciais, como meio de divisão de mercados por exemplo (Franceschini-Franceschini, 1985:616). Tanto os mecanismos estáticos como os dinâmicos de utilização anticoncorrencial de direitos industriais são puníveis como infração da ordem econômica pela atual legislação antitruste.

XV — vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;

q) Venda a preço inferior ao custo — a venda de mercadoria abaixo do preço de custo (*preço predatório*) representa necessariamente prejuízo, em termos marginais; mas não é comumente praticada se chegar a comprometer a lucratividade da empresa, em termos globais. Ou seja, o empresário próspero apenas vende seus produtos a preço inferior ao respectivo custo como meio de alcançar posições no mercado que lhe garantam, no futuro, a reposição de perdas temporárias e localizadas. O objetivo da prática, normalmente, é o de aumentar os custos de competição no mercado e desencorajar competidores. Se o empresário pratica preços de certas mercadorias inferiores ao correspondente custo, os concorrentes são forçados a baixar os seus preços também. Aqueles que ainda não amortizaram o investimento para ingresso naquele mercado terão maiores dificuldades em competir, os interessados em explorar a mesma atividade são desestimulados, tendo em vista a ampliação do prazo de amortização do investimento inicial. Anotam os autores que a simples ameaça de drástica redução de preços, por vezes, já é suficiente para afastar outros empresários da competição (Denoza, 1988:63/64 e 111/113).

XVI — reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura de custos de produção;

r) Retenção de bens — a retenção de bens de produção ou de mercadorias pode ser expediente utilizado em práticas restritivas,

principalmente em negócios de empreitada na construção civil. A ressalva legal diz respeito à garantia do cumprimento de obrigações, referentes à cobertura dos custos da produção, hipótese em que a retenção não configura ilícito. Importa lembrar, contudo, que a retenção de bens, para configurar conduta infracional, deve produzir os efeitos constitucionalmente considerados lesivos às estruturas do livre mercado (isto é, a eliminação da concorrência, o domínio de mercado e o aumento arbitrário dos lucros). Se não estiver vinculada a esses efeitos, a retenção gera apenas responsabilidades de direito privado entre os contratantes.

XVII — cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;

s) *Cessação de atividade de empresa* — é bastante característica a prática restritiva consistente na aquisição de empresas concorrentes, com o objetivo de paralisar a exploração de atividade econômica. Configura já infração da ordem econômica a simples cessação de determinadas linhas de produção, mesmo sem a dissolução de sociedade empresária, caso evidentemente esteja relacionada com os efeitos referidos pelo art. 20 da Lei Antitruste. As justas causas para a cessação de atividade empresarial podem ser econômicas, relacionadas com a minoração das perspectivas de lucro, aumento dos custos, redirecionamento das atividades do empresário etc. Somente não são justificáveis as cessações que objetivam a eliminação da concorrência, domínio de mercado ou aumento arbitrário dos lucros, referidas no fundamento constitucional da repressão ao abuso do poder econômico.

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;

t) *Vendas casadas* — a venda casada (*tying agreement*) significa a subordinação da venda de um produto à compra de outro, ou à utilização de determinado serviço, ou ainda a subordinação da prestação de serviço à utilização de outro ou à aquisição de certo bem. O Código de Defesa do Consumidor havia já considerado essa prática comercial como abusiva (art. 39, I), mas esse diploma, com o âmbito de incidência restrito às relações de consumo, não se aplica aos negócios entre empresários. A venda casada na relação de direito comercial não é, em si mesma, ilícita. Será infração da ordem econômica somente se inserida no contexto das práticas restritivas, voltadas à eliminação da concorrência, domínio de mercados ou aumento arbitrário dos lucros. Essa prática pode estar ligada à conquista do domínio de certo mercado, a partir da posição dominante já consolidada em outro. É o que se denomina *teoria da alavanca*: valendo-se de operações casadas, o empresário que domina a produção pode, inclusive, estender o seu domínio para o setor da distribuição, exemplifica Denozza (1988:101/110).

A venda casada pode também se caracterizar indiretamente. Imagine-se o fabricante de dois diferentes produtos que, para enfrentar a concorrência do fabricante de apenas um deles, resolve aglutiná-los para torná-los materialmente indissociáveis. O fornecimento do novo produto alcança, em concreto, os mesmos efeitos lesivos às estruturas do livre mercado que a venda casada, devendo ser considerado infracional, também.

| |
|--|
| <p><i>XIX — exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.</i></p> |
|--|

u) *Exercício abusivo de direitos* — o exercício abusivo de direitos é definido legalmente como ato ilícito (CC, art. 187). A legislação antitruste exemplifica a infração da ordem econômica com essa hipótese, fazendo referência aos direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca. Desse modo, se o empresário, por exemplo, explora patente de

invenção de sua titularidade não com o objetivo exclusivo de auferir lucros de certa atividade econômica, mas como instrumento de dominação de mercado ou eliminação da concorrência, incorre em ilícito anticoncorrencial.

6. SANÇÕES POR INFRAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA

A legislação antitruste tem, basicamente, a natureza de estatuto de direito administrativo. Por meio dela, o Poder Executivo Federal pode exercer um dos mais importantes aspectos da política econômica de governo, voltado à preservação das estruturas da livre competição. As infrações da ordem econômica correspondem, assim, a ilícitos administrativos.

A lei prevê duas ordens de sanções administrativas: as de natureza pecuniária (art. 37) e as de natureza não pecuniária (art. 38). No primeiro caso, podem ser impostas sanções de multa contra a pessoa jurídica empresarial (com valor baseado no faturamento bruto da empresa) e também contra o seu administrador (proporcional à imposta à pessoa jurídica). Como o abuso do poder econômico pode ser perpetrado por pessoa física, pessoa jurídica não empresarial (uma associação profissional ou pessoa jurídica de direito público, por exemplo) ou ente despersonalizado, a lei também cuida de multa em valor fixo, independentemente do faturamento. Quanto às sanções não pecuniárias, elas envolvem medidas como a publicação de notícia sobre a ocorrência de prática anticoncorrencial, a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor, a proibição de participar de licitação e outras.

As infrações da ordem econômica são sancionadas, em nível administrativo, mediante a aplicação de penas pecuniárias e não pecuniárias.

Pode ocorrer de a mesma conduta empresarial caracterizar infração da ordem econômica e, também, *crime contra a ordem econômica*. Isso se verifica quando a conduta, a um só tempo, é descrita pelo art. 36 da Lei n. 12.529/2011 e pelos arts. 4º a 6º da Lei n. 8.137/90. Nessa hipótese, sobrepõem-se as sanções administrativa e penal. Note-se que não há exata similitude entre uma e outra categoria de ilícitos; quer dizer, pode se verificar de o empresário sancionado por infração da ordem econômica não cometer crime algum, e vice-versa.

No entanto, se há situações em que a infração da ordem econômica não é acompanhada *em tese* da tipificação de conduta criminosa, isso não se repete no campo da responsabilidade civil. Isto é, uma vez caracterizada a conduta infracional do empresário, estará ele sujeito à sanção administrativa (imposta pelo CADE) e também à responsabilização civil em juízo. Claro que a prova dos fatos deve ser produzida pela autoridade administrativa, na primeira hipótese, e pelo demandante, na segunda; e se a Superintendência-Geral do CADE não provar a infração no processo administrativo, mas o autor a provar em juízo, poderá ocorrer de o empresário absolvido no Tribunal Administrativo da Defesa Econômica vir a ser responsabilizado judicialmente; ou vice-versa. Uma questão é a caracterização em tese da conduta infracional — quando não se pode distinguir hipótese de responsabilização em apenas uma das esferas, civil ou administrativa; outra questão é a prova de que determinado empresário incorreu em tal conduta — quando a autoridade administrativa e o juiz podem chegar a conclusões diferentes.

De fato, a possibilidade de o lesado por infração da ordem econômica demandar perdas e danos do empresário infrator está especificamente prevista pelo art. 47 da Lei Antitruste, que assegura o mesmo direito também aos legitimados para a tutela de interesses individuais homogêneos, difusos e coletivos. A prova da conduta infracional é ônus do autor da demanda, em qualquer hipótese (isto é, tanto no caso de ação promovida pelo sujeito direta e individualmente lesado, como no de ação para tutela de interesses individuais homogêneos, difusos e coletivos). A imposição de penalidade administrativa contra o empresário demandado não é condição para o exercício da ação judicial de indenização, mas apenas um consistente elemento de prova. Quer dizer, se o lesado ou o legitimado aguardarem a

conclusão do processo administrativo no CADE, antes de ingressarem com a ação de indenização civil, terão vantagem tanto na hipótese em que sobrevier sancionamento administrativo, como na oposta. Ocorrendo punição, o lesado ou o legitimado poderão se valer deste resultado no âmbito administrativo, para facilitar enormemente o desencargo probatório que lhes cabe na esfera civil, já que a autarquia antitruste terá esmiuçado os fatos de alta complexidade econômica e delineado as irregularidades. No caso de ausência de penalização, isto deve servir de alerta sobre os riscos de insucesso da demanda civil, posto que o demandado possui elementos demonstrativos da licitude de sua prática empresarial.

7. CONTROLE PREVENTIVO DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL

No início da década de 1990, com o Plano Collor, o Brasil alterou um aspecto fundamental de sua política econômica relacionada ao comércio exterior. Com a introdução do câmbio flutuante e a eliminação do controle quantitativo como barreira alfandegária, deu-se início à superação do modelo de “substituição das importações”. Esse modelo havia tentado, desde o fim da segunda guerra, redefinir o papel de nosso país no contexto mundial, por meio do desenvolvimento de parque industrial próprio. A antiga colônia pretendeu, por cerca de quatro décadas, poder alterar sua posição de tradicional fornecedora de insumos e importadora de bens de consumo.

Ao abandonar o projeto de “substituição das importações”, o Brasil aposta que os laços de dependência, herdados de seu antigo estatuto de colônia, podem ser rompidos com sua inserção na economia globalizada do final do século XX. Acredita que a criação de grandes mercados comuns regionais (no nosso caso, o Mercosul) pode acabar rompendo a divisão entre o centro e a periferia do sistema capitalista. De outro lado, com a falência do modelo socialista de planificação da produção, o estado brasileiro — a exemplo da maioria dos estados capitalistas — pôde se permitir uma retração, em sua interferência na economia.

Nesse contexto econômico, uma consequência mostrou-se inevitável: o aumento da competição entre os empresários atuantes no nosso país.

O direito antitruste brasileiro foi extremamente sensível a essa mudança no cenário econômico. Desde a sua criação, em 1962, até a reformulação de 1994, ele assumira inegavelmente a forma de um direito repressivo. Era costume, inclusive, denominá-lo “direito penal econômico” (p. ex.: Carvalho, 1986), expressão hoje abandonada. Mesmo o texto de 1994 refletia, ainda, essa forma, com a predominância de dispositivos reguladores da repressão à infração da ordem econômica, em relação às normas de caráter preventivo. A aplicação da lei, contudo, em razão das mudanças na economia, acabou invertendo a equação: o CADE passa a se dedicar muito mais à apreciação dos atos de concentração do que ao julgamento dos processos administrativos sobre condutas infracionais. Assumia, assim, a autarquia, paulatinamente, a posição de agente governamental de disciplina das condições de estruturação do livre mercado, abandonando a de mero órgão repressor. A reforma da lei antitruste de 2011 reflete a nova feição assumida pelo CADE nos quinze anos anteriores.

A partir do esgotamento do modelo de “substituição das importações”, acirrou-se a concorrência econômica no Brasil. O CADE, de órgão essencialmente repressor, passa a atuar cada vez mais como agência de disciplina da livre competição. Ganha destaque, então, a função preventiva do Conselho, na aprovação de atos de concentração empresarial.

O exame do controle preventivo dos atos de concentração econômica não se fará no presente capítulo. Ele fica melhor nos dedicados aos atos societários que podem viabilizar limitação ou prejuízo à concorrência, ou domínio de mercado relevante (Cap. 43, item 3).

8. COMPROVAÇÃO DA CONCORRÊNCIA ILÍCITA

São, como visto, dois os institutos repressores da concorrência ilícita: o relacionado à tutela da clientela e à propriedade industrial, que coíbe a

deslealdade entre os empresários concorrentes (LPI, art. 209), e o voltado à preservação das estruturas da economia de livre mercado, que pune as infrações da ordem econômica (Lei n. 12.529/2011). Raramente, a mesma prática empresarial caracteriza tanto *concorrência desleal* como *infração da ordem econômica*. Somente em situações específicas — como na utilização de meios enganosos para promover a oscilação dos preços de concorrente —, ambas as modalidades de concorrência ilícita se configuram. Em geral, o empresário ou queria conquistar a clientela de concorrente ou concorrentes e, para tanto, lançou mão de meios inidôneos (incorrendo em concorrência desleal), ou pretendia valer-se de seu poder de mercado para dificultar ou impedir a competição, em prejuízo da “coletividade” (praticando, então, infração da ordem econômica). Desse modo, em raras oportunidades caberá a aplicação simultânea das sanções estabelecidas pelos dois diferentes sistemas repressivos da concorrência irregular.

A caracterização da concorrência desleal, conforme visto acima (item 2), não se pode fazer com recurso aos objetivos ou aos efeitos de determinada prática empresarial. É de todo irrelevante, para os fins de imputar ao empresário responsabilidade civil por concorrência desleal, a discussão sobre os objetivos pretendidos ou sobre os efeitos alcançados. Tanto na concorrência legítima, como na desleal, o empresário quer a mesma coisa: subtrair fatias de mercado de concorrentes; tanto numa como noutra, os efeitos são os mesmos: ganho para um e perda para outro concorrente.

Se não são os objetivos, nem os efeitos, que caracterizam a concorrência desleal, então se deve direcionar a pesquisa para os *meios* empregados.

Há, em outras palavras, meios idôneos e meios inidôneos de conquistar consumidores, em detrimento de concorrentes. Será pela análise dos recursos utilizados pelo empresário, que se poderá identificar a deslealdade competitiva. Nesse sentido, quando utilizado *meio* desonesto, imoral ou condenável pelas práticas usuais dos empresários, configura-se a ilicitude; utilizado, no entanto, *meio* honesto, moral e aceito pelas práticas usuais dos empresários, nunca se poderá configurar a concorrência desleal.

A concorrência desleal se demonstra pela análise dos meios empregados pelo empresário para conquistar clientela.

Se não é condenável o meio empregado por um determinado empresário, na conquista de fatias de mercado, simplesmente não há concorrência desleal.

Em outros termos, como são irrelevantes as referências às finalidades da prática empresarial e aos seus objetivos, na caracterização da concorrência desleal — já que idênticos tais elementos aos que se encontram em qualquer competição econômica, inclusive as legítimas, regulares e leais —, então a atenção se deve voltar à análise da idoneidade do meio. Mas o *meio* não pode ser, neste contexto, idôneo para uns, e inidôneo para outros; idôneos para certos objetivos, inidôneos para objetivos diversos; idôneos se produz efeitos socialmente relevantes, inidôneos se não os produz.

Ou o meio, em si considerado, é desonesto, imoral ou condenado pelas práticas usuais dos empresários, e então se configura a concorrência desleal em qualquer situação; ou o meio é honesto, moral e aceito pelas práticas usuais dos empresários, e não se configura esse tipo de ilícito concorrencial, quaisquer que sejam as pessoas, objetivos e efeitos envolvidos. Assente-se, pois, que o ato de concorrência desleal se demonstra pela prova de que o empresário se valeu, na conquista de fatias de mercado, de instrumentos desonestos, imorais e repudiados pela generalidade dos empresários.

Já a infração da ordem econômica se caracteriza por algumas formas de abuso de posição dominante em determinado segmento de mercado; quais sejam, as práticas empresariais que, por restringirem ou eliminarem a concorrência, ou importarem aumento arbitrário de preços, comprometem a organização liberal da economia.

Foi mencionado no estudo dessa modalidade de concorrência ilícita que é a própria Constituição Federal que define as práticas anti-concorrenciais puníveis (CF, art. 173, § 4º). À lei ordinária somente cabe reprimir o abuso de poder econômico que tenha certas finalidades: a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência ou o aumento arbitrário dos lucros. As demais formas de exercício do poder econômico — que não comprometam a própria concorrência — inserem-se no campo das condutas lícitas, juridicamente ancoradas no princípio geral de livre-iniciativa e competição (CF, art. 170).

A caracterização da infração da ordem econômica, portanto, se faz pela análise dos *objetivos* e *efeitos* relacionados a determinada prática empresarial. Se o pretendido ou o resultante da prática enquadra-se nas referências do art. 173, § 4º, da Constituição Federal — quer dizer, seus efeitos importam dominação de mercado, limitação da concorrência ou aumento arbitrário de lucros —, então se verifica essa forma de concorrência ilícita, cabendo a responsabilização civil do infrator.

No caso de demonstração da infração da ordem econômica, deve-se inverter a equação da concorrência desleal. Se para a caracterização desta última, o que interessa é o *meio* empregado e a discussão de sua inidoneidade, em contraste com as práticas usuais dos empresários, para a primeira, o relevante são os objetivos e os efeitos da conduta. O emprego de um mesmo meio pode dar ensejo à infração da ordem econômica, ou *não*; depende dos efeitos, potenciais ou concretos, dele derivados.

A demonstração da infração da ordem econômica se faz pela análise dos objetivos do empresário titular de poder econômico, e dos efeitos que a prática concorrencial poderia produzir ou, de fato, produziu. É irrelevante o meio empregado.

Deste modo, conclui-se que a inidoneidade do instrumento empregado na conquista de fatias do mercado é o elemento *essencial* para a caracterização da concorrência desleal, enquanto a dominação de mercado, eliminação da concorrência ou aumento arbitrário dos lucros, por quaisquer meios, é o da infração da ordem econômica.

Há outros elementos, no entanto, que, embora não se revistam da mesma essencialidade, poderiam também ser lembrados na distinção entre os dois sistemas de repressão à concorrência ilícita. A concorrência desleal é sempre ato culposo, enquanto a infração da ordem econômica independe, para a sua configuração, de culpa. De fato, como espécie de abuso de direito que se viabiliza mediante um meio necessariamente imoral ou desonesto, não existe concorrência desleal sem culpa. Não pode existir. Já a infração da ordem econômica independe de tal ingrediente. A análise dos efeitos que

determinada conduta provoca — ou poderia provocar — no mercado relevante é objetiva.

Por fim, a concorrência desleal, em razão de seus efeitos pontuais, normalmente se justifica pela existência de um fato particular, envolvendo especificamente demandante e demandado, ao passo que a infração da ordem econômica, por seus efeitos amplos, se justifica em geral por razões de maior relevância para a economia. Raramente se encontra, nos fatos típicos da concorrência desleal, referência a assuntos macroeconômicos, como abertura de mercados nacionais, alterações na política de câmbio, implantação de mercados comuns regionais. Do mesmo modo, são incomuns relatos do histórico de uma certa e localizada relação negocial, e dos seus problemas de alcance restrito aos diretamente envolvidos, como elementos configuradores da infração da ordem econômica.

9. DISCIPLINA CONTRATUAL DA CONCORRÊNCIA

É comum os empresários, em seus contratos, inserirem cláusulas em que regulam os respectivos interesses, no tocante à competição econômica entre eles. Quando se estudou a alienação do estabelecimento empresarial (Cap. 5), foi feita referência à cláusula de não restabelecimento, em que o alienante se compromete a não concorrer com o adquirente. Essa cláusula, no caso do contrato de trespasse, é indispensável para a preservação da integridade do potencial econômico do bem alienado, já que, na hipótese de o alienante concorrer com o adquirente, parte do potencial — senão todo ele — é comprometido pelo desvio de clientela. Outro exemplo é a cláusula restritiva de concorrência inserida nos contratos de locação de loja em *shopping center*, pela qual o locatário se compromete a não se estabelecer nas cercanias do complexo, de forma a se afastar a concorrência autofágica (cf. Comparato, 1995). De fato, há entre o empreendedor do *shopping* e os locatários nele estabelecidos um determinado grau de parceria, que justifica e pressupõe a limitação.

As cláusulas contratuais de disciplina da concorrência podem ou não ser válidas, de acordo com uma série de fatores, a serem especificamente

analisados. Para a análise, o critério mais relevante é o da preservação do livre mercado. Ou seja, as partes podem disciplinar o exercício da concorrência entre elas, desde que não a eliminem por completo. Em outros termos, a validade da disciplina contratual da concorrência depende da preservação de margem para a competição (ainda que futura) entre os contratantes; ou seja, da definição de limites materiais, temporais e espaciais. Em concreto, a vedação não pode dizer respeito a *todas* as atividades econômicas, nem deixar de possuir delimitações no tempo ou no espaço.

É válida a cláusula contratual de não concorrência quando estabelece limites materiais, geográficos e temporais. A proibição irrestrita da competição entre os contratantes não vale porque significa desrespeito ao princípio básico de organização da economia de livre mercado.

Em relação aos limites materiais, observa-se que a cláusula disciplinando a concorrência é inválida, se impede o contratante de explorar qualquer atividade econômica. A restrição deve necessariamente se circunscrever a determinados ramos de comércio, indústria ou serviços. Para as demais atividades, as partes ficam livres de qualquer obrigação (de não fazer). A propósito da restrição material, deve-se também considerar inválida a cláusula que impeça o contratante pessoa física de exercer a sua profissão. Por exemplo, o sócio que se desliga de sociedade de engenheiros pode, no instrumento de cessão de cotas, ficar impedido de competir com a sociedade, desde que os termos contratados não alcancem todas as atividades de engenharia para as quais o retirante se encontra profissionalmente habilitado ou preparado.

Também é inválida a cláusula que vede a concorrência para sempre ou em qualquer lugar. Limites temporais ou espaciais são exigidos, para que a restrição contratada não importe eliminação total da concorrência. Trata-se, aqui, de uma alternativa inclusiva; quer dizer, o contrato pode prever limite no tempo e no espaço, ou só num deles. A restrição contratual limitada apenas geograficamente se considera feita para sempre, enquanto a limitada

apenas no tempo alcança todos os mercados (Ripert-Roblot, 1947:350). A invalidade existe quando não há simultaneamente limite temporal e espacial. É igualmente inválida a cláusula de não concorrência que estabelece prazo demasiado longo, ou defina limites espaciais exagerados, que ultrapassam o potencial de conquista de mercado que as partes possuem. Desse modo, é nula a cláusula de não estabelecimento que o empreendedor de *shopping center*, para evitar a concorrência autofágica, contrata com os lojistas, quando os limites territoriais nela referidos extrapolam os do mercado sobre o qual pode exercer atração.

O exame da validade da cláusula de disciplina da concorrência também comporta outro ângulo de abordagem. Há, como se assentou acima, duas modalidades de concorrência ilícita: a desleal e a infração da ordem econômica. Se a cláusula examinada não instrumentaliza nenhuma dessas modalidades, ela é válida; caso contrário, não.

O desrespeito pelo contratante da cláusula de disciplina da concorrência — a chamada concorrência antinegocial — gera responsabilidade contratual, ou seja, o dever de indenizar as perdas e danos sofridos pela outra parte. Esta infringência aos termos pactuados não importa necessariamente concorrência desleal (cf. Miranda, 1956, 17:313). De fato, a cláusula de não concorrência pode ser descumprida pelo contratante, mesmo por meio de concorrência leal, isto é, sem o uso de meios inidôneos de exploração da atividade econômica.

Capítulo 8

A ATIVIDADE EMPRESARIAL E A QUALIDADE DO FORNECIMENTO DE BENS E SERVIÇOS

1. FORNECIMENTO SEM QUALIDADE

A responsabilidade dos empresários no tocante à qualidade do fornecimento de produtos e serviços é disciplinada no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90). Para a sistematização dessa disciplina, cabe lançar mão de três conceitos (fornecimento perigoso, defeituoso ou viciado), correspondentes a diferentes situações jurídicas. Embora elas se entrelacem e se sobreponham em alguns momentos, devem ser distinguidas para possibilitar a compreensão sistemática do tema.

1.1. Falta de Qualidade por Periculosidade

Todo fornecimento apresenta alguma periculosidade em potencial. Qualquer produto ou serviço pode oferecer, em maior ou menor grau, risco aos seus consumidores. Até o mais inofensivo ursinho de pelúcia pode se tornar letal ao bebê que engolir o olhinho de plástico desprendido do brinquedo. Já uma faca, embora possa servir de arma letal, nem por isso se caracteriza juridicamente como perigosa. Por outro lado, produtos destinados a garantir a segurança do consumidor, se forem utilizados inadequadamente, tornam-se perigosos. É o caso, por exemplo, do cinto de segurança que estrangula o passageiro que, no momento do impacto, utilizava o dispositivo com o banco totalmente reclinado. É, também, o caso do *air bag* que, acionado, pode sufocar crianças acomodadas no banco dianteiro do veículo.

O conceito de produto e serviço perigoso, portanto, deve circunscrever aqueles cuja periculosidade gera a responsabilização do empresário. Isto é, já que todos os fornecimentos de produtos ou serviços trazem em si risco potencial, o conceito jurídico de periculosidade não se pode delinear apenas em função dos perigos a que materialmente se expõem os seus consumidores, mas pela existência ou não de responsabilidade dos empresários pela indenização decorrente de acidente de consumo.

O primeiro aspecto a acentuar na definição de periculosidade é a lesão à vida, integridade física ou patrimônio do consumidor. Se do uso do produto ou serviço não sobrevier dano ao consumidor, não se caracteriza juridicamente o perigo no fornecimento. É o caso, por exemplo, de produtos acionados por energia nuclear, mas providos de adequados sistemas de segurança. Outro aspecto relevante é a inexistência de defeito, seja em sua concepção, execução ou comercialização. Se o dano experimentado pelo consumidor decorre de impropriedade do produto ou serviço, então a questão não é pertinente à sua periculosidade, mas sim à defeituosidade. O produto de limpeza que irrita a pele de determinadas pessoas alérgicas não apresenta qualquer defeito, mas eventualmente pode se caracterizar como perigoso se o empresário tinha como detectar esse efeito nocivo do fornecimento, para fins de informar os consumidores, e não o fez. Essa distinção pode repercutir na extensão da responsabilidade do empresário.

Finalmente, para a conceituação de fornecimento perigoso interessa averiguar a suficiência das informações acerca de riscos prestadas pelo fornecedor e eventual má utilização do produto ou serviço pelo consumidor. Aqui, estamos no cerne da questão. Se o produto ou serviço não defeituoso causar dano ao consumidor, deve-se investigar se esse decorreu de sua má utilização, hipótese em que não se caracteriza a periculosidade. Fabricantes de faca não respondem pelos cortes produzidos pela cozinheira em sua mão.

A caracterização de um certo produto ou serviço como perigoso depende da análise das informações que o consumidor possui sobre os riscos relacionados à sua utilização. Juridicamente falando, nenhum produto ou serviço é, em si mesmo, perigoso.

A inadequação da conduta do consumidor é mensurada a partir das informações prestadas pelo fornecedor acerca do grau de risco existente no produto ou serviço. Claro que o empresário está dispensado de veicular informação sobre conhecimento já vulgarizado entre os consumidores, por exemplo sobre os riscos relacionados ao manuseio de tesouras pontiagudas. No tocante aos conhecimentos não difundidos entre os consumidores, contudo, as informações devem ser capazes de orientar a segura utilização do produto ou serviço e, conseqüentemente, evitar lesão à saúde, integridade física ou interesse patrimonial do consumidor. Anote-se que, por lei, o empresário está obrigado a prestar ao consumidor não somente informações sobre os riscos, mas também sobre a utilização do produto ou serviço.

Perigoso, portanto, é o fornecimento de produtos ou serviços sem impropriedades, que causa dano aos consumidores em razão da insuficiência ou falta de clareza das informações sobre riscos prestadas pelo empresário.

1.2. Falta de Qualidade por Defeito

Entre o fornecimento perigoso e o defeituoso há, em comum, a circunstância de ambos causarem dano à saúde, integridade física ou interesse patrimonial dos consumidores. Distinguem-se, no entanto, quanto à *origem* do evento danoso. No fornecimento perigoso, a razão dos prejuízos sofridos pelo consumidor é a utilização indevida (mal orientada pelo fornecedor) do produto ou serviço, enquanto no defeituoso aqueles prejuízos decorrem de alguma impropriedade no objeto de consumo.

O conceito de defeito, para a doutrina, gravita em torno das expectativas legitimamente esperadas pelo consumidor. Calvão da Silva não distingue, como aqui proponho, defeito de perigo e, assim, considera defeituoso o produto que não atende às expectativas objetivas do público em geral em relação à segurança oferecida. Em outros termos, o defeito é decorrente da frustração daquilo que normalmente os consumidores esperam do bem transacionado (1990:633/637). Para Antonio Benjamin, os defeitos configuram vício de qualidade por insegurança, que conceitua como a desconformidade à expectativa legítima do consumidor e a capacidade de provocar acidentes (1991b:46/47). No meu modo de entender a questão,

defeito é conceito objetivo, que não se pode pautar em expectativas dos usuários. Tanto Calvão da Silva como Benjamin pretendem que a referência às expectativas dos consumidores médios, em detrimento das nutridas pelos consumidores individualmente considerados, garantiriam objetividade ao conceito. Para mim, no entanto, a frustração do que legitimamente se espera da segurança do produto e do serviço a que se refere o § 1º, respectivamente, dos arts. 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor é uma questão de natureza técnica. Não é o desatendimento da expectativa nutrida pelo consumidor, concreta ou abstratamente considerado, que pode servir de critério à definição da defeituosidade do fornecimento (cf. Will, 1990). A disparidade entre o esperado e a realidade do produto ou serviço deve ser apontada pela ciência ou tecnologia especializada. Caso contrário, isto é, configurando-se o defeito a partir das frustrações que teriam as pessoas enquadráveis num padrão ideal de consumidor, não se garante ao fornecedor os meios indispensáveis ao cálculo empresarial.

Defeito, portanto, deve ser entendido como a impropriedade no produto ou serviço de que resulta dano à saúde, integridade física ou interesse patrimonial do consumidor, definindo-se aquela a partir de elementos técnicos capazes de apontar no fornecimento a frustração de expectativa legitimamente esperada pelo saber científico ou tecnológico, da época de seu oferecimento ao mercado de consumo.

Há três espécies de defeitos: de concepção, execução e comercialização. No primeiro caso, a desconformidade se estabelece entre o projeto empresarial efetivamente elaborado e um projeto idealmente concebido, de acordo com o estágio de desenvolvimento científico e tecnológico. Se o empresário, ao projetar o produto ou serviço que pretende oferecer ao mercado de consumo, deixar de levar em consideração os avanços do saber humano especializado, inclusive no campo da administração de empresas, poderá ocorrer impropriedade de concepção do fornecimento. No segundo caso, a desconformidade se verifica entre o projeto e a execução do fornecimento. O produto é fabricado ou conservado e o serviço é prestado em descompasso com o respectivo projeto empresarial. Por fim, o defeito de comercialização se caracteriza a partir da desconformidade entre os meios adequados de utilização do produto ou serviço e as informações acerca deles, prestadas pelos fornecedores. O empresário deixa de fornecer ao

consumidor orientação precisa acerca da utilização do produto ou serviço e, em virtude de tal omissão, o bem ou comodidade objeto de consumo danifica-se, ou torna-se imprestável.

Produto ou serviço defeituoso é aquele que apresenta uma impropriedade, de que resultam danos aos consumidores. Há três tipos de defeito: de concepção, de execução e de comercialização.

Aponte-se para o fato de que o empresário fornece produto ou serviço com defeito (de concepção) quando não se empenha totalmente na pesquisa de todas as possibilidades concretamente abertas pelo desenvolvimento científico ou tecnológico, estabelecendo-se um hiato entre o projeto empresarial que desenvolveu e o que poderia ter desenvolvido. Deve-se, contudo, entender bem a extensão da responsabilidade civil relacionada com essa disparidade, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor estabelece não se reputar defeituoso certo produto apenas porque outro de melhor qualidade foi oferecido ao mercado (CDC, art. 12, § 2º). Ou seja, a análise da existência do defeito de concepção deve se circunscrever aos *objetivos* do projeto empresarial em exame. Se o empresário pretende oferecer ao mercado produto de qualidade inferior ao do concorrente, para atender parcelas de consumidores de menor poder aquisitivo, então a mensuração da desconformidade entre o projeto empresarial efetivo e aquele que poderia ter sido desenvolvido em termos ideais não pode ser feita ignorando-se os limites traçados pelo próprio fornecedor. O ponto de partida será sempre a consideração do objetivo do projeto. Somente depois de definido este, pode-se comparar determinado projeto com os demais de igual objetivo.

O fabricante de automóveis interessado em lançar no mercado um novo modelo, destinado ao consumidor de menor poder aquisitivo, não está evidentemente obrigado a incorporar ao seu projeto todos os progressos alcançados pela pesquisa tecnológica de ponta. Se o fizer, inclusive, o produto se encarece e o objetivo de atendimento aos consumidores sem

grande poder de compra não é atingido. O empresário não tem o dever de empregar no modelo popular todos os sofisticados sistemas de ignição, frenagem, eletricidade e outros testados nas pistas de Fórmula 1. Por outro lado, sempre será possível avaliar se, dentro dos limites circunscritos pelos objetivos do projeto empresarial e pelo potencial de mercado, o empresário desenvolveu o melhor projeto possível, de acordo com o estágio evolutivo da tecnologia automobilística referente a veículos de baixo preço.

Portanto, *levando-se em conta os objetivos do empresário*, se havia condições, dadas pelo conhecimento humano especializado e pela conjuntura econômica, para a elaboração de um projeto mais aprimorado do que o realmente desenvolvido, então se pode caracterizar a disparidade decorrente como *defeito de concepção*, respondendo o fornecedor pelos danos ocasionados pelo fornecimento.

Para a caracterização de defeito de concepção, deve-se verificar se o projeto do produto ou serviço aproveitou todos os avanços de que dispunha a ciência ou tecnologia, levando-se em conta o perfil econômico do consumidor que se pretendeu atender.

A desconformidade entre o projeto e a execução do fornecimento é, dentre as três modalidades de defeito, a mais simples de se caracterizar. Inclusive, porque se trata de defeito mensurável por cálculos estatísticos e, em certa medida, inevitáveis. Em relação a essa categoria específica de defeituosidade, casam-se perfeitamente a teoria da responsabilidade objetiva do fornecedor e a realidade econômica da produção em massa. Tanto assim que, diferentemente da solução adotada pela legislação brasileira, a maioria das cortes dos Estados Unidos consideram objetiva a responsabilidade do empresário apenas no tocante aos defeitos de execução, condicionando o ressarcimento dos danos decorrentes de defeitos de concepção ou de comercialização à existência de culpa (Phillips, 1974:4/5).

Por último, há os defeitos de comercialização, caracterizados pela desconformidade entre as informações liberadas pelos empresários sobre a

utilização do produto ou serviço e as cautelas e providências que devam ser realmente adotadas pelos consumidores para usufruir adequadamente o bem ou a comodidade, adquiridos no mercado de consumo. Lembre-se que a insuficiência nas informações sobre os *riscos* configura não propriamente defeito, mas periculosidade do fornecimento. Assim, se a dona de casa não for convenientemente instruída sobre como usar um novo eletrodoméstico, pode ocorrer a danificação do produto, sem outras consequências para a sua saúde ou integridade física. Caracteriza-se, nessa hipótese, fornecimento defeituoso, porque a insuficiência das informações refere-se à utilização da mercadoria.

Defeituoso, por conseguinte, é o fornecimento em que o produto ou serviço apresenta impropriedade na concepção, execução ou comercialização, de que resulta dano à saúde, integridade física ou interesse econômico do consumidor.

1.3. Falta de Qualidade por Vício

O vício no fornecimento, por fim, se verifica quando os produtos e serviços apresentam impropriedades inócuas. Isto é, nenhum prejuízo de importância sofre o consumidor em sua saúde, integridade física ou interesse patrimonial, mas o produto ou serviço é impróprio para as finalidades a que se destina.

A mesma impropriedade pode se caracterizar como *defeito* ou *vício*, em função da superveniência ou não de danos à saúde, integridade física ou interesse patrimonial do consumidor. Imagine-se uma falha no processo de fabricação de automóvel, pertinente ao sistema de freios. Se o consumidor percebe o problema a poucos metros da concessionária da qual acaba de adquirir o veículo e, cautelosamente, retorna ao estabelecimento do fornecedor, para o devido reparo do produto, então aquela impropriedade se determina como vício. Se, entretanto, o consumidor já se encontra transitando por via expressa, quando se manifesta a falha do sistema de frenagem, ocorrendo em decorrência grave acidente de trânsito, então aquela mesma impropriedade se determina agora como defeito.

A mesma impropriedade no produto ou serviço pode significar defeito ou vício; será defeito, se causar danos e vício se não os causar.

Claro que, no fornecimento viciado, haverá para o consumidor, no mínimo, perda de tempo ou despesas com deslocamento até o estabelecimento do fornecedor, para reclamar as providências atinentes ao vício. Mas, além dessas importunações de pequeno alcance, nenhum outro prejuízo de relevo sofre o consumidor de produto ou serviço viciado. Se tais importunações, contudo, redundarem danos consideráveis, como perda de dia de trabalho por exemplo, então a impropriedade em questão não se pode mais caracterizar como vício inócuo, mas sim como defeito.

Viciado, assim, é o fornecimento em que o produto ou serviço apresenta impropriedade da qual, no entanto, não sobrevém dano à saúde, integridade física ou interesse patrimonial do consumidor.

1.4. Teoria da Qualidade

No tratamento da matéria da responsabilidade do fornecedor pela qualidade do fornecimento de produtos e serviços ao mercado de consumo, a doutrina, nacional e estrangeira, costuma revelar certa imprecisão quanto às três situações jurídicas que entendo devam ser suficientemente distinguidas. Em termos conceituais, como visto, deve-se discernir entre produto ou serviço perigoso, defeituoso e viciado, muito em função das diferenças nos regimes de responsabilização do empresário relativamente a cada uma dessas espécies de fornecimento sem qualidade. A doutrina, com efeito, tem se utilizado de conceitos que tendem a reduzir, em certa medida, toda a questão da qualidade do fornecimento de produtos e serviços a uma noção unitária de imperfeição. O perigo apresentado por produto ou serviço é visto, nesse sentido, como vício de segurança; a falta de informações adequadas sobre os riscos do fornecimento é definida como defeito de comercialização. Em suma, a relativa indistinção conceitual entre perigo, defeito e vício, nos produtos e serviços oferecidos ao mercado pelo empresário, na tentativa de se alcançar uma teoria unitária da qualidade do

fornecimento, não corresponde, segundo entendo, ao mais adequado modo de sistematização da matéria.

Perceba-se que, embora, de um lado, produtos com defeito de fabricação ou concepção representem sempre perigo ao consumidor, em vista dos danos que podem causar à sua integridade física ou ao seu patrimônio, de outro, nem toda a periculosidade decorre de defeito. O *Contergan-Thalidomida*, a despeito de suas nefastas consequências, não pode ser visto como produto defeituoso. Não se trata, a rigor, de medicamento oferecido ao mercado com algum tipo de desconformidade capaz de ocasionar dano ao consumidor, mas sim de produto com *efeito* desconhecido da ciência da época do seu lançamento. São duas situações bastante diferentes, às quais se ligam soluções distintas no campo da responsabilidade do fornecedor.

Proponho, portanto, que o fornecimento se classifique, quanto à questão da responsabilidade do fornecedor pela qualidade de produtos ou serviços, em perigoso e impróprio, sendo essa segunda categoria subdividida em danoso e inócuo. O fornecimento perigoso corresponde ao de produtos ou serviços prejudiciais à saúde e segurança do consumidor, e pelo qual responde o empresário que não atender satisfatoriamente aos deveres legais de pesquisar e de informar o potencial de risco. O fornecimento impróprio danoso relaciona-se ao de produtos ou serviços com defeitos, e gera a responsabilização do empresário pelos danos ocasionados em razão desses. Por fim, o fornecimento impróprio inócuo compreende os produtos com vícios de qualidade ou de quantidade, e serviços com vício de qualidade, importando no dever de dar acolhida à opção do consumidor quanto ao desfazimento do negócio, redução proporcional do preço ou substituição do objeto.

Essa classificação aqui cogitada apenas organiza de forma mais rigorosa os dados pertinentes à questão da responsabilidade do empresário pela qualidade do fornecimento. Não configura, propriamente, uma contribuição originalíssima, posto que se pauta em conceitos que, em certa medida, já se encontram delineados pelo texto da lei tutelar dos consumidores. Apenas a considero mais útil à abordagem e compreensão dos muitos aspectos relacionados ao tema. Ou seja, a tentativa de se construir uma teoria unitária da qualidade do fornecimento — com a redução do defeito e da periculosidade a tipos de vícios, ou outro esquema semelhante —, embora se

revista de inegável valor acadêmico no tocante ao superamento das insuficiências apresentadas pela teoria dos vícios redibitórios (cf. Benjamin, 1991b:38/43), frustra-se enquanto sistema global de entendimento da matéria.

Claro que entre a perspectiva unitária e a aqui proposta não se vislumbra qualquer diferença pertinente à extensão da tutela liberada pela lei em favor dos consumidores. Trata-se, na verdade, de formas diversas de entendimento e exposição do mesmo conjunto de normas jurídicas. Desse modo, do fato de se distinguir entre defeituosidade de comercialização e periculosidade, por exemplo, não se segue que o consumidor atingido por uma das modalidades de fornecimento sem qualidade não deva ser atendido, caso tenha proposto ação judicial alegando a ocorrência da outra modalidade. Em matéria de responsabilidade do fornecedor por acidentes de consumo, aliás, ocorre relativa superposição de teorias, devido à recente e acelerada evolução do reconhecimento dos direitos dos consumidores. De fato, nem todas as distinções se encontram já suficientemente claras e sedimentadas, de forma a se conviver com alguma imprecisão conceitual, embora sem prejuízo à proteção dos interesses legítimos dos consumidores.

2. SUPERAMENTO DO PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

Nos quadrantes da fase inferior do capitalismo, em que se desenvolvia o processo de acumulação de capital, as normas jurídicas sobre a responsabilidade civil pautavam-se na ideia de culpabilidade (cf. Leães, 1987:19/21; Gorassini, 1990:110/112). O excedente social não podia então ter outro destino que o reinvestimento em atividades produtivas e comerciais, porque o estágio inicial de evolução do modo de produção capitalista reclamava a concentração de capital nas mãos da classe burguesa. Em termos superestruturais, pela ideologia do liberalismo econômico, os homens eram vistos como proprietários livres e iguais, capazes de regular os seus próprios interesses por meio da vontade manifestada no mercado. A única fonte de obrigações entre os particulares deveria ser a vontade. Em decorrência, quem impõe prejuízo a outro somente devia ser

responsabilizado se se pudesse caracterizar, na origem da ação danosa, um ato livre de vontade. Isto é, se ao agente causador do prejuízo tivesse sido possível agir de forma diversa, evitando o efeito danoso de sua conduta, e mesmo assim ele não o fez, então a sua vontade era a de prejudicar outras pessoas, tendo sentido obrigá-lo ao ressarcimento dos danos. Mas se não era possível (material ou juridicamente falando) exigir-se do mesmo agente comportamento diverso, então ele não se responsabiliza pelos danos experimentados por terceiros, já que na base de sua ação não há uma livre e consciente opção.

Pelo princípio “nenhuma responsabilidade sem culpa”, somente caberia responsabilizar-se o agente causador do dano, se dele pudesse ter sido exigida conduta diversa. Na raiz, encontra-se a noção liberal de que somente a vontade é fonte de obrigações.

Na fase superior do capitalismo, o excedente gerado pela produção já comporta a criação de mecanismos de seguridade social, que compreendem inicialmente o atendimento à inatividade e o socorro às vítimas de acidente de trabalho. Tais mecanismos, a partir dos anos 1960, voltam-se ao socorro às vítimas de acidente de consumo também. Novamente, está-se diante de profunda transformação no direito, que somente se pode explicar satisfatoriamente, em última análise, pelas necessidades evolutivas do modo de produção. A exclusiva destinação do excedente como reinvestimento, de impulsionadora passa a entrave do desenvolvimento econômico. Perde sentido falar-se na culpabilidade como fator indispensável à responsabilização dos empresários em decorrência da exploração de atividade econômica (cf. Melo da Silva, 1974:164/203; Lima, 1973:121/122).

O custo do processo de melhoria qualitativa do mercado de consumo corre por conta dos próprios consumidores, por meio do repasse ao preço dos produtos ou serviços, de uma quota-parte das despesas havidas na empresa com o pagamento de seguro ou de indenizações, quebra de contratos ou investimentos em controle de qualidade (Cap. 1). Esse processo de

redistribuição de perdas abrange também a compensação pela queda de faturamento em razão da solução de pendências em fornecimentos viciados, mas, principalmente, representa um mecanismo de absorção e diluição dos ressarcimentos decorrentes de acidente de consumo (fornecimento perigoso ou defeituoso).

Para Guido Alpa, a transferência dos encargos com os acidentes de consumo da empresa produtora para os consumidores não é tão simples quanto se poderia supor da primeira impressão da equação teórica aqui apresentada. É o que se infere do seu exame das relações entre produtores e seguradoras (Alpa-Bessone 1976:373/375). Com certeza, conforme acentua, o modelo de distribuição das perdas abstratamente considerado é linear e racional, ao passo que a sua atuação em concreto nem sempre se pode fazer de forma imediata e singela. A manipulação dos preços sujeita-se, com efeito, às nuances da conjuntura econômica, de sorte que os empresários, por vezes, podem se ver impedidos de repassarem aos consumidores os encargos pelos acidentes de consumo e, conseqüentemente, devem a médio prazo suportá-los. Claro que, a longo prazo, o processo de realocação das perdas encontrará oportunidades de se realizar. Uma vez cessados os obstáculos conjunturais, que inviabilizavam a momentânea majoração do preço aos consumidores, o repasse pode se verificar, compensando o empresário as suas perdas pretéritas.

No capitalismo superior, portanto, estão criadas as condições econômicas para o surgimento de sistemas de seguridade social de acidentes de consumo. Em muitas das unidades federadas dos Estados Unidos, com variações pertinentes aos limites do dano ressarcível, existe já desde os anos 1970, sistemas de seguridade *institucional* por acidente de consumo envolvendo veículos automotores (o denominado *no-fault*). Em geral, contudo, e ao contrário do que se verifica com os sistemas de acidentes de trabalho, os de ressarcimento de acidentes de consumo não têm assumido caráter institucional, e tornam-se efetivos pelo processo de realocação de perdas, implementado pelo próprio empresário, por meio da fixação do preço. De qualquer forma, institucionalizado ou não, a criação de mecanismo de socorro social às vítimas dos acidentes de consumo possibilita, às normas jurídicas sobre a responsabilidade civil do produtor, a superação dos limites do princípio da culpabilidade.

O empresário ocupa posição econômica que lhe permite, ao fixar o preço de seus produtos ou serviços, distribuir entre os consumidores as repercussões de um acidente de consumo. Por essa razão, ele pode ser responsabilizado, mesmo que não tenha agido com culpa para o acidente.

Em outros termos, cabe ao empresário criar os meios para que o consumidor envolvido em fornecimento perigoso, defeituoso ou viciado não sofra isoladamente as consequências. A doutrina dedicada ao tema sempre se referiu à inevitabilidade dos acidentes de consumo (cf., por todos, Leães, 1987:15/25). Ou seja, há uma margem de periculosidade, defeituosidade e vício no fornecimento que o mais diligente dos empresários não é capaz de suprimir. Assim, alguns consumidores — isto é inexorável — acabarão adquirindo produtos ou serviços perigosos ou impróprios; e não é justo, nem racional, que sofram individualmente os efeitos desse infortúnio, quando, mediante o mecanismo da realocação das perdas, se pode perfeitamente distribuir entre os muitos consumidores daquele fornecimento as repercussões econômicas das inevitáveis falhas do processo produtivo.

O Código de Defesa do Consumidor definiu como objetiva, em regra, a responsabilidade por fornecimento defeituoso (CDC, arts. 12 a 14). Exceção feita ao comerciante responsável por má conservação de produto perecível (CDC, art. 13, III) e aos profissionais liberais não caracterizáveis como elementos de empresa (CDC, art. 14, § 4º), em relação aos quais conservou o princípio da culpabilidade como fundamento da responsabilização, a todos os demais fornecedores atribuiu responsabilidade por defeitos no produto ou serviço *em termos objetivos*.

3. SUPERAMENTO DO PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE

As necessidades ditadas pela acumulação primitiva de capital na fase inferior do capitalismo, que inviabilizavam a distribuição das perdas relacionadas com acidente de consumo ou com produtos viciados, em razão da inexistência de excedente social, não se traduziram somente na elaboração do princípio da culpabilidade. Um outro aspecto da noção superestrutural básica do liberalismo — isto é, a ideia da vontade como única fonte de obrigação — também correspondia a tais necessidades, de sorte a possibilitar reinvestimentos crescentes nas atividades produtivas. Trata-se do princípio da relatividade dos contratos.

De acordo com esse postulado do direito obrigacional, os efeitos jurídicos da manifestação de vontade somente se podem circunscrever aos participantes da relação contratual. Terceiros estranhos ao contrato não podem ser atingidos pelos seus efeitos, na medida em que não manifestaram qualquer vontade nesse sentido (*res inter alios acta, aliis neque nocet neque potest*). Em princípio, portanto, se o consumidor de produtos não pudesse identificar a relação contratual a uni-lo ao fornecedor, não poderia invocar contra ele qualquer direito. Como, normalmente, contrata com varejista, o consumidor não possuía ação contra o fabricante. Este último, no entanto, é geralmente quem reúne as condições econômicas e conhecimentos tecnológicos, para responder pela qualidade do produto. O resultado da observância do princípio da relatividade dos contratos, nas questões emergentes da relação de consumo, era a desproteção do consumidor de fornecimento viciado e das pessoas expostas aos acidentes de consumo.

O Judiciário inglês, por exemplo, em 1892, negou acolhimento à pretensão do condutor de uma diligência, que pleiteava ser indenizado por lesão corporal sofrida em acidente com o veículo. Apesar de comprovada a sua culpa na conservação da diligência, o demandado não foi condenado, exatamente porque inexistia qualquer liame contratual entre ele e o demandante. Na verdade, porque o veículo havia sido lo-cado aos correios, entendeu-se que somente perante esse o demandado eventualmente poderia ter sido responsabilizado. Curiosa é a preocupação manifestada em alguns votos, no tocante às possibilidades ilimitadas de litígios, que se abririam caso não fosse estritamente respeitada a regra da relatividade dos contratos. Do teor de tais votos se pode concluir a deliberada e consciente irresponsabilização do fornecedor, em nome do interesse geral da

comunidade voltado ao desenvolvimento econômico (cf. Alpa-Bessone, 1987:216/218; Leães, 1987:34/35).

O primeiro julgamento, em que a relatividade dos contratos é superada na apreciação dos acidentes de consumo, pertence à jurisprudência norte-americana. Em 1916, deu-se ganho de causa ao proprietário de automóvel, que pleiteava o ressarcimento dos danos sofridos em acidente motivado por defeito na roda, demandando diretamente o fabricante do veículo. Afastou-se a alegação da defesa quanto à inextensão de suas obrigações para além do revendedor com quem mantivera relação contratual.

O direito norte-americano em matéria de responsabilidade do fabricante por fato do produto registra, a partir de então, rápida evolução no sentido do superamento da relatividade contratual. São tidas por exceção as jurisdições em que ainda se exige a existência de vínculo contratual entre as partes, como fundamento para a ação de garantia (cf. Phillips, 1974:74). Atualmente, a teoria jurídica norte-americana considera, além da relatividade estrita entre o adquirente do produto e o varejista, a existência de três outras espécies de relatividade, a fundamentar a responsabilização de agentes econômicos perante pessoas com as quais não celebra contrato: a *vertical*, que liga todos os fornecedores e intermediários até o destinatário final do produto; a *horizontal*, entre o varejista e terceiros atingidos pelo produto; e a *diagonal*, relacionando o produtor diretamente ao destinatário final do produto (Calvão da Silva, 1990:296/298). No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor não condicionou à existência de vínculo contratual o exercício dos direitos relacionados com fornecimento sem qualidade. O consumidor pode pleitear o ressarcimento dos danos experimentados ou a substituição do produto viciado, diretamente do fornecedor real (fabricante, construtor ou produtor), ainda que o tenha adquirido de varejista ou intermediário, e, portanto, não haja estabelecido qualquer contrato com aquele. O mesmo direito existe no tocante à intermediação na prestação de serviços, tendo o consumidor ação contra o fornecedor primário. O princípio da relatividade simplesmente não existe no tratamento das relações de consumo feito pelo direito brasileiro.

A legislação protetiva dos consumidores não adota o “princípio da relatividade dos contratos”, ao responsabilizar os fornecedores por perigo, defeito ou vício em produtos ou serviços.

No tocante ao fornecimento perigoso ou defeituoso, o estágio evolutivo da jurisprudência e da doutrina nacionais já comportava certa responsabilização direta dos fabricantes, fundada por vezes na teoria da guarda da estrutura do produto desenvolvida pelo direito francês, segundo a qual o fabricante tem a obrigação de zelar pelo oferecimento de produtos adequadamente fabricados, respondendo pelos danos sobrevindos do descumprimento de tal dever. Trata-se, sem dúvida, de concepção que, a despeito dos meritórios objetivos de sua formulação, apresenta lacunas e deixa muitas críticas sem resposta satisfatória, principalmente quanto à possibilidade da guarda não material do produto, após a sua inserção na cadeia de circulação de mercadorias (cf. Rodrigues, 1979:115; Leães, 1987:135/136; Dias, 1979, 2:80). Mas, apesar de suas insuficiências, a teoria da responsabilidade do fabricante pela guarda da estrutura dos produtos possibilitava, em certo grau, a tutela dos interesses dos consumidores, lesados por fornecimento perigoso ou defeituoso, em ação voltada diretamente contra o fornecedor real do produto ou o fornecedor primário do serviço.

Já as reclamações dos consumidores por fornecimento de produto viciado não podiam — segundo a jurisprudência anterior ao CDC — ser endereçadas diretamente ao fabricante, em razão da inexistência de vínculo contratual entre eles. Idêntica desproteção se verificava também no fornecimento de serviços, em que o consumidor não podia acionar o fornecedor primário, em virtude do princípio da relatividade dos contratos. A principal consequência do superamento desse princípio, pelo Código de Defesa do Consumidor, portanto, se refere aos *vícios* em produtos ou serviços. Ao tratar da responsabilidade dos empresários por fornecimento viciado (CDC, arts. 18 a 20), o legislador brasileiro não distinguiu entre aqueles com os quais os consumidores mantêm imediata relação contratual e os demais agentes da cadeia econômica. Todos, perante o destinatário final, são igualmente responsáveis, embora depois possam, em regresso, recompor

entre si os seus interesses, em razão da maior ou menor atuação no viciamento do produto ou serviço.

Outro aspecto muito importante relativo à superação do princípio da relatividade diz respeito ao alargamento da responsabilidade do empresário, por danos decorrentes de fornecimento perigoso e defeituoso, em favor de qualquer pessoa exposta aos efeitos do perigo ou do defeito. De acordo com o art. 17 do Código de Defesa do Consumidor, as vítimas do evento danoso são equiparadas aos consumidores para os fins da tutela relativa aos acidentes de consumo. São os denominados espectadores, conjunto de pessoas que usam os produtos e serviços, ou se encontram em contato direto ou indireto com estes, sem que necessariamente os tenham adquirido, como por exemplo os membros da família, os vizinhos e os comensais do consumidor (cf. Lima Lopes, 1992:83/86).

A extensão do art. 17, inclusive, supera os limites da relação de consumo definida pelos arts. 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor. Isto é, se o empregado do restaurante sofrer lesões em decorrência de explosão de garrafa de refrigerante, apesar de inexistir relação de consumo entre ele (ou o seu empregador) e o fabricante da bebida, será possível demandar este último, nos termos preceituados pela legislação tutelar do consumidor, tendo em vista a amplitude do superamento do princípio da relatividade.

Contudo, o Código deixou de fixar, com a devida clareza, o superamento do princípio da relatividade em determinadas situações, cada vez mais comuns no comércio, tais como as do sucessor, *merchandisor*, franqueador e outras. Nesses casos, a doutrina, atenta às características próprias do contrato interempresarial correspondente, deve delinear as alternativas de tutela possíveis, face à ausência de norma legal específica.

4. FORNECIMENTO PERIGOSO

Por fornecimento perigoso se entende o relativo a produtos ou serviços não defeituosos, desacompanhados de informações adequadas acerca dos riscos envolvidos com o seu consumo. Todas as questões quanto à responsabilidade dos empresários, em razão de fornecimento perigoso, se resolvem pela avaliação da adequabilidade das informações prestadas ao

consumidor sobre os riscos apresentados pelo produto ou serviço. Deve-se, claro, ter presente a distinção anteriormente proposta entre fornecimento perigoso e fornecimento impróprio danoso. Ou seja, a avaliação da adequabilidade das informações sobre riscos é suficiente, para a definição da responsabilidade dos fornecedores, no tocante apenas aos produtos e serviços *não* defeituosos, isto é, sem impropriedades de qualquer natureza.

Nesse sentido, é possível afirmar que para a solução de todas as questões relativas à responsabilidade por fornecimento perigoso basta ao intérprete da lei considerar a regra segundo a qual o empresário é obrigado a prestar informações sobre os *riscos* de seus produtos e serviços, sendo estas tanto mais ostensivas quanto maior for o perigo a que se expuser o consumidor (CDC, art. 9º).

4.1. Riscos Normais e Previsíveis

Todos os produtos e serviços podem oferecer risco à saúde e segurança do consumidor, dependendo do seu uso. Como no fornecimento perigoso não se registra defeito de qualquer espécie no bem ou comodidade consumidos, afasta-se a hipótese de danos ocorridos independentemente da *ação* do consumidor. Na responsabilização dos empresários por perigo no fornecimento, sempre se poderá identificar uma conduta do consumidor, no manuseio ou desfrute do produto ou serviço, da qual resultou diretamente o prejuízo à sua saúde, integridade física ou interesse patrimonial. A responsabilidade do fornecedor se fundamenta racionalmente, nesse contexto, na medida em que se possa ligar a conduta do consumidor ocasionadora do dano a uma inadequação nas informações sobre riscos, que acompanhavam o objeto do consumo. Em outros termos, embora a ação do consumidor tenha sido a causa direta do dano, indiretamente esse se pode atribuir à inexistência ou insuficiência das informações, sobre os riscos apresentados pelo produto ou serviço.

De início, portanto, deve-se constatar que os danos causados pela ação do consumidor, que não se possam justificar a partir da inadequação das informações prestadas pelo fornecedor, não geram responsabilidade por perigo no fornecimento. Assim, o evidente uso inapropriado do objeto do consumo, como a ingestão de remédios em quantidade excessivamente superior ao prescrito pelo médico, não acarreta qualquer responsabilidade

da indústria farmacêutica. A menos que a bula contivesse informação que autorizasse o consumidor a acreditar na inocuidade de tal atitude, o exagero no consumo do remédio e as consequências lesivas decorrentes não se podem imputar ao fornecedor.

Se o produto ou serviço perigoso não apresenta nenhuma impropriedade, o acidente de consumo somente pode ter sido causado em razão de sua utilização indevida pelo próprio consumidor.

A utilização indevida, no entanto, pode ter sido originada pelo desconhecimento do consumidor, acerca dos riscos oferecidos pelo produto ou serviço. Neste caso, o empresário será o responsável pelo acidente, se não prestou informações suficientes e adequadas.

Também a imprudência do consumidor, no tocante aos riscos normais e previsíveis, não se pode considerar justificada por inadequação das informações do fornecedor. O fabricante de facas não está obrigado a advertir os seus consumidores acerca de efeitos letais que o produto pode acarretar. Desde muito antes da invenção da escrita, todos os homens sabem que a faca pode lesionar seriamente, ou mesmo matar pessoas. Não seria possível estabelecer-se qualquer liame entre a qualidade das informações prestadas pelo fabricante da faca e a conduta do consumidor, de que resultou lesão corporal ou morte de alguém, exatamente em função da normalidade e previsibilidade do risco oferecido pelo produto em questão. Por isso, o art. 8º do Código de Defesa do Consumidor, ao determinar que os produtos e serviços não devem expor a saúde e segurança dos consumidores a riscos, ressalva destes os “normais e previsíveis”.

Ora, a normalidade e previsibilidade dos riscos são função da vulgarização de informações entre os consumidores. O perigo apresentado pelo uso inadequado de produto de limpeza pode ser normal e previsível para o consumidor graduado em química, exatamente porque conhece o assunto. Não o é, contudo, para os consumidores em geral. Já os oferecidos por garrafas de vidro quebradas são normais e previsíveis para todos, porque se encontra amplamente difundido o conhecimento acerca desse

material. Atualmente, aparelhos com aproveitamento de energia nuclear são perigosos porque o consumidor tem pouquíssima experiência no seu uso, não os conhece propriamente e não pode, portanto, prever ou considerar normal qualquer risco. Em relação a tais produtos e serviços pouco experimentados e pouco conhecidos do consumidor, cabe ao fornecedor informar de modo ostensivo e adequado os riscos relacionados com a sua utilização. E na medida em que se informa ostensiva e adequadamente acerca dos riscos, esses passam a ser conhecidos e, portanto, normais e previsíveis para os consumidores.

Conclui-se, assim, que a análise do conteúdo das expressões *normais e previsíveis*, adotadas pela lei para qualificar os riscos admitidos no fornecimento, gravita em torno da adequabilidade das informações prestadas pelo fornecedor. Em outros termos, abstraindo-se os produtos e serviços já amplamente conhecidos das pessoas em geral, o fornecedor deve prestar informações com tal eficiência, que possibilite ao consumidor antever todo o potencial de periculosidade emergente do bem ou comodidade adquiridos. Informações adequadas, nesse contexto, são as que capacitam o consumidor a prever os riscos a que se expõe, diante do fornecimento.

4.2. Alto Grau de Periculosidade ou Nocividade

O legislador proíbe o fornecimento de produtos ou serviços com alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança do consumidor (CDC, art. 10). E, aqui, novamente o critério para se definir o elevado grau de perigo é a adequabilidade das informações prestadas pelo empresário. Explico-me: se o produto ou serviço exigem para o seu seguro consumo uma tal ordem de cautelas e conhecimentos, que não se conseguiriam transmitir com facilidade ao consumidor, em razão de sua alta complexidade, então o fornecimento está vedado. Em outros termos, a interpretação do art. 10 do CDC não deve ser feita a partir do potencial de risco encontrável no produto ou serviço em si mesmo considerado, de modo a concluir que, por exemplo, nenhum produto com aproveitamento de energia nuclear poderia ser oferecido ao mercado. A interpretação desse dispositivo legal deve, ao contrário, apontar para a avaliação da eficácia das informações prestadas pelo fornecedor, no sentido de capacitar o consumidor a fazer uso seguro do produto ou serviço.

Código de Defesa do Consumidor

Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

Em suma, para se saber se certo fornecimento oferece apenas riscos normais e previsíveis, de sorte a considerá-lo permitido pelo art. 8º, ou para se saber se o mesmo fornecimento apresenta alto grau de periculosidade ou nocividade, de modo a considerá-lo proibido pelo art. 10 do CDC, o que interessa é verificar se há efetiva possibilidade de se transmitirem ao consumidor do referido fornecimento informações adequadas acerca dos riscos. Ou seja, informações que capacitem o consumidor do fornecimento em questão ao seguro consumo do produto ou serviço. Se tais informações puderem ser prestadas, o fornecimento apresenta riscos normais e previsíveis, pois o consumidor bem informado poderá antever eventuais consequências danosas do ato de consumo. Se, porém, tais informações não puderem ser facilmente prestadas, porque o uso do produto ou serviço reclama cautelas e conhecimentos complexos, então o seu oferecimento ao mercado de consumo é proibido porque expõe o consumidor a alto grau de periculosidade ou nocividade.

Assim, uma vez constatado que se trata de produto ou serviço a respeito de cujos riscos se pode informar com segurança o respectivo consumidor, encontra-se o empresário em condições de fornecê-los ao mercado de consumo. Responderá, contudo, por acidentes provocados pelo consumidor, caso fique comprovada a insuficiência ou inadequação das informações sobre os riscos que acompanhavam o fornecimento.

A responsabilidade do empresário por periculosidade dos produtos ou serviços é objetiva, e por isso o cerne da discussão judicial deverá dizer

respeito não à sua eventual negligência no desenvolvimento da atividade econômica, mas sim ao exame da adequabilidade, sob o ponto de vista técnico, das informações sobre os riscos prestadas. Ou seja, de acordo com os arts. 12 e 14 do CDC, o empresário responde pelos danos causados por informações insuficientes ou inadequadas, sobre riscos de produto ou serviço. Ora, se o empresário provar a suficiência e adequação das informações prestadas, não se verificará a hipótese legal de responsabilização. Além disso, caso se apure, em perícia técnica, que as informações se encontravam suficientes e adequadas, a causa do dano somente se poderá imputar ao próprio consumidor, hipótese em que a responsabilidade do fornecedor é expressamente ressalvada (CDC, art. 12, § 3º, III, e art. 14, § 3º, II).

5. PERICULOSIDADE DO FORNECIMENTO E INFORMAÇÃO DO CONSUMIDOR

No fornecimento perigoso (isto é, em que o produto ou serviço não apresentam qualquer defeito ou vício), a obrigação do fornecedor, no sentido de ressarcir os prejuízos sofridos pelo consumidor, decorre do descumprimento do dever de informá-lo, suficiente e adequadamente, acerca dos riscos a que se expõe adquirindo aquele bem ou comodidade. O objeto exclusivo da ação de indenização será a definição, mediante perícia técnica, da qualidade das informações sobre os riscos prestadas pelo empresário demandado, se estas eram ou não suficientes e adequadas à capacitação do consumidor, para o consumo seguro do fornecimento em questão.

A periculosidade do fornecimento é sempre definida, portanto, a partir da relação entre as informações sobre os riscos de consumo prestadas pelo fornecedor e a sua compreensibilidade pelo consumidor. O fornecimento não é perigoso, portanto, desde que tenha havido o cumprimento do dever de informar os consumidores acerca dos riscos do produto ou serviço.

A legislação consumerista, entretanto, além do dever de informar sobre riscos, prescreve outros aos empresários. Por exemplo, o referido no final do art. 9º, que prevê a adoção de medidas de segurança cabíveis em cada caso em particular. O descumprimento desse dever, de prover os

mecanismos de segurança nos produtos e serviços, contudo, não caracteriza fornecimento perigoso, mas sim defeituosidade de concepção. São, por vezes, ténues os limites entre o fornecimento perigoso e o defeito de concepção, ou mesmo de comercialização, porque os elaboradores do texto normativo não se preocuparam em tratar em dispositivos próprios cada uma dessas situações.

Nesse sentido ainda, pode-se extrair do contido no art. 10 do CDC o dever de o empresário pesquisar os riscos oferecidos pelo seu fornecimento. A lei se refere, com efeito, a graus de periculosidade ou nocividade que o fornecedor sabe ou *deveria saber*. Assim, estabelece-se a responsabilidade do empresário em manter-se renovadamente atualizado com a pesquisa tecnológica em todo o mundo, referente ao objeto do seu fornecimento. Ao pretender lançar no mercado novo produto ou serviço, o fornecedor deve estar certo de que esgotou todas as possibilidades de testes e investigações científicas ou tecnológicas, concretamente oferecidas pelo estado de desenvolvimento do conhecimento especializado, observados os limites circunscritos pelo projeto empresarial correspondente. Se não der atenção a esse dever, contudo, oferecendo ao mercado produto ou serviço não totalmente testado, estará incorrendo na prática de fornecimento defeituoso (defeito de concepção) e não propriamente de fornecimento perigoso.

5.1. Dever de Informar sobre Riscos de Consumo

O fornecimento perigoso, como visto, se caracteriza com a prestação de informações insuficientes ou inadequadas sobre os riscos de consumo, apresentados por produto ou serviço não defeituoso. A questão que se deve propor em seguida diz respeito, exatamente, à extensão do conceito de suficiência e adequabilidade das informações sobre os riscos. Em termos gerais, suficientes e adequadas são as informações cuja compreensão capacita o consumidor a se portar de modo seguro no consumo do produto ou serviço.

Informações adequadas e suficientes são as que capacitam o consumidor a se portar de modo seguro, ao consumir o produto ou serviço correspondente.

Para a mensuração desse efeito pedagógico das informações deve-se considerar o padrão de consumidor do fornecimento em questão. Claro que as pessoas têm diferentes níveis de capacidade intelectual e de atenção, de sorte que a mesma advertência acerca do manuseio do produto pode ser entendida de diversos modos pelos destinatários da mensagem. Ora, se o fundamento racional da responsabilidade objetiva por acidentes de consumo é a possibilidade de o fornecedor socializar os prejuízos decorrentes, então o cálculo empresarial deve ser assegurado. O fornecedor deve responder objetivamente pelos acidentes de consumo, porque ele reúne os meios para absorver e diluir os custos sociais da produção. Consequentemente, a lei deve conferir-lhe instrumentos para mensurar, por cálculos atuariais, a extensão do encargo que lhe é atribuído.

O cálculo empresarial somente é possível a partir da consideração de padrões ideais de consumidores. Não há como desenvolvê-lo a partir de pessoas individualmente consideradas. A suficiência e adequabilidade ou não das informações atinentes ao perigo do fornecimento devem ser, portanto, aferidas em função da capacidade de intelecção de um consumidor-padrão. Esse, por sua vez, deve ser considerado em função de cada tipo de fornecimento em particular, sendo infrutífera e sem sentido a pesquisa do padrão geral de consumidor brasileiro, com vistas a nortear o cálculo de todo e qualquer empresário estabelecido no Brasil. As informações sobre os riscos de consumo devem ser elaboradas para os consumidores do produto ou serviço singularmente considerado, para que se revelem eficazes.

Os fenilcetonúricos, por exemplo, não podem consumir produtos em cuja composição é empregado o ácido fenilalanina, e, por essa razão, alguns produtos são comercializados com a advertência “fenil-cetonúricos: contém fenilalanina”. É certo que a expressiva maioria dos consumidores não tem a mais pálida ideia do sentido dessas palavras, encontradas em latas de refrigerantes dietéticos ou em envelopes de adoçante à base de aspartame. Isso não significa, porém, que a informação é inadequada ou insuficiente, uma vez que os fenilcetonúricos representam grupo de pessoas normalmente submetidas a acompanhamento médico e especialmente informadas acerca dos riscos apresentados por tais produtos à sua saúde.

O exemplo dos fenilcetonúricos ilustra bem a ideia de que a avaliação da qualidade das informações sobre riscos no fornecimento deve pautar-se na consideração do consumidor-padrão, referência elaborada a partir dos consumidores de cada tipo de produto ou serviço. Se se examinasse a suficiência e adequação da advertência “fenilcetonúricos: contém fenilalanina” a partir de modelo de consumidor médio em geral, dever-se-ia concluir pelo não atendimento do dever de informar, uma vez que essa frase é simplesmente ininteligível para a grande maioria das pessoas. Contudo, considerando os seus destinatários específicos e as informações que eles geralmente já possuem sobre os riscos oferecidos pelo ácido em questão, pode-se constatar a sua integral suficiência e adequabilidade.

A avaliação da adequabilidade e suficiência das informações leva em conta o perfil do consumidor-padrão de um produto ou serviço específico.

Outro aspecto importante na elaboração do padrão de consumidor relaciona-se com a questão da deficiência de significativa parcela de consumidores, especialmente no mercado de consumo brasileiro. Para a mensuração da adequação das informações, poderia o empresário construir a noção de consumidor-padrão considerando apenas os consumidores médios de seu fornecimento. Poderia, contudo, considerar também os desprovidos de conhecimentos médios. Nas duas hipóteses, o cálculo empresarial se mostra realizável, mas, por evidente, algumas informações tomadas por adequadas com a adoção do primeiro critério (o padrão é apenas o consumidor médio) seriam tidas por inadequadas pelo segundo critério (o padrão é também o consumidor desprovido de conhecimentos médios). A melhor interpretação do Código de Defesa do Consumidor é a de que, na aferição da pertinência de informações prestadas aos consumidores, deve-se imaginar como destinatário o consumidor desprovido de conhecimentos médios. Com essa medida, tutela-se maior quantidade de pessoas, concretizando a disposição do constituinte e do legislador, no sentido de liberar proteção eficaz aos consumidores.

Note-se que elaborar a ideia de consumidor-padrão com atenção aos desprovidos de conhecimentos médios não é o mesmo que considerar todos os consumidores individualmente. Com certeza, haverá pessoas exageradamente distraídas ou particularmente desinformadas ou limitadas, que não podem ser levadas em conta na mensuração da adequabilidade e suficiência das informações sobre riscos de produtos ou serviços. Exigir-se o contrário do empresário equivaleria a impossibilitar o cálculo empresarial.

5.2. Adequabilidade e Suficiência das Informações sobre Riscos de Produtos e Serviços

Em termos gerais, a informação sobre risco de consumo é suficiente e adequada se for capaz de instruir o consumidor de certo fornecimento, acerca dos meios seguros de utilização do produto ou serviço correspondente. Em termos específicos, o Código de Defesa do Consumidor, no art. 31, estabelece outros requisitos. Segundo o dispositivo, as informações sobre os riscos que os produtos ou serviços oferecem à saúde e segurança dos consumidores devem ser corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa.

Código de Defesa do Consumidor

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Correta é a informação verdadeira, isto é, correspondente com a realidade do produto ou serviço. Qualquer dado em desacordo com os reais efeitos proporcionados pelo fornecimento é falso, e não atende ao dever de veracidade prescrito por lei. Também não deve ser considerada correta a informação incompleta, que omite informação essencial sobre o perigo

relacionado ao produto ou serviço. A correção da informação compreende sua absoluta exatidão e necessariamente deve abranger todos os aspectos relevantes à segurança do consumo.

Clara é a informação que pode ser assimilada pelo consumidor médio com facilidade. A informação pode ser verdadeira sem ter o atributo da clareza se, por exemplo, for elaborada apenas com expressões e notações científicas inacessíveis a quem não domina o conhecimento especializado. A obscuridade não é necessariamente falsidade, mas desinforma na mesma medida.

A *precisão* da informação é atributo que não se confunde com a correção nem com a clareza. Diz respeito ao conteúdo específico da informação. Caracteriza-se a precisão pela apresentação de dados indicativos da exata extensão dos riscos oferecidos pelo produto. Advertências genéricas do tipo “*cuidado: o uso inapropriado desse produto pode causar danos irreparáveis à sua saúde*” não atendem ao ditame legal e também desinformam mais do que informam, pois, apesar de corretas e claras, são imprecisas.

Relativamente às informações sobre os riscos de consumo, um atributo muito importante é a *ostentação*. Atende-se a exigência legal quando se destacam as informações de tal modo, no contexto da embalagem, oferta, publicidade ou bula, que ao consumidor médio é impossível não ter a atenção despertada para o seu conteúdo. A ostentação deve ser tanto maior quanto mais elevado for o grau de periculosidade ou nocividade do fornecimento.

Por fim, as informações sobre os riscos do produto ou serviço devem ser apresentadas em *língua portuguesa*. Claro que o uso de algumas expressões em língua estrangeira, se conhecidas dos consumidores, não torna inadequada ou insuficiente a mensagem. Uma advertência do tipo “*não pressione o spray diretamente sobre os olhos*”, em recipientes de produtos de higiene, é perfeitamente compreensível por qualquer habitante de cidade brasileira. Se, contudo, aquela palavra em inglês fosse substituída por *dispositivo de vaporização*, aí sim a referida advertência seria inadequada em vista de sua inusualidade.

A inadequação ou insuficiência das informações podem resultar de fator que o direito norte-americano chama de *countervailing representation*

(Phillips, 1974:222/224). Verifica-se quando a apresentação e embalagem do produto têm características tais que o consumidor é intuitivamente levado a crer que o seu consumo não oferece qualquer tipo de insegurança. Ocorre como que uma contrainformação liberada pelo aspecto geral do produto. É a hipótese exemplificativa de detergentes incolores, acondicionados em garrafas plásticas parecidas com as de água mineral. Também as marcas podem acabar neutralizando o efeito pedagógico de informações sobre riscos. Ocorre contrainformação quando se adota, por exemplo, a marca *Suave*, para produto de limpeza tóxico no manuseio direto.

6. RISCO DE DESENVOLVIMENTO

A mais intrincada questão em matéria de responsabilidade dos fornecedores por lesão à saúde, integridade física ou interesse patrimonial dos consumidores de produtos e serviços está relacionada com a indenizabilidade dos danos decorrentes de *risco de desenvolvimento*, isto é, de efeitos desconhecidos que, em tese, todo fornecimento pode apresentar. Deveras, por mais cauteloso e diligente que o empresário seja, ao pesquisar amplamente as consequências que o novo produto ou serviço pode acarretar aos seus usuários, valendo-se dos mais avançados métodos e conhecimentos do saber científico e tecnológico no mundo, é possível que efeitos lesivos do fornecimento apenas venham a se manifestar após a sua inserção no mercado de consumo. Em outros termos, a discussão sobre os *riscos de desenvolvimento* refere-se às responsabilidades do empresário, pelos danos decorrentes de efeito do fornecimento incognoscível no momento de sua introdução no mercado de consumo.

6.1. Dever de Pesquisar

Aos empresários o Código de Defesa do Consumidor prescreve o dever de pesquisar. Isto é, eles não podem oferecer ao mercado *de consumo* produto ou serviço acerca do qual não conheçam a exata mensuração do potencial de risco. Esse conhecimento o fornecedor pode buscá-lo diretamente, por meio da estruturação de departamento de pesquisa em sua empresa, ou indiretamente, por meio de contato com os resultados

mundialmente obtidos pelo desenvolvimento científico e tecnológico. O que não pode ocorrer é o fornecimento de produto ou serviço, sem que o fornecedor esteja exaustivamente informado acerca dos riscos a que se expõem os seus consumidores. Da observância do dever de pesquisar resulta não só o aperfeiçoamento das medidas de segurança envolvidas do fornecimento, mas também a prestação de informações adequadas ao consumidor. A desobediência ao dever de pesquisar, por sua vez, caracteriza defeito de concepção no fornecimento com a responsabilidade do fornecedor pelos danos decorrentes.

Para dar cumprimento ao dever de pesquisar, o fornecedor deve esgotar as possibilidades oferecidas pelo *estado da arte*. São os objetivos do seu projeto empresarial que fixarão os limites do esforço de pesquisa. A proposta respeitante ao fornecimento de bens ou comodidades de baixo custo, tendo em vista o atendimento a consumidor de determinado perfil econômico, condicionará, certamente, a natureza das pesquisas a serem desenvolvidas. Contudo, mesmo no interior desses limites, circunscritos pelos condicionantes econômicos do projeto empresarial, será possível averiguar se o fornecedor adotou, ou não, todas as providências possíveis, no sentido de esclarecer o potencial de risco do seu fornecimento de baixo custo. Em outros termos, se houve o esgotamento dos testes e investigações possibilitados pelo estágio de desenvolvimento científico e tecnológico na aferição dos riscos latentes do fornecimento.

O risco de desenvolvimento está relacionado à possibilidade de o produto ou serviço vir a apresentar efeito danoso, que não poderia ter sido previsto pelas pesquisas científicas ou tecnológicas realizadas antes de sua colocação no mercado consumidor.

De fato, a despeito do exaurimento das possibilidades oferecidas pelo *estado da arte*, um risco não antecipado pela ciência ou tecnologia pode se manifestar após o oferecimento do produto ou serviço ao mercado consumidor, com gravíssimas consequências aos seus usuários, como se verificou no lamentável e conhecido caso do calmante *Contergan-*

Thalidomida. Nessa hipótese, se por suposto já vigorasse o Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor brasileiro do medicamento poderia ou não ser responsabilizado pela indenização dos danos acarretados às vítimas do acidente de consumo?

Note-se que não se trata, como já se acentuou, de fornecimento perigoso, posto que as informações prestadas ao consumidor teriam sido adequadas e suficientes, conforme o que o conhecimento humano especializado podia, realmente, antever. Isto é, o empresário não teria desobedecido o dever de informar; ao contrário, teria prestado as devidas informações, nos limites reais do desenvolvimento do saber científico e tecnológico. Como a responsabilidade do empresário por fornecimento perigoso decorre unicamente da insuficiência ou inadequação das informações acerca dos riscos ao consumidor, esse não o poderia demandar alegando periculosidade no produto ou serviço.

Considere-se, também, que no caso não haveria fornecimento defeituoso por impropriedade de concepção. Isso se pode afirmar, na medida em que o projeto empresarial desenvolvido tivesse incorporado todos os avanços de pesquisa científica possibilitados pelo estágio de desenvolvimento da ciência e tecnologia. A diferença entre defeituosidade de concepção (descumprimento do dever de pesquisar) e incognoscibilidade de efeito danoso (risco de desenvolvimento) se estabelece precisamente a partir do aproveitamento integral das possibilidades abertas pelo desenvolvimento do conhecimento humano especializado, pelo *estado da arte*. Enquanto no defeito de concepção, o empresário não aproveita tais possibilidades, no fornecimento com efeito danoso incognoscível ocorre o aproveitamento. Nas lições de Calvão da Silva, o estágio de desenvolvimento da ciência e da técnica serve de linha fronteira entre, de um lado, os defeitos de concepção e informação e, de outro, os riscos de desenvolvimento (1990:521).

Desse modo, ao fornecer ao mercado consumidor produto ou serviço que, posteriormente, apresenta riscos, cuja potencialidade não pôde ser antevista pela ciência ou tecnologia, o empresário não deve ser responsabilizado com fundamento nem na periculosidade (pois prestou informações sobre riscos adequadas e suficientes), nem na defeituosidade (porque cumpriu o seu dever de pesquisar). Por outro lado, frustra o espírito tutelar do consumerismo deixar ao desabrigo os consumidores de fornecimento de

potencial latente de risco não revelado durante os testes preparatórios de sua inserção no mercado. Trata--se de questão bastante complexa e qualquer que seja a sua solução não se atenderão satisfatoriamente todos os interesses transindividuais envolvidos, pois ou se inibirá o desenvolvimento científico e tecnológico, ou permanecerão inidêntes certos acidentes de consumo. Daí a discussão acerca da responsabilidade do fornecedor, por risco de desenvolvimento, aguçar o espírito de doutrinadores e legisladores, em busca do critério mais ajustado (para uma visão geral da complexidade da matéria, ver Lucan, 1990:519/532).

A diretiva europeia — cujos documentos preparatórios oscilaram entre a admissão e a rejeição da excludente de responsabilidade por risco de desenvolvimento —, acabou adotando uma solução ambígua no tocante ao assunto. Ao mesmo tempo que previu não ser o produtor responsável, se provar a impossibilidade de constatação do defeito no momento em que ofereceu o produto ao mercado, autorizou o estado--membro a derrogar referida previsão. Portugal, Itália, Alemanha, França e Áustria não se utilizaram da autorização derrogatória, consagrando nos seus direitos internos a excludente por risco de desenvolvimento. Mesmo nos Estados Unidos, em que a responsabilização dos fornecedores por acidente de consumo tradicionalmente foi bastante ampla, já se admite a escusa por risco de desenvolvimento, depois de séria retração na indústria farmacêutica, no tocante ao oferecimento de novos remédios e vacinas, motivada pelos rigores da responsabilidade civil (cf. Calvão da Silva, 1990:524). Ressalta a doutrina que a imprevisibilidade dos riscos dessa natureza torna insuportáveis os prêmios dos seguros (Bin, 1989:136). A grande controvérsia em todo o mundo na disciplina da responsabilidade dos empresários, por risco de desenvolvimento, na verdade apenas reflete a atual insuficiência do excedente social para o atendimento das vítimas desse tipo de acidente de consumo.

A responsabilização objetiva dos empresários por risco de desenvolvimento pode desestimular a pesquisa de novos produtos, em especial os farmacêuticos. Por outro lado, deixar o consumidor ao desamparo frustra os objetivos do consumerismo.

O direito brasileiro não trata diretamente do assunto, não obstante a sua relevância para os usuários de novos produtos e serviços e para o desenvolvimento da pesquisa tecnológica nacional. Para Antonio Benjamin, o CDC não admitiria o risco de desenvolvimento como excludente de responsabilização dos empresários, em função de haver incorporado a tese do risco de empresa (1991b:67). Penso, ao contrário, que a legislação nacional na verdade admite a excludente. O art. 10 do estatuto tutelar dos consumidores estabelece que o fornecedor não pode oferecer ao mercado produtos ou serviços que saiba, ou *devesse saber*, apresentarem alto grau de periculosidade ou nocividade aos consumidores. Ora, à falta de expressa previsão legal sobre o tema, pode-se concluir que o empresário não está proibido de oferecer produtos e serviços, acerca de cujos riscos o *estado da arte* da época do seu lançamento não tem condições de detectar totalmente. Esses riscos o fornecedor, por evidente, não tem e não pode ter o *dever* de saber, pois isso equivaleria a obrigá-lo ao impossível. Por outro lado, o § 1º do mesmo art. 10, ao tratar da descoberta de periculosidade posteriormente à introdução do produto ou serviço no mercado de consumo, não prevê a indenização pelos danos supervenientes, mas apenas impõe a obrigação de comunicar o fato às autoridades (que deverão retirar o produto ou serviço de circulação, caso o fornecedor não o faça) e aos consumidores.

Assim, pode-se afirmar que o produto ou serviço, que manifeste nocividade apenas depois de sua inserção na cadeia de circulação econômica, torna-se juridicamente perigoso somente se, uma vez revelada a real extensão do potencial de risco, omitir-se o fornecedor de proceder à devida divulgação da descoberta aos consumidores e ao poder público. Lembre-se que a questão da periculosidade do fornecimento se exaure na análise do cumprimento do dever de informar. Se for dado pronto atendimento a esse dever, nenhuma responsabilidade poderá advir ao empresário em razão dos danos ocasionados pelo risco anteriormente desconhecido.

6.2. Estado da Arte

O cerne da questão relativa à responsabilidade do fornecedor, por acidentes de consumo derivados da inobservância do dever de pesquisar, refere-se à definição do *estado da arte* da época do lançamento do produto ou serviço. A partir desse conceito, é possível decidir se o empresário incorreu eventualmente em defeito de concepção, deixando de esgotar todas as possibilidades de testes e investigações científicos e tecnológicos existentes na oportunidade, ou não. E, conseqüentemente, decidir se os danos advindos da manifestação ulterior do potencial de periculosidade seriam imprevisíveis, de modo a se caracterizar risco de desenvolvimento, fator excludente de sua responsabilização.

No direito brasileiro não há conceito normativo de *estado da arte*. É certo que a Lei da Propriedade Industrial contempla conceito de *estado da técnica* (LPI, art. 11, § 1º), para fins da definição das criações intelectuais que, por sua novidade, podem ser objeto de patente de invenção. Trata-se, no entanto, de noção um tanto restrita, elaborada a partir da ideia de conhecimentos tornados públicos por qualquer meio e, portanto, com exclusão da importante área dos segredos de empresa. Por *estado da arte* se deve entender o conjunto de conhecimentos acumulados pelos cientistas e especialistas no mundo todo, ligados ao meio acadêmico ou empresarial, acerca dos efeitos que o emprego de determinados processos, substâncias, formas ou mecanismos em produtos e serviços pode acarretar à saúde ou segurança das pessoas a eles expostas, sejam ou não tutelados pelo direito industrial.

Na aferição da exploração de todos os recursos disponibilizados pelo *estado da arte*, na fase preparatória do lançamento de produto ou serviço, não se deve considerar apenas os dados ou informes científicos e tecnológicos imediatamente ao alcance do fornecedor. O dever de pesquisar, imposto por lei, obriga o empresário a se reportar, cotidiana e eficientemente, a todas as notícias de novidade no tratamento científico ou tecnológico do objeto de sua empresa, de molde a manter-se estritamente atualizado. O decisivo na caracterização do chamado defeito de desenvolvimento, como ensina Maria Angeles Lucan (1990:521), é que o risco não poderia ter sido previsto por ninguém e não se o produtor individualmente considerado reunia as condições de descobri-lo.

Para atender ao dever de pesquisar que a lei lhe impõe, o empresário deve manter-se (pessoalmente ou por meio dos seus empregados técnicos) bem atualizado com as conquistas da ciência ou da tecnologia respeitante aos produtos ou serviços que coloca no mercado.

Na delimitação do dever de pesquisar, por fim, tem sido objeto de preocupação doutrinária discutir a importância a se atribuir às posições minoritárias do conhecimento especializado e às teses científicas ainda não inteiramente confirmadas. O critério que se mostra mais ajustado, nesse particular, parece ser o extensivo. Ou seja, na dúvida, responsabiliza-se o fornecedor. Claro que as manifestações pseudoconsistentes de saberes autoproclamados alternativos, que o saber acadêmico e universitário tendem a não reconhecer como interlocutores, não podem servir de padrão para o cálculo empresarial e, conseqüentemente, para o julgamento do cumprimento do dever de pesquisar pelo fornecedor. O que ele não pode ignorar são as dúvidas metodicamente suscitadas por setores minoritários da pesquisa científica, com os quais o saber acadêmico e universitário costuma manter diálogo, mesmo que antitético. De tais questionamentos embrionários e por vezes meramente intuitivos costumam nascer verdadeiras revoluções no saber científico e tecnológico.

Acentue-se que a adoção dessa perspectiva não pressupõe a desqualificação *epistemológica* dos saberes autoproclamados alternativos. Apesar das instigantes possibilidades suscitadas pela questão filosófica acerca dos fundamentos pelos quais o conhecimento acadêmico e universitário reivindica para si a primazia e a exclusividade no tratamento da verdade, e de outros atributos da capacidade intelectual humana — questão esta bem visitada por Foucault, em sua genealogia do poder —, o fato é que o empresário necessita de critério seguro para estruturar sua empresa, para o qual nenhuma contribuição pode fornecer, no momento, a reflexão filosófica sobre a hierarquia dos saberes. Juridicamente falando, os conhecimentos que o meio acadêmico e universitário não elegem como interlocutores não integram o *estado da arte*.

No tocante às teses científicas não inteiramente confirmadas, Marino Bin propõe que se proceda à aferição casuística. Se os possíveis efeitos danosos à saúde das pessoas, provocados por remédio ou produto químico, forem referidos em estudo científico teórico ainda não testado, o fornecedor deve postergar o seu lançamento no mercado de consumo, até que experimentos idôneos demonstrem a insubsistência da hipótese levantada por aquele estudo (1989:137). Assim, caso não dê a devida consideração à advertência suscitada pela tese científica, precipitando o oferecimento do produto ou serviço ao consumidor, o fornecedor terá descumprido o dever de pesquisar, e responderá pelos danos decorrentes de defeito de concepção, se porventura restarem posteriormente confirmadas as preocupações daquele estudo teórico. Evidentemente, se a nocividade, revelada após a venda do produto ou serviço, for diversa da referida por esse ou por qualquer outro estudo, o fornecedor estará isento de responsabilização.

A exclusão de responsabilidade do fornecedor por risco de desenvolvimento está, portanto, indiretamente prevista pelo Código de Defesa do Consumidor, sintonizado, nesse particular, com a solução adotada pelo direito de países centrais do capitalismo. Essa causa de exclusão, no entanto, deverá ser futuramente afastada da disciplina da matéria. Tal possibilidade, aliás expressamente prevista pela diretiva europeia, está condicionada economicamente pelo estágio de acúmulo de força de trabalho (excedente social). Quando cálculos atuariais permitirem constatar que o socorro às vítimas por acidente de consumo, originado por risco de desenvolvimento, não mais comprometeria os investimentos em pesquisa científica e tecnológica, seguir-se-á a transformação da norma jurídica, ou de sua interpretação doutrinária e jurisprudencial, no sentido da responsabilização dos fornecedores também por riscos incognoscíveis no momento da introdução do fornecimento no mercado. Por enquanto, inviabilizado o cálculo empresarial pela inexistência de excedente, o direito deve mesmo excluir a responsabilidade do fornecedor por risco de desenvolvimento.

7. FORNECIMENTO DEFEITUOSO

Se o acidente de consumo decorre de conduta negligente do consumidor, no manuseio de produto ou desfrute de serviço, de duas uma: ou as informações sobre os riscos do fornecimento estavam adequadas, e então o fornecimento não se determina juridicamente como *perigoso*, e inexistente responsabilidade para o fornecedor; ou não estavam, e então se caracteriza para o direito a periculosidade, e o consumidor será integralmente indenizado.

O acidente de consumo, porém, nem sempre é causado pela conduta do consumidor. Por vezes, pode decorrer de fatores estranhos à ação do usuário do produto ou serviço. É o caso de fornecimento *defeituoso*, em que se verifica impropriedade no bem ou comodidade oferecidos ao mercado, do qual resultam danos à saúde, à integridade física ou a interesse patrimonial do consumidor.

Defeito é uma impropriedade, algo que não deveria ser o que é. Distingue-se do perigo, na medida em que, nesse último, os produtos ou serviços são exatamente o que deveriam ser, embora as informações sobre os seus riscos não se mostrem suficientes ou adequadas à capacitação do consumidor para o consumo seguro. No fornecimento defeituoso, haverá sempre disparidade, dessintonia, desacordo entre um fator ideal e outro real. No defeito de concepção, o descompasso se estabelece entre o projeto empresarial que poderia ser elaborado, com o aproveitamento de todos os recursos oferecidos pela ciência e tecnologia para a produção do bem ou serviço em questão, e o projeto empresarial efetivamente desenvolvido. No defeito de execução, o descompasso se verifica entre a fabricação ou conservação do produto ou prestação do serviço e o respectivo projeto empresarial. No defeito de comercialização, por fim, entre o padrão de informações adequadas e suficientes sobre a *utilização* do produto e o conjunto de dados a esse respeito efetivamente transmitido aos consumidores.

O defeito é uma impropriedade do produto ou serviço, uma disparidade entre o que ele deveria ser e o que é.

Na aferição de defeito *de concepção*, é necessária a análise da relação custo-benefício. É sabido que o fornecimento de energia elétrica por cabos subterrâneos representaria menor grau de perigo a todas as pessoas. Em tese, portanto, um projeto de fornecimento de energia elétrica por cabos suspensos não corresponde ao esgotamento dos avanços tecnológicos e científicos, proporcionados pela evolução do conhecimento humano. Contudo, o montante que seria dispendido com a execução e manutenção do sistema subterrâneo de cabos elevaria consideravelmente o preço para o consumidor da energia elétrica, sem que a correspondente diminuição dos acidentes de consumo pudesse caracterizar benefício compensador. Em outros termos, não se podem ignorar os limites econômicos fixados pelos objetivos do projeto empresarial, no exame da pertinência ou defeituosidade do fornecimento.

Entre as modalidades de defeito de execução, deve-se incluir a hipótese de produtos perecíveis, inadequadamente conservados pelo fabricante ou por qualquer intermediário, e seus contratados (como as transportadoras, por exemplo). Os métodos ou cautelas para a conveniente conservação de produtos perecíveis é capítulo necessário do projeto empresarial referente à introdução desse tipo de fornecimento. A deterioração do produto motivada pela má conservação configura, assim, inobservância da parte do projeto relativa ao seu armazenamento e transporte adequados.

O defeito *de comercialização*, por sua vez, decorre da inadequação ou insuficiência das informações acerca da utilização do produto, prestadas aos consumidores. Note-se que o dano decorrente de defeito de comercialização compromete em geral apenas o próprio produto adquirido pelo consumidor. Se o aparelho eletrodoméstico não é acompanhado de indicações ostensivas sobre a voltagem adequada ao seu funcionamento e, por isso, o consumidor o conecta à rede errada, os danos, em geral, atingirão apenas o próprio aparelho. Se as informações, cuja inadequação resultou prejuízos ao consumidor, referirem-se não mais à utilização, mas sim aos riscos do produto, então a questão se desloca para o campo da periculosidade.

7.1. Classificação dos Fornecedores

Em matéria de responsabilidade por produtos defeituosos, o legislador nacional distinguiu duas espécies de fornecedores. De um lado, o fabricante, produtor, construtor e importador e, de outro, o comerciante.

O conceito de fabricante relaciona-se com a atividade de transformação e compreende os empresários que industrializam ou manufaturam produtos para oferecê-los ao mercado, tais como as montadoras de veículos, fábricas de utensílios domésticos, móveis, roupas, remédios, produtos alimentícios, refrigerantes etc. A noção de fabricante não se circunscreve apenas aos empresários de maior poderio econômico. O microempresário e o empresário de pequeno porte, ao confeccionarem bens mais ou menos personalizados, se determinam como fabricantes também. A legislação tutelar de consumo não distingue os fornecedores, em função de sua força econômica, responsabilizando na mesma medida a multinacional e a fábrica de fundo de quintal.

Produtor é o empresário dedicado às atividades de fornecimento de produtos extraídos diretamente da natureza. É o pecuarista, agricultor, caçador ou pescador. Construtor, por sua vez, é o empresário do ramo imobiliário que ergue prédios ou realiza loteamentos. De acordo com a legislação nacional, têm eles a mesma responsabilidade dos industriais por fornecimento defeituoso. Ao atribuir a esses tipos de fornecedores (produtor e construtor) responsabilidade de igual extensão e natureza da reservada aos fabricantes, o direito brasileiro se revela mais protetor que o dos estados-membros da Comunidade Europeia, cuja diretiva os exclui expressamente do sistema de responsabilidade objetiva.

O fabricante, produtor e construtor são designados, doutrinariamente, por fornecedores *reais* (Benjamin, 1991b:56).

Importador é o revendedor no Brasil de bens fabricados ou produzidos no exterior. Em termos econômicos, encontra-se na mesma situação do comerciante, isto é, trata-se de mero intermediário na cadeia de circulação de riquezas, que não interfere com o processo produtivo, estritamente considerado. No entanto, o legislador atribuiu-lhe a responsabilidade do fabricante, com vistas a tornar efetiva a tutela deferida aos consumidores. Se o importador fosse tratado tal como o comerciante, dificilmente o consumidor teria condições de ser ressarcido em seus danos em face da complexidade envolvida com a promoção da responsabilização de

fabricante ou produtor sediado em país estrangeiro. O importador é chamado, pelos doutrinadores, de fornecedor *presumido* (Benjamin, 1991b:56).

7.2. Responsabilidade do Fabricante, Produtor, Construtor e Importador

O fabricante, produtor, construtor e importador respondem pelos danos causados por fornecimento defeituoso de produtos (CDC, art. 12). Aquele que sofrer acidente de consumo, decorrente de defeito de concepção, execução ou comercialização de produto, tem o direito de ser indenizado por todos os danos decorrentes. A responsabilidade, no caso, é objetiva, independe de culpa da parte dos empresários.

Código de Defesa do Consumidor

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e risco.

Na verdade, o fornecedor real ou presumido, demandado por defeito do produto, deixará de ser responsabilizado se provar uma das hipóteses aventadas pelo art. 12, § 3º, do CDC. Isto é, a ilegitimidade passiva, a inexistência do defeito ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. No primeiro caso, o empresário deve provar que o produto defeituoso não foi fabricado, produzido, construído ou importado por ele. Nessa excludente de responsabilização, encaixa-se não somente a hipótese de equívoco do consumidor na identificação do fornecedor responsável, mas também os defeitos provocados por produtos falsificados ou com marca usurpada.

A segunda excludente relaciona-se à inexistência de defeitos. Cabe, nesse caso, ao empresário demonstrar que o produto fornecido ao mercado não apresentava qualquer impropriedade, seja na concepção, execução ou

comercialização. Isto é, deve provar que o projeto empresarial desenvolvido aproveitou todos os recursos proporcionados pela evolução do saber humano especializado, que o processo de fabricação do produto observou o projeto empresarial e que as informações sobre a sua utilização capacitam os consumidores a manuseá-lo apropriadamente. Com tais provas, demonstra-se a inocorrência de impropriedade de qualquer natureza, no fornecimento do produto.

A defeituosidade, nos termos da lei, se revela a partir da frustração de expectativas, concernentes à segurança oferecida pelo consumo do produto em particular (CDC, art. 12, § 1º). Claro que essas expectativas não podem ser senão as do conhecimento científico e tecnológico especializado, de modo a possibilitar o cálculo empresarial. Considerar a defeituosidade a partir da perspectiva dos consumidores impossibilita qualquer antecipação do montante a ser distribuído ao preço do produto, na socialização de perdas relacionadas a acidentes de consumo. É certo, por outro lado, que a insuficiência ou inadequação das informações sobre riscos, prestadas pelo fornecedor, podem gerar falsa expectativa dos consumidores relativamente à segurança do produto; mas, nesse caso, será responsabilizado o empresário por periculosidade e não por defeituosidade do fornecimento.

A terceira excludente de responsabilização do fornecedor por produtos defeituosos refere-se à culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros na causação do evento danoso. A rigor, nesse caso, o empresário irá demonstrar, embora sob outro ângulo, ainda a inexistência do defeito. Pois se o acidente de consumo decorre exclusivamente de conduta culposa do próprio consumidor ou de outrem, então é porque o produto não apresenta qualquer impropriedade capaz de deflagrá-lo. A culpa concorrente da vítima, na responsabilização do fabricante, produtor, construtor ou importador, não é causa de diminuição do valor da indenização, como ocorre, em regra, nas demais hipóteses de responsabilidade civil.

O elenco de excludentes do art. 12, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor não é exaustivo. O fornecedor também é liberado do dever de indenizar em demonstrando a presença, entre as causas do acidente de consumo, da força maior ou do caso fortuito, desde que *posteriores* ao fornecimento. A força maior ou o caso fortuito anteriores ao fornecimento não configuram excludente de responsabilização, uma vez que o fundamento

racional da responsabilidade objetiva do empresário, por acidente de consumo, se encontra exatamente na constatação da relativa inevitabilidade dos defeitos no processo produtivo (cf. Alpa, 1989:24). Assim, o mais diligente dos empresários pode acabar oferecendo ao mercado produtos com defeitos. Ora, se esses não são resultantes de conduta culposa na organização da empresa, somente se podem explicar pela superveniência de força maior ou caso fortuito. Contudo, ao se manifestarem esses fatores *após* a introdução do produto na cadeia de circulação econômica, não se verificam mais aqueles pressupostos da responsabilização objetiva do fornecedor. Por esta razão, a prova do caso fortuito e da força maior posteriores ao fornecimento o libera do ressarcimento dos danos. Com efeito, a manifestação de tais fatores, posteriormente ao fornecimento, desconstitui qualquer liame causal entre o ato de fornecer produtos ao mercado e os danos experimentados pelo consumidor. Por exemplo, se o eletrodoméstico é inutilizado por um raio, não se responsabiliza o empresário pelos prejuízos do consumidor.

Também a excludente por risco de desenvolvimento deve ser lembrada para fundamentar o caráter exemplificativo do elenco do art. 12, § 3º, do CDC. É certo que proponho diferenciar periculosidade de defeituosidade do produto, como solução teórica mais útil ao entendimento da matéria relativa às responsabilidades dos empresários por acidente de consumo. Mas, como o Código de Defesa do Consumidor não adota essa diferenciação tão claramente, tratando as duas situações nos mesmos dispositivos (CDC, arts. 12 a 14), mostra-se conveniente a sua referência, na análise das causas de exclusão de responsabilidade dos fornecedores.

7.3. Responsabilidade do Comerciante

O comerciante é o intermediário no fornecimento de produtos fabricados, construídos ou produzidos no Brasil ou para aqui importados. O conceito abrange tanto o varejista como o atacadista, bastando à sua determinação que inexista qualquer atividade industrial ou manufatureira de sua parte, na circulação econômica do bem. Na sua caracterização, outrossim, são totalmente irrelevantes os contornos elaborados pela doutrina comercialista, a partir da teoria dos atos de comércio ou mesmo da empresa. Assim, há fornecedores considerados comerciantes pelo direito comercial que não o

são para o direito do consumidor, tais o industrial, banqueiro e construtor; e há os considerados comerciantes pelo direito do consumidor, que não o são para o direito comercial, como a cooperativa. Para a doutrina, o comerciante é denominado fornecedor *aparente* (Benjamin, 1991b:56).

A responsabilidade do comerciante é ora objetiva, ora subjetiva. É objetiva quando substitui a dos fornecedores reais ou presumidos. Ou seja, ele responde independentemente de culpa, na medida em que não se puderem identificar, com facilidade, o fabricante, construtor, produtor ou importador do produto defeituoso (CDC, art. 13, I e II). Pretendeu o legislador, nessa hipótese, proporcionar aos consumidores meios de verem ressarcidos os danos sofridos pelo manuseio de produtos defeituosos, que não apresentam identificação do responsável pelo seu processo de produção ou pela sua introdução no mercado nacional. Alcança, por exemplo, os produtos artesanais, em que o fabricante não costuma ser designado, ou os hortifrutigranjeiros, que geralmente são comercializados sem identificação do produtor, ou ainda imóveis adquiridos por meio de corretores, sem a menção do respectivo construtor.

É irrelevante, para o consumidor, se o comerciante pode ou não informá-lo o nome do fornecedor real ou presumido. Se o produto, em si mesmo considerado, não possibilita a fácil identificação do fabricante, construtor, produtor ou importador, o comerciante irá responder, e objetivamente, pelos acidentes de consumo provocados por seus defeitos.

Por outro lado, é subjetiva a responsabilidade do comerciante se o dano tiver sido ocasionado por má conservação de produtos perecíveis (CDC, art. 13, III). Nesse caso, o comerciante não tem responsabilidade substitutiva, porque indenizará o consumidor em razão de sua própria negligência no adequado armazenamento de produtos perecíveis. Verifica-se que o legislador fez referência à má conservação de produtos perecíveis, o que centra o foco da questão sobre a conduta do comerciante, e recupera o princípio da culpabilidade. Se tivesse se reportado à deterioração de produtos perecíveis, durante o tempo em que se encontravam sob a guarda do comerciante, aí sim, teria consagrado mais uma hipótese de responsabilidade objetiva.

O fato de ser baseada na culpa essa hipótese de responsabilização em nada altera a distribuição do ônus probatório desenhada pelo legislador.

Cabe ao comerciante demandado provar que não incorreu em prática culposa na conservação do produto. Evidentemente, como se trata de fato negativo, admite-se em certa medida a prova indiciária, com a demonstração de diligência empresarial em termos globais. De qualquer forma, não se imporá ao consumidor, em nenhuma circunstância, a prova diabólica da culpa do comerciante, na conservação do produto perecível.

O comerciante é chamado de fornecedor aparente. A sua responsabilidade é objetiva quando o fornecedor real ou presumido não puder ser identificado pelo consumidor; e é subjetiva quando conservou indevidamente produtos perecíveis.

O consumidor que sofrer danos em virtude dessa modalidade específica de defeito de execução (isto é, a má conservação de produtos perecíveis) tem ação contra o comerciante, devendo ser julgado carecedor se demandar os fornecedores reais ou presumidos. Se alegar má conservação do produto como fundamento de seu pedido, o consumidor só pode demandar o comerciante. Se, porém, o consumidor ignorava a causa efetiva do defeito e ajuizou a ação contra o fabricante, imaginando tratar-se, por exemplo, de defeito de concepção, e, no curso do processo, ficou definido que o dano decorreu de má conservação, então nesse caso em particular, o réu deve ser condenado e, em regresso, ressarcir-se perante o comerciante culpado pelo defeito.

7.4. Responsabilidade do Prestador de Serviços

Ao prestador de serviços, por sua vez, reservou a legislação brasileira responsabilidade objetiva pelos danos ocasionados aos consumidores (CDC, art. 14).

Código de Defesa do Consumidor

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à

prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Em relação aos serviços, pode-se cogitar também de defeito de concepção, execução ou comercialização. No serviço de lavanderia estruturalmente mal dimensionado, em que se mancham as roupas claras, em razão de não se as separarem das que soltam tinta, pode-se caracterizar defeito de concepção. No serviço de dedetização, em que não se protegem adequadamente os produtos alimentícios da ação do veneno pulverizado, verifica-se defeito de execução. E no serviço bancário, em que não se informa adequadamente o consumidor acerca das cautelas mínimas no uso do cartão magnético, ocorre defeito de comercialização.

Libera-se o prestador de serviços da indenização pelos danos decorrentes de fornecimento defeituoso, se provar a inexistência do defeito ou culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros (CDC, art. 14, § 3º). Cabe-lhe, portanto, demonstrar em juízo que inexistente descompasso entre o projeto empresarial do serviço prestado e aquele que, idealmente, decorreria do aproveitamento de todas as possibilidades abertas pelo desenvolvimento da ciência e da tecnologia; ou entre a prestação do serviço e o respectivo projeto empresarial; ou entre as informações sobre o desfrute do serviço e as que, idealmente, capacitariam o consumidor-padrão a usufruí-lo de modo satisfatório.

Não há qualquer distinção, no tocante à circulação dos serviços, entre o intermediário e o prestador originário. Se o *buffet* põe à disposição de seus clientes serviço de manobrista prestado por empresa especializada, ele intermedeia esse serviço e responde por defeitos no seu fornecimento, cabendo-lhe eventualmente direito de regresso. A agência de turismo, por sua vez, intermedeia serviços prestados por empresas de transporte aéreo, hotéis, guias e outros. A lei não trata o intermediário do serviço de forma particular, como faz com o intermediário da venda de produtos (o comerciante). O consumidor poderá, assim, demandar diretamente tanto o intermediário, como o prestador originário, pelos prejuízos sofridos em decorrência de defeito no fornecimento.

7.5. Responsabilidade dos Profissionais Liberais

Há uma categoria de prestadores de serviços que se encontra sujeita a disciplina específica no tocante aos defeitos de fornecimento. Trata-se dos profissionais liberais, que respondem apenas pelos danos decorrentes de conduta culposa (CDC, art. 14, § 4º). Entende-se que o profissional liberal presta serviço personalizado, não se caracterizando normalmente qualquer elemento empresarial, que justifique cogitar-se de exploração de atividade econômica organizada, de forma a possibilitar a distribuição de perdas entre os seus clientes. Zelmo Denari aponta para o fato de que a natureza *intuitu personae* dos serviços prestados pelos profissionais liberais implica a indispensável confiança estrita do consumidor na pessoa do profissional, a motivar a celebração do contrato. A adoção do princípio da culpabilidade, contudo, não afasta, ainda segundo Denari, a inversão do ônus probatório em favor do consumidor, cabendo ao profissional a prova da inexistência de culpa na prestação do serviço (1991:95).

Costuma a doutrina ressaltar que a norma do art. 14, § 4º, do CDC não se aplicaria às pessoas jurídicas prestadoras de serviços liberais, como a sociedade de advogados, médicos, dentistas etc. (cf. Denari, 1991:95; Benjamin, 1991b:79/80). Na verdade, a interpretação mais adequada é a de que os serviços liberais prestados sob *a forma de empresa* serão decididos com o superamento do princípio da culpabilidade, e os desenvolvidos pessoalmente mediante a verificação de culpa. Não se identificam os conceitos de pessoa jurídica e de empresa. Embora geralmente a atividade empresarial seja desenvolvida por pessoa jurídica, isso não significa que a pessoa física não possa ser empresária. Também é certo, por outro lado, que nem sempre a pessoa jurídica é empresária. A constituição de sociedade entre advogados para repartição de despesas e de resultados, no desenvolvimento da advocacia, não caracteriza a exploração de atividade empresarial. Permanecem, na base das relações entre os profissionais sócios dessa sociedade e seus respectivos clientes aquele elemento de confiança estrita que justifica a análise da culpabilidade no defeito de fornecimento.

Assim, quando a atividade liberal (advocacia, medicina, odontologia etc.) for explorada empresarialmente, sem a característica da pessoalidade estrita na prestação do serviço, então os defeitos de fornecimentos serão indenizáveis independentemente de culpa. Já, se a motivação básica do

consumidor ao procurar os serviços liberais é a confiança específica na pessoa do profissional, mesmo que ele integre pessoa jurídica, não se vislumbra qualquer atividade de empresa, e, portanto, os defeitos de fornecimento só se devem indenizar se presente a culpa do profissional.

O profissional liberal (advogado, médico, dentista e outros) tem responsabilidade subjetiva pelos defeitos na prestação de serviços, a menos que sua atividade seja desenvolvida com características de empresa, hipótese em que responde independentemente de culpa.

Para a análise da extensão do tratamento excepcional do art. 14, § 4º, do CDC, revela-se bastante útil a noção de *elemento de empresa* adotada pelo direito italiano. De acordo com a noção, o prestador de serviço intelectual — inclusive o profissional liberal, portanto —, ainda que contrate terceiros para o auxiliar, não se considera empresário, salvo se for *elemento de empresa*. O médico que atende à sua clientela, em consultório mantido junto com colegas, não é empresário, porque, embora até eventualmente integre pessoa jurídica para a repartição de despesas e de resultados, ele não pode ser caracterizado como elemento de empresa. Já o mesmo médico, ao organizar um pronto-socorro, empregando clínicos, enfermeiros, pessoal administrativo etc., passa a ser visto como elemento de empresa, mesmo se continuar dando atendimento médico especializado. Como se vê, o aspecto referente à formação ou não de pessoa jurídica é irrelevante para a definição da incidência do tratamento excepcional, baseado no princípio da culpabilidade, reservado aos profissionais liberais. O decisivo é tratar-se, ou não, de exploração *empresarial* da atividade.

8. FORNECIMENTO VICIADO

A falta de qualidade no fornecimento nem sempre é causa de danos à saúde, integridade física e interesse patrimonial do consumidor. Por vezes, o

produto ou serviço apresenta impropriedades inócuas, inofensivas. Nesse caso, o fornecimento se considera viciado e o empresário tem, *grosso modo*, o dever de respeitar a opção escolhida pelo consumidor entre as proporcionadas pela lei, para a solução do vício.

A mesma impropriedade pode se determinar como defeito ou vício, em função de sua inocuidade (ou não) relativamente à saúde, integridade física ou interesses patrimoniais do consumidor. Se a conserva alimentícia está estragada, em decorrência de má conservação, falha no processo produtivo ou qualquer outra razão, mas o consumidor antes de ingeri-la constata o fato, pelo odor ou pela aparência, está-se diante de fornecimento *viciado*. Se, contudo, ele ingere aquela mesma conserva, sofrendo contaminação alimentar, então cuida-se de fornecimento *defeituoso*.

É certo que, mesmo na hipótese de consumo de produtos ou serviços viciados, sobrevêm em pequena medida prejuízos aos consumidores. Em geral, há pelo menos as despesas com idas ao estabelecimento empresarial do fornecedor, e perda de tempo. Se o valor dessas despesas é pequeno, a ponto de ser absorvido pelo próprio consumidor, pode-se considerar que inexistiram propriamente prejuízos. É claro que a lei assegura a indenização do consumidor independentemente do montante das perdas, inclusive em decorrência de fornecimento viciado. Assim, mesmo as despesas decorrentes daquelas importunações relacionadas com o saneamento do vício, de reduzido valor, podem ser objeto de ressarcimento, caso o consumidor as demonstre. Já, por outro lado, não caracteriza vício, mas sim defeito, a existência de prejuízos consideráveis relacionados com o fornecimento, tais a perda de dia de trabalho ou do próprio emprego, lesões, tratamento médico, lucros cessantes etc.

Não é fácil precisar o limite a partir do qual o fornecimento se determina como viciado ou defeituoso. A questão envolve, certamente, a dimensão das perdas. Se o liquidificador simplesmente não funciona, e o consumidor aproveita a sua ida ao estabelecimento do fornecedor para outros fins, e apresenta sua reclamação, e é prontamente atendido, caracteriza-se inequívoco caso de fornecimento viciado. Se o liquidificador, no entanto, provoca curto-circuito na rede de alimentação de energia elétrica e causa pequeno incêndio, verifica-se inequívoca hipótese de fornecimento defeituoso. Entre ambos os extremos, é difícil situar a fronteira a partir da

qual as perdas do consumidor, pela falta de qualidade do produto ou serviço, não caracteriza mais vício, e sim defeito. Tal imprecisão conceitual, contudo, não pode trazer qualquer consequência em desfavor dos consumidores. Se a ação indenizatória fundar-se em responsabilidade por fornecimento viciado, quando era caso de fornecimento defeituoso, ou vice-versa, isso não tem nenhuma importância, em razão da natureza embrionária dos conceitos da teoria consumerista.

8.1. Impropriedade nos Produtos e Serviços

O Código de Defesa do Consumidor define impropriedade nos produtos e serviços respectivamente nos arts. 18, § 6º e 20, § 2º. A interpretação desses dispositivos aponta para a distinção de dois níveis de impropriedade: intrínseca e extrínseca.

Manifesta-se a impropriedade intrínseca nos produtos, em termos gerais, quando, por qualquer razão, não se revelam adequados aos fins a que se destinam. A análise do comprometimento das finalidades do consumo do produto é questão técnica, que não se pode resolver simplesmente pela perspectiva do próprio consumidor. Nessa categoria de fornecimento viciado, incluem-se os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, corrompidos, nocivos à vida ou à saúde e os perigosos. Aqui, a impropriedade refere-se a atributos da substancialidade do produto, comprometedores da realização dos fins a que se destina. Nem o consumidor, nem ninguém, conseguiria utilizá-lo proveitosamente, porque isso é impossível. Anote-se, à margem da questão, que a venda de produto nocivo ou perigoso somente configura fornecimento viciado se, a despeito da nocividade ou periculosidade, inoocorrerem danos à saúde, integridade física ou interesse patrimonial do consumidor. Na hipótese de se verificarem tais danos, o fornecimento se determina como perigoso, se as informações acerca de seus riscos forem insuficientes e inadequadas ao consumo seguro.

Por outro lado, a impropriedade extrínseca se revela em função de fatores estranhos à substancialidade do bem cujos efeitos o legislador considerou semelhantes aos do comprometimento da finalidade do consumo do produto. Compreende três hipóteses: o vencimento do prazo de validade, a falsificação ou fraude da mercadoria e a inobservância de normas *técnicas* regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação. Note-se que,

nesses casos, o produto até eventualmente poderia se mostrar apropriado ao consumo, mas estabelece a lei a presunção absoluta de vício. A calça fabricada pelo usurpador de marca, eventualmente, pode ser tão boa ou até melhor que a fornecida pelo legítimo titular do direito industrial. Não interessam, no entanto, as qualidades apresentadas pelos produtos, pois a falsificação da peça de vestuário, decorrente de contrafação, caracteriza modalidade de viciamento, independentemente daquelas qualidades. O desatendimento de norma técnica regulamentar de fabricação, distribuição ou apresentação pode, por vezes, não implicar oferecimento ao mercado de produto imprestável. É isto, no entanto, irrelevante, já que a desobediência referida já basta à caracterização do fornecimento viciado.

No tocante aos serviços, revela-se a impropriedade intrínseca quando se mostram inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam. Exemplificativamente, a desinsetização que resulta ineficaz. O exame da adequabilidade do serviço aos seus fins envolve, segundo entendo, apreciação técnica e não se pode circunscrever unicamente às expectativas nutridas pelos consumidores. Já a impropriedade extrínseca decorre do desatendimento de normas regulamentares de prestabilidade. Claro que, por se cuidar de presunção absoluta da lei, o vício por inobservância de regulamento se configura ainda no caso de se mostrar eficaz o serviço. Ao juiz cabe, no entanto, sopesar adequadamente os aspectos particulares de cada caso, de modo a evitar o locupletamento indevido do consumidor.

O vício pode ser intrínseco ou extrínseco. No primeiro caso, o produto ou serviço é materialmente imprestável às finalidades a que se destinam; no segundo, sua prestabilidade é comprometida por fatores externos, como a falsificação da marca, vencimento do prazo de validade e outras presunções legais.

Além da hipótese de impropriedade intrínseca ou extrínseca, a lei também considera o fornecimento viciado quando se verifica diminuição do valor do bem ou serviço, ou, ainda, disparidade com as indicações constantes do recipiente, embalagem, rotulagem ou publicidade. No que diz respeito a essa última situação — disparidade com a publicidade —, deve o intérprete levar

em conta as características culturais próprias da atividade publicitária, que busca mobilizar o imaginário dos consumidores de modo a promover o consumo. Em decorrência disso, há disparidades entre a realidade do produto ou serviço e a respectiva publicidade que não chegam a tipificar o ilícito da enganabilidade (CDC, art. 37, § 1º), e, conseqüentemente, não configuram vício de fornecimento. Apresentar, por exemplo, em filme publicitário uma barra de chocolate flutuando no ar, ao se ouvir sua denominação entoada melodiosamente por uma bela mulher, não dá ensejo ao consumidor reclamar por vício decorrente de disparidade entre o veiculado no anúncio e os reais atributos do produto. Para que a disparidade com a mensagem publicitária caracterize vício de fornecimento é necessário que se verifique a ilicitude de publicidade enganosa (Cap. 9).

8.2. Superação da Teoria Tradicional dos Vícios Redibitórios

A teoria tradicional dos vícios redibitórios insere-se na disciplina dos contratos comutativos e exige, para atendimento dos interesses do contratante lesado, os seguintes requisitos: vínculo contratual, ocultação da impropriedade, apreciação econômica e indenizabilidade apenas em caso de má-fé. Quanto aos seus direitos, tradicionalmente se reconheceu apenas a alternativa entre a ação redibitória e a estimatória (cf., por todos, Silva Pereira, 1963:103/109). Esse é ainda, genericamente, o regime dos contratos civis e empresariais.

A disciplina dos vícios no CDC é diferente da teoria clássica dos vícios redibitórios, em quatro tópicos: superação do princípio da relatividade, consideração dos vícios aparentes, irrelevância da apreciação econômica e objetividade na responsabilização.

No âmbito dos contratos comutativos sujeitos à tutela do Código de Defesa do Consumidor, revolucionaram-se tais requisitos. Como significativa revelação da insuficiência dos princípios jurídicos do

liberalismo econômico, para a efetiva tutela dos consumidores, afastam--se, quase completamente, os contornos da teoria clássica dos vícios redibitórios, para fundar a proteção contra o fornecimento viciado em bases substancialmente distintas.

Assim, em primeiro lugar, não se exige em todos os casos a presença de vínculo contratual entre o consumidor e o fornecedor reclamado. Superando o princípio da relatividade, a lei reconhece a possibilidade de demanda por vício diretamente contra o fabricante do produto ou o fornecedor originário do serviço. O direito de reclamação não é restrito ao fornecedor imediato, com quem se celebra o contrato. Também o titular de produto ou serviço, apresentado por terceiro, tem ação contra o fornecedor, embora entre eles inexista qualquer relação contratual.

Claro que o consumidor não pode, para reclamar seus direitos, dirigir-se contra qualquer comerciante estabelecido que também transacione com o produto viciado. O superamento do princípio da relatividade na disciplina das relações de consumo não tem essa extensão, embora futuramente possa vir a ter. O consumidor poderá eleger para o recebimento da reclamação, entre todos os agentes econômicos participantes do fornecimento do produto por ele titularizado, o que se lhe apresentar mais conveniente. Depois, os empresários se acertarão, em regresso, no tocante às responsabilidades pela viciação da mercadoria. Aliás, tendo em vista a eventualidade do exercício do direito de regresso, o consumidor é sempre obrigado a informar ao fabricante reclamado (ou na petição inicial de sua ação indenizatória) a identidade do comerciante de quem adquiriu o produto.

Alguma doutrina (Amaral Jr., 1992:105/106) cogita da indispensabilidade de vínculo contratual *originário* na reclamação por vício, apontando nesse requisito, inclusive, uma das diferenças entre fornecimento viciado e defeituoso. Contudo, como o referido vínculo contratual originário está sempre presente em toda introdução de mercadorias na cadeia de circulação econômica, ele não pode propriamente servir de fator diferencial. Rigorosamente falando, o superamento do princípio da relatividade desponta em termos diversos, na reclamação por vícios ou por defeitos, mas de acordo com outros fatores, não pertinentes ao chamado contrato originário. Assim, na viciação do fornecimento, tem legitimidade para reclamar o titular do direito de propriedade do produto ou o do direito ao recebimento do

serviço, ao passo que na defeituosidade, a reclamação cabe à vítima do acidente de consumo, ainda que não titularize a propriedade do bem ou o direito à comodidade. Nas duas hipóteses, não se condiciona o exercício dos direitos pelo consumidor à ligação contratual direta com o fornecedor. Desde que o empresário tenha participado da circulação econômica do produto ou do serviço, poderá ser demandado.

Na disciplina do fornecimento viciado, apenas em duas oportunidades o legislador não superou o princípio da relatividade contratual. Cuida-se da reclamação por vício de qualidade em produtos *in natura* de produtor não identificado (CDC, art. 18, § 4º) e por vício de quantidade em produtos decorrentes de pesagem ou medição feita por instrumento não aferido segundo padrões oficiais (CDC, art. 19, § 2º). Nesses dois casos, o demandado será sempre o fornecedor imediato, isto é, o comerciante de quem o consumidor adquiriu diretamente o produto.

Outro elemento da teoria clássica dos vícios redibitórios afastado pelo Código de Defesa do Consumidor, na disciplina do fornecimento viciado, diz respeito à ocultação da impropriedade. Nos contratos civis ou comerciais, o vício deve ser oculto para que o contratante lesado possa pleitear a redibição ou a redução do preço. Na relação de consumo, contudo, responde o fornecedor também por vício aparente ou de fácil constatação. É inequívoca tal amplitude da responsabilização do fornecedor diante do disposto no art. 26, que, ao disciplinar a decadência da reclamação, menciona expressamente vícios dessa natureza.

Também se afasta, na análise do fornecimento viciado, qualquer apreciação da extensão do prejuízo imposto ao consumidor. Segundo a teoria tradicional dos vícios redibitórios, o contratante não tem direito a reclamação se os danos decorrentes da viciação do objeto contratual forem de reduzida monta. Por evidente, nas relações de consumo, essa ressalva seria um despropósito, conquanto a grande massa dos negócios de que participa o consumidor envolve valores reduzidos.

Por fim, o último requisito da teoria tradicional não acolhida pelo Código de Defesa do Consumidor diz respeito ao caráter objetivo da responsabilidade do fornecedor pelos danos decorrentes do viciamento dos produtos ou serviços. Nos contratos referentes à relação de consumo, mesmo se ficar demonstrado o desconhecimento do fornecedor quanto ao vício

objeto de reclamação, ele poderá ser responsabilizado pelo ressarcimento dos danos sofridos pelo consumidor. Nos quadrantes da teoria clássica dos vícios redibitórios, o contratante reclamado somente é responsável pela indenização da outra parte, se ficar provada a sua má-fé.

8.3. Perdas e Danos por Fornecimento Viciado

A lei tutelar dos consumidores, é certo, não menciona especificamente a responsabilidade por perdas e danos em todas as hipóteses de solução de fornecimento viciado, mas somente na alternativa referente à ação redibitória (CDC, art. 18, § 1º, II, art. 19, IV e art. 20, II). A doutrina entende, no entanto, que a omissão localizada do legislador não afasta a conclusão da plena ressarcibilidade dos danos sofridos pelo consumidor no fornecimento viciado, em razão do previsto, como regra geral, pelo art. 6º, VI, do Código, que define como direito básico do consumidor a efetiva reparação de danos patrimoniais e morais (cf., por todos, Nery Jr., 1992:56/61). Trata-se do melhor entendimento da matéria. Como menciona René Roblot, a jurisprudência francesa tem admitido, mesmo sob a égide do código civil napoleônico, o tratamento do vendedor profissional ou fabricante, em matéria de vícios, como contratante de má-fé. Por considerar que ele não poderia ignorar os vícios, por presumir o seu conhecimento ou por atribuir-lhe o dever de conhecê-los, a Corte de Cassação na França tem condenado o empresário à completa indenização dos consumidores em decorrência da venda de produtos viciados (Ripert-Roblot, 1947, 2:587). Ora, se mesmo com fundamento em textos legislativos oitocentistas, é possível reconhecer o dever de plena indenizabilidade dos consumidores por fornecimento viciado, então com maior razão se deve interpretar no mesmo sentido a legislação consumerista.

9. DIREITOS DO CONSUMIDOR NA SOLUÇÃO DOS VÍCIOS

Para fins de disciplinar os direitos do consumidor na solução dos vícios de fornecimento, o legislador distingue três situações: vício de qualidade no produto (CDC, art. 18), vício de quantidade no produto (CDC, arts. 18 e 19)

e vício de qualidade no serviço (CDC, art. 20). Aparentemente, a lei considera que o serviço não é suscetível de vício de quantidade, já que não tratou especificamente dessa hipótese. No entanto, pode-se cogitar do pacote de viagem encurtado em alguns dias, da lavanderia que deixou de lavar todas as peças que lhe foram entregues, do serviço de dedetização que não alcançou todos os cômodos da casa para os quais foi encomendado e outros, como exemplos de serviços quantitativamente viciados. O vício de quantidade no serviço, à falta de expressa disposição legal correspondente, deve subsumir-se ao previsto pelo art. 20 do CDC, isto é, deve ser considerado espécie de vício de qualidade no serviço.

As alternativas abertas ao consumidor em razão de fornecimento viciado são, sempre, excludentes. Uma vez escolhida uma delas, torna-se irretratável a decisão do consumidor. Claro que, valendo-se da ação executória específica e recebendo o consumidor novamente produto ou serviço viciado, renovam-se os seus direitos e prazos, sendo-lhe assegurado tanto insistir na mesma opção como acionar outra. A escolha pela ação estimatória deve ser suficientemente documentada pelo fornecedor para evitar que consumidor de má-fé possa cumular a redução proporcional do preço com outra alternativa.

Por evidente, o oferecimento ao mercado de consumo de produtos ou serviços com vícios declarados, como a venda de mercadorias de ponta de estoque, não se submete ao mesmo regime de coibição reservado aos fornecimentos viciados em geral. Se o consumidor é suficientemente esclarecido de que o produto ou serviço em particular apresenta certo e identificado vício de qualidade ou quantidade, razão pela qual o seu preço é reduzido em relação aos demais da mesma espécie, marca ou modelo, e ele, de posse dessas informações, concorda em adquiri-lo em vistas de vantagens econômicas que entende obter na realização do negócio, então não há que se cogitar de aplicação dos arts. 18 a 20 do CDC. Mais uma vez, o empresário deve documentar suficientemente a transação para frustrar qualquer abuso da parte do consumidor de má-fé.

9.1. Vício de Qualidade ou de Quantidade no Produto

Se o vício de qualidade ou de quantidade no produto importarem imprestabilidade ou inadequabilidade do seu consumo, diminuição de valor

ou ainda decorrerem de disparidade com as indicações constantes de recipiente, embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, prevê a lei o direito de o empresário tentar sanar o vício no prazo de trinta dias (CDC, art. 18, § 1º). O prazo de saneamento pode ser alterado pela vontade das partes, observado o limite mínimo de sete, e o máximo de cento e oitenta dias (CDC, art. 18, § 2º). Não se trata, aqui, do prazo de reclamação do consumidor, que, fixado pelo art. 26, não pode ser reduzido contratualmente (CDC, art. 50, *caput*). Trata-se, isto sim, do prazo a que o fornecedor, em princípio, tem direito para tentar eliminar o vício. Na ampliação contratual do prazo de saneamento, não pode o fornecedor incorrer em prática abusiva. A cláusula no contrato que estabelecer lapso temporal excessivamente largo para as finalidades do saneamento do vício é nula (CDC, art. 51, IV), devendo se observar nesse caso o prazo legal de trinta dias.

Na hipótese de vício de qualidade em produtos, o fornecedor tem direito de tentar eliminá-lo, no prazo de 30 dias. Esse prazo pode ser contratualmente alterado, desde que se respeitem os limites legais.

Em certas situações, o saneamento do vício é impossível. Pode-se, de antemão, constatar que sua extensão é tamanha que a substituição das partes viciadas não resolveria o problema ou poderia, inclusive, agravá-lo com o comprometimento da qualidade ou das características do produto. Outras vezes, embora factível tecnicamente, revela-se inoportuno o saneamento, pois poderia provocar a diminuição do valor de troca da mercadoria. E há situações em que o produto é essencial ao consumidor, como por exemplo a geladeira, fogão, microcomputador etc. Não terá lugar a concessão do prazo de saneamento nessas situações, em virtude de a eliminação do vício, se realizável, revelar-se não só insuficiente ao atendimento dos interesses do consumidor, como também geradora de outros problemas, por vezes até mais graves. É a previsão do art. 18, § 3º, do CDC.

Vencido o prazo de saneamento, e não solucionado o vício no produto, abrem-se ao consumidor três alternativas excludentes: a substituição do

produto por outro sem vício (*ação executória específica*), a rescisão do contrato com a devolução do produto e a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada (*ação redibitória*), ou a redução proporcional do preço (*ação estimatória*). Como nos contratos de consumo, o fornecedor do bem geralmente desenvolve produção em massa, é-lhe absolutamente possível substituir o produto viciado por outro, razão pela qual a lei pôde prescrever a ação executória específica.

Código de Defesa do Consumidor

Art. 18, § 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de 30 (trinta) dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I — a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

II — a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III — o abatimento proporcional do preço.

Se o vício de quantidade no produto referir-se à defasagem, para menor, entre o seu conteúdo líquido e as indicações constantes do respectivo recipiente, embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, não há que se cogitar em direito do fornecedor ao prazo para tentativa de saneamento do vício.

Note-se que o vício de quantidade vem mencionado tanto no art. 18 quanto no art. 19 do Código de Defesa do Consumidor. São, na verdade, duas situações distintas que os elaboradores do texto não explicitaram de forma suficiente. Incide o art. 18 do CDC, assegurando-se em princípio ao empresário o direito ao prazo de saneamento, na hipótese de vício de quantidade que afeta a qualidade do produto, como, por exemplo, o emprego de certa substância em quantidades inferiores à prescrita pela receita médica, em sua manipulação pelo farmacêutico. Já o art. 19 do CDC, que não prevê o prazo de saneamento em nenhuma circunstância, refere-se às insuficiências quantitativas no produto que não alteram a sua qualidade,

como na hipótese do pacote de um quilo de açúcar no qual há apenas oitocentas gramas.

As alternativas abertas ao consumidor em decorrência de vício de quantidade no produto, de acordo com o art. 19 do CDC, são as seguintes: o pronto saneamento do vício, por meio da complementação do conteúdo líquido ou da substituição do produto (*ação executória específica*), a rescisão do negócio, com a devolução do produto viciado e a restituição da importância paga devidamente atualizada (*ação redibitória*) ou o abatimento proporcional do preço (*ação estimatória*).

Código de Defesa do Consumidor

Art. 19. Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I — o abatimento proporcional do preço;

II — complementação do peso ou medida;

III — a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios.

No fornecimento qualitativa ou quantitativamente viciado de produtos, o consumidor que optar pela ação executória específica poderá, em se mostrando impossível a substituição do bem por outro da mesma espécie, optar por produto de tipo, modelo ou marca diferente, desde que também oferecido ao mercado pelo empresário (CDC, arts. 18, § 4º e 19, § 1º).

9.2. Vício de Qualidade no Serviço

No viciamento de serviços, a lei oferece ao consumidor as seguintes alternativas excludentes: a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível (*ação executória específica*), a rescisão do contrato com a restituição da quantia paga devidamente atualizada (*ação redibitória*) ou a redução proporcional do preço (*ação estimatória*).

Código de Defesa do Consumidor

Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I — a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;

II — a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III — o abatimento proporcional do preço.

O legislador, ao tratar os direitos dos consumidores de serviços de forma impropriamente paralela aos dos consumidores de produtos, elaborou sistemática capaz de gerar sérias injustiças. Com efeito, as alternativas não podem depender todas exclusivamente da vontade do consumidor, tal como sugerido no *caput* do art. 20. É certo que, já no inciso I, se revela a condição de pertinência para a realização da ação executória específica. Isto é, como o serviço, via de regra, comporta saneamento sem necessidade de reexecução, esta apenas *quando cabível* poderá ser exigida pelo consumidor. Ora, a indispensabilidade da reexecução do serviço ou a adoção de outros meios de saneamento de vício é questão técnica, e não decisão tomada unilateralmente pelo consumidor.

No tocante, entretanto, à alternativa redibitória, não há expressamente no texto legal a previsão da condição de pertinência, e isso poderá significar, em casos concretos, locupletamento indevido do consumidor. Imagine-se a pintura de uma casa que, embora não tenha sido realizada estritamente de acordo com os elevados padrões de qualidade do consumidor, apresenta-se aceitável sob o ponto de vista técnico e mesmo para a generalidade das pessoas. Impor-se, aqui, a restituição do dinheiro pago, sem que seja factível ao fornecedor reaver minimamente o conteúdo econômico da sua prestação, é altamente injusto. Por essa razão, cabe ao juiz, ponderando os aspectos próprios do fato submetido a julgamento, coibir os abusos e negar ao consumidor a ação redibitória, reconhecendo-lhe somente a estimatória.

Afinal, serviço não é produto, que mesmo viciado sempre se pode restituir ao empresário na rescisão do negócio.

9.3. Decadência do Direito de Reclamação por Vício

O direito de reclamação por vícios no fornecimento deve ser exercido dentro do prazo decadencial estipulado no art. 26 do Código de Defesa do Consumidor. Quer dizer, no prazo de trinta dias para o fornecimento não durável e de noventa para o durável. Não é fácil precisar o critério de distinção entre essas duas espécies de fornecimento, cabendo apelar-se a referências intuitivas acerca do tempo de aproveitamento do bem ou comodidade pelo consumidor. Assim, alimentos e bebidas são produtos não duráveis, ao passo que eletrodomésticos e livros são duráveis; lavagem de automóveis e estacionamento são serviços não duráveis, enquanto pintura e consertos mecânicos são duráveis. Em situações limite, sendo duvidosa a natureza do fornecimento, deve-se reputá-lo durável, como meio de assegurar amplamente a tutela dos consumidores.

Em se tratando de vício aparente ou de fácil constatação, o prazo começa a fluir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços, e sendo o vício oculto inicia-se a fluência da sua manifestação (CDC, art. 26, §§ 1º e 3º). O vício é aparente quando a desconformidade é óbvia, ostensiva, manifesta, perceptível sem a mínima dificuldade por qualquer pessoa, antes mesmo da utilização do produto ou serviço; é de fácil constatação, ao se revelar a desconformidade na primeira tentativa de utilização do produto ou serviço; e é oculto nas demais hipóteses. Note-se que o vício aparente não se torna oculto em razão da demora do consumidor em constatá-lo. Se o eletrodoméstico permanece meses encaixotado, e sua primeira utilização e a conseqüente percepção da desconformidade ocorre depois de já exaurido o prazo decadencial para a reclamação, o consumidor não poderá alegar ocultação do vício (cf. Nunes, 1991:37).

Os prazos para o consumidor reclamar seus direitos, na hipótese de fornecimento viciado, é de 30 dias, para produtos ou serviços não duráveis, e 90 para os duráveis.

O termo inicial para a fluência do prazo varia segundo a natureza do vício. Se é aparente ou de fácil constatação, conta-se da entrega do produto ou serviço; se oculto, da manifestação do problema.

Estabelece a lei dois fatores obstantes da fluência do prazo decadencial (CDC, art. 26, § 2º). Trata-se, rigorosamente falando, de hipóteses de suspensão da decadência (Denari, 1991:121/122), mais uma inovação na teoria do direito trazida pela legislação consumerista (para o direito civil, com efeito, os prazos de decadência não se interrompem nem se suspendem — Coelho, 2003:374/380). A comprovada reclamação do consumidor e a instauração de inquérito civil pelo Ministério Público sustam a fluência do prazo legal para o consumidor exercer seus direitos relativamente ao vício do fornecimento. O prazo volta a correr a partir da resposta do fornecedor, transmitida de forma inequívoca, ou do encerramento do inquérito civil. Por evidente, tratando-se de suspensão, deve-se considerar no cômputo do prazo o tempo decorrido anteriormente à superveniência do fator obstante.

Questão não inteiramente definida pelo texto legal indaga se, para o consumidor evitar o perecimento de seu direito, basta a simples reclamação junto ao fornecedor ou ao Ministério Público dentro do prazo do art. 26, ou se também é necessário o aforamento da ação judicial antes da conclusão desse mesmo prazo. Para Antonio Benjamin, a decadência diz respeito apenas à reclamação do consumidor, podendo ser promovida a ação judicial mesmo depois de vencido o termo do art. 26 do CDC, desde que, por certo, tenha se verificado no momento oportuno aquele reclamo (1991b:131).

Para Cláudia Lima Marques, no entanto, se a lei define como causa obstante da fluência do prazo a própria formulação de reclamação junto ao fornecedor, então a decadência só pode dizer respeito ao direito de reclamar em juízo. Se o art. 26 fosse pertinente apenas à reclamação extrajudicial, a sua formulação não poderia ser definida como causa suspensiva, já que representa o próprio exercício do direito (1992:204). No mesmo sentido de tomar o prazo de decadência do Código de Defesa do Consumidor como abrangente do exercício judicial do direito de reclamar a solução dos vícios, encontra-se a lição de Thereza Alvim. Acentua ela, inclusive, que o despacho do juiz determinando a citação é o fator impeditivo da consumação

da decadência, desde que realizada esta nos termos dos arts. 219 e 220 do Código de Processo Civil (1991:69/72). Trata-se, a meu ver, da resposta mais ajustada à indagação. O consumidor deve, portanto, promover o ajuizamento da competente ação, antes do fim do prazo de trinta ou noventa dias previsto na lei, sob pena de decadência do direito.

10. RELAÇÕES INTEREMPRESARIAIS E QUALIDADE DO FORNECIMENTO

Muitos dos aspectos das relações dos fornecedores entre si são relevantes para a adequada interpretação do regramento introduzido pelo Código de Defesa do Consumidor na disciplina privada da economia. Destacam-se, em primeiro lugar, o exercício do direito de regresso do empresário condenado a ressarcir o consumidor contra o culpado pelo acidente de consumo ou pela viciação do fornecimento; em seguida, a responsabilidade do sucessor, do licenciador e do franqueador pelo fornecimento realizado pelo antecessor, licenciado ou franqueado; e, por último, a responsabilidade das sociedades controladas, consorciadas, coligadas e integrantes de grupo.

10.1. Direito de Regresso

Como examinado anteriormente, o superamento do princípio da relatividade possibilita ao consumidor demandar, por acidente de consumo ou por fornecimento viciado, qualquer um dos agentes econômicos que participam da produção ou circulação do produto ou serviço sem qualidade.

É certo que se preocupou o legislador em ressaltar determinadas situações, em que o superamento do princípio da relatividade poderia se apresentar inoperante ou injusto. Assim, o comerciante responde por acidentes de consumo, se não for facilmente identificável o fabricante, construtor, produtor ou importador, ou, ainda, se negligenciar na conservação de produtos perecíveis (CDC, art. 13); e o fornecedor imediato responde por vícios em produtos *in natura* sem clara identificação do produtor (CDC, art. 18, § 5º) ou por vícios de quantidade em produtos originados de pesagem ou medição, feita com o uso de instrumento não aferido segundo padrões oficiais (CDC, art. 19, § 2º). Excetuadas, contudo, tais hipóteses em

particular, ao consumidor se abre a oportunidade de escolher, entre os fornecedores imediatos e mediatos, reais, presumidos ou aparentes, qual deles deverá ser demandado.

Claro que, uma vez decidido quem o consumidor prefere demandar, somente em caso de falência ou insolvência do demandado poderá este voltar-se contra outro fornecedor alegando idêntico fundamento. Se for julgada improcedente a postulação judicial do consumidor, por caracterizada a inexistência de fornecimento perigoso, defeituoso ou viciado, não poderá ser pleiteada igual tutela contra outro empresário da cadeia econômica. Revela-se, inclusive, de todo conveniente, que os empresários intercambiem informações, sempre que forem acionados por acidente de consumo, de modo a evitar, por exemplo, que consumidor de má-fé acione concomitantemente, e pelo mesmo fundamento, mais de um fornecedor.

Código de Defesa do Consumidor

Art. 13, parágrafo único. Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso.

O direito de regresso é expressamente previsto pela lei tutelar dos consumidores, no parágrafo único do art. 13, que, a despeito de sua localização na seção destinada aos fatos do produto ou serviço, aplica--se à generalidade das relações interempresariais. Mas, ao contrário da legislação consumerista portuguesa, que disciplina especificamente a distribuição dos encargos entre os agentes econômicos do fornecimento perigoso, defeituoso ou viciado, o nosso direito se limita a assegurar o regresso na disciplina das relações interempresariais, nada definindo quanto ao seu regime.

Conclui-se, então, que o regime jurídico próprio do exercício do direito de regresso é o civil, para as questões gerais, e o comercial, para as específicas. Isto significa, por exemplo, que o fornecedor tem perante o consumidor responsabilidade objetiva, mas somente poderá demandar, em regresso, outro fornecedor, com fundamento na verificação da culpa.

Significa, outrossim, que não poderá pleitear a inversão de ônus probatório ou o superamento do princípio da relatividade contratual. Também significa que os empresários podem livremente contratar a distribuição, entre eles, dos encargos decorrentes da responsabilidade por fornecimento, inexistindo quaisquer limites à autonomia da vontade nesse âmbito.

Em algumas oportunidades, poderá se revelar injusto, tanto quanto era em relação ao consumidor, impor-se ao comerciante titular do direito de regresso a prova da ocorrência de vício, ou defeito de concepção ou de execução no fornecimento. Contudo, o Código de Defesa do Consumidor não pode ser aplicado além da relação de consumo, salvo nas hipóteses expressamente ressalvadas. Em vista disso, é altamente oportuno aos empresários, insertos em determinada cadeia de circulação econômica, celebrarem, com os demais fornecedores, contrato de repartição das responsabilidades decorrentes da legislação consumerista.

10.2. Responsabilidade do Sucessor

Em relação ao sucessor, impõe-se o exame da extensão de sua responsabilidade pelo passivo consumerista do antecessor. Note-se que, tecnicamente considerando, apenas é correto chamar de sucessor ao adquirente de estabelecimento empresarial que, de modo expresse, se subroga nas obrigações do alienante. Sucessão, em termos próprios, não se verifica sempre nesse tipo de contrato interempresarial (*trespasse*) nem em todas as operações de assunção de atividade econômica. Há contratos de transferência de empresa, tais a cessão total de cotas da sociedade limitada ou a alienação de controle da sociedade anônima, que, embora guardem semelhanças econômicas e administrativas com a alienação do estabelecimento empresarial, não importam sucessão empresarial. Note-se que a alienação de participação societária não altera, em nenhuma circunstância, as responsabilidades da pessoa jurídica. Os seus credores anteriores àquele contrato, inclusive os consumidores, permanecem rigorosamente titulares dos mesmos direitos.

Na alienação do estabelecimento empresarial, contudo, os consumidores que titularizam crédito perante o alienante por obrigação decorrente de má qualidade do fornecimento, não estão adequadamente tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor. Com a venda do estabelecimento, não se transfere

necessariamente ao adquirente o passivo do alienante. No direito brasileiro, como no alemão e no italiano (Cap. 5, item 6.1), o adquirente de estabelecimento empresarial é, em regra, presumido sucessor do alienante, continue ou não a exploração de idêntica atividade econômica no local, desde que a obrigação esteja regularmente contabilizada. É certo que, desejando o novo titular do estabelecimento dar prosseguimento à mesma empresa ali organizada, a cautela recomenda que ele assuma a obrigação de solver o passivo consumerista do alienante, compensando-se, no preço da venda, o valor deste. Assim procedendo, tende a manter sua clientela. Mas não tendo havido expressamente a sub-rogação do passivo consumerista, o adquirente não responderá, em regra, pelas obrigações do alienante, e, por via de consequência, os consumidores poderão ter dificuldades em realizar os seus créditos.

O Código Tributário Nacional atribui à pessoa física ou jurídica de direito privado que adquirir estabelecimento empresarial, e continuar a sua exploração, a responsabilidade pelo passivo fiscal do anterior titular. Trata-se de responsabilidade subsidiária, se o alienante continuar o exercício de atividade econômica, ou integral, na hipótese de ele não continuar (CTN, art. 133). Na Consolidação das Leis do Trabalho, o legislador resguardou os créditos trabalhistas das mudanças na propriedade da empresa (CLT, art. 448). O Código de Defesa do Consumidor, a exemplo desses outros diplomas, poderia ter excepcionado o passivo consumerista da disciplina geral das obrigações, pela qual o adquirente do estabelecimento empresarial não se sub-roga nas dívidas contraídas pelo alienante não contabilizadas. Não o fazendo, deixou eventualmente ao desabrigo as vítimas de acidentes de consumo e os prejudicados por fornecimento viciado, já que se o alienante do estabelecimento não voltar a se restabelecer, hipótese aliás comum, os consumidores seus credores terão consideráveis dificuldades para executá-lo, e não poderão demandar o adquirente.

Embora o adquirente do estabelecimento empresarial seja, por lei, responsável pelo passivo trabalhista e tributário do alienante, ele não responde pelo passivo consumerista, porque o CDC é omissivo na matéria.

Somente se o adquirente do estabelecimento empresarial, por disposição expressa do instrumento de trespasse, se sub-rogar em todas as obrigações contraídas pelo alienante, na exploração de atividade econômica naquele local, ele é considerado *sucessor* e responde pelas indenizações devidas por seu antecessor, em virtude de direito titularizado por consumidores.

10.3. Responsabilidade do Licenciador de Direito Industrial

Introduzindo a questão relativa às responsabilidades do licenciador de direito industrial pela qualidade do fornecimento prestado pelo licenciado, deve-se recuperar a classificação básica da propriedade industrial que distingue entre patente e registro (Cap. 6). Aquela pertinente à exclusividade na exploração econômica de invenção e modelo de utilidade, e este referente aos desenhos industriais e às marcas.

O licenciador, tanto de patente como de registro industrial, não se subsume necessariamente ao conceito legal de fornecedor. O titular de patente de invenção, por exemplo, ao licenciar um fabricante, não participa do processo produtivo, estritamente falando. O simples aproveitamento de sua criação intelectual na produção de mercadorias não caracteriza o exercício de atividade de fornecimento de bens ao mercado de consumo. Tanto assim, que exaurido o prazo de duração do direito industrial, o aproveitamento das ideias do inventor poderá ser feito por qualquer fabricante, sem a necessidade de licença ou pagamento de *royalties*. Como se percebe, o titular de direito industrial não é fornecedor, na hipótese de licença de exploração de patente ou registro por terceiros; somente o será se ele, além de ter licenciado seu direito, *também* o explora economicamente para fornecimento ao mercado de consumo.

A licença de uso de direito industrial é contrato em que o titular ou depositante de patente ou registro (*licenciador*) autoriza a sua exploração econômica pelo outro contratante (*licenciado*). Trata-se de vínculo obrigacional sujeito à disciplina geral da locação de coisa e às disposições específicas da Lei de Propriedade Industrial (arts. 61 a 74, 139 e 140).

Se o licenciador de direito industrial também se puder caracterizar como fornecedor, nos termos do art. 3º do CDC, ele terá responsabilidade pelos produtos ou serviços que diretamente oferecer ao mercado e, também, pelos oferecidos por seu licenciado ou licenciados. Ou seja, se o licenciador da patente ou da marca, além de autorizar o licenciado a se utilizar de seus direitos industriais, também os explora diretamente, para fins de fornecimento de produtos ou serviços ao mercado consumidor, então ele poderá ser responsabilizado perante os consumidores do licenciado. Isto porque do consumidor não se pode exigir que conheça os exatos contornos da relação jurídica existente entre os empresários. Se adquiriu mercadoria, de invenção patenteada por um fornecedor, e ela apresentou periculosidade, defeito ou vício, então o consumidor poderá demandar o titular da patente, ainda que aquele produto, especificamente, tenha sido fabricado por um licenciado. O mesmo se diga da licença de marca. O consumidor poderá demandar o titular do registro, *se ele também explora diretamente o seu direito industrial*, mesmo que tenha entabulado negociações com um empresário licenciado.

O titular de direito industrial, de patente ou registro, somente se exonera de responsabilidade perante consumidores de seus licenciados, se demonstrar que ele não é, sob o ponto de vista jurídico, fornecedor. Ou seja, se provar que é apenas inventor, *designer* ou criador de marcas.

10.4. Responsabilidade do “Merchandisor”

Em regra, o licenciador de uso de marca, que também a explora diretamente, pode ser responsabilizado pelo fornecimento prestado por um licenciado seu. Há, no entanto, um tipo específico de licença, em que o licenciador não tem qualquer responsabilidade pelo fornecimento de produtos ou serviços com sua marca. Trata-se do *merchandising*, contrato em que o licenciado usa as marcas registradas ou depositadas do licenciador em produtos ostensivamente diversos dos fornecidos por esse último.

Por exemplo, o fabricante de roupas, ao estampar o logotipo de famoso refrigerante em suas camisetas, solicita previamente a autorização ao titular da marca. A licença, no caso, é *merchandising* porque o licenciado comercializa produtos (roupas) suficientemente diferenciados dos fabricados pelo licenciador (bebida), e não existe a possibilidade de o consumidor

médio imaginar que esse último exerça ou tenha condições de exercer qualquer controle de qualidade sobre mercadorias estranhas ao seu ramo de atividade. Nessa particular forma de licença de uso de marca, o licenciador (*merchandisor*) não responde pelos perigos, defeitos ou vícios no fornecimento praticado pelo licenciado (*merchandisee*). Igual entendimento é adotado por Atti, para quem cabe aos consumidores o mínimo dever de individualização da fonte produtora (1989:73/75).

10.5. Responsabilidade do Franqueador

Pela franquia, o empresário (*franqueador*) licencia o uso de sua marca ao outro contratante (*franqueado*) e presta-lhe serviços de organização empresarial, com ou sem venda de produtos. O objeto principal do contrato é, de um lado, a autorização do uso dos sinais distintivos e, de outro, a prestação dos serviços de estruturação de empresa pelo franqueador, experiente na exploração do negócio, ao franqueado. A venda de produtos não é essencial à franquia, embora em muitos casos se verifique (Cap. 5).

Pelo fornecimento do franqueado aos consumidores responde o franqueador, em razão da outorga da licença de uso de marca. Porém, como a simples prestação de serviços de organização empresarial (*engineering, marketing* ou *management*), desacompanhada da licença, não caracteriza a franquia, o prestador de tais serviços não responde pelo fornecimento aos consumidores, prestado pelo adquirente dos mesmos serviços.

10.6. Sociedades Controladas, Consorciadas, Coligadas e Integrantes de Grupo

Por fim, no tocante às relações interempresariais, importa examinar-se o disposto nos §§ 2º, 3º e 4º do art. 28 do CDC, referente à responsabilidade das sociedades controladas, consorciadas, coligadas e integrantes de grupo. A inserção dessa matéria nos desdobramentos do dispositivo referente à desconsideração da personalidade jurídica é de todo inoportuna, tendo em vista a significativa distância entre os assuntos.

As sociedades que pertencem ao mesmo grupo têm responsabilidade subsidiária perante os consumidores umas das outras; a controlada também, perante o consumidor da controladora.

As consorciadas respondem solidariamente e as coligadas apenas se demonstrada a culpa.

Nos termos do art. 28, § 2º, do CDC, as sociedades integrantes de grupos societários e as controladas têm responsabilidade subsidiária. Grupo de sociedades, segundo o art. 265 da LSA, é a reunião de sociedades sob o controle de uma brasileira, mediante convenção pela qual se obrigam a combinar recursos ou esforços tendo em vista a realização de seus objetos sociais ou a participação em empreendimentos desenvolvidos conjuntamente. Não basta, à caracterização de grupo societário, a simples existência de sociedades sujeitas ao mesmo controle. Ainda que desenvolvam atividades comuns ou combinem recursos, é imprescindível a formalização do grupo por meio da aprovação, registro e publicação da convenção (LSA, arts. 269 a 271). Assim, ao definir como subsidiária a responsabilidade de sociedades integrantes de grupo, o Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado sistematicamente, no sentido de não se aplicar o dispositivo em tela às meras reuniões de fato. Apenas a sociedade pertencente a grupo formalizado possui responsabilidade subsidiária pelas obrigações das demais integrantes em matéria de defesa do consumidor.

Em relação às controladas, prevê o art. 28, § 2º, do CDC também a subsidiariedade, que deve ser entendida como pertinente às obrigações da sociedade controladora. Curiosamente, o legislador não atribuiu às controladoras a responsabilidade subsidiária pelas obrigações das controladas, mas somente o inverso. Desse modo, afastadas as hipóteses de grupo societário ou de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, a controladora não pode ser responsabilizada pelo passivo consumerista da controlada.

Importa esclarecer que a responsabilidade subsidiária pressupõe o exaurimento do patrimônio da principal devedora. Como não se trata de solidariedade, as sociedades integrantes de grupo e as controladas somente podem ser executadas após a falência da obrigada perante o consumidor.

Mais: é necessário que a fase de liquidação do processo falimentar esteja encerrada e o crédito do consumidor não tenha sido integralmente satisfeito. Sem tais condições, não é possível promover a responsabilização das sociedades integrantes de grupo ou controladas. Esta é a diferença essencial entre a subsidiariedade e a solidariedade.

Em relação às consorciadas, estabelece o Código de Defesa do Consumidor a responsabilidade solidária. A regra geral (LSA, art. 278, § 1º) prescreve que, nos consórcios, esta não se presume. Quando, contudo, a obrigação de uma das consorciadas decorrer de relação de consumo, a outra responderá solidariamente. Acentue-se que a solidariedade limita-se às obrigações relativas ao objeto do consórcio. Quanto às demais, vigora a regra geral negativa do vínculo solidário. Os atos e contratos de sociedade em consórcio estranhos ao objeto deste não obrigam solidariamente a consorciada, mesmo se decorrentes de relação de consumo. O § 3º do art. 28 do CDC comporta interpretação restritiva, por representar exceção ao princípio geral da não presunção da solidariedade.

Finalmente, a lei tutelar dos consumidores estipula que as sociedades coligadas respondem apenas por culpa. São dessa natureza as sociedades em que uma participa com dez por cento ou mais do capital social da outra, sem a controlar contudo (LSA, art. 243, § 1º). A rigor, não seria necessário dispor nesse sentido, já que a natureza geral da responsabilidade civil tem a culpa como elemento essencial. Bastaria ao Código de Defesa do Consumidor silenciar a respeito das sociedades coligadas para que a responsabilidade delas não existisse senão na hipótese genericamente prevista pelo art. 927 do Código Civil. Contudo, o legislador parece ter considerado importante a previsão expressa das condições de responsabilização das coligadas como forma de impedir qualquer aplicação analógica do prescrito em relação às controladas.

Capítulo 9

A ATIVIDADE EMPRESARIAL E A PUBLICIDADE

1. A PUBLICIDADE E A TUTELA DO CONSUMIDOR

Segundo uma interpretação romântica da evolução humana, a publicidade e seu extraordinário potencial de influência na conduta das pessoas teria sido descoberta já pelo homem pré-histórico ao observar certos aspectos da natureza. Assim, o parente próximo do *Pithecanthropus erectus* teria intuído os benefícios da publicidade ao perceber o murmúrio do regato anunciando a existência de água fresca, o rugido da fêmea no cio chamando a atenção do macho, o canto dos pássaros atraindo as suas companheiras e os frutos mais intensamente coloridos despertando a voracidade das aves, como as flores a dos insetos, e propiciando assim que suas sementes se espalhassem para outras paisagens. Inspirado nas lições da natureza, o homem, desde então, teria feito da publicidade a arma suprema de competição com os seus semelhantes. Essa é a concepção de Kerner, para quem a publicidade é instrumento que, eficientemente manuseado, pode erguer os medíocres acima dos que, embora superiores, deixam de utilizá-la (*apud* Giacomini Filho, 1991:11).

Essa ideia excessivamente larga de publicidade, que a identifica por todas as partes, não apresenta qualquer operacionalidade conceitual. Importa, pois, depurá-la para restringir o conceito à ação humana. Mais especificamente à ação econômica destinada a convencer consumidores a adquirirem os produtos ou serviços objeto de promoção. Os meios usados na transmissão da mensagem variam enormemente, compreendendo desde simples panfletos e pequenos anúncios impressos em jornais, até cartazes

externos (*outdoor*), *links* patrocinados em ferramentas de busca na *internet* e inserções em rádio e TV.

No conceito de publicidade não se enquadram todas as mensagens persuasivas veiculadas pelos meios de comunicação em massa. Há também aquelas sem conteúdo mercantil, destinadas a público que não pode juridicamente ser considerado consumidor, tais como as de mensagem política, oferta de emprego, campanhas públicas de vacinação ou esclarecimento sobre doenças e outras para as quais se deve reservar o conceito de *propaganda*. No direito brasileiro, ao contrário do que se verifica em outros ordenamentos, não era comum distinguirem-se esses dois conceitos. Publicidade e propaganda muitas vezes foram tidas por expressões sinônimas, como se pode verificar na leitura da Lei n. 4.680/65, diploma básico de regulamentação da atividade publicitária, que usa indistintamente ambas as acepções.

A distinção entre publicidade e propaganda foi, em certa medida, adotada pelo Código de Defesa do Consumidor. Certo é que ao se referir à sanção administrativa cabível contra a publicidade enganosa ou abusiva, optou o legislador pela expressão *contrapropaganda*. Mas, salvo nessa passagem, valeu-se em geral do conceito próprio de publicidade, isto é, a veiculação de mensagens com o objetivo de motivar pessoas ao consumo.

Publicidade é a ação econômica que visa a motivar o consumo de produtos ou serviços, por meio da veiculação de mensagens persuasivas por diversas mídias. Não se confunde com a propaganda, cujos objetivos não são mercantis.

A disciplina jurídica da publicidade não se esgota na questão de tutela do consumidor. Há outros aspectos da atividade publicitária que reclamam regramento jurídico, como os pertinentes às relações entre a agência, o veículo e o anunciante, a ética profissional, a relação quantitativa entre publicidade e programação no rádio e TV etc. A disciplina dos deveres do anunciante para com os destinatários da mensagem publicitária se revela,

não obstante a sua significativa importância, apenas um dos muitos assuntos a serem tratados pelo direito, no tocante à publicidade.

No Brasil, os efeitos da atividade publicitária relativamente ao seu público é matéria abrangida unicamente pelo Código de Defesa do Consumidor. É esta também a alternativa seguida pelo *Code de la Consommation*, em França. A sucinta análise do panorama de direito comparado, no entanto, possibilita constatar que essa vinculação do assunto à legislação consumerista não corresponde à opção de legisladores de outros países. Na Itália, por exemplo, há normas sobre o tema na disciplina geral da difusão radiotelevisiva, em diploma que contempla desde critérios urbanísticos e administrativos para a outorga de concessão de serviço de transmissão por rádio e televisão, até a prescrição do pluralismo e imparcialidade como princípios fundamentais do sistema (a “*legge Mammi*”). Por evidente, essa opção do legislador italiano, embora abrangente e normatizadora de diferentes aspectos da comunicação em massa, para o consumerismo se revela insuficiente, pois importa em deixar ao desabrigo o consumidor exposto a publicidade veiculada em cartazes externos, jornais, periódicos, embalagens, rotulagens e outros meios não operados pela transmissão radiotelevisiva. Nos Estados Unidos, por sua vez, grande parte dos problemas relacionados à publicidade em meios de comunicação em massa — seja a de natureza comercial, seja de qualquer outro tipo — são resolvidos, no âmbito da *common law*, a partir da discussão dos limites da Primeira Emenda à Constituição, que garante a liberdade de expressão (Zuckman-Gaynes-Carter-Dee, 1983:331/343).

Na Espanha, optou-se em 1988 por uma lei geral sobre publicidade, que, além de disciplinar o contrato entre anunciante e as agências de propaganda, define e sanciona as publicidades ilícitas (abusiva, enganosa, desleal, subliminar e irregular). Também em Portugal, vigora, desde 1980, o Código da Publicidade (o atual é de 1990), em que se regulamenta amplamente a atividade publicitária, excluindo apenas a propaganda política. Nele, encontram-se também normas pertinentes aos deveres dos anunciantes para com os consumidores. Trata-se, talvez, da alternativa legislativa mais adequada, por possibilitar o tratamento sistemático do assunto, e consequentemente liberar tutela não só ao consumidor, mas a todos os destinatários de mensagem publicitária.

No direito brasileiro, em que a responsabilidade dos anunciantes pelo conteúdo da publicidade é matéria inscrita unicamente na lei de proteção dos consumidores, somente os seus espectadores que se possam determinar, juridicamente, como insertos em relação de consumo são, em princípio, protegidos. O postulante a emprego não pode invocar o Código de Defesa do Consumidor contra o empresário que anuncia em jornal a existência de vagas em sua empresa, porque entre eles se estabelece relação jurídica de direito do trabalho. O cidadão também não pode, baseando-se naquele mesmo código, dirigir-se contra o administrador público que propagandeia suas obras, já que a relação jurídica que os aproxima é de direito público. Entre o postulante a emprego e o empregador, e entre o cidadão e o seu representante político, não se estabelece relação de consumo, não incidindo, por isso, nesses casos o Código de Defesa do Consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor se aplica apenas às relações jurídicas entre o destinatário final de bens ou serviços e os exercentes de atividade de fornecimento ao mercado de consumo (CDC, arts. 2º e 3º), cuidando das demais relações o regime jurídico próprio do direito trabalhista, administrativo, civil ou comercial.

Relação de consumo é aquela que envolve, de um lado, uma pessoa que se pode considerar “consumidor” (nos termos do conceito legal do art. 2º do CDC) e, de outro, uma que se considera “fornecedor” (segundo o definido pelo art. 3º do CDC). As normas sobre publicidade enganosa ou abusiva do CDC somente se aplicam se o destinatário da mensagem é (ou pode vir a ser) consumidor, e o anunciante é fornecedor.

Também não se submete às normas sobre publicidade do CDC aquele que, sem exercer qualquer atividade econômica de fornecimento de bens ou serviços ao mercado, anuncia a venda ou locação de bens de seu patrimônio. Se eu anunciar, em classificados de jornal, meu carro para venda, a mensagem não estará sujeita ao CDC, porque não me enquadro no conceito legal de fornecedor, já que não desenvolvo atividade econômica de comercialização de veículos usados. De fato, inexistente relação de consumo na

hipótese porque, embora o espectador da mensagem seja provavelmente o destinatário final do objeto do contrato, o anunciante não se enquadra no conceito de fornecedor do art. 3º do CDC. Trata-se, em suma, aqui de contrato disciplinado pelo direito civil, e portanto excluído do âmbito de incidência da norma tutelar dos consumidores.

Por último, sequer toda a publicidade *comercial* é abrangida pelas normas do Código de Defesa do Consumidor. Há peças publicitárias dirigidas especificamente aos empresários, as quais nem sempre se subordinam à disciplina da lei tutelar do consumo, exatamente porque se inserem em relação interempresarial, de direito comercial, e, portanto, igualmente estranha ao âmbito de incidência do CDC. São dessa natureza a publicidade referente ao próprio meio de comunicação (*outdoor* acerca das vantagens de se anunciar em *outdoor*, comercial de rádio propagando a eficiência da publicidade radiofônica etc.), a promovida pelas agências de propaganda e as pertinentes a bens de produção.

É certo, por um lado, que o art. 29 do CDC equipara ao consumidor as pessoas, determináveis ou não, expostas à publicidade. Essa equiparação, no entanto, não alcança o pretendente ao emprego, o cidadão ou o empresário expostos respectivamente à propaganda do empregador e do administrador público, ou à publicidade de insumos. O universo das pessoas albergadas por aquele dispositivo restringe-se aos consumidores em potencial. Com efeito, o consumidor é sempre pessoa determinável, posto que, de acordo com o conceito do art. 2º do CDC, ele *adquire* ou *utiliza* produto ou serviço como destinatário final. Participante, pois, de um negócio, o consumidor sempre se pode identificar a partir do vínculo contratual firmado com o fornecedor. Ele é o comprador na compra e venda de mercadorias, o adquirente dos serviços, o locatário de bens, o mutuário, o segurado etc. A equiparação procedida pelo art. 29 do CDC — dispositivo resultante de negociações parlamentares (cf. Benjamin, 1991:147) — refere-se àqueles que não são partes em contrato de consumo, *mas que podem vir a ser*. O legislador os submeteu à idêntica tutela reconhecida aos consumidores, no tocante às práticas comerciais e contratuais, por considerar que a proteção não estaria completa nesses campos se a restringisse apenas ao momento posterior à celebração do contrato. Ora, o empregado envolvido por anúncio de oferta de emprego e o cidadão destinatário da propaganda política não

estão, na hipótese, expostos a práticas comerciais, não são potencialmente consumidores. Consequentemente, não se encontram sob a guarda das normas previstas no Código de Defesa do Consumidor acerca da publicidade.

O art. 29 do CDC estabelece que as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais são equiparadas aos consumidores. Com esta definição, estende-se a tutela do Código aos consumidores em potencial.

Considere-se, no entanto, a eventual aplicação analógica das normas constantes do Código de Defesa do Consumidor, na solução de pendências envolvendo propaganda de empregador ou de administrador público, o anúncio do vendedor ou locador civil ou a publicidade comercial de insumos. À vista da inexistência de disciplina específica do direito do trabalho, do direito público, do direito civil e comercial, no tocante às responsabilidades do anunciante em relação aos destinatários do anúncio, pode-se cogitar, se presentes os seus pressupostos, de integração dessas lacunas legislativas, mediante o emprego da analogia. Por evidente, a aplicação analógica das normas sobre publicidade, fixadas pela lei tutelar dos consumidores, para além da relação de consumo, somente se pode verificar no campo da responsabilidade civil e nunca no da responsabilidade penal ou administrativa. Não caracteriza crime a simples veiculação de publicidade, ou propaganda, com potencial de enganosidade ou abusividade *fora* da relação jurídica de consumo. E, na mesma medida, o Poder Público não pode impor a pena de contrapropaganda aos anunciantes cujo anúncio dirige-se a pretendentes a emprego, cidadãos, adquirentes de insumos ou quaisquer outras pessoas que não possam ser conceituadas como consumidores (ou potencialmente consumidores), isto é, como destinatários finais de bens ou serviços adquiridos de fornecedor.

2. A AUTORREGULAÇÃO PUBLICITÁRIA

A autorregulação publicitária é, no Brasil, a mais interessante experiência de disciplina de atividade econômica por iniciativa dos próprios agentes nela envolvidos. O seu documento normativo fundamental é o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária — CBAP, cuja primeira versão foi aprovada no III Congresso Brasileiro de Propaganda em 1978. De sua aplicação se encarrega o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária — CONAR, associação civil constituída em 1980 especificamente para essa finalidade pela Associação Brasileira de Agências de Propaganda — ABAP, a Associação Brasileira de Anunciantes — ABA, a Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão — ABERT, a Associação Nacional de Jornais — ANJ, a Associação Nacional de Editores de Revistas — ANER e a Central de Outdoor.

2.1. Âmbito de Abrangência do Sistema de Autorregulação

O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária divide--se em cinco capítulos (introdução; princípios gerais; categorias especiais de anúncios; responsabilidades; infrações e penalidades) e possui vinte anexos, pertinentes a determinadas situações específicas (bebidas alcoólicas; educação, cursos, ensino; empregos e oportunidades; imóveis: venda e aluguel; investimentos, empréstimos e mercado de capitais; lojas e varejo; médicos, dentistas, veterinários, parteiras, massagistas, enfermeiros, serviços hospitalares, paramédicos, para-hospitalares, produtos proteicos, dietéticos, tratamento e dietas; produtos alimentícios; produtos farmacêuticos populares; produtos de fumo; produtos inibidores de fumo; profissionais liberais; reembolso postal ou vendas pelo correio; turismo, viagens, excursões, hotelaria; veículos motorizados; vinhos e cervejas; testemunhais, atestados, endossos; defensivos agrícolas; armas de fogo; *ices* e bebidas assemelhadas).

O âmbito de incidência do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária é mais amplo que o das normas sobre a publicidade existentes no Código de Defesa do Consumidor. Inicialmente, porque o próprio conceito de publicidade constante do diploma autorregulamentar extrapola o campo das relações de consumo e compreende também a promoção de ideias, conceitos ou instituições, inclusive as de intuito não lucrativo. Além

disso, as normas dos capítulos referentes a modalidades específicas de anúncio alcançam relações outras, de índole estritamente não comercial, como os de oferta de emprego, por exemplo. Está expressamente ressalvada da incidência do CBAP a propaganda política, mas a publicidade promovida pelo governo e por entidades paraestatais subordina-se às mesmas normas da publicidade comercial. Por fim, a autorregulação dispõe sobre aspectos da publicidade, que apenas indiretamente pode interessar aos consumidores, como a questão pertinente à concorrência desleal (arts. 4º e 32, f).

Em suma, o sistema de autorregulação publicitária trata a publicidade considerando-a sob ângulo mais abrangente, que não se exaure na tutela dos interesses dos consumidores. Aliás, o objetivo da autorregulação publicitária em todo o mundo é o de criar regras no interesse da própria atividade econômica, de modo a evitar que um grande número de anúncios enganosos ou agressivos pudesse vir a comprometer a credibilidade e eficiência da publicidade como um todo (cf. Calais-Auloy, 1980:86/87). Evidentemente, o consumidor tem os seus direitos protegidos de forma indireta, mas a principal razão do sistema de autorregulação publicitária é o controle do desenvolvimento da publicidade, com o sentido de preservar o seu extraordinário potencial econômico.

O Código de Autorregulamentação Publicitária tem âmbito de incidência maior que o das normas sobre publicidade constantes do CDC.

Percebe-se, com nitidez, a diferença de objetivos entre a disciplina consumerista da publicidade e o sistema de autorregulação, quando se nota a preocupação do CONAR em relação aos chamados exageros no apelo ao sexo e à nudez, pelas peças publicitárias de produtos de todos os gêneros. Em 1987, ano de particular incremento do uso de modelos despidos em filmes publicitários, foi determinada a sustação, entre outros, da veiculação do filme *Technos Mariner Plus*, em que linda e jovem modelo escolhe roupas para sair e, após colocar o relógio da marca propagandeada no pulso, sente-se já suficientemente vestida e ganha as ruas totalmente nua. Dois

rapazes veem-na e comentam “que relógio!”. Se estivesse já em vigor o Código de Defesa do Consumidor, não se verificaria qualquer ilicitude no filme em questão, sequer a da abusividade. Mas como a apresentação pela TV de cenas de nudez, nos intervalos comerciais da programação normal, realmente deixa desconfortáveis parcelas de espectadores — perante os quais, por isso, de alguma forma, pode restar desacreditada a atividade publicitária —, o sistema de autorregulação não pode descuidar do assunto. Para fins da legislação de tutela do consumidor, contudo, se não houver simulação, enganosidade ou abusividade, o anúncio com mulheres ou homens nus, ainda que grotesco, apelativo, indecente etc. não configura qualquer transgressão ao CDC.

Também a utilização do baixo calão em anúncios publicitários representa acentuada preocupação do sistema de autorregulação, que o proíbe (CBAP, art. 27, § 6^º, *d*), porque efetivamente pode perturbar significativos segmentos da audiência. Em 1991, o CONAR decidiu: “o título chulo torna o anúncio inquestionavelmente ofensivo e desrespeitoso para com o consumidor, ferindo a ética publicitária”. Para a legislação de tutela do consumidor, no entanto, trata-se de tema sem a mesma relevância, pois o uso do baixo calão na publicidade não tipifica por si só qualquer forma de ilicitude prevista no CDC.

2.2. Sanções do Sistema de Autorregulação

O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária atribui ao CONAR competência para a imposição de sanções de quatro categorias: advertência, recomendação de alteração ou correção do anúncio, recomendação de suspensão da veiculação e divulgação da posição do CONAR. O texto normativo não apresenta as hipóteses de aplicação de cada uma das penalidades, de modo que se deve concluir a existência de regra, implícita e geral, atributiva ao Conselho de poder discricionário para mensurar a gravidade da infração cometida e definir a punição adequada. Do exame dos casos submetidos a julgamento pelo Conselho de Ética daquela associação, no entanto, é possível concluir-se alguns critérios.

O CBAP estabelece quatro sanções, a serem discricionariamente aplicadas pelo CONAR: advertência, alteração do anúncio, suspensão da veiculação e divulgação da posição da entidade.

A penalidade mais branda é a de advertência, e tem sido aplicada contra anúncios que, embora infrinjam o código, não são potencialmente nocivos aos consumidores ou à atividade publicitária. Exemplo dessa hipótese se encontra no provimento do recurso interposto contra a sustação dos filmes denominados *Confidências I* e *Confidências II*, em que uma simpaticíssima modelo infantil mostra às crianças os meios mais adequados para se obter determinado suco, recorrendo a agrados ou ameaças às mães. O Plenário do Conselho de Ética, por apertada maioria de votos, abrandou a pena para advertência, impondo-a contra o anunciante e a agência.

A recomendação de alteração ou correção do anúncio é penalidade reservada àqueles casos em que a mudança na forma ou no conteúdo da publicidade se revela já suficiente para o atendimento às disposições do CBAP. Por exemplo, o julgamento do caso *Têxtil da Xuxa*, em que na promoção de novelo composto por 100% de fios acrílicos ouvia-se balido de carneiro, sempre que a famosa apresentadora mencionava a palavra lã. A simples supressão do som emitido pelo animal já tornaria o anúncio aceitável, pois eliminaria a inverídica sugestão de produto natural. Evidentemente, ao CONAR não cabe apontar senão as partes do anúncio que reclamam adequação. Não deve, com efeito, elaborar a nova peça publicitária. O próprio anunciante, por meio da mesma agência ou de outra, deverá providenciar a mudança recomendada, caso seja de seu interesse continuar veiculando o anúncio.

A recomendação aos veículos no sentido de que sustem a divulgação da publicidade é a terceira e mais eficiente sanção prevista no CBAP. Cabe na hipótese em que a infringência ao código revela-se tão grave que somente a proibição da veiculação do anúncio se mostra capaz de tutelar adequadamente os interesses prestigiados pela autorregulação publicitária. Muitos são os exemplos dessa modalidade de penalização, podendo-se ilustrá-los com a referência ao filme *Você gosta da sua professora?*, em que

era sugerido aos alunos presentear suas professoras com determinado perfume, objetivando a aprovação na avaliação do rendimento escolar.

E, por fim, prevê o CBAP como sanção mais grave a divulgação da posição do CONAR relativamente a anunciante, agência ou veículo em face do não acatamento das medidas e providências por ele preconizadas. Trata-se de pena reservada àqueles que, submetidos às deliberações do CONAR, não lhe dão o devido cumprimento. É aplicável, também, na hipótese de reincidência específica de anunciante ou agência já sancionados por desobediência às normas da autorregulação. Como, por exemplo, no julgamento do anúncio *Mulher Completa*, veiculado na mídia impressa e relativo a produtos de beleza, em que o anunciante e a agência, após a recomendação de suspensão da peça pelo CONAR, apenas introduziram nela alterações formais, dando ensejo então à aplicação da pena máxima. A pertinência dessa sanção depende fundamentalmente da credibilidade do CONAR, semeada junto aos consumidores e integrantes do sistema de autorregulação.

A eficácia das normas autorreguladoras da publicidade é condicionada, basicamente, pela atuação dos organismos envolvidos com a concepção do sistema. As agências de publicidade e os profissionais da criação devem nortear seus trabalhos pelos princípios e regras constantes do CBAP, inclusive incentivando o empresário anunciante a conformar suas expectativas às diretrizes desse código. Os veículos, por sua vez, devem acatar as sanções impostas pelo CONAR, recusando anúncios que contrariam o CBAP. Às Associações de publicidade, de anunciantes e de veículos, cabe exercer sua liderança entre os respectivos associados, motivando-os ao permanente respeito às disposições do código. E o CONAR, finalmente, deve zelar pela aplicação equânime da disciplina autorregulamentar, inspirando confiança não só nos profissionais da área, como também nos destinatários da mensagem publicitária.

Apesar das diferenças de objetivos e de âmbito de incidência, o sistema de autorregulação publicitária e a tutela legal dos consumidores são complementares um do outro. Na aplicação das normas sobre publicidade estabelecidas pelo CDC, pode-se aproveitar a experiência do CONAR. Conforme acentua Maurizio Fusi (1989:53), relativamente ao sistema italiano de autorregulação publicitária, o órgão encarregado de sua

aplicação, o *Giurì dell'Autodisciplina Pubblicitaria*, tal como o CONAR, possui membros de diferentes profissões e não apenas com formação jurídica, o que permite valorações diversificadas acerca dos efeitos da publicidade sobre o público. Em razão, portanto, da contribuição dada por múltiplos enfoques profissionais, ínsita à autorregulação, não se pode negar-lhe o caráter de verdadeiro modelo para a aplicação das normas jurídicas pertinentes à complexa problemática da publicidade.

3. PUBLICIDADE SIMULADA

Há, no direito brasileiro, três espécies de publicidade ilícita: a simulada, a enganosa e a abusiva. Na primeira, o caráter publicitário do anúncio é disfarçado para que o seu destinatário não perceba a intenção promocional inerente à mensagem veiculada. Na segunda, o anúncio induz o consumidor em erro, afirmando falsidades ou sonogando informações essenciais acerca do objeto da mensagem. E na terceira, valores socialmente aceitos são deturpados com objetivos meramente comerciais.

A publicidade simulada é vedada indiretamente pelo Código de Defesa do Consumidor. O art. 36 do CDC prescreve que a mensagem publicitária deve ser fácil e imediatamente identificada pelo consumidor. Trata-se da introdução no direito nacional do que se convencionou chamar de *princípio da identificabilidade*, elemento presente na normatização da publicidade em vários outros diplomas (CBAP, art. 28, Código da Publicidade português e *Legge Mammi*), pelo qual se reconhece ao destinatário da mensagem publicitária o direito de ser informado acerca da natureza publicitária da mensagem que lhe é dirigida. Essa natureza não pode ser disfarçada ou oculta ao consumidor, que deve ter plenas condições para se posicionar de maneira adequada frente à gama de informações que lhe é endereçada.

Um dos princípios da disciplina jurídica da publicidade é o da “identificabilidade”, pelo qual a mensagem não pode ocultar o seu caráter publicitário.

Em outros termos, como é natural que a veiculação de mensagem destinada a promover produtos ou serviços revista-se de claro objetivo de persuasão, o destinatário tem legitimamente o interesse de se precaver, adotando cautelas e reservas que não adotaria diante de outros tipos de veiculação, como documentários ou filmes de ficção. Tal atitude semidefensiva, que o consumidor tem o direito de assumir perante a publicidade, pressupõe justamente o que o referido art. 36 do CDC afirma, ou seja, a possibilidade de sua fácil e imediata identificação.

Código de Defesa do Consumidor

Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

A vedação da publicidade simulada torna ilícitas algumas técnicas de *marketing*, caracterizadas pelo oportunismo na abordagem ao consumidor desprevenido. Indefeso, teoricamente ele se encontra mais suscetível ao acatamento da promoção comercial. Hipótese evidente dessa técnica é a da publicidade subliminar, que consiste na inserção de mensagens publicitárias, de duração equivalente a milionésimos de segundo, no transcorrer da exibição de filmes. Em razão da extraordinária rapidez do contato mantido entre o consumidor e a mensagem, ela se torna perceptível apenas ao seu inconsciente. Embora a eficácia dessa técnica seja altamente questionável pelos especialistas da área, o fato é que, para o direito brasileiro, ela é indiscutivelmente proibida, por caracterizar publicidade simulada.

Outra técnica de larga utilização abrangida pela norma proibitiva da publicidade simulada é a *reportagem publicitária*. É muito frequente a veiculação pelos jornais, revistas ou periódicos, de reportagens sobre assuntos de interesse aparentemente geral dos leitores, mas que, na verdade, com maior ou menor grau de sutileza, escondem a promoção de produtos, empreendimentos imobiliários, centros comerciais etc. O tema da matéria

jornalística pode ser, por exemplo, a mudança nos hábitos alimentares da população, mas a sua leitura acaba sugerindo a plena adequação de certo restaurante aos novos hábitos noticiados. Os encartes ou cadernos dos periódicos voltados ao lazer contêm muita publicidade oculta dessa natureza. A lei condena tal prática, devendo as editorias informar os leitores acerca das circunstâncias em que a reportagem foi realizada, distinguindo com clareza absoluta as mensagens publicitárias eventualmente nela contidas.

Igualmente, as chamadas *testemunhais* dissimuladas têm a sua licitude comprometida. Cuida-se de técnica utilizada principalmente na mídia radiofônica em que o locutor, após a comunicação de notícia imparcial referente ao anunciante, manifesta opinião favorável a este, como se fosse sua e espontânea. A publicidade governamental faz intenso uso desse meio dissimulado de autopromoção. A proibição de publicidade simulada, contudo, não alcança as testemunhais ostensivas, disciplinadas pelo CBAP (Anexo Q), ou seja, aquelas em que o consumidor fácil e prontamente percebe a natureza publicitária do depoimento prestado.

Também pode ser eventualmente alcançada pela vedação legal da publicidade simulada a técnica que, no Brasil, se convencionou chamar por *merchandising*, isto é, a inserção de mensagens publicitárias no transcorrer de novelas, peças teatrais, programas de televisão, filmes etc. Informa Maria Elizabete Vilaça Lopes que o conceito originário de *merchandising* referia-se a certos métodos empregados nos pontos de venda *self-service*. Especificamente, relacionava-se com os critérios de arrumação, localização e apresentação de produtos nas gôndolas de supermercados ou lojas de conveniência, de modo a chamar a atenção dos consumidores para determinados itens colocados à altura dos olhos, nas proximidades do caixa recebedor ou nos corredores. É o chamado vendedor silencioso, ideia que, sutilmente, possibilita transmutar o conceito de *merchandising* para o de inclusão disfarçada de chamadas publicitárias no desenrolar de tramas novelísticas ou de outras apresentações (1992:154/155).

Atente-se que o *merchandising* não é, necessariamente, ilícito. Desde que empregado de modo facilmente constatável pelos espectadores, nenhuma irregularidade se verifica. A cena da telenovela, nesse sentido, deve ser produzida com a preocupação de se revelar claro, evidente e translúcido o

intuito publicitário da referência ao produto ou serviço nela contida. A inserção de esclarecimentos nos créditos de abertura ou encerramento do capítulo também se revela meio idôneo ao emprego lícito da técnica. Qualquer outra forma, aliás, que transmita eficientemente ao consumidor a informação de que ele se encontra diante de publicidade atende ao preceito legal.

Por último, cabe lembrar o *infomercial*, que as TVs a cabo trouxeram aos televisores brasileiros, com traduções caracteristicamente malfeitas. Trata-se de venda, por telemarketing, em que a apresentação do produto é ambientada num programa de auditório. Diante de uma plateia inicialmente incrédula, que vai aos poucos externando, por meio de interjeições e aplausos, sua estupefação com a eficiência proclamada do produto, o apresentador destaca os atributos deste. Os *infomerciais*, para se adequarem à nossa legislação consumerista, devem explicitar, de forma clara, sua natureza de peça publicitária (Krohn, 1995:100).

Não obstante a prescrição da ilicitude da publicidade simulada, e da forte presença nos meios de comunicação dessa categoria de técnica publicitária, omitiu-se o legislador no estabelecimento de sanções contra o anunciante que a promove. O parágrafo único do art. 67 do projeto de Código de Defesa do Consumidor aprovado pelo legislativo, é certo, definia-a como crime, mas houve veto presidencial ao dispositivo, fundamentado em pretensa obscuridade e imprecisão do tipo, de que decorreria vício de inconstitucionalidade por desrespeito ao princípio da reserva legal (CF, art. 5º, XXXIX). Por criticável que seja a opção da chefia do executivo — em vista da propriedade dos termos utilizados pelo legislativo na descrição do tipo ou mesmo em função do antecedente da autorregulação publicitária, que inquestionavelmente contribuiria na superação de eventuais imprecisões (cf. Filomeno, 1991:455) —, fato é que inexistente norma penal vigente tipificando a publicidade simulada.

Por outro lado, o art. 60 do CDC, ao eleger os pressupostos da imposição da contrapropaganda, cogita apenas da publicidade enganosa e abusiva, não fazendo referência a outras modalidades de ilícito publicitário. Essa sanção administrativa, portanto, não se pode aplicar contra o anunciante que promove publicidade simulada. O anunciante, no caso, fica exposto à pena de multa (Dec. n. 2.181/97, art. 19, parágrafo único, II).

Finalmente, também não se encontra consignada na lei de modo expresse a responsabilidade civil em decorrência de prática de simulação do caráter publicitário de mensagem endereçada ao consumidor. Será, contudo, cabível invocar-se a regra genérica do art. 927 do Código Civil, para fundamentar demanda contra o empresário que, por tê-la promovido, causou danos aos consumidores ou espectadores. Claro que, por se fundar a ação na teoria geral da responsabilidade civil, a condenação do anunciante, nesse caso, dependerá de prova de culpa. Na melhor das hipóteses para o consumidor, demonstrada a hipossuficiência de sua condição ou a verossimilhança de suas alegações, poderá o juiz favorecê-lo com a decretação da inversão do ônus probatório (CDC, art. 6º, VIII). Tal inversão, contudo, não significa o mesmo que o reconhecimento da responsabilidade objetiva, porque importa apenas a atribuição ao demandado da prova negativa de culpa, que, realizada, evita a condenação. Assim, o empresário que demonstrar ter promovido publicidade simulada *sem culpa* não é civilmente responsável pelos eventuais danos decorrentes.

4. PUBLICIDADE ENGANOSA

Para explicar ao público leigo alguns aspectos marcantes da ópera, o musicista e compositor Aaron Copland destaca que a sua audiência pressupõe a aceitação, pelo ouvinte, das convenções próprias desse gênero de arte. O espectador não pode esperar nada de muito sensato desenvolvido no cenário operístico, em que cantores líricos dramatizam com exagero os temas da trama. De fato, o ouvinte não conseguiria entreter-se com o espetáculo se, a cada passo, lhe ocorresse que as pessoas não costumam ficar cantando suas mazelas e amores tal como apresentado pela ópera. O próprio tempo é decomposto e reconstruído operisticamente: o soldado José, alertado pelo toque de recolher, ao invés de entregar-se prontamente ao amor de Carmem, gasta o apertadíssimo tempo que lhe resta discutindo com a cigana por que deve atender à retreta. Essa submissão às convenções próprias, acentua ainda Copland, não é marca exclusiva da ópera. Em felicíssima imagem, ele lembra, o teatro pretende que a *quarta parede* de um aposento está ali no palco e que os espectadores, por algum meio milagroso,

contemplam cenas da vida real (1939:166). Ora, quem quer usufruir a apresentação de peça teatral deve aceitar essa convenção.

A publicidade, atividade econômica que pode se revestir de forte acento artístico, tem a sua *quarta parede* também, isto é, sua convenção própria que se pode entender e que se deve controlar, mas cuja aceitação é imposta em alguma medida ao espectador. Em outras palavras, costuma haver sempre algo de fantasioso (e, portanto, de falso) nas mensagens publicitárias. Nenhuma *lingerie* é usada por mulheres feias; nenhum apartamento é comprado por famílias desestruturadas; nenhum produto é relacionado seriamente com o fracasso pessoal ou profissional. Apenas nos anúncios de formato bastante simples, não se vislumbra qualquer apelo fantasioso. São desse tipo aquelas peças publicitárias que se limitam a mostrar a imagem do produto e informar o preço e condições de pagamento, por exemplo. Basta, contudo, introduzir-se no formato do anúncio um famoso artista ou desportista como modelo, para que se desperte, já, a fantasia do consumidor: insinua-se que o produto é consumido, ou pelo menos prestigiado, por pessoas importantes.

A publicidade é, em grande medida, fantasiosa e visa a mobilizar emoções dos espectadores. Há sempre algo de falso, em qualquer anúncio publicitário.

Muitos exemplos demonstram que, antes de transmitir ideias racionalmente inteligíveis, a publicidade visa geralmente mobilizar desejos e emoções, conscientes ou não, dos consumidores. Manipulam, pois, fantasias capazes de despertar, pelo menos, a simpatia do espectador em relação ao produto ou serviço promovido. O consumo de certa marca de *drops* faz o casal levitar; o trânsito congestionado desaparece imediatamente, tão logo dada a partida em determinado automóvel; conhecido *chef cuisinier* francês radicado no Brasil assegura categoricamente que utiliza maionese nacional na confecção de seus pratos mais requintados. São, ou podem ser, mentiras fantasiosas com as quais o espectador deve contar; ele deve ser inclusive capacitado, pela própria

mensagem publicitária ou por sua experiência de vida, a discernir o verdadeiro do falso. Em outros termos, a coibição à publicidade enganosa pode e deve ser feita sem o sacrifício da criatividade na produção e transmissão de anúncios publicitários.

4.1. Falsidade e Enganosidade

Não é a simples veiculação de informações total ou parcialmente falsas que configura o ilícito da enganabilidade. Apesar da redação empregada no art. 37, § 1º, do CDC, a mensagem publicitária pode conter informações falsas, como por exemplo a levitação dos consumidores do *drops* em promoção, e nem por isso representar infração à lei.

Código de Defesa do Consumidor

Art. 37, § 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

A presença no anúncio de informações não confirmadas pela experiência dos espectadores *não* é fator suficiente para a caracterização de publicidade enganosa. É necessário, ainda, que os dados falsos tenham efetivo potencial de indução dos consumidores em erro.

O anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor elaborado pela comissão de juristas, fonte mediata do texto em vigor (*DOU*, 4 jan. 1989), revelava-se mais adequado no tratamento da matéria, na medida em que o seu art. 26, § 1º, ao definir publicidade enganosa, circunscrevia o ilícito à hipótese de criação de dúvidas ou indução em erro. O dispositivo em vigor, como se sabe, sugere *prima facie* que a simples existência de informações falsas já estaria a comprometer a licitude da mensagem publicitária. Essa interpretação meramente literal da norma posta (CDC, art. 37, § 1º), contudo, não pode prevalecer diante da compreensão global da atividade publicitária. É enganosa a publicidade capaz de induzir consumidores em erro quanto ao

produto ou serviço em promoção. A mera inserção de informações inverídicas, por si só, nada tem de ilegal, uma vez que pode representar a lícita tentativa de mobilizar a fantasia do espectador, com objetivos de promover o consumo. Em outras palavras, para se caracterizar a publicidade enganosa, não basta a veiculação de inverdades. É necessário também que a informação inverídica seja, pelo seu conteúdo, pela forma de apresentação, pelo contexto em que se insere ou pelo público a que se dirige, capaz de ludibriar as pessoas expostas à publicidade.

Pode haver, portanto, algum toque de fantasia (e de falsidade por conseguinte) nas peças publicitárias. Isso, no entanto, não representa agressão ao direito dos espectadores à mensagem verdadeira, porque a percepção do fantasioso afasta a enganiosidade, descarta a possibilidade de qualquer afirmação fundada na realidade dos fatos. O espectador, ao assistir filme publicitário de certa marca de tênis, em que acrobatas fazem arriscadas evoluções no alto de montanha russa, não está autorizado a crer que a aquisição daquele produto lhe asseguraria igual habilidade. É de tal forma improvável que o tênis possa ter essa qualidade, que a ligação entre o produto e as acrobacias, sugerida pelo anúncio, somente deve ser recebida como fantasiosa. A ninguém seria lícito reclamar do tênis o efeito de habilitar acrobatas, porque simplesmente isso é impossível, não existe. Perceber que se trata de sugestão falsa destinada apenas a mobilizar as emoções e o espírito de aventura do espectador é aceitar a *quarta parede* da publicidade.

Do fato de existirem, em maior ou menor grau, falsidades fantasiosas na promoção publicitária, não se pode concluir, no entanto, que o empresário estaria autorizado a inserir nos anúncios informações inverídicas de qualquer natureza. Aquele atributo da publicidade, razão de sua extraordinária eficácia e causa latente de seu descrédito, pode e deve ser controlado. A autorregulação, aliás, preocupada em preservar o potencial econômico da atividade, pretende racionalizar o manuseio da fantasia, evitando que excessivo número de peças publicitárias enganosas venham a desacreditar o conjunto e comprometer a eficácia e rentabilidade da própria atividade publicitária. Embora com objetivos diversos, o Código de Defesa do Consumidor, ao conceituar a enganiosidade na publicidade como ilícito,

também confere meios de racionalizar e controlar o manuseio da fantasia na promoção de produtos e serviços.

4.2. Caracterização da Publicidade Enganosa

Pode-se cogitar, inicialmente, de critérios auxiliares de identificação da manipulação legítima do fantasioso na produção e veiculação de publicidade. Assim, se o próprio anúncio explicita a inverdade da informação ou da situação representada, se a informação é manifestamente inverídica, impossível, inexistente, segundo o que se pode concluir da experiência de vida, ou, ainda, liga o produto ou serviço a personagens como papai noel, Frankstein, fadas e outras, não se verifica *prima facie* a prática de publicidade enganosa.

Esses critérios, contudo, são meramente auxiliares. O decisivo é investigar se o conteúdo transmitido é suscetível de induzir em erro o consumidor do fornecimento em promoção. Se, a partir da mensagem, se constata que ele pode ser levado a tomar por verdadeira a informação falsa, então caracteriza-se a publicidade enganosa. Pelo contrário, se, a partir ainda da mensagem, se constata que o consumidor não tem como tomar por verdadeira a informação falsa, então a publicidade é lícita, apesar de conter falsidades.

Há publicidade enganosa se o anúncio veicula mensagem falsa como se verdadeira fosse. Se o consumidor tem, pela própria mensagem ou por sua experiência de vida, condições de perceber a falsidade da informação, não se caracteriza o ilícito.

A equação proposta suscita três questões, cuja discussão contribui para o esclarecimento do critério. Em primeiro lugar, a definição do universo de consumidores que compõe o padrão para se mensurar o potencial enganoso da publicidade (item 4.3). Em segundo, a natureza e a articulação das muitas informações veiculadas na peça publicitária em exame (item 4.4). E, por fim, a figura da enganosidade por omissão, especificamente referida pela lei

(CDC, art. 37, § 3º), e que será objeto de exame no transcorrer da análise dos princípios da veracidade e da transparência (item 4.5).

4.3. Consumidor Padrão

Para se enfrentar a questão relativa ao padrão de consumidor na mensuração do potencial de enganabilidade da publicidade, devem-se assentar duas premissas: interessa considerar apenas o conjunto de consumidores específico do fornecimento promovido e, *dentro desse conjunto*, considerar não somente as pessoas medianamente informadas, mas também os desprovidos de conhecimentos médios.

Na análise de eventual ilicitude na publicidade, deve-se tomar por referência, inicialmente, o universo de consumidores do fornecimento em questão. Produtos e serviços mais caros são normalmente consumidos por pessoas de maior poder aquisitivo, cuja formação e experiência de vida, *em geral*, permite mais apurada percepção da realidade dos fatos, e menor suscetibilidade à crédula aceitação passiva do que a publicidade veicula. Na promoção de imóveis de alto luxo, a ponderação do potencial de enganabilidade das informações transmitidas pode ser, relativamente, menos rigorosa do que no exame de publicidade de imóveis de padrão médio ou popular.

O empresário que comercializa automóveis importados de luxo pode anunciar preços vantajosos de *leasing* dos veículos, comparando--os a preços de venda de concorrentes, sem, necessariamente, esmiuçar as diferenças entre os dois sistemas, porque o consumidor próprio desse tipo de fornecimento tem amplas condições de se informar sobre o assunto, caso já não o conheça. Em situação bastante diferente, no entanto, se encontra o empresário que comercializa automóveis de menor preço ao sugerir, em seu anúncio, que determinado valor de prestação se refere à venda a crédito do veículo quando, na verdade, representa a cota mensal de participação em consórcio de bem durável. Nesse último caso, o destinatário da mensagem, geralmente pessoa de renda e instrução média, tem o direito de ser suficientemente informado acerca das diferenças dos dois sistemas.

Claro que nem sempre o consumidor de maior poder aquisitivo está amplamente informado sobre economia e direito, assim como nem sempre o de menor poder desconhece por completo os assuntos negociais. Além disso,

há dados de natureza especificamente técnica, cujo conhecimento independe da situação econômica do consumidor. Contudo, refletindo em busca de critérios teóricos, pode-se situar genericamente essa relação. O essencial é que o empresário, ao apreciar a proposta de campanha publicitária de sua agência, tenha meios de proceder a cálculo, o quanto possível objetivo, que antecipe, em termos globais, futura apreciação judicial da publicidade a ser veiculada. Nesse sentido, o primeiro dado a se levar em conta, no exame do potencial enganoso da publicidade, é o de que a mensagem é dirigida a pessoas que, ao menos potencialmente, são consumidores daquele específico fornecimento em promoção. Não tem o empresário o dever de se preocupar com as pessoas que não compõem o perfil de seus consumidores, no momento em que aprecia a veracidade das informações a serem transmitidas.

Definido o universo dos consumidores em potencial do fornecimento objeto de publicidade, o padrão a ser considerado na análise de sua eventual natureza enganosa deve compreender não só o consumidor medianamente informado, mas também o desprovido de conhecimentos médios (cf. Fusi, 1989:45/48). Mesmo entre pessoas de mesmo poder aquisitivo, ou de equivalente formação, encontrar-se-ão diferentes níveis de capacidade intelectual ou conhecimento de informações específicas. Para que a proteção dos consumidores, liberada pela lei, seja realmente efetiva, deve-se considerar que também os mais desprovidos, dentre os consumidores em potencial do fornecimento em questão, encontram-se abrangidos pela norma tutelar.

O englobamento do consumidor desprovido de conhecimentos médios na construção do conceito de consumidor padrão — noção indispensável à aferição de eventual enganabilidade em anúncio publicitário — não significa, absolutamente, que todo e qualquer adquirente de produto ou serviço pode alegar que se enganou e invocar a proteção legal. Afirmar isso seria tornar inexequível o cálculo empresarial e impossibilitar a socialização de perdas, condição inafastável da tutela dos consumidores no sistema capitalista. Haverá, por certo, pessoas especialmente limitadas ou particularmente desatentas, em relação às quais nenhuma cautela do anunciante, por maior que seja, será suficiente para evitar distorções no entendimento da mensagem publicitária. Bem precisada a questão, aquele que não puder ser determinado sequer como o menos informado dentre os consumidores habituais do

fornecimento, não deve ser considerado no exame do potencial de enganabilidade da publicidade.

Em outros termos, se o adquirente de produto ou serviço não integra o conjunto de consumidores habituais do fornecimento objeto de promoção publicitária, eventual entendimento distorcido de sua parte não pode dar ensejo à caracterização de ilícito. Entender de outro modo a questão equivaleria a impossibilitar o cálculo empresarial e conseqüentemente obrigar o empresário ao impossível.

A publicidade se revela enganosa quando sua mensagem pode induzir em erro o menos informado dos consumidores específicos do fornecimento objeto da promoção publicitária.

4.4. Conteúdo da Mensagem

A mensagem veiculada pelo anúncio deve ser também examinada, para se caracterizar a publicidade como enganosa. Anote-se, em primeiro lugar, que o potencial de indução em erro deve necessariamente decorrer do exame da peça publicitária como um todo. Mesmo a publicidade literalmente verdadeira pode ser tida por enganosa se, globalmente considerada, puder induzir o consumidor em erro. Como afirmava um extraordinário anúncio de TV do jornal *Folha de S. Paulo* (no qual frases verdadeiras e aparentemente positivas acerca da realidade econômica e política da Alemanha interguerras acompanhavam a construção pontual do retrato de Hitler), pode-se mentir falando apenas verdades. Por certo, uma vez provando o empresário que as informações veiculadas em sua publicidade, globalmente consideradas, revelam-se verdadeiras, então não se verifica o ilícito da enganabilidade.

As chamadas ou destaques de anúncios escritos, no mesmo sentido, não devem ser considerados isoladamente, uma vez que o respectivo texto pode apresentar a devida elucidação das condições do negócio ou qualidade do fornecimento. Aliás, é técnica publicitária de largo uso, voltada a despertar a curiosidade do espectador e chamar a sua atenção para o produto ou serviço,

a apresentação de chamadas intrigantes, que o motiva a acompanhar o desenvolvimento do anúncio em busca do desfazimento da contradição ou do absurdo de início sugeridos. O exemplo típico e bastante usual é o do comerciante que propaga “queima de estoque” e, em seguida, especifica que está vendendo determinados produtos a preço ou condições promocionais.

O essencial, no caso de utilização de chamada intrigante, é que se atendam rigorosamente dois pressupostos. Em primeiro lugar, a própria publicidade deve se encarregar de clarificar o verdadeiro conteúdo da mensagem. Se o cabal esclarecimento da exata condição de negócio ou das características do fornecimento, o consumidor só obtém comparecendo ao estabelecimento do fornecedor, então a publicidade é, sem dúvida, enganosa. Em segundo, o esclarecimento da mensagem deve ser inequívoco. Se a publicidade comporta duas ou mais interpretações, sendo pelo menos uma delas enganosa, configura-se o ilícito. A contradição ou o absurdo sugerido de início devem ser totalmente desfeitos no desenvolvimento da mensagem, de modo a se evitar qualquer resquício de ambiguidade (cf. Benjamin, 1991:203).

Exatamente porque a aferição da enganiosidade decorre de exame da mensagem considerada em sua inteireza, não se pode admitir a utilização de esclarecimentos grafados em tipos minúsculos em notas de rodapé ou disfarçadamente situados em cantos pouco lidos do anúncio escrito, bem como a apresentação de rápidas e complexas legendas de ressalvas em filme televisivo. Também não é lícito o estabelecimento de relações implícitas entre as informações veiculadas, das quais o espectador pode legitimamente inferir certa característica inexistente no fornecimento. Seria, exemplificativamente, enganoso o anúncio que afirmasse “deguste o autêntico vinho californiano” e recomendasse a compra de um produto de vinícola brasileira. Em termos lógicos estritos, inexistente ligação entre uma e outra proposição. Pode-se sugerir a uma pessoa que experimente vinhos da Califórnia e que também compre bebida nacional. São, logicamente, duas afirmações independentes. Contudo, há implícita relação entre elas, de modo que o espectador fica autorizado a imaginar que o vinho em promoção é o importado (cf. Craswell, *apud* Benjamin, 1991:204).

Para concluir esse primeiro aspecto relativo à consideração da mensagem em termos globais, na aferição de publicidade enganosa, deve-se referir ao

teaser, técnica publicitária que compreende a veiculação de anúncios preparatórios de campanha promocional, geralmente enigmáticos. O CBAP a conceitua como “mensagens que visam criar expectativas ou curiosidade, sobretudo em torno de produtos a serem lançados” (art. 9º, parágrafo único), para excepcioná-la da proibição geral de publicidade por anunciante não identificado. Exemplificando: a cidade amanhece com *outdoor* por todos os cantos anunciando a breve chegada de algo que vai mudar a vida de todos. Não são dadas muitas pistas ao espectador que se vê, paulatinamente, consumido pela curiosidade. Surpreendem-se as pessoas em conversas com os amigos, formulando palpites acerca da natureza do produto ansiosamente esperado. Algum tempo depois, expectativa já espalhada entre os consumidores, novos cartazes externos vêm saciar a sede de curiosidade dos circunstantes, apresentando uma nova marca de sabão em pó. Trata-se de técnica em princípio lícita, até porque os anúncios preparatórios costumam ser bastante lacunosos. Haverá, contudo, enganiosidade se o prometido pelo *teaser* não se confirmar pelo fornecimento anunciado, induzindo em erro os consumidores. Em termos outros, nada há de específico nessa técnica, relativamente à ilicitude da enganiosidade, estando as respectivas peças publicitárias sujeitas à mesma disciplina das demais.

O segundo aspecto relevante a acentuar na reflexão pertinente à mensagem para fins de definição da prática de publicidade enganosa diz respeito à sua natureza. Há, com efeito, duas fundamentais espécies de informações veiculadas em publicidade. De um lado, as persuasivas, cujo objetivo é convencer o espectador a se comportar de uma certa maneira, e, de outro, as descritivas, que apenas transmitem dados elucidativos acerca do fornecimento em promoção. Claro que o sentido geral de qualquer peça publicitária é o de persuadir o espectador a consumir o objeto promovido, mediante a veiculação de informações acerca dele. Por vezes, assim, será difícil discernir exatamente a natureza persuasiva ou descritiva de uma específica mensagem. A tentativa, contudo, deve ser feita, porque, rigorosamente falando, as frases persuasivas não podem ser verdadeiras ou falsas. Essas qualidades dizem respeito exclusivamente às frases descritivas.

Imagine-se filme publicitário em que o modelo com jeito de pessoa confiável, com voz e postura intimistas, dirige-se ao espectador e afirma “você não deixaria de comprar o melhor apenas porque é um pouco mais

caro, deixaria?”. Essa informação, a rigor, não é verdadeira ou falsa, mas simplesmente persuasiva. Se o fornecimento a que se refere é, efetivamente, o melhor ou o mais caro, isso não caracteriza seja a pertinência, seja a impertinência da indagação formulada.

Se a publicidade apenas transmite postulados deônticos, afirmando que o consumidor *deve* conduzir-se de certa forma, inexistente qualquer descrição do produto ou serviço promovido. E, assim sendo, nada é possível aferir quanto à sua veracidade ou falsidade. Os atributos das frases persuasivas são os de pertinência em relação a fins presumidos (no exemplo acima, pressupõe-se que o objetivo de todo consumidor sensato é adquirir produtos de qualidade, mesmo pagando mais por eles), enquanto os das frases descritivas são os de veracidade ou falsidade (caso reportem ou não adequadamente o seu objeto). Por isso, em termos gerais, enquanto a impertinência de afirmações persuasivas pode caracterizar o ilícito de publicidade abusiva, a falsidade de afirmações descritivas pode dar ensejo ao ilícito da enganabilidade. Na mesma medida, não se pode tomar por abusiva publicidade fundada apenas em informações descritivas, ainda que falsas, assim como não se verifica o ilícito da enganabilidade em anúncio pautado exclusivamente em mensagens persuasivas, ainda que impróprias.

As frases veiculadas por um anúncio podem ser descritivas (“este remédio é eficaz no combate à dor de cabeça”) ou persuasivas (“você merece ter o carro mais bonito do bairro”). As descritivas podem ser verdadeiras ou falsas, mas as persuasivas não. As primeiras, assim, estão relacionadas ao ilícito da enganabilidade e as outras ao da abusividade.

Nesse passo das considerações acerca da definição do potencial de enganabilidade de anúncios publicitários, cabe referência ao uso de superlativos ou expressões exageradas (*puffing* ou *exaggerated graphics*). São, com efeito, mensagens descritivas cuja veracidade dificilmente pode ser testada. Ao propagar que o seu produto é o melhor do mundo, o empresário afirma algo que simplesmente não se pode confirmar ou negar. Há quem considere ilícita a adoção de superlativos ou de exageros por não

ter o anunciante condições de provar sua veracidade (cf. Bernitz-Draper, *apud* Benjamin, 1991:201). Anota Waldírio Bulgarelli (1985b:90), porém, que a regra geral do direito da maioria dos países industrializados aponta para a licitude da adoção de expressões exageradas na publicidade, desde que inofensivas. Penso que, quanto a esse tema, é necessário relembrar as convenções próprias da publicidade, que o consumidor, ao longo de sua vida, passa a conhecer e aceitar. Os superlativos e os exageros são exemplos da manipulação do fantasioso das pessoas, ou seja, da *quarta parede* a que me referi inicialmente, com ajuda da imagem de Copland sobre o teatro. Não há, portanto, nenhum ilícito intrínseco a essas técnicas de publicidade. Evidentemente, em função da natureza da expressão exagerada ou do superlativo, em sendo factível o teste da veracidade do afirmado, certamente se configurará a enganabilidade caso haja indução de consumidores em erro.

4.5. Princípio da Veracidade, Princípio da Transparência e Enganabilidade por Omissão

A doutrina assinala que a significativa mudança da evolução da disciplina normativa da publicidade se verifica quando se passa do princípio da *veracidade* ao da *transparência* (Ghidini, 1989:38). Adotando apenas o primeiro, o direito limita-se a coibir a veiculação de publicidade capaz de enganar os espectadores. Ao incorporar o segundo, o direito define as informações indispensáveis que o empresário está obrigado a prestar, em sua publicidade, para contribuir com a tomada de decisão adequada pelo consumidor. Entre um e outro estágio, podem-se registrar situações intermediárias, como por exemplo a do direito norte-americano de disciplina da publicidade referente a crédito ao consumidor. Nela, o princípio da transparência se manifesta com feição peculiar, na prescrição da regra *all or nothing*. Isto é, o fornecedor de crédito não está obrigado a anunciar, em sua publicidade, as condições do mútuo, mas se o fizer, deverá apresentá-las detalhadamente, prestando as informações definidas pela norma positiva.

Entre nós, no capítulo da proteção contratual, o Código de Defesa do Consumidor contempla regras das quais se pode concluir a adoção do princípio da transparência. Nesse sentido, ao consumidor deve ser assegurado o direito de saber, previamente, a exata extensão das obrigações assumidas por ele e pelo fornecedor (CDC, arts. 46, 52, 54, §§ 3º e 4º). No

tocante à publicidade, no entanto, o legislador nacional não ultrapassou os limites do princípio da veracidade. Anote-se que as regras relativas à publicidade enganosa constantes do Código de Defesa do Consumidor referem-se apenas à tutela de interesses difusos e coletivos. No tocante à tutela dos interesses individuais, simples ou homogêneos, o disposto no art. 37, § 1º, nada acrescenta à proteção que já havia sido reconhecida a cada consumidor singular no tratamento do fornecimento viciado. A transparência, portanto, é princípio aplicável apenas à disciplina das relações de consumo individuais e não à das relações coletivas.

Diante de cada consumidor, o fornecedor tem o dever de informar prévia, ampla e adequadamente, acerca do seu fornecimento. Diante da coletividade dos consumidores, porém, inexistente esse dever e o fornecedor está obrigado somente a não enganar em sua publicidade.

Na proteção de direitos individuais simples, o CDC adota o princípio da transparência, mas na dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, o princípio adotado é o da veracidade.

Em função da não adoção do princípio da transparência pelo direito brasileiro, em matéria de disciplina das relações coletivas de consumo, o empresário não se encontra *obrigado* a fazer publicidade de seu fornecimento. A única hipótese de obrigatoriedade de realização de publicidade é a destinada à divulgação de periculosidade em produto ou serviço, desconhecida antes de sua introdução no mercado (CDC, art. 10, § 1º). Não está, portanto, também obrigado, em regra, a promover publicidade *com determinado conteúdo*. A legislação tutelar dos consumidores não lhe impõe o dever de subsidiar os espectadores da publicidade com a transmissão de dados úteis à escolha destes, no sentido de consumir ou não o produto ou serviço anunciado. Isto é, o dever de informar prévia, ampla e adequadamente, que a lei prescreve ao fornecedor na disciplina das relações individuais de consumo, não se concretiza por meio da promoção

publicitária, mas por meio do próprio atendimento dispensado em concreto a cada consumidor.

A questão referente à enganabilidade por omissão insere-se nesse cenário. Se inexistir obrigação legal voltada especificamente ao conteúdo da mensagem publicitária, no sentido de circunscrever o teor das informações que os consumidores têm direito de conhecer, em que medida se pode considerar certa omissão um fator de enganabilidade? A lei menciona o atributo da essencialidade (CDC, art. 37, § 3º), que se pode concluir apenas mediante análise casuística. Em termos gerais, se o conhecimento do dado pode influir de forma ponderável na decisão do espectador, no sentido de adquirir o fornecimento, então se trata de informação essencial.

Código de Defesa do Consumidor

Art. 37, § 3º Para os efeitos deste Código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

Claro que não basta configurar-se que o consumidor demandante em particular, caso tivesse tido conhecimento do dado, não teria adquirido o bem ou comodidade por razões particulares. Novamente, o cálculo empresarial somente se viabiliza adotando-se, por referência, a noção de consumidor-padrão, construída a partir do perfil do menos informado dos consumidores habituais do fornecimento objeto da publicidade. Estando em julgamento questão referente à enganabilidade por omissão, o juiz deve pautar-se no mesmo critério, ou seja, considerar o conjunto de consumidores habituais do fornecimento em promoção publicitária, e aferir se o menos informado deles, se tivesse tido conhecimento do dado omitido na mensagem, teria ou não alterado a sua decisão de adquirir o bem ou serviço. A enganabilidade por omissão, nesse sentido, se caracteriza na hipótese em que é de tal forma importante o dado omitido, que um consumidor-padrão, assim considerado, deixaria de concretizar o negócio, se dele soubesse anteriormente.

5. PUBLICIDADE ABUSIVA

A legislação brasileira, a exemplo da vigente em outros países (como a Itália e a Espanha), considera ilícita a publicidade abusiva. O legislador não a conceituou propriamente, mas apenas apresentou hipóteses de sua configuração no art. 37, § 2º, do CDC. Em inegável elenco exemplificativo, encontram-se como modalidades desse ilícito a publicidade discriminatória, incitadora da violência, exploradora de medo ou superstições, aproveitadora da deficiência de julgamento e experiência das crianças, agressiva a valores ambientais ou motivadora de condutas prejudiciais à saúde e segurança dos consumidores. Analise-se, inicialmente, um a um os exemplos legais.

5.1. Abuso por Discriminação

A publicidade é discriminatória quando a mensagem veiculada afirma, ou simplesmente sugere, a pertinência de tratamento discriminatório às pessoas. A Constituição Federal assegura a todos, como direito fundamental, o tratamento isonômico (CF, art. 5º e incs. I, XLI, XLII), representando ofensa ao texto constitucional a promoção de produtos ou serviços com desrespeito a esse direito. Abstraindo-se a intrincadíssima questão do princípio jurídico da igualdade (cf. Coelho, 1992b:91/98), e tentando construir apenas um critério operacional para a norma proibitiva de publicidade discriminatória, pode-se afirmar que não é admitida a promoção explícita de ideias preconceituosas ou mesmo simples *reforço* de preconceitos sociais, por via da publicidade.

Exemplo de publicidade abusiva discriminatória pode-se ver na promovida por um motel carioca, por meio de anúncios publicados em jornais sob o título “Precisa-se de Secretárias”. A veiculação, ocorrida no próprio dia das secretárias, descrevia o perfil da pretendente ao cargo ressaltando que deveria “estar em dia com a academia de ginástica, apreciar música, conhecer bons uísques e vinhos, ter pressa em agradar o chefe e calma para o resto, voz parecida a um beijo e pele macia”. E, à semelhança das ofertas de emprego, o anúncio apresentava rol de benefícios, do qual constava a descrição dos serviços e equipamentos do motel.

Também são inequivocamente discriminatórios os anúncios que propagam, ou simplesmente insinuam, qualquer conduta racista. Nesse sentido, apesar de ressaltar a ausência de dolo na hipótese, o CONAR determinou a sustação da veiculação de cartazes externos de uma marca de vestuário, a *Benetton*, em que eram apresentadas duas meninas, sendo uma loira com rosto angelical e outra negra com o penteado sugerindo chifres de diabinho.

A caracterização do ilícito do racismo na publicidade independe da apresentação ou da não apresentação, no anúncio, de modelos de determinada raça. A abusividade pode existir, por exemplo, na simples transmissão de *script* racista contra negros, interpretado por modelo branco. Por outro lado, a só presença ou a ausência de modelos dessa ou daquela raça não configura discriminação. Nessa linha de entendimento, o CONAR considerou que o anúncio apresentando mulher negra com criança branca ao colo, adequado à imagem institucional do anunciante (*Benetton*), não infringia a ética publicitária.

Elemento importante ao ponderar a abusividade por discriminação racista, diz respeito ao contexto, positivo ou negativo, em que se insere no anúncio a referência a certa raça ou nacionalidade. Por exemplo, promover produtos eletrônicos, de marca originária do Japão, falando de atributos positivos que a crença popular costuma relacionar aos japoneses (grande capacidade laborativa, eficiência, honestidade etc.), não pode ser visto como discriminatório. O mesmo se pode afirmar da promoção de produtos têxteis, por meio de simpáticos modelos do Médio Oriente, ainda que se referindo à milenar fama de negociantes argutos, atribuída aos povos daquela região. Em síntese, o exame do *clima* do anúncio é importante, na aferição desse tipo de ilícito, e, em se tratando de mensagem publicitária desenvolvida de modo positivo, alegre, com elogio aos costumes e marcas distintivas de certa raça ou nacionalidade, não se verifica a abusividade discriminatória.

Outro tipo de discriminação comum de se verificar tem por vítima a mulher. A promoção de produtos de limpeza, alimentos, utilidades domésticas e supermercados dirige-se, é certo, privilegiadamente ao público feminino e costuma apresentar como modelos mulheres cuidando do lar, dos filhos e do marido. Nenhuma abusividade discriminatória se pode identificar

na publicidade com esse formato, se não houver *reforço* à discriminação da mulher, mas simples reprodução do atual estágio evolutivo das relações de gênero. Claro que o elogio à submissão, assim como a ridicularização da mulher no desempenho de papéis profissionais, ou do lar, caracterizam abuso. Nesse contexto, o CONAR já considerou ofensivo à mulher o anúncio denominado *Mude de Posição*, veiculado por fabricante de eletrodoméstico em cartazes externos e revistas, que apresentava uma modelo “de quatro”.

A deficiência física de qualquer espécie também deve receber dos criadores de publicidade o tratamento adequado não discriminatório. Já foram condenados os filmes *Gago*, referente a venda de baterias, e *Vesgo*, referente a balanceamento de pneus, em razão de veicularem discriminação dessa natureza.

5.2. Abuso por Incitação à Violência

A publicidade incitadora da violência também é considerada abusiva. Nessa modalidade, inserir-se-ia, por exemplo, hipotético anúncio referente a armas de fogo, que apresentasse notícias verídicas sobre crimes não reprimidos pelo aparato estatal, e promovesse a ideia de justiça pelas próprias mãos. O CBAP dedica à publicidade de armas de fogo uma disciplina detalhada (Anexo S), que pode servir de subsídio à aplicação do CDC. Desse modo, entre outros ditames, veda-se o clima emocional na produção do anúncio, que deve se resumir à apresentação do produto, suas características, preço e, também, informar o consumidor sobre a exigência de registro pela autoridade competente, nunca a mencionando como mera formalidade. Além disso, deve evidenciar que o uso da arma pressupõe treinamento específico, equilíbrio emocional e a observância de rigorosas cautelas para a sua guarda. Nenhum anúncio sobre armas de fogo deve ser veiculado em publicação dirigida ao público infantojuvenil ou pela TV antes das 23 horas.

A publicidade pode ser abusiva por incitação à violência independentemente da natureza do produto ou serviço em promoção. Anúncio sobre moda pode descrever situações ou comportamentos violentos, sem a devida crítica, hipótese em que se caracteriza o ilícito; como no filme *Três feticheiros*, por exemplo, em que o homem arranca à força a peça de roupa íntima da mulher e a mastiga.

5.3. Abuso por Exploração do Medo e Superstição

A referência, na publicidade, ao medo e à superstição das pessoas deve ser feita com critério, para se evitar sua exploração. Isso quer dizer que a publicidade pode versar sobre credices populares, apresentar modelos com condutas supersticiosas ou com medos infundados, apoiar-se em crenças etc. O que se encontra vedado na norma é a *exploração* do medo e da superstição do consumidor. É necessário, para caracterização da abusividade, que o *clima* do anúncio sugira a pertinência do medo infundado ou da superstição, em tom sério ou pseudocientífico. Exemplo típico desse gênero de ilícito encontra-se no anúncio de amuletos, poções, guias astrológicos etc., nos quais se assegura, sem a devida sustentação científica, eficiência na busca do amor, da felicidade, da previsão do futuro ou da sorte. Claro que a publicidade de qualquer tipo de fornecimento pode ser, criativamente, elaborada a partir das credices populares, que integram o cotidiano de grande parte dos consumidores. Assim, promover seguro de vida, falando das superstições sobre a morte, não infringe o CDC, mas anunciar amuletos poderosos tratando as credices como dado de realidade infringe.

5.4. Abuso na Publicidade Dirigida a Crianças

O legislador deveria ter prestado mais atenção na disciplina da publicidade destinada à criança. Lamentavelmente, a única e ligeiríssima referência ao tema encontra-se na exemplificação legal da abusividade, em que insere o aproveitamento da deficiência de julgamento e experiência das crianças (CDC, art. 37, § 2º). O sistema de autorregulação publicitária disciplina a questão de forma mais adequada e pormenorizada (art. 37 do CBAP), condenando, por exemplo, a publicidade que transmite ao público infantojuvenil sensação de inferioridade, por não consumir o produto ou serviço em promoção. Nesse sentido, em 1992, órgãos de proteção ao consumidor do Rio Grande do Sul consideraram abusivo o anúncio publicitário de tesouras infantis *Zivi*, cujo filme de TV apresentava crianças com o referido produto repetindo eufórica e debochadamente para a tela: “eu tenho, você não tem”.

Na publicidade dirigida ao público infantojuvenil, não se pode inculcar qualquer sentimento de inferioridade nos que não consomem o produto ou serviço anunciado.

Acerca da abusividade contra crianças, deve-se fazer referência ainda a dois filmes da *Nestlé* que, submetidos ao Poder Judiciário por ação civil pública, promovida por associação de proteção ao consumidor, foram considerados abusivos e proibidos de veiculação pública (*Direito do Consumidor*, n. 1, p. 222/228). No primeiro filme, chamado *Armazém*, meninos invadem furtivamente, e à noite, um estabelecimento empresarial para se apropriar e comer guloseimas da marca em promoção, quando são surpreendidos pelo guarda; que, no entanto, escorrega em bolinhas de gude adrede preparadas para a cobertura da fuga. No segundo filme, chamado *Perereca*, meninos armados com nojentas pererecas entram na casa de meninas suas vizinhas e, para conseguir as guloseimas da marca em promoção que se encontram na geladeira, ameaçam-nas com os pegajosos anfíbios. Fossem os agentes imputáveis, tais ações tipificariam inequívocos furto e roubo qualificados. Ora, apresentar, em filme publicitário de extraordinária penetração, crianças envolvidas em ações condenáveis como se fossem normais, importa não só claro aproveitamento da inexperiência dos espectadores menores, como também séria deturpação de valores sociais.

Registre-se, no entanto, que curiosamente esses mesmos filmes da *Nestlé*, submetidos ao julgamento do CONAR, foram considerados adequados à disciplina da autorregulação.

5.5. Abuso por Desrespeito aos Valores Ambientais

O abuso por desrespeito a valores ambientais se caracteriza pela veiculação de mensagem agressiva ao meio ambiente. Aqui está-se diante de hipótese de difícil concretização. Com efeito, ao fabricante de armas pode se revelar realmente vantajoso promover seu fornecimento mesmo desrespeitando os valores relativos à paz nas relações humanas, assim como ao de brinquedos pode ocorrer de usufruir vantagem econômica ridicularizando, em sua publicidade, atitudes de lealdade entre adultos e

crianças. Em suma, em determinadas situações, o empresário pode vislumbrar uma alternativa economicamente adequada que tipifica, no entanto, abuso do direito de anunciar. Promove, portanto, a publicidade, apostando eventualmente na inércia dos órgãos de proteção aos consumidores ou na demora das ações judiciais. Existe, no entanto, a perspectiva de retorno econômico enquanto o anúncio for veiculado, a despeito da abusividade mais ou menos patente. Contudo, a produção ou veiculação de anúncio agressivo aos valores ambientais, hoje em dia, se mostra uma alternativa economicamente inconsistente, em razão do extraordinário apelo de que se reveste a questão ecológica. Nenhuma publicidade de aparelhos de ar condicionado irá lembrar a suspeita de danos provocados pelo clorofluorcarbono (CFC), liberado pelo produto, à camada de ozônio da atmosfera. De qualquer modo, a norma do CDC ajuda a prevenir tal forma de abusividade e, em seu limitado âmbito de incidência, colabora com a preservação do meio ambiente.

Para se tipificar a publicidade abusiva agressora de valores ambientais, não é suficiente a mera apresentação de situações comumente verificadas, em que pessoas adotam comportamentos incompatíveis com a consciência ecológica. O ilícito se verifica se há a promoção, ainda que implícita, do desrespeito à natureza ou ao meio ambiente. Assim, a utilização da imagem da garrafa vindo ter à praia com mensagem de naufrago, na produção de filme publicitário sobre refrigerantes armazenados em latas, não caracteriza estímulo à poluição do litoral, conforme já decidiu o CONAR.

5.6. Abuso por Indução a Conduta Nociva à Saúde ou Segurança do Consumidor

Por fim, menciona a lei o abuso por indução a conduta nociva à saúde ou segurança dos consumidores. De imediato, associa-se a essa parte do dispositivo legal em questão (CDC, art. 37, § 2º) a publicidade de cigarros, produto comprovadamente danoso à saúde das pessoas. Da definição, pelo CDC, de abuso nas mensagens publicitárias indutoras de comportamentos nocivos à saúde do consumidor, poder-se-ia concluir a proibição absoluta dos anúncios de cigarro? Penso que a resposta a tal indagação é negativa, na medida em que a própria Constituição Federal assegura, indiretamente, aos fabricantes de tabaco, o direito de anunciar seu produto.

O art. 220, § 4º, do texto fundamental submete a propaganda comercial de tabaco e de outros produtos às restrições que a lei federal estabelecer com vistas a garantir à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem dela (Lei n. 9.294/96). Estipula, também, que a publicidade conterà, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso. Ora, desse dispositivo constitucional pode-se, de um lado, concluir a tutela dos interesses dos consumidores, no sentido de serem alertados sobre a periculosidade do consumo de cigarros; mas, de outro, pode-se concluir também o reconhecimento aos fabricantes do tabaco do direito constitucional de anunciar o seu produto. A lei ordinária que proibisse, em qualquer circunstância, a veiculação de anúncios de cigarros afrontaria a Constituição Federal. De acordo com os lineamentos fixados pelo constituinte na matéria, a lei ordinária pode, no máximo, restringir esse tipo de publicidade, mas não a pode proibir.

Se assim é, a definição de publicidade abusiva por indução a conduta nociva à saúde dos consumidores, constante do CDC, não pode ser interpretada como extensiva ao tabaco, bebidas alcoólicas e demais produtos citados pelo art. 220, § 4º, da CF cuja publicidade é constitucionalmente garantida.

Forma típica de publicidade abusiva por induzir o consumidor a condutas nocivas à sua saúde e segurança é a de remédios assentada na ideia de automedicação. Fortemente enraizado na cultura popular brasileira, o hábito de consumir medicamentos sem a devida prescrição do médico é causa de graves riscos à saúde dos consumidores. Os empresários da indústria farmacêutica só podem promover publicidade destinada aos usuários dos medicamentos anódinos e de venda livre, ou seja, dos comercializáveis independentemente de receita médica (“sem tarja”); dos demais, a publicidade só pode ser feita em publicações especializadas dirigidas direta e especificamente a profissionais e instituições de saúde (Lei n. 9.294/96, art. 7º). Mesmo no caso dos medicamentos cuja publicidade aos pacientes é legalmente autorizada, a mensagem publicitária não pode ser prejudicial à saúde dos consumidores. Se, por exemplo, incentivar ou sugerir a automedicação, ela é abusiva, nos termos do art. 37, § 2º, do CDC.

5.7. Caracterização da Publicidade Abusiva

Encerrada a análise das formas de publicidade abusiva expressamente tipificadas pelo legislador, importa retomar, como se afirmou anteriormente, o nítido caráter exemplificativo do elenco apresentado pelo art. 37, § 2º, do CDC. Não se esgotam, com ênfase, nas hipóteses nele apresentadas, os tipos de publicidade abusiva, salvo, por evidente, no tocante às consequências na órbita da repressão penal, em razão do princípio da reserva legal. Mas, se se trata de mera exemplificação e se o legislador se omitiu na conceituação da abusividade, à doutrina cabe pesquisar o critério que possibilite nortear a aplicação da norma em referência às hipóteses do ilícito não explicitamente mencionadas. Em outros termos, é necessário identificar o elemento comum aos exemplos de publicidade abusiva, que possibilite a formulação de conceito doutrinário geral, a amparar a configuração do ilícito em anúncios não referidos pelo legislador.

Código de Defesa do Consumidor

Art. 37, § 2º É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Nesse contexto, pode-se afirmar que os empresários têm, reconhecidamente, direito de anunciar os seus produtos ou serviços. Mas, como ocorre em relação ao exercício de qualquer direito, devem fazê-lo de modo regular. O abuso de direito se verifica quando o seu titular, podendo optar por diferentes meios para o exercer, elege a alternativa mais onerosa a outras pessoas, sem nítido proveito para si. É o que se dá na configuração da publicidade abusiva. O fornecedor pode promover seu fornecimento de muitos modos (talvez infinitos, em função da inesgotável capacidade criativa do meio publicitário). Assim, se possui alternativas diversas para exercer o direito de anunciar de que é titular, deve optar por aquela em que não agride os valores incorporados por espectadores da mensagem publicitária.

Em outros termos, o critério de identificação da publicidade abusiva é o da agressão aos valores sociais. Encontra-se essa, em alguma medida, manifesta em todos os exemplos lembrados pelo legislador (incitação à violência, exploração da criança, agressão ao meio ambiente etc.). Sempre que o anunciante, para promover comercialmente os seus produtos e serviços, apela para mensagem agressiva aos valores da sociedade, então ele incorre em prática abusiva, porque poderia perfeitamente produzir sua publicidade sem se valer de tal recurso.

O critério não se apresenta, no entanto, absolutamente isento de problemas. Ao contrário, é fonte de sérias e complexas questões, que, não obstante, devem ser enfrentadas pela doutrina. Em primeiro lugar, a atinente à natureza dos valores agredidos pela peça publicitária (item 5.8.). Em segundo, a distinção entre valores sociais e problemas pessoais (item 5.9.).

5.8. Agressão aos Valores da Sociedade

Deve-se, de início, atentar para o fato de que os valores agredidos pela publicidade abusiva não são necessariamente os do consumidor do produto ou serviço em promoção, mas sim os da sociedade em geral. Com efeito, não há grande eficácia promocional no anúncio ofensivo ao próprio consumidor do fornecimento, já que o espectador negativamente atingido pela mensagem publicitária tende a adotar postura antipática em relação ao anunciante e aos seus produtos e serviços. Em geral, aquela parcela das pessoas expostas à publicidade abusiva que efetivamente consome o bem em promoção tende a não se sentir realmente agredida. Os criadores, inclusive, desenvolvem sensibilidade suficiente para conceber peças e campanhas de publicidade empáticas ao consumidor habitual do fornecimento anunciado.

Anunciar armas de fogo, propagandeando a ideia de justiça pelas próprias mãos, pode representar um meio atraente de promover esse produto aos olhos de seus consumidores habituais. Para as outras pessoas, no entanto, que têm legítimo interesse na preservação da ordem estatal, e que não querem se ver ameaçadas por mensagens de apologia da violência, das quais podem inclusive vir a ser vítimas, para essas tal formato de publicidade representa séria ofensa. Assim, se a análise da publicidade *enganosa* deve ser feita a partir do universo restrito dos consumidores habituais do fornecimento anunciado, a da *abusiva* deve considerar a sociedade em geral.

A análise da publicidade enganosa deve partir das condições de discernimento dos consumidores específicos do produto ou serviço anunciado. Já a análise da publicidade abusiva deve levar em conta os valores disseminados pela sociedade em geral, deixando de lado os dos consumidores do produto ou serviço anunciado.

A definição de quais são os valores prestigiados pela sociedade, objeto da proteção jurídica decorrente da vedação de publicidade abusiva, representa um problema à parte. Isso porque, realisticamente, falar-se de valores da sociedade pressupõe essa como um todo monolítico e homogêneo. Na sociedade, no entanto, há classes, agrupamentos, ideologias e muitas outras segmentações que lhe conferem colorido plural, diversificado, dialético. Não existem, a rigor, valores universais e atemporais, acerca de cujos limites estejam todos em perfeito acordo. O valor da preservação da vida humana, que se poderia imaginar absoluto e eterno, é altamente controverso quando se debatem temas como pena de morte, eutanásia ou aborto.

A norma jurídica coibidora da publicidade enganosa reclama, no entanto, operacionalização e, apesar da natureza aporética da discussão sobre valores, ao intérprete é necessário encontrar o padrão, o mais próximo possível da realidade dos fatos culturais, para delinear os contornos de sua incidência. Em outras palavras, é tarefa da doutrina construir o conceito tecnológico de *valores da sociedade*, apesar das infundáveis e interessantes questões suscitadas pela riqueza do tema.

Nesse sentido, pode-se afirmar, como ideia introdutória, que a veiculação em publicidade de condutas tipificadas como ilícito penal, travestidas estas de aceitáveis, toleráveis ou inofensivas, indica a presença de abusividade. Se o anunciante promove seu negócio com referências positivas, elogiosas ou simplesmente simpáticas a comportamentos criminosos ou contravencionais, há inequívoca abusividade. Esse é um critério objetivo e seguro para dar solução jurídica a boa parte do problema. Contudo, é insuficiente, pois há abuso no direito de anunciar mesmo na apresentação de

comportamentos não típicos para o direito penal, mas ainda assim ofensivos a valores sociais.

Exemplo de abusividade sem referência a condutas penalmente típicas encontra-se frequentemente na ambientação de filmes publicitários em sala de aula, em geral para promover fornecimentos destinados ao público infantojuvenil. Sempre o professor é apresentado como pessoa autoritária ou chata; algumas vezes, inclusive, é corruptível, tolo ou incompetente. Isto é, o criador aproveita os ingredientes do *imaginário* (não necessariamente justo) de parte das crianças e jovens brasileiros em idade escolar e, dando-lhe formato espirituoso, consegue atrair a atenção e, por vezes, a simpatia do seu público para o produto anunciado. A publicidade aproveita a generalizada concepção de buscar vantagem a todo momento e a traduz na ideia de que nada de muito interessante pode ser dito por um professor e nada de muito importante pode acontecer em uma sala de aula. Sob o ponto de vista da eficácia publicitária, essa caricatura do docente e da escola representa solução adequada, porque se estabelece forte empatia entre a mensagem e a parcela de espectadores que se veem identificados, compreendidos e prestigiados pelo anunciante. Em uma palavra, o produto vinga o indefeso aluno que o consumidor traz dentro de si.

Muitas vezes, porém, essa solução publicitariamente eficaz reforça preconceitos e contribui para agravar o triste quadro da educação brasileira, podendo, de acordo com as circunstâncias específicas da peça publicitária em exame, caracterizar o ilícito da abusividade. Por exemplo, antes da vigência do CDC, o Plenário do CONAR, em recurso extraordinário, confirmou a sustação do filme *Reencontro*. Nele, a diretora de estabelecimento escolar chama à sua presença os pais de dois alunos para tratar de algum peraltismo banal dos filhos. Os pais se reconhecem como velhos colegas de escola e, após a reunião, vão comemorar o reencontro na lanchonete do anunciante. Durante todo o filme, pais e filhos ostentam indisfarçável desprezo pela diretora e suas queixas. Ora, se a repreensão não tinha mesmo fundamento, a conduta saudável e educativa dos pais não é, certamente, a de ridicularizá-la, mas a de contestá-la com firmeza, a partir de fatos e argumentos em defesa dos filhos. Persistindo a diretora em sua atitude despropositada, os pais devem simplesmente procurar outra escola e encerrarem a questão. Nada impediria, por outro lado, independentemente do

resultado da reunião com a direção da escola, a comemoração do reencontro dos velhos amigos no estabelecimento do anunciante.

Assim, mesmo com a apresentação de condutas não tipificadas penalmente, pode-se incorrer em publicidade abusiva, ao se distorcerem valores da sociedade. Nessa hipótese, porém, é mais difícil fixarem-se critérios tão objetivos e seguros, como na da abusividade por reprodução acrítica de crimes e contravenções.

5.9. Valores Sociais e Questões Individuais

Outro aspecto relevante na precisão do ilícito por abuso do direito de anunciar diz respeito aos limites entre os valores da sociedade e preconceitos e problemas individuais do intérprete. Impõe-se a cautela de não tomar esses por aqueles. De fato, a tendência do intérprete da norma é, naturalmente, a de privilegiar aspectos das relações sociais que lhe são particularmente mais significativos. Contudo, nesse privilegiamento, pode ocorrer interferência dos seus problemas individuais, de modo a considerar abusiva a mensagem que, a rigor, apenas o incomoda, e ao segmento de espectadores de perfil psicológico semelhante. Convenhamos que a ninguém é confortável ver, pela TV, a ridicularização de personagem com traços idênticos aos seus. Isso, no entanto, não pode comprometer o esforço de isenção do aplicador do direito.

Acentue-se que o desconforto de parcelas dos espectadores, diante de determinado anúncio publicitário, não configura, por si só, o ilícito da abusividade. A nenhum esportista agradaria ver a associação entre a prática de esporte e limitação intelectual insinuada em publicidade. Disso, contudo, não se pode concluir ofensa à atividade esportiva como um valor social. Da mesma forma, nenhuma pessoa dedicada aos estudos apreciaria anúncio em que a personagem com esse traço fosse apresentada como chata, sem graça e assexuada. Nem por isso, se poderia pretender o desrespeito ao valor social da educação. Em outros termos, apenas o desconforto provocado no espectador *em função da agressão a valor da sociedade em geral* pode ser considerado na aferição da abusividade. O provocado em determinados segmentos dos espectadores em decorrência apenas de preconceitos ou problemas pessoais, intimamente relacionados com o perfil psicológico deles, não caracteriza o ilícito.

Essa cautela na distinção entre valores sociais e questões individuais deve ser adotada pelo intérprete especialmente na análise da eventual abusividade em anúncios que veiculam cenas de nudez, erotismo ou com uso de baixo calão. Certamente, sempre haverá numerosos espectadores desconfortáveis com qualquer filme publicitário de TV de que participem modelos nus, mesmo na promoção de produtos que ninguém usa vestido (chuveiro, por exemplo). O sexo, por outro lado, nada tem de imoral ou agressivo. Muito pelo contrário, pode ser sadiamente aproveitado na concepção e produção de anúncios publicitários, o que não irá impedir o desconforto de inúmeros espectadores. O baixo calão, por sua vez, também não é confortável para muitas pessoas, que preferem ouvi-lo somente no escuro de uma plateia no teatro. Contudo, não é porque segmentos de consumidores se sentem perturbados com certos fatos da vida, que outras pessoas devem ser privadas de seus direitos.

O descompasso entre perturbações individuais e ofensa a valores da sociedade se pode nitidamente perceber a partir de reflexões acerca da ementa do julgamento proferido pelo CONAR, em 1991, assim formulada: “a Câmara entendeu inconcebível que, em sã consciência, o comercial, exibindo dois bebês situados com naturalidade numa cama, pudesse sugerir, provocar ou transmitir a mais remota ideia de sensualidade”. Ora, se houve representação ao órgão de autorregulação publicitária nesse caso, é porque alguém se sentiu perturbado pela veiculação de anúncios com bebês dividindo a mesma cama. Trata-se, no entanto, de distúrbio de âmbito pessoal, que não pode ser alçado a questão de interesse geral.

Se o anúncio mostra casal de namorados apreciando o vinho em promoção, na sala do apartamento de um deles, a descontração e intimidade desse momento é plenamente compatível com a apresentação de modelos semidespidos. A publicidade de *lingerie* pode ser licitamente associada a cenas de erotismo. Torcedores falando palavrões no estádio pode ser aproveitado em peças publicitárias de assinatura de transmissão televisiva de campeonatos de futebol, por exemplo. Já a reprodução, elogiosa ou simplesmente acrítica, de nudez em conduta delituosa, ou de cena erótica reproduzindo estupro, ou ainda de pessoa dirigindo impróprios de baixo calão contra autoridade legalmente investida de competência, são exemplos

de publicidade abusiva, em virtude da agressão a valores sociais nela transmitida.

O ilícito da abusividade não se caracteriza se o desconforto dos espectadores decorre de aspectos próprios ao seu perfil psicológico. É necessário que um valor social seja agredido.

Considerar suficiente à abusividade o simples desconforto de parcelas de espectadores, ignorando suas causas específicas e confundindo problemas e preconceitos individuais com questões gerais de interesse da sociedade, é, também, impossibilitar o cálculo empresarial, que se deve pautar em padrões discerníveis. Pode haver contingentes de pessoas perturbadas por publicidades de formatos mais complexos, mas isso não será abusivo, se não estiver em foco um valor prestigiado pela sociedade; um valor que a agência e o empresário, antes da produção do anúncio, e o juiz, após a sua veiculação, possam, com relativo grau de certeza, distinguir como geral.

No tema da publicidade abusiva, é natural que se verifique certa distância entre as conclusões alcançadas no âmbito do sistema de autorregulação publicitária e as decorrentes do preceituado no Código de Defesa do Consumidor. Os agentes da atividade econômica publicitária dispensam atenção especial para toda a sorte de efeitos antipáticos, que possam decorrer dos anúncios. O baixo calão é expressamente vedado pelo CBAP, e o CONAR tem atuado firmemente contra o que considera exageros no uso de modelos nus nas peças publicitárias. Pois, se segmentos quantitativamente não desprezíveis de espectadores desgostam de publicidade com determinados elementos, então a sua adequação às finalidades da própria atividade publicitária é discutível. Já o direito positivo de tutela dos consumidores restringe o seu âmbito de incidência aos ilícitos da simulação, enganabilidade e abusividade, não se ocupando dos anúncios ineficientes, infelizes, grotescos ou meramente provocativos.

6. “PUBLICITY”

Certas campanhas publicitárias preveem a estimulação de eventos de repercussão jornalística em torno da própria publicidade, como um instrumento a mais de promoção do produto ou serviço anunciado. Assim, filmes publicitários de formato sofisticado são apresentados a personalidades, em concorridíssimas *avant-premières*, sendo tratados como verdadeiras obras-primas da arte cinematográfica. No desfile de Escolas de Samba do Rio de Janeiro, nas competições automobilísticas de Fórmula 1 ou em *shows* de famosos artistas organizam-se camarotes especiais sob o patrocínio da marca em promoção. Fatos pitorescos envolvendo os modelos ou a produção do anúncio são veiculados pela imprensa. Essa técnica de promoção de eventos em torno da publicidade se denomina *publicity*.

A *publicity* é expressamente excluída do âmbito do sistema de autorregulação (CBAP, art. 10) e o Código de Defesa do Consumidor nem sequer a menciona. Contudo, muitas vezes, a simulação, a enganabilidade e a abusividade podem se manifestar, também, por meio dos eventos promocionais da própria campanha publicitária. Por isso, impõe-se considerar, para fins jurídicos, a *publicity* como um tipo específico de publicidade, sujeitando-a à mesma disciplina.

A simulação, enganabilidade ou abusividade podem estar presentes também nos eventos organizados para a divulgação de campanha publicitária (publicity).

Na estruturação dos eventos promocionais de campanha, devem a agência e o anunciante cuidar para que não ocorra dissimulação de seu caráter publicitário. A natureza promocional da *publicity* deve ser pronta e facilmente identificada pelos seus destinatários. Claro que a agência e o anunciante não respondem por dissimulação, em razão do modo pelo qual a imprensa noticia o evento, posto que não exercem total controle sobre esse desdobramento da utilização da técnica da *publicity*. Mas na organização do evento, no quanto depender da atuação profissional da agência e das definições do anunciante, devem se apresentar suficientemente explícitos os

objetivos publicitários, para que os consumidores possam adotar postura adequada em relação ao noticiário correspondente.

Nos eventos da *publicity*, tal como na própria mensagem a que se referem, não pode existir enganosidade. A matéria de fato cuja divulgação jornalística é suscitada pelos eventos promocionais da campanha não pode induzir os espectadores em erro. Aqui, como na questão da enganosidade da mensagem publicitária propriamente dita, admite-se a mobilização do imaginário dos espectadores pela transmissão de ideias fantasiosas (e portanto falsas), desde que o consumidor-padrão possa perceber, por sua experiência de vida ou por elementos da própria *publicity*, a sua natureza fantástica.

Também não podem ser organizados eventos promocionais de campanha que transgridam a vedação da publicidade abusiva. Se, por exemplo, explorar a deficiência de julgamento das crianças na organização da *publicity*, ou incorrer em qualquer outra modalidade de abuso do direito de anunciar, terá o empresário a mesma responsabilidade de quem veicula anúncio abusivo.

A publicidade propriamente dita e a *publicity* guardam, juridicamente, certa autonomia. Pode se verificar a situação em que o anúncio em si é lícito, não transgredindo as regras do CDC, mas os eventos promocionais que o cercam não o são. Nessa hipótese, o juiz deve isolar os eventos da peça publicitária e, tomando-os por espécie de publicidade, coibir a *publicity* que se mostrar simulada, enganosa ou abusiva.

Finalmente, ressalte-se que, após a criação do sistema de autorregulação publicitária e da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, pode ocorrer o aproveitamento da própria repressão à publicidade antiética ou ilícita como *publicity*. Trata-se da produção de anúncios propositadamente transgressores das normas disciplinares da publicidade, com o claro intuito de provocar a atuação do CONAR ou mesmo do Judiciário, dando ensejo à cobertura jornalística correspondente. Claro que essa alternativa apresenta seus riscos, como a possibilidade de condenação pelos órgãos de aplicação das referidas normas, mas pode também gerar polêmica e divulgação jornalística suficientes para garantir maior exposição do produto.

Esse gênero de *publicity*, provocadora da atuação dos órgãos repressores da publicidade antiética ou ilícita, configura, por sua vez, inequívoco abuso do direito de anunciar. É, em suma, uma forma de publicidade abusiva. Assim, caracterizada a específica intenção de desobedecer à legislação tutelar dos consumidores e de mover a máquina judiciária com vistas a gerar fatos jornalísticos sobre a campanha publicitária, deve o juiz ser particularmente rigoroso com o empresário, impondo-lhe condenação não apenas em função do ilícito perpetrado pelo anúncio, mas acrescentando-lhe também outra específica pela *publicity* abusiva. Ou seja, a indenização civil deverá compreender parcela relativa aos dois ilícitos, o da peça publicitária simulada, enganosa ou abusiva e o da *publicity* abusiva. A contrapropaganda deve ser imposta, também, para as duas modalidades de ilicitude, compreendendo a veiculação de alguns anúncios desfazendo a enganiosidade ou a abusividade decorrente da peça publicitária propriamente dita e de outros desfazendo a abusividade da *publicity*. Por fim, deve ser considerada a presença de agravante na hipótese de condenação penal (CDC, art. 76, II).

7. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ANUNCIANTE

O ilícito da enganiosidade e da abusividade dão ensejo à responsabilização do anunciante em três níveis: civil, administrativo e penal. A sanção civil consiste na indenização dos danos, materiais e morais, decorrentes da veiculação ilícita; a consequência administrativa é a imposição de contrapropaganda; e a responsabilidade penal decorre da tipificação como crime da conduta de promover publicidade enganosa ou abusiva.

A publicidade enganosa e a abusiva são sancionadas nos três níveis do direito: civil, penal e administrativo.

No tocante à responsabilidade civil, a definição da ilicitude da publicidade enganosa pelo art. 37, § 1º, do CDC nada acrescenta à tutela liberada *individualmente* aos consumidores pela disciplina do fornecimento viciado (CDC, arts. 18 a 20). Definiu o legislador, como vício, a disparidade entre a realidade do produto ou serviço e as indicações constantes de mensagem publicitária. Desse modo, sob a ótica da tutela dos interesses individuais, simples ou homogêneos, diante de enganabilidade na publicidade, têm os consumidores o direito de optar pela ação executória específica, pela redibitória ou pela estimatória, sempre acompanhada da correspondente indenização por perdas e danos.

O âmbito de incidência próprio da definição de ilicitude pelo art. 37, § 1º, do CDC é o da tutela dos interesses coletivos ou difusos. Se não houvesse o legislador previsto a proibição da publicidade enganosa de modo expresso, os interesses individuais de consumidores vitimados por enganabilidade em anúncios publicitários estariam devidamente resguardados pela disciplina do fornecimento viciado, mas seria bastante difícil a proteção dos interesses transindividuais.

No que diz respeito à publicidade abusiva, a definição do ilícito pelo art. 37, § 2º, do CDC também tem o sentido de tutelar interesses transindividuais. Por certo, não existe hipótese de abusividade lesiva a interesse individual, simples ou homogêneo, pois essa ideia contradiz o próprio conceito de publicidade abusiva, que se caracteriza apenas com a ofensa a valor social.

O Chefe do Executivo, ao sancionar o projeto de lei do Código de Defesa do Consumidor aprovado pelo Legislativo, após veto ao § 4º do art. 37, que estabelecia especificamente a responsabilidade civil por perdas e danos do fornecedor que promovesse publicidade enganosa ou abusiva. Da fundamentação do veto, percebe-se que a intenção primeira foi a de afastar a possibilidade de imposição de contrapropaganda pelo Judiciário. O ato presidencial envolveu, no entanto, também a questão relativa à responsabilidade civil, somente em função da exigência constitucional de os vetos parciais abrangerem todo o dispositivo (CF, art. 66, § 2º). Não há, de fato, na motivação do veto, qualquer elemento contrário à responsabilização civil do empresário que promove publicidade enganosa ou abusiva.

A primeira impressão decorrente do veto, portanto, seria a de que a responsabilidade civil por publicidade enganosa e abusiva, a exemplo do que se verifica quanto à simulada, fundar-se-ia somente na previsão geral do art. 927 do Código Civil. E, conseqüentemente, estaria submetida ao princípio da culpabilidade, a exigir a presença de intenção dolosa do anunciante na caracterização do ilícito civil. Esse, inclusive, foi o meu entendimento inicial acerca da matéria (cf. Coelho, 1991:161). Melhor analisando a questão, no entanto, não há como insistir na tese da indispensabilidade da culpa. Ou seja, a tipificação da publicidade enganosa ou abusiva, para fins de responsabilização civil, *independe* de qualquer apreciação subjetiva, das intenções do fornecedor. Mesmo na hipótese de não ter o empresário agido com o intuito de enganar os consumidores ou de ofender valor social, responde pelos danos advindos de publicidade enganosa ou abusiva.

A responsabilidade civil do anunciante pelos danos que causa com publicidade enganosa ou abusiva é objetiva, independe de culpa ou dolo.

A afirmação da natureza objetiva da responsabilidade do fornecedor, por enganabilidade ou abusividade em mensagens publicitárias, decorre, inclusive, da interpretação sistemática do Código de Defesa do Consumidor. Pois, se o seu art. 37 nada acrescenta, no plano da proteção individual, ao que já havia previsto o legislador nos arts. 18 a 20, e na solução do fornecimento viciado, a regra é a da responsabilidade objetiva, então, no plano da proteção transindividual, não se poderia liberar tutela de menor abrangência. Não haveria sentido, lógico ou jurídico, em preceituar para o consumidor individual a proteção da responsabilidade objetiva, reservando-se à coletividade dos consumidores as dificuldades relacionadas à responsabilidade subjetiva. A interpretação sistemática da legislação tutelar dos consumidores, portanto, dá bases à responsabilização civil dos empresários por promoção de publicidade enganosa ou abusiva, independentemente da intenção subjetiva deles.

Estabeleceu o Código de Defesa do Consumidor a inversão do ônus de prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária, atribuindo-o ao fornecedor (CDC, art. 38). Desse modo, o consumidor, ou o legitimado a agir em nome da coletividade de consumidores (CDC, art. 82), encontra-se dispensado de provar a enganabilidade ou abusividade, na ação indenizatória. Por definição do legislador, no campo do direito civil, cabe ao demandado demonstrar a inexistência do ilícito na publicidade. Tem o empresário, portanto, o dever jurídico de manter organizados os dados fáticos, técnicos e científicos em que embasa sua publicidade, para apresentá-los em juízo se e quando demandado, sendo a omissão desse dever tipificada como crime, pelo art. 68 do CDC.

8. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DO ANUNCIANTE

O empresário patrocinador de publicidade enganosa ou abusiva está sujeito à pena administrativa da contrapropaganda. Trata-se de sanção determinada pelo Poder Executivo, em qualquer nível, pela qual se obriga o anunciante a divulgar anúncio capaz de desfazer a lesão decorrente da enganabilidade ou da abusividade. O anúncio corretivo deve ter a mesma forma, frequência e dimensão da publicidade ilícita, e, de preferência, deve ser transmitido no mesmo veículo, local, espaço e horário. Revela-se a contrapropaganda a maneira mais eficiente de dar cumprimento à vedação da publicidade enganosa ou abusiva, pois possibilita a devida informação dos espectadores acerca da realidade do fornecimento, ou destorce o valor social.

Muitas questões são suscitadas pela figura da contrapropaganda no direito brasileiro. Em primeiro lugar, a sua natureza exclusivamente administrativa. O veto presidencial aposto no art. 37, § 4º, do CDC afastou a possibilidade de a sanção ser determinada pelo juiz, ao fixar a condenação do fornecedor promovedor de publicidade enganosa ou abusiva. Pelo texto legislativo que entrou em vigor, apenas a Administração Pública tem condições de impor a penalidade (CDC, arts. 56, XII, e 60).

Em nível federal, os órgãos administrativos competentes para a tutela dos consumidores, de acordo com o respectivo regulamento, podem, de ofício ou atendendo a representação de interessado, instaurar procedimento administrativo para apuração da promoção de publicidade enganosa ou abusiva. Concedendo ao empresário acusado o mais amplo direito de defesa, pode a autoridade federal competente, após a conclusão da fase probatória e da apresentação das alegações finais pelas partes ou por seus advogados, decidir pela imposição da penalidade ou pelo arquivamento do procedimento. Da decisão, pode a parte insatisfeita interpor recurso, segundo as normas regulamentares específicas, para a autoridade hierarquicamente superior, até o encerramento da instância administrativa, também definida pelas normas regulamentares.

Em nível estadual ou municipal, pode também a autoridade administrativa competente impor a penalidade de contrapropaganda, observados os mesmos pressupostos estabelecidos para o nível federal, isto é, o devido procedimento administrativo e a garantia de ampla defesa. A previsão da competência de todas as esferas de governo, no tocante à fiscalização e controle da publicidade de produtos e serviços, é expressa no art. 55, § 1º, do CDC (cf. Denari, 1991:398/399). É, no entanto, indispensável a edição de específica e correspondente lei estadual ou municipal tutelar dos interesses dos consumidores, estabelecendo a penalidade e disciplinando a sua imposição. Isso porque as penas, em virtude da garantia fundamental da legalidade (CF, art. 5º, II), devem ser instituídas por lei, e essa, em razão do princípio federativo, deve ser editada pelo órgão legislativo de cada unidade da Federação determinada a coibir a publicidade enganosa ou abusiva. Apenas para a autoridade administrativa de nível federal o requisito já se encontra suficientemente atendido pelo Código de Defesa do Consumidor.

A pena administrativa da contrapropaganda pode ser imposta ao anunciante pelo Poder Executivo Federal, desde que assegurados os direitos ao devido processo e ao contraditório. Também os Estados e Municípios podem aplicar a sanção, se possuírem leis próprias disciplinando a matéria.

O Município e o Estado podem impor a contrapropaganda, ainda que a publicidade ilícita tenha alcance que transponha os limites territoriais da entidade federativa sancionadora. Contudo, a pena de contrapropaganda, referente à publicidade de veiculação regional ou nacional, determinada por um Município, não tem eficácia além dos limites de seu território. Também a pena imposta por autoridade estadual não ultrapassa os limites do Estado. O fornecedor, nessas situações, somente está obrigado a promover a divulgação do anúncio corretivo em veículo de alcance municipal ou estadual, respectivamente.

Os procedimentos concomitantemente instaurados por mais de um ente governamental não se excluem, devendo o fornecedor defender-se em todos. Contudo, uma vez realizada a contrapropaganda a nível nacional, em atendimento a penalidade imposta pelo governo federal, perdem objeto os procedimentos estaduais e municipais em andamento, os quais devem ser arquivados. Na mesma medida, realizada a contrapropaganda com alcance estadual, em cumprimento de sanção definida pelo Poder Público estadual, perdem objeto os procedimentos em andamento instaurados pelos Municípios pertencentes ao referido Estado. Ainda sobre o tema, o atendimento de penalidade de contrapropaganda determinada por Município ou Estado dispensa o fornecedor de veicular nova contrapropaganda nos respectivos limites territoriais desses entes federativos, caso venha a ser condenado também em nível federal.

O arquivamento do procedimento administrativo instaurado por um dos entes da federação, por ter a correspondente autoridade chegado à conclusão de inexistência de irregularidade na mensagem publicitária, não inibe a instauração ou o prosseguimento de procedimentos administrativos por outros entes governamentais acerca da mesma publicidade. Pelo contrário, o princípio federativo garante a autonomia das decisões administrativas de cada nível de governo. Assim, mesmo que a autoridade federal ou estadual tenha arquivado o procedimento administrativo acerca da enganiosidade ou abusividade de certa publicidade, pode o Município instaurar ou dar prosseguimento ao seu próprio procedimento e, uma vez concluindo pela irregularidade, impor a sanção da contrapropaganda.

Cuidando-se a contrapropaganda de medida administrativa, tem o Poder Público competência para sancionar os fornecedores independentemente de ordem judicial, após o regular procedimento. Claro que esse ato administrativo está, como os demais, sujeito ao controle jurisdicional e poderá o apenado pleitear em juízo a sua desconstituição, provando eventual nulidade.

8.1. Efetividade da Contrapropaganda

Questão de suma importância diz respeito à efetividade da sanção de contrapropaganda. Em outros termos, se o fornecedor simplesmente não divulgar o anúncio corretivo, como deve proceder o Poder Público que lhe impôs a sanção? O projeto de Código de Defesa do Consumidor aprovado pelo Legislativo previa a proibição da publicidade de todos os produtos e serviços do fornecedor, enquanto ele não desse cabal cumprimento à pena. Essa previsão, porém, foi vetada pelo Chefe do Executivo, de sorte que o texto em vigor deixou de estipular expressamente qualquer mecanismo de efetivação da contrapropaganda.

Acerca do tema, propõe Mônica Caggiano que o Poder Público pode produzir e divulgar, ele próprio, o anúncio corretivo, ressarcindo--se em seguida dos respectivos custos junto ao fornecedor apenado. Isso em virtude da regra constitucional que atribui ao estado o dever de promover a defesa do consumidor (CF, art. 5º, XXXII), a qual tem o significado de lhe impor atuações concretas direcionadas à coibição de condutas nocivas à sociedade (1991:62). O entendimento busca diretamente no texto constitucional a base de sua sustentação e aponta para adequado mecanismo de efetivação da medida administrativa de imposição de contrapropaganda. Deve, portanto, a autoridade competente fixar, em sua decisão condenatória, prazo razoável para que o fornecedor providencie a veiculação do anúncio corretivo, sob pena de promovê-lo diretamente o Poder Público (evidentemente a expensas do infrator que deverá, oportunamente, ressarcir o erário).

Dificuldade que pode surgir na imposição da contrapropaganda é a avaliação do cumprimento da pena. A lei não pode sujeitar o fornecedor à aprovação prévia do anúncio corretivo pela autoridade administrativa, porque haveria no caso censura à liberdade de expressão, inadmissível pela ordem constitucional vigente (CF, art. 5º, IX). Desse modo, pode ocorrer de

a autoridade apenadora não se sentir satisfeita com a divulgação do anúncio corretivo. Pode entender, com efeito, que os consumidores não foram suficientemente informados, ou que o valor ofendido não foi convenientemente restaurado, de modo a permanecer, ainda que parcialmente, a enganosidade ou a abusividade que deram ensejo à penalização. A autoridade administrativa pode, inclusive, considerar que a irregularidade recrudescer, tendo havido no próprio anúncio corretivo nova publicidade enganosa ou abusiva.

No caso de a autoridade administrativa reputar o anúncio corretivo divulgado pelo fornecedor insuficiente ao atendimento da pena que lhe foi imposta, é necessária a instauração de outro procedimento, para a garantia do direito de ampla defesa. No novo procedimento, que poderá seguir rito sumário de acordo com o regulamento próprio, o fornecedor encaminha as razões por que entende cumprida a sanção, e a autoridade administrativa aprecia a questão levando em conta esses argumentos. Convencida de que não se verificou o exato atendimento da penalidade, deve a autoridade competente fixar novo prazo para a divulgação de anúncio corretivo adequado. Persistindo a insuficiência, o Poder Público, dispensado de ouvir mais uma vez as alegações de defesa do infrator, pode promover diretamente a contrapropaganda, dele cobrando em regresso o respectivo custo de produção e veiculação.

Para se acautelar e evitar maiores gastos, o empresário apenado com contrapropaganda, *por sua própria iniciativa*, poderá submeter à autoridade administrativa o projeto de anúncio corretivo, elaborado por ele ou pela sua agência, formulando consulta a respeito da respectiva adequação ao atendimento da penalidade imposta. Não poderá a Administração negar-se a atender à consulta, em razão do direito constitucional de petição assegurado aos particulares (CF, art. 5º, XXXIV, *a*). O fornecedor, diante de resposta afirmativa da adequabilidade do projeto e uma vez executando o anúncio corretivo tal como submetido à apreciação do Poder Público, tem o direito de ver reconhecido o integral cumprimento da penalidade.

8.2. Natureza da Responsabilidade Administrativa do Anunciante

Em relação às consequências de direito administrativo, a responsabilidade do empresário pela veiculação de publicidade enganosa ou abusiva independe também de culpa ou dolo. A intenção que movia o fornecedor ao produzir o anúncio ilícito é totalmente irrelevante para a autoridade administrativa decidir pela imposição ou não da penalidade de contrapropaganda.

Recorde-se, por fim, que a contrapropaganda só tem cabimento na coibição de enganosidade ou abusividade veiculada em publicidade inserida em relação de consumo. Não há previsão legal de imposição da medida contra, por exemplo, o empregador anunciante de oferta de emprego, os partidos políticos, o particular revendendo produtos usados ou o vendedor de bens ou serviços de insumo.

9. RESPONSABILIDADE PENAL DO ANUNCIANTE

A moderna doutrina do direito penal ressalta que a acentuada fragmentação desse ramo jurídico acaba retirando-lhe a esperada eficiência na repressão de condutas socialmente indesejadas. A custosa e lenta máquina judiciária e a problemática administração dos presídios são dados de realidade que recomendam, cada dia mais, a revisão de todo o aparato normativo de tipos penais, de modo a otimizar o aproveitamento dos recursos estatais destinando-os à repressão apenas dos comportamentos mais seriamente ofensivos à vida em sociedade. O *princípio da intervenção mínima do estado* recomenda que se deve reservar à sanção pelo direito penal apenas as infrações mais graves, valendo-se o legislador de medidas administrativas ou meramente indenizatórias, sempre que isso se revelar suficiente à tutela dos interesses jurídicos lesados. Claro que a redução da intervenção penal do estado deve ter o sentido de propiciar melhorias na repressão aos grandes crimes, especialmente os organizados, aproveitando os recursos hoje consumidos pela coibição à criminalidade de bagatela. O princípio da intervenção mínima não pode, com efeito, servir de pretexto à impunidade das classes socialmente abastadas (cf. Flávio Gomes, 1992:88/95).

Na análise de muitos dos tipos penais construídos pelo legislador no Código de Defesa do Consumidor, em especial os referentes à promoção de publicidade enganosa ou abusiva, a doutrina penalista tem dedicado referências à desconsideração da tendência sintetizada pelo princípio da intervenção mínima do estado (cf. Toron, 1990:70/71). Em Portugal, por exemplo, o Código da Publicidade considera a desobediência à proibição de publicidade enganosa não crime, mas como contraordenação, submetendo os infratores a coimas de valores diferenciados para as pessoas físicas e jurídicas.

A melhor alternativa para a coibição da enganiosidade ou abusividade na publicidade, parece-me, seria a introdução no Brasil da experiência do direito de mera ordenação social. Isto é, a conduta consistente em enganar consumidores ou ofender valores sociais por meio da atividade publicitária não seria tipificada como crime, mas como contraordenação, cabendo por sanção o pagamento de multa imposta pelo Poder Executivo. O legislador, no entanto, adotou solução típica de nossa tradição jurídica e definiu como crime a ação de fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva (CDC, art. 67), reservando pena mais grave à abusividade por indução a conduta prejudicial ou perigosa à saúde ou segurança do consumidor (CDC, art. 68). Originariamente, o projeto aprovado pelo Legislativo previa também a tipicidade penal da publicidade simulada, mas nessa parte foi objeto de veto presidencial.

9.1. Elementos do Tipo do Art. 67 do CDC

A relação de consumo, tal como definida pelos arts. 2º e 3º do CDC, integra o tipo do crime de promoção de publicidade enganosa ou abusiva (CDC, art. 67). Para que se consuma o ilícito penal, é necessário que o anúncio veiculador da enganiosidade ou abusividade tenha sido produzido e divulgado a expensas de pessoa determinável como fornecedora (CDC, art. 3º) e seja destinado a espectadores enquadráveis como consumidores (CDC, art. 2º), pelo menos em potencial (CDC, art. 29). A vítima, no crime de promoção de publicidade abusiva, não é necessariamente consumidor, mas o corpo de delito deve ser forçosamente um anúncio dirigido aos consumidores. A enganiosidade ou abusividade veiculadas em peças publicitárias inseridas em relações jurídicas não caracterizáveis como de

consumo, como por exemplo, a de oferta de emprego (relação de direito do trabalho), a de propaganda eleitoral (relação de direito público), a de bens ou serviços de insumo (relação de direito comercial) ou a de revenda de produtos usados (relação de direito civil), não dão ensejo à tipificação do crime do art. 67 do CDC. Em outros termos, adotando-se a designação sugerida por Benjamin, trata-se de crime de consumo *próprio* (1992:115).

Promover publicidade enganosa ou abusiva é praticar crime de consumo próprio; ou seja, apenas se caracteriza o ilícito penal, se o anúncio é feito por fornecedor e dirigido a consumidor.

Na configuração da publicidade enganosa ou abusiva para fins penais, ao contrário do que se verifica no âmbito das repercussões de direito civil e administrativo, é imprescindível a presença do dolo na ação do empresário. Conforme acentua Damásio, em lição fundada na filiação do direito penal brasileiro ao sistema da descrição específica dos crimes culposos, o tipo do art. 67 do CDC trata exclusivamente de conduta dolosa. Mesmo na parte em que se reporta à enganiosidade ou abusividade que o agente *deveria saber*, o legislador não criou tipo penal culposo, mas fez referência ao dolo eventual. Poderá haver posição divergente na doutrina, considerando na hipótese a previsão de presunção de culpa. Mas como lembra Damásio, é essa presunção incompatível com o princípio constitucional do estado de inocência, de modo que o entendimento mais acertado é o de que o crime de promoção de publicidade enganosa ou abusiva é sempre doloso (1992:100/102).

9.2. Crime Formal e Crime Material de Publicidade Enganosa

Questão interessante acerca da tipicidade do crime de promoção de publicidade enganosa resulta da entrada em vigor, ainda durante a *vacatio legis* do Código de Defesa do Consumidor, da Lei n. 8.137/90, que introduziu novos tipos penais tutelares das relações de consumo. No inciso

VII do art. 7º dessa lei, prescreveu o legislador pena a quem induzir o consumidor em erro, mediante indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza ou qualidade de bem ou serviço, utilizando-se de divulgação publicitária. A discussão gravita em torno da eventual revogação da menção à publicidade enganosa contida no art. 67 do CDC.

A solução mais ajustada, segundo os penalistas, é a de considerar o crime do art. 67 do CDC como *formal*, posto que não integra o tipo qualquer resultado decorrente da ação de fazer ou promover publicidade enganosa; e interpretar o do art. 7º, VII, da Lei n. 8.137/90 como crime *material*, uma vez que a ação de *induzir* consumidor em erro pressupõe um resultado concreto da divulgação publicitária (cf. Benjamin, 1991:198; Costa Jr., 1991:397). Isto é, se o empresário promove publicidade com potencial enganoso, mas o resultado concretamente não se verifica e nenhum consumidor é especificamente ludibriado pelo anúncio, então trata-se de crime apenado com detenção de três meses a um ano, e multa (CDC, art. 67). Mas se o consumidor é concretamente enganado pela mensagem publicitária, e adquire produto ou serviço em decorrência disso, então a pena reservada ao empresário é a de detenção de dois a cinco anos ou multa (Lei n. 8.137/90, art. 7º, VII).

A rigor, cuida o art. 67 do CDC de *crime de mera conduta*. Com efeito, diferem-se as hipóteses de descrição típica de conduta sem resultado, em que o crime se encerra na mera ação do agente (por exemplo, a violação do domicílio) e a de descrição típica de conduta com vistas a um determinado resultado, sem que a verificação desse seja imprescindível à configuração do crime (por exemplo, a extorsão). A doutrina, por vezes, reúne ambas as situações sob a rubrica de *crimes formais* (cf. Noronha, 1978:118); adotando-se, porém, a distinção proposta por Damásio, baseado nas lições em Grispigni (1977:185), pode--se classificar com maior precisão o crime de promoção de publicidade enganosa do Código de Defesa do Consumidor como sendo *de mera conduta*, e o do art. 7º, VII, da Lei n. 8.137/90, como *crime material*, por ser necessário à sua consumação o resultado concreto da indução em erro do consumidor.

Há outra distinção possível de se estabelecer entre o crime do art. 67 do CDC e o do art. 7º, VII, da Lei n. 8.137/90. Naquele, delineou o legislador hipótese de crime de consumo *próprio*, em que a relação jurídica de

consumo, tal como preceituada por lei (CDC, arts. 2º e 3º), integra o tipo. Não se pode pretender a sua incidência em relação jurídica interempresarial, ou disciplinada pelo direito civil, por exemplo. Já o tipo do art. 7º, VII, da Lei n. 8.137/90 estabelece crime de consumo *impróprio*, ou seja, pertinente às publicidades inseridas em relações jurídicas de qualquer natureza (cf. Benjamin, 1992:114/115).

O crime de consumo do art. 67 do CDC é de mera conduta e próprio, ao passo que o do art. 7º, VII, da Lei n. 8.137/90 é material e impróprio.

Desse modo, o empresário que veicula publicidade enganosa dirigida aos destinatários finais de seus produtos ou serviços incorre em prática criminosa, ainda que, concretamente, nenhum espectador tenha sido realmente enganado, ficando sujeito às penas do art. 67 do CDC. Por outro lado, a pessoa anunciando a venda de seu carro usado, o veículo de propaganda divulgando a sua eficiência comunicacional, o atacadista fazendo publicidade aos varejistas e o empregador oferecendo vagas em sua empresa, somente cometem crime se a enganosidade da mensagem publicitária efetivamente induzir em erro a pessoa com quem vierem a contratar. Submetem-se, em decorrência, às penas do art. 7º, VII, da Lei n. 8.137/90.

10. RESPONSABILIDADE DA AGÊNCIA DE PROPAGANDA E DO VEÍCULO DE COMUNICAÇÃO

De início, assente-se que a agência e o veículo respondem pela publicidade de seus próprios serviços dirigida aos seus próprios consumidores, tal como os demais fornecedores. Quanto a isso, inexistem especificidades a justificar maiores indagações. Ou seja, na promoção de

seu próprio fornecimento, a agência e o veículo são tratados, pela lei, do mesmo modo que os demais exercentes de atividades econômicas direcionadas ao mercado consumidor. A questão controvertível diz respeito à responsabilidade da agência pela criação, e a do veículo pela transmissão, de publicidade enganosa ou abusiva referente a produtos ou serviços fornecidos por outro empresário, seu contratante.

Nesse contexto, a agência de propaganda não tem responsabilidade civil ou administrativa pela concepção, produção ou intermediação na veiculação de publicidade enganosa ou abusiva pertinente a fornecimento alheio. As repercussões, em nível civil e administrativo, envolvem unicamente o empresário anunciante. Ele é quem define os objetivos e alguns dos contornos básicos da publicidade, ao elaborar o *briefing*, e, em última instância, aprova a proposta de campanha e os filmes, anúncios e peças publicitárias correspondentes. Nada é feito pela agência de propaganda sem o conhecimento, a orientação e a aprovação do anunciante, que por tudo assume integral responsabilidade. Por essa razão, o Código de Defesa do Consumidor não prevê qualquer responsabilidade da agência, no tocante à indenização por perdas e danos e à produção e veiculação de anúncio corretivo, quando a publicidade de seu contratante é considerada enganosa ou abusiva.

Para alguns doutrinadores, se houver culpa ou dolo da agência, no desenvolvimento de seu trabalho, pode ela ser responsabilizada civilmente (Benjamin, 1991:214). Entendo, contudo, que somente seria cabível tal responsabilização em regresso, perante o anunciante condenado e, ainda assim, em virtude de inexecução de contrato. Ou seja, para ter direito de ser ressarcido, o empresário deve provar que a agência de propaganda deixou de atender às suas orientações específicas, ou ao deliberado em reuniões mantidas com ela, e que, em decorrência de tal atitude, sobreveio-lhe condenação por publicidade enganosa ou abusiva. Em outras palavras, cabe-lhe demonstrar o descumprimento do contrato por parte da agência. Cuida-se, portanto, de matéria disciplinada pelo direito civil, submetida à teoria da responsabilidade contratual e ao princípio da culpabilidade.

O veículo também não responde civil ou administrativamente pela transmissão de mensagem publicitária alheia julgada enganosa ou abusiva, uma vez que não exerce e não pode exercer qualquer controle sobre o

respectivo conteúdo. O seu dever resume-se a informar a identificação do anunciante a quem demonstre ter legítimo interesse em sabê-lo.

A agência de propaganda e o veículo não têm responsabilidade civil ou administrativa pelo anúncio enganoso ou abusivo. Poderá, no entanto, caracterizar-se a responsabilidade penal de pessoas envolvidas com o processo de criação do anúncio.

Preceituou, porém, a lei tutelar dos consumidores a responsabilidade penal dos profissionais de criação contratados pela agência de publicidade. Da conjugação dos arts. 67 e 75 do CDC, conclui-se a imputação das mesmas penas definidas para o fornecedor à pessoa que, de qualquer forma, concorre para a consumação do crime de promoção de publicidade enganosa ou abusiva. Ora, os profissionais de criação envolvidos na concepção da publicidade, por evidente, concorrem diretamente para a definição do seu conteúdo, formato e das ideias, valores e contravalores expressados. Assim, encontram-se sujeitos às mesmas penalidades reservadas ao empresário anunciante, se tipificada a enganabilidade ou abusividade. Cada um dos membros da equipe de criação, bem como da gerência e diretoria da agência envolvidos especificamente com o trabalho de concepção do anúncio ilícito, responderá na medida da respectiva culpa.

Os outros profissionais contratados pela agência, envolvidos apenas indiretamente com a concepção, ou mesmo diretamente com a execução das peças publicitárias, não podem ser responsabilizados penalmente. Assim, o pessoal de apoio administrativo, modelos, diretor de cena, responsáveis pela iluminação, cenários, maquiagem, elenco, continuidade e todas as demais pessoas de cujo trabalho depende a produção do anúncio não são tidas, em princípio, como sujeitas ao art. 75 do CDC. A melhor exegese desse dispositivo é a restritiva, de modo a aplicar-se apenas àqueles *diretamente* responsáveis pela enganabilidade ou abusividade transmitida pelo anúncio.

Por essa mesma razão, os responsáveis pelo veículo nunca podem ser responsabilizados penalmente por terem transmitido publicidade enganosa ou abusiva. Claro que sem o concurso de algum veículo de comunicação, não há como consumir-se materialmente o ilícito. Contudo, a atuação de muitos outros agentes econômicos também é materialmente imprescindível para a concretização do crime, mas a ninguém parece plausível imputar-lhes responsabilidade; por exemplo, o jornalista, o fabricante do televisor ou do aparelho de rádio, o locador do imóvel com espaço para *outdoor* etc. Por outro lado, não se pode conceder ao veículo de comunicação poderes de julgar os anúncios que lhe são apresentados, ou, mais grave ainda, impor-lhes o dever de censura. Em suma, a tentativa de se atribuir responsabilidade às empresas jornalísticas, ao rádio, TV e outros veículos pressupõe interpretação que conduz a resultados juridicamente absurdos e, assim, deve ser afastada.

11. PUBLICIDADE COMPARATIVA

Uma importante e eficaz técnica de publicidade consiste na comparação entre o produto ou serviço do anunciante e de seu concorrente. É a publicidade comparativa, em que se vê a inserção de informações de produtos ou serviços tanto do anunciante como da concorrência, destacando que os primeiros são de alguma forma superiores aos últimos. Há ordens jurídicas que tratam especificamente da publicidade comparativa. O direito espanhol, por exemplo, reputa-a publicidade *desleal* quando não apoiada em características essenciais, afins e objetivamente demonstráveis, ou se compara produto ou serviço com outros não similares, desconhecidos ou de presença reduzida no mercado. O *Code de la Consommation* francês contempla disposição semelhante. Na lei de tutela dos consumidores uruguaia, admite-se expressamente a comparação, desde que objetiva e passível de comprovação. No direito brasileiro, não existem normas jurídicas específicas sobre o tema. Mas, ainda que claramente identificado o concorrente (ou concorrentes) e suas marcas, a técnica da publicidade comparativa não pode ser, em princípio, considerada ilícita.

Como no Brasil, conforme já acentuado, a disciplina da atividade publicitária se insere no direito de proteção aos consumidores, não existe norma jurídica proibindo ou limitando a publicidade comparativa, em termos específicos. Isto porque, sob a perspectiva do consumidor, a publicidade comparativa costuma ser altamente proveitosa, na medida em que possibilita o acesso a informações sobre as diferenças entre os produtos e serviços oferecidos no mercado. Para a legislação consumerista, apenas se caracterizaria o ilícito, na hipótese de veiculação de informações enganosas ou de ocorrência de abusividade. Quer dizer, nesses casos, a publicidade comparativa será sancionada não porque é comparativa, mas sim porque pode enganar os consumidores, ou agredir valores sociais. Nada há, em outros termos, de específico na publicidade comparativa, que pudesse representar, por si só, ofensa a direito de consumidor.

Por outro lado, dois aspectos não relacionados diretamente aos direitos dos consumidores têm sido também destacados, no exame da publicidade comparativa. Em primeiro lugar, a possibilidade de se verificar concorrência desleal; segundo, a de ofensa a direito marcário do concorrente. O critério a se considerar, de novo, é o da enganabilidade. Se não houver, na comparação veiculada pelo anúncio, a possibilidade de o destinatário vir a ser enganado, não se verifica nem a concorrência desleal, nem o desrespeito à marca do concorrente. Se são verídicas as informações levadas ao destinatário da mensagem publicitária — ou, sendo falsas, não são apresentadas como verídicas —, então não há enganabilidade, elemento indispensável à configuração daqueles ilícitos.

No que diz respeito à concorrência desleal, conforme estudado (Cap. 7), o que caracteriza a irregularidade da prática concorrencial é o meio utilizado e não as motivações, ou os objetivos do empresário — sempre iguais aos da concorrência leal, isto é, a conquista de clientela. Ao promover publicidade comparativa, o empresário possui sempre o objetivo de conquistar fatias dos consumidores de um ou mais concorrentes, especialmente os mencionados no anúncio. Possui este objetivo, tanto na hipótese de comparação lícita, como na desleal. O que distingue uma de outra situação é a veiculação de informações falsas em detrimento do concorrente, em prejuízo da imagem dele junto aos consumidores. Ou seja, a inidoneidade do meio empregado é o fator decisivo para que a publicidade

comparativa deixe de ser lícita, para os fins da disciplina jurídica da concorrência.

Note-se que a publicidade comparativa pode transmitir informações falsas, mas nem por isso caracterizar-se como enganosa e desleal. Certa vez, o fabricante de refrigerantes *Pepsi* veiculou um engraçado anúncio, no qual afirmava que cientistas haviam realizado pesquisa com dois macacos, dando a um deles a sua bebida, e ao outro *Coca--cola*. Após um mês, o símio que consumira o refrigerante concorrente apresentava melhoras consideráveis em sua coordenação motora, enquanto o alimentado com *Pepsi* havia desaparecido. A cena seguinte mostrava o animal dirigindo um *bug*, na praia, acompanhado de lindas mulheres. Um terceiro fabricante de refrigerantes aproveitou-se da oportunidade, e veiculou anúncio mostrando o macaco, também acompanhado de belas modelos, estacionando seu *bug* numa barraca da praia, para beber guaraná *Antártica*. Não há como negar que esses anúncios apresentam informações totalmente falsas. Não houve pesquisa alguma, macaco nenhum melhora coordenação motora por consumir refrigerantes, nem muito menos conquista garotas ou conduz automóveis. Como visto acima (item 4), a veiculação de informações falsas não caracteriza, por si só, a publicidade enganosa vedada pelo CDC. É necessário que a falsidade seja ocultada do consumidor; em outras palavras, que as informações falsas sejam apresentadas como verdadeiras. A questão ganha contornos um tanto diversos, quando se trata de concorrência desleal. Neste caso, a lei reputa ilícita a veiculação de “afirmação falsa em detrimento de concorrente” (LPI, art. 195, I). Quer dizer, mesmo que não exista enganabilidade, e, portanto, não haja infração ao CDC, a veiculação de informação falsa poderá significar concorrência desleal, caso a falsidade se refira ao produto ou serviço concorrente, prejudicando sua imagem junto aos consumidores. Em conclusão: se há, na publicidade comparativa, informação falsa, mas a falsidade é incapaz, de um lado, de induzir o consumidor em erro e, de outro, de prejudicar a imagem de concorrente, então é lícita a comparação (como ocorreu, aliás, no exemplo acima).

Finalmente, em relação aos direitos industriais do concorrente citado na publicidade comparativa, não existe lesão de qualquer natureza pela simples menção da marca registrada que ele titulariza. É certo que parte da doutrina condena a publicidade comparativa, como lesiva aos direitos marcários do

empresário. Para José Roberto Gusmão (1989), por exemplo, é irregular — verdadeira contrafação — a simples menção da marca do concorrente, em anúncios, se não autorizada pelo titular do registro, ainda que referida menção seja elogiosa. A propósito, o direito francês, com o intuito de coibir o parasitismo comercial, proíbe a comparação, se o objetivo principal é o de tirar vantagem da notoriedade de marca alheia (Pizzio, 1996:137/139).

No Brasil, a rigor, irregularidade na publicidade comparativa, frente ao direito industrial, somente existe em duas hipóteses: 1ª) se, ao mencionar a marca ou marcas da concorrência, o empresário anunciante as imita em seus produtos ou serviços ou, de qualquer forma, induz em confusão os destinatários da mensagem (esta é, inclusive, a conduta tipificada como “crime contra a marca”: LPI, art. 189, I); 2ª) se a publicidade comparativa pode contribuir para a degenerescência da marca (LPI, arts. 130, III, e 131; Cap. 6, item 7.3). Se não ocorrem tais circunstâncias, porém, a comparação não ofende direito de propriedade industrial.

A publicidade comparativa não é proibida. Ela, no entanto, como qualquer outra publicidade, deverá atender às regras da Lei da Propriedade Industrial e do Código de Defesa do Consumidor, para que não se caracterize concorrência desleal, usurpação de marca ou lesão a direito do consumidor.

A comparação na publicidade, em si mesma considerada, não é, portanto, irregular. Aliás, a concorrência desleal e a ofensa a direito industrial podem ocorrer por meio de anúncios publicitários, mesmo que não possuam natureza comparativa. O empresário incorre em prática concorrencial ilícita, se promove publicidade em que veicula falsa afirmação em detrimento de concorrente, ainda que não apresente qualquer comparação com o seu produto ou serviço. A seu turno, mesmo sem a apresentação de qualquer informação de cunho comparativo, ocorre lesão a direito marcário se o anunciante exhibe seu produto ostentando marca que imita a de concorrente, ou a reproduz indevidamente. Em outros termos, o ilícito reside na concorrência desleal ou na usurpação da marca, e nunca na comparação.

Sob o ponto de vista da ética publicitária, a publicidade comparativa também é admitida, desde que observados alguns princípios (CBAP, art. 32). Assim, o principal objetivo dos anúncios que apresentam a comparação entre produtos e serviços de concorrentes deve ser o esclarecimento do consumidor. Claro que a primazia dada a este aspecto da mensagem não pode significar a desnaturação da própria atividade publicitária. Quero dizer, a razão fundamental a motivar o anunciante é, ainda e sempre, o aumento de suas vendas. O que se considera antiética é a mensagem que compara produtos ou serviços, sem objetividade, apenas ressaltando aspectos exclusivamente valorativos ou de cunho emocional. A apresentação de depoimentos de consumidores colhidos aleatoriamente nas ruas, em que é dito preferirem a mercadoria do anunciante a outra, especificamente identificada, inobserva a regra da autorregulação, porque a comparação não é objetiva. Note-se que uma publicidade comparativa lícita (segundo o direito nacional vigente) poderá ser condenável sob o ponto de vista da ética publicitária. A hipótese referida exemplifica o caso: não há, na comparação subjetiva, ofensa a direito do consumidor, ao direito industrial ou à disciplina da concorrência; mas desobediência a princípios da ética publicitária.

A publicidade comparativa, portanto, é permitida. Se, contudo, a comparação for enganosa (no sentido de possibilitar a indução em erro dos consumidores e destinatários da mensagem), ela transgride a legislação tutelar dos consumidores; se, por outro lado, a comparação veicular informação falsa *em detrimento do concorrente*, caracteriza concorrência desleal; se não distinguir de modo claro as marcas exibidas, dando ensejo a confusão entre os destinatários da mensagem, ou contribuir para a degenerescência de marca notória, há lesão a direito industrial de concorrente. Não se verificando nenhuma destas três hipóteses, no entanto, a publicidade que compara produtos ou serviços do anunciante e da concorrência será absolutamente legal, jurídica; observando-se apenas que, para atender aos preceitos éticos, ela deve pautar-se em critérios de objetividade.

Segunda Parte

TÍTULOS DE CRÉDITO

Capítulo 10

TEORIA GERAL DOS TÍTULOS DE CRÉDITO

1. CONCEITO DE TÍTULOS DE CRÉDITO

Título de crédito é o documento necessário para o exercício do direito, literal e autônomo, nele mencionado. Esse conceito, formulado por Vivante e aceito pela unanimidade da doutrina comercialista, sintetiza com clareza os elementos principais da matéria cambial. Nele se encontram, ademais, referências aos princípios básicos da disciplina do documento (cartularidade, literalidade e autonomia), de forma que o seu detalhamento permite a apresentação da teoria geral do direito cambiário. É uma alternativa para o estudo do tema, mas a doutrina costuma iniciar a abordagem desse ramo do direito comercial, com uma referência ao conceito de *crédito*, destacando que ele se funda numa relação de confiança entre dois sujeitos: o que o concede (credor) e o que dele se beneficia (devedor). Refere-se, comumente, à importância da circulação do crédito para a

economia e introduz os títulos de crédito como seu principal instrumento (cf. Requião, 1971, 2:297; Martins, 1972; Borges, 1971).

“Título de crédito é o documento necessário para o exercício do direito, literal e autônomo, nele mencionado” (Vivante).

Proponho um caminho algo diferente, que parte do conceito apresentado acima: *título de crédito é um documento*. Como documento, ele reporta um fato, ele diz que alguma coisa existe. Em outros termos, o título prova a existência de uma relação jurídica, especificamente duma relação de crédito; ele constitui a prova de que certa pessoa é credora de outra; ou de que duas ou mais pessoas são credoras de outras. Se alguém assina um cheque e o entrega a mim, o título documenta que sou credor daquela pessoa. A nota promissória, letra de câmbio, duplicata ou qualquer outro título de crédito também possuem o mesmo significado, também representam obrigação creditícia.

O título de crédito não é o único documento disciplinado pelo direito. Há outros, que também reportam fatos, que provam que certo sujeito é titular de um direito perante outro, ou perante qualquer um. O instrumento escrito de contrato de locação documenta, entre outras obrigações, que o locador é credor dos aluguéis devidos pelo locatário. A escritura pública de compra e venda de imóvel prova a existência do negócio de aquisição do bem e discrimina as obrigações assumidas pelas partes. A notificação de lançamento fiscal relata que o contribuinte é obrigado a pagar o tributo ao estado. A sentença judicial condenatória representa o dever imposto à parte vencida de satisfazer o direito reconhecido à vencedora. Além desses, muitos outros documentos têm a sua elaboração e seus efeitos dispostos na lei ou em regulamentos: livros mercantis, nota fiscal, fatura, certificado de registro de marca, apólice de seguro, diploma de curso superior etc.

O título de crédito se distingue dos demais documentos representativos de direitos e obrigações, em três aspectos. Em primeiro lugar, ele se refere unicamente a relações creditícias. Não se documenta num título de crédito

nenhuma outra obrigação, de dar, fazer ou não fazer. Apenas o crédito titularizado por um ou mais sujeitos, perante outro ou outros, consta de um instrumento cambial. O contrato de locação empresarial, por exemplo, além de assegurar o crédito ao aluguel, representa o dever de o locador respeitar a posse do locatário sobre o imóvel, ou de suportar a renovação compulsória do vínculo, na forma da lei. Alguns dos títulos de crédito *impróprios* asseguram direitos não creditícios ao seu portador: o *warrant* e o conhecimento de depósito, por exemplo, unidos, representam a propriedade de mercadorias depositadas em Armazéns Gerais. A característica de representar exclusivamente direitos creditórios, por si só, não é suficiente para distinguir os títulos de crédito dos demais documentos representativos de obrigação. A apólice de seguro, por exemplo, também representa apenas o crédito *eventual* do segurado ou do terceiro beneficiário, perante a seguradora, e não se pode considerar título de crédito.

A segunda diferença entre o título de crédito e muitos dos demais documentos representativos de obrigação está ligada à facilidade na cobrança do crédito em juízo. Ele é definido pela lei processual como título executivo extrajudicial (CPC, art. 585, I); possui executividade, quer dizer, dá ao credor o direito de promover a execução judicial do seu direito. Nem todos os instrumentos escritos que documentam obrigações creditícias apresentam essa característica. Se o credor não dispuser de documento a que a lei processual atribua natureza executória, a cobrança do crédito representado deverá ser feita por meio de ação de conhecimento (ou monitória), normalmente mais morosa que a execução. Esse atributo dos títulos de crédito — convém ressaltar — também não é exclusivo; diversos outros documentos representativos de obrigação são também títulos executivos (sentença judicial, contrato revestido de certas formalidades, apólice de seguro de vida etc.).

Em terceiro lugar, o título de crédito ostenta o atributo da negociabilidade, ou seja, está sujeito a certa disciplina jurídica, que torna mais fácil a circulação do crédito, a negociação do direito nele mencionado. A fundamental diferença entre o regime cambiário e a disciplina dos demais documentos representativos de obrigação (que será chamada, aqui, de regime civil) é relacionada aos preceitos que facilitam, ao credor, encontrar

terceiros interessados em antecipar-lhe o valor da obrigação (ou parte deste), em troca da titularidade do crédito. Em outros termos, se o credor tem o seu direito representado por um título de crédito (por exemplo, uma nota promissória, duplicata ou cheque pós-datado), ele pode facilmente *descontá-lo* junto ao banco de que é cliente. Na operação de *desconto bancário*, o credor do título de crédito (descontário) transfere a titularidade do seu direito ao banco (descontador) e recebe deste, adiantado, uma parte do valor do crédito. No vencimento, o banco irá cobrar o devedor, lucrando com a diferença entre o valor facial do título e o montante antecipado ao credor originário. Nem todos os documentos representativos de obrigação, contudo, são descontáveis pelos bancos. Documentos sujeitos ao regime civil de circulação não despertam o mesmo interesse de instituições financeiras, porque elas ficam em situação mais vulnerável quanto ao recebimento do crédito. A negociabilidade dos títulos de crédito é decorrência do regime jurídico-cambial, que estabelece regras que dão à pessoa para quem o crédito é transferido maiores garantias do que as do regime civil. Compreende-se melhor essa diferença, após o exame dos princípios do direito cambiário.

2. PRINCÍPIOS DO DIREITO CAMBIÁRIO

Do regime jurídico disciplinador dos títulos de crédito, podem-se extrair três princípios: *cartularidade*, *literalidade* e *autonomia das obrigações cambiais*. Como o atributo característico dos títulos de crédito — o elemento que o distingue mais acentuadamente dos demais documentos representativos de obrigações — é a negociabilidade, a facilidade da circulação do crédito documentado; e como esse atributo deriva do regime jurídico a que se submetem, não é incorreto apresentar os seus princípios informadores como os fatores essenciais de caracterização dos títulos de crédito, como fazem, por exemplo, Fran Martins (1972:9/15), Rubens Requião (1971, 2:299/300) e Newton de Lucca (1979:47/65).

2.1. Cartularidade

Título de crédito é o documento *necessário* para o exercício do direito, literal e autônomo, nele mencionado. Desse adjetivo do conceito se pode extrair a referência ao princípio da cartularidade, segundo o qual o exercício dos direitos representados por um título de crédito pressupõe a sua posse. Somente quem exhibe a cártula (isto é, o *papel* em que se lançaram os atos cambiários constitutivos de crédito) pode pretender a satisfação de uma pretensão relativamente ao direito documentado pelo título. Quem não se encontra com o título em sua posse, não se presume credor. Um exemplo concreto de observância desse princípio é a exigência de exibição do original do título de crédito na instrução da petição inicial de execução. Não basta a apresentação de cópia autêntica do título, porque o crédito pode ter sido transferido a outra pessoa e apenas o possuidor do documento será legítimo titular do direito creditício.

Como o título de crédito se revela, essencialmente, um instrumento de circulação do crédito representado, o princípio da cartularidade é a garantia de que o sujeito que postula a satisfação do direito é mesmo o seu titular. Cópias autênticas não conferem a mesma garantia, porque quem as apresenta não se encontra necessariamente na posse do documento original, e pode já tê-lo transferido a terceiros. A cartularidade é, desse modo, o postulado que evita enriquecimento indevido de quem, tendo sido credor de um título de crédito, o negociou com terceiros (descontou num banco, por exemplo). Em virtude dela, quem paga o título deve, cautelarmente, exigir que ele lhe seja entregue. Em primeiro lugar, para evitar que a cambial, embora paga, seja ainda negociada com terceiros de boa-fé, que terão direito de exigir novo pagamento; em segundo, para que o pagador possa exercer, contra outros devedores, o direito de regresso (quando for o caso).

Pelo princípio da cartularidade, o credor do título de crédito deve provar que se encontra na posse do documento para exercer o direito nele mencionado.

O princípio da cartularidade não se aplica, no direito brasileiro, inteiramente à duplicata mercantil ou de prestação de serviços. Há hipóteses

em que a lei franqueia ao credor desses títulos o exercício de direitos cambiários, mesmo que não se encontre na posse do documento. Assim, prevê o protesto *por indicações* (LD, art. 13, § 1º, *in fine*), meio pelo qual o credor da duplicata retida pelo devedor pode protestá-la, apenas fornecendo ao cartório os elementos que a individualizam (nome do devedor, quantia devida, fatura originária, vencimento etc.); prevê a lei, também, a possibilidade de execução judicial da duplicata mercantil não restituída pelo devedor, desde que protestada por indicações e acompanhada do comprovante da entrega e recebimento das mercadorias (LD, art. 15, II). Em suma, o princípio da cartularidade é excepcionado, em parte, em relação às duplicatas.

Alguns doutrinadores preferem se referir à cartularidade por meio do conceito de “incorporação”, noção que sugere o amálgama entre documento e direito de crédito (Borges, 1971:12/13). Dizem que o título incorpora de tal forma o direito creditício mencionado, que a sua entrega a outra pessoa significa a transferência da titularidade do crédito e o exercício das faculdades derivadas dessa não se pode pretender sem a posse do documento. As duas consequências da cartularidade se explicariam, assim, por meio da imagem da *incorporação*. Trata-se, a rigor, apenas de uma outra via, para a explicação e compreensão do regime jurídico-cambial.

Para encerrar, registre-se que Newton de Lucca, sustentando-se na doutrina italiana, considera os títulos de crédito inseridos na classe dos documentos *dispositivos*. Para ele, a teoria geral dos documentos deve distinguir entre os meramente *probatórios*, que cumprem a função processual de atestar a existência de uma relação jurídica autônoma; os *constitutivos*, que são essenciais para o nascimento do direito, embora possam tornar-se dispensáveis no momento seguinte (o exemplo é o da escritura de compra e venda de imóvel); e, finalmente, os *dispositivos*, que são sempre necessários para o exercício do direito nele mencionado (1979:23/24). Em razão do princípio da cartularidade, os títulos de crédito somente se podem enquadrar na última categoria.

2.2. LITERALIDADE

Título de crédito é o documento necessário para o exercício do direito, *literal* e autônomo, nele mencionado. Nessa passagem, o conceito de Vivante

se refere ao princípio da literalidade, segundo o qual somente produzem efeitos jurídico-cambiais os atos lançados no próprio título de crédito. Atos documentados em instrumentos apartados, ainda que válidos e eficazes entre os sujeitos diretamente envolvidos, não produzirão efeitos perante o portador do título. O exemplo mais apropriado de observância do princípio está na quitação dada em recibo separado. Quem paga parcialmente um título de crédito deve pedir a quitação na própria cártula, pois não poderá se exonerar de pagar o valor total, se ela vier a ser transferida a terceiro de boa-fé. Outro exemplo de aplicação do princípio da literalidade se encontra na inexistência do aval, quando o pretense avalista apenas se obrigou em instrumento apartado. Se do título não consta a assinatura da pessoa de quem se pretendia o aval, a garantia simplesmente não existe, em razão do princípio da literalidade.

“O direito decorrente do título é literal no sentido de que, quanto ao conteúdo, à extensão e às modalidades desse direito, é decisivo exclusivamente o teor do título”
(Messineo).

O princípio da literalidade projeta consequências favoráveis e contrárias, tanto para o credor, como para o devedor. De um lado, nenhum credor pode pleitear mais direitos do que os resultantes exclusivamente do conteúdo do título de crédito; isso corresponde, para o devedor, a garantia de que não será obrigado a mais do que o mencionado no documento. De outro lado, o titular do crédito pode exigir todas as obrigações decorrentes das assinaturas constantes da cambial; o que representa, para os obrigados, o dever de as satisfazer na exata extensão mencionada no título (Borges, 1971:13). Se alguém deve mais do que a quantia escrita na cambial, só poderá ser cobrado, com base no título, pelo valor do documento; se deve menos, não poderá exonerar-se de pagar todo o montante registrado (Martins, 1972:10). Esses aspectos da literalidade são os responsáveis pela facilitação na circulação do crédito documentado em título de crédito. O terceiro descontador tende a concordar com a operação de desconto — ou seja, tem

maior interesse em adiantar parte do valor do título, para posteriormente cobrar a totalidade do devedor — porque pode, sem outra providência além da leitura do documento, certificar-se da existência e extensão do crédito transacionado.

O princípio da literalidade, a exemplo do da cartularidade, não se aplica inteiramente à disciplina da duplicata, cuja quitação pode ser dada, *pelo legítimo portador do título*, em documento em separado (LD, art. 9º, § 1º).

2.3. Autonomia

Título de crédito é o documento necessário para o exercício do direito, literal e *autônomo*, nele mencionado. Agora a referência do conceito de Vivante alcança o mais importante dos princípios do direito cambial, que é o da autonomia das obrigações documentadas no título de crédito. Segundo esse princípio, quando um único título documenta mais de uma obrigação, a eventual invalidade de qualquer delas não prejudica as demais.

Pelo princípio da autonomia das obrigações cambiais, os vícios que comprometem a validade de uma relação jurídica, documentada em título de crédito, não se estendem às demais relações abrangidas no mesmo documento.

Para exemplificar a observância do princípio, imagine-se um negócio qualquer, de que tenha originado crédito, documentado numa nota promissória: *Antonio* vende a *Benedito* o seu automóvel usado, consentindo receber metade do preço no prazo de 60 (sessenta) dias. Nesse caso, a nota representa a obrigação do comprador, na compra e venda do automóvel. O ato de compra será chamado de “relação fundamental” ou “negócio originário”, porque o título foi emitido com o propósito inicial de o documentar. Imagine-se, então, que *Antonio* é devedor de *Carlos*, em importância próxima ao valor facial da nota promissória. Se *Carlos* concordar, o débito de *Antonio* poderá ser satisfeito com a transferência do crédito que titulariza em razão da nota (esse ato de transferência é o *endosso*). Nessa hipótese, o título que representava, originariamente, apenas

a obrigação de *Benedito* pagar a *Antonio* o saldo devedor do valor do automóvel, passou a representar duas outras relações jurídicas: a de *Antonio* satisfazendo sua dívida junto a *Carlos*; e a de *Benedito* devedor do título agora em mãos de *Carlos*. São três relações jurídicas documentadas numa única nota promissória. Como as obrigações correspondentes são autônomas, umas das outras, eventuais vícios que venham a comprometer qualquer delas não contagiam as demais. Quer dizer, se o automóvel adquirido por *Benedito* possui vício redibitório, isso não o exonera de satisfazer a obrigação cambial perante *Carlos*. Os problemas relacionados com a compra e venda do automóvel usado podem influir na relação jurídica entre os participantes da relação originária do título (isto é, *Antonio* e *Benedito*), mas não interferem minimamente com os direitos dos terceiros de boa-fé para quem o mesmo título foi transferido.

As implicações do princípio da autonomia representam a garantia efetiva de circulabilidade do título de crédito. O terceiro descontador não precisa investigar as condições em que o crédito transacionado teve origem, pois ainda que haja irregularidade, invalidade ou ineficácia na relação fundamental, ele não terá o seu direito maculado. No exemplo acima, *Benedito* deve pagar a nota promissória a *Carlos* e, depois, demandar *Antonio*, para receber o ressarcimento do valor despendido, bem como a indenização correspondente aos danos que sofreu. Note-se que ninguém está obrigado, juridicamente, a documentar sua obrigação por meio de nota promissória; se aceita fazê-lo, assume todas as consequências desse ato, inclusive as relacionadas com a circulação cambial do crédito.

Em decorrência do princípio da autonomia, quem transaciona o crédito com possuidor ilegítimo do título (aquisição *a non domino*) tem sua boa-fé tutelada pelo direito cambiário. Se há notícia do desapossamento da cambial — furto, roubo ou extravio, quando se encontrava nas mãos de seu legítimo titular —, o exequente terá direito ao recebimento, se demonstrar que, sob o ponto de vista formal, os atos cambiais lançados no documento poderiam validamente ter-lhe transferido o direito creditício. O executado apenas se exonera da obrigação se provar que o portador agiu de má-fé ou cometeu falta grave, deixando de adotar as cautelas minimamente recomendáveis no comércio de títulos (LU, art. 16).

O princípio da autonomia das obrigações cambiais se desdobra em dois outros subprincípios, o da abstração e o da inoponibilidade das exceções pessoais aos terceiros de boa-fé. Qualifico-os de subprincípios porque, na verdade, nada acrescentam ao que já se encontra determinado pelo princípio da autonomia. A abstração e a inoponibilidade correspondem a modos diferentes de se reproduzir o preceito da independência entre as obrigações documentadas no mesmo título de crédito.

2.3.1. *Abstração*

Pelo subprincípio da abstração, o título de crédito, quando posto em circulação, se desvincula da relação fundamental que lhe deu origem. Note-se que a abstração tem por pressuposto a circulação do título de crédito. Entre os sujeitos que participaram do negócio originário, o título não se considera desvinculado deste. No exemplo imaginado para a elucidação do princípio da autonomia das obrigações cambiais, se *Antonio* não transfere o crédito para *Carlos*, e procura *Benedito* para reclamar o pagamento da parcela devida pela compra do automóvel, por evidente, esse último pode se liberar da obrigação (atente-se: o comprador pode rescindir a compra e venda civil, em razão de vícios na coisa adquirida, desde que o faça no prazo decadencial de 6 meses, fixado no art. 445 do CC; *Benedito* não será obrigado a pagar a nota promissória para *Antonio*, apenas se tomou a cautela de exercer tempestivamente o seu direito).

A abstração, então, somente se verifica se o título circula. Em outros termos, só quando é transferido para terceiros de boa-fé, opera--se o desligamento entre o documento cambial e a relação em que teve origem. A consequência disso é a impossibilidade de o devedor exonerar-se de suas obrigações cambiárias, perante terceiros de boa-fé, em razão de irregularidades, nulidades ou vícios de qualquer ordem que contaminem a relação fundamental. E ele não se exonera exatamente porque o título perdeu seus vínculos com tal relação. Ora, se assim é, confirma-se que a abstração não acrescenta nenhuma consequência de relevo às decorrentes do princípio da autonomia. Daí seu estatuto de subprincípio.

Quando o título de crédito é posto em circulação, diz-se que se opera a abstração, isto é, a desvinculação do ato ou negócio jurídico que deu ensejo à sua criação.

Abstração é conceito ambíguo, na doutrina de direito cambiário. De um lado, se refere ao desligamento da cambial em relação ao negócio originário, numa descrição alternativa às relações jurídicas derivadas da autonomia das obrigações documentadas num único título; de outro lado, diz respeito aos títulos de crédito cuja emissão não está condicionada a determinadas causas (os *abstratos*, em contraposição aos *causais*). Para superar a ambiguidade, a expressão será usada, neste *Curso*, apenas com o primeiro significado, de desvinculação do instrumento cambiário do ato jurídico que originariamente representava, motivada pela sua circulação.

2.3.2. Inoponibilidade

Pelo subprincípio da inoponibilidade das exceções pessoais aos terceiros de boa-fé, o executado em virtude de um título de crédito não pode alegar, em seus embargos, matéria de defesa estranha à sua relação direta com o exequente, salvo provando a má-fé dele. São, em outros termos, inoponíveis aos terceiros defesas (exceções) não fundadas no título. Ainda no exemplo criado para o princípio da autonomia, nos embargos de *Benedito*, interpostos na execução judicial da nota promissória, a matéria de defesa fica circunscrita apenas à relação jurídica que mantém com o exequente, *Carlos*. Que relação é esta? Simples: *Benedito* é o devedor de uma nota promissória, de que é credor *Carlos*. Nada mais. Assim, as exceções admitidas, na execução, dizem respeito somente a tal relação, ou seja, à nota promissória. Por exemplo: a prescrição do título, a nulidade da nota por não preencher os requisitos da lei, falsificação etc. (cf. Lucca, 1979:97/103). Não podem ser levantadas, nos embargos de *Benedito*, questões relativas ao vício no automóvel adquirido de *Antonio*, porque essas são exceções pessoais contra o vendedor do bem, em virtude das quais *Carlos* não pode ser responsabilizado nem prejudicado. Como se vê, novamente se retorna ao ponto a que conduz o princípio da autonomia das obrigações cambiais, justificando a qualificação da inoponibilidade como subprincípio.

Lei Uniforme

Art. 17. As pessoas acionadas em virtude de uma letra não podem opor ao portador exceções fundadas sobre as relações pessoais delas com o sacador ou com os portadores anteriores, a menos que o portador ao adquirir a letra tenha procedido conscientemente em detrimento do devedor.

O simples conhecimento, pelo terceiro, da existência de fato oponível ao credor anterior do título já é suficiente para caracterizar a má-fé. Não se exige, para o afastamento da presunção de boa-fé, a prova da ocorrência de conluio entre o exequente e o credor originário da cambial. Basta a ciência do fato oponível, previamente à circulação do título. Ainda no exemplo adotado, se *Carlos* sabe que *Benedito*, no prazo da lei civil, notificou *Antonio* de sua intenção de rescindir a compra do automóvel, em razão da descoberta dos vícios, e mesmo assim concorda em negociar a nota promissória, sujeita-se à discussão, em juízo, da procedência do reclamo do executado. Será seu encargo judicial demonstrar que não existia vício oculto no bem que *Antonio* vendeu a *Benedito*. Note-se que o conhecimento pelo terceiro, da insatisfação do devedor cambial, em relação ao negócio originário, não é causa desconstitutiva do direito creditício. Apenas amplia os limites da matéria admitida à discussão em juízo. Se o devedor cambial não tem razão em suas alegações, ele deve pagar o portador do título, ainda que o último tivesse, ao tempo da circulação, conhecimento da insatisfação dele com a relação fundamental.

3. NATUREZA DA OBRIGAÇÃO CAMBIAL

Diz-se que os devedores de um título de crédito são solidários. Há, inclusive, quem identifique na solidariedade entre os obrigados cambiais um postulado fundamental da disciplina jurídica dos títulos de crédito (Miranda, 1956, 34:151). Por outro lado, a própria lei preceitua que o sacador,

aceitante, endossantes ou avalistas são *solidaria-mente* responsáveis pelo pagamento da letra de câmbio (LU, art. 47). Mas é necessário tomar cuidado com essa noção, porque a solidariedade cambial apresenta particularidades (cf. Martins, 1972:164, nota de rodapé).

Define-se a solidariedade passiva pela existência de mais de um devedor obrigado pela dívida toda (CC, art. 264). Se duas ou mais pessoas são obrigadas perante um sujeito, haverá solidariedade entre elas se o credor puder exigir a totalidade da obrigação de qualquer uma. Por esse conceito, é correto afirmar-se a existência da solidariedade entre os devedores do título de crédito, porque realmente o credor cambiário pode, *atendidos determinados pressupostos*, exigir de qualquer um deles o pagamento do valor total da obrigação. Mas a semelhança entre a situação dos devedores cambiários e os solidários cessa nesse ponto; quer dizer, de comum entre o regime cambial e a disciplina civil da solidariedade existe apenas o fato de o credor poder exercer seu direito, pelo valor total, contra qualquer um dos devedores. Quando se trata de discutir a composição, em regresso, dos interesses desses devedores, a regra aplicável do direito cambial é diferente da pertinente à solidariedade passiva.

É incorreta a afirmação de que os devedores de um título de crédito são solidários.

O devedor solidário que paga ao credor a totalidade da dívida pode exigir, em regresso, dos demais devedores a quota-parte cabível a cada um (CC, art. 283). Se são três os obrigados, aquele que adimpliu a obrigação junto ao titular do crédito, pode cobrar a terça parte do valor pago, de cada um dos outros dois codevedores. É o regresso típico da solidariedade passiva, que, no entanto, não se verifica entre devedores cambiais. Em primeiro lugar, nem todos têm direito de regresso: o aceitante da letra de câmbio ou o subscritor da nota promissória, por exemplo, após pagarem o título não poderão cobrá-lo de ninguém mais. Em segundo, nem todos os codevedores respondem regressivamente perante os demais: os devedores *anteriores* respondem perante os *posteriores*, mas esses não podem ser

acionados por aqueles. Em terceiro lugar, em regra o regresso cambiário se exerce pela totalidade e não pela quota-parte do valor da obrigação: apenas excepcionalmente, como na hipótese de avais simultâneos, é que se verifica, *entre os coavalistas*, a partição proporcional da obrigação.

São tão significativas as diferenças, no momento do regresso, entre os devedores cambiais e os solidários, que considero mais correto afastar-se o paralelo. A natureza da obrigação cambiária lembra a solidariedade passiva apenas no aspecto externo (a possibilidade de cobrança judicial da dívida por inteiro, de qualquer um dos devedores), e, por isso, revela-se mais adequado estudar o tema por uma perspectiva própria; quer dizer, abstraindo-se totalmente o regime da solidariedade civil. O art. 285 do CC não se aplica às obrigações cambiais, posto que ela interessa a todos os devedores.

O aspecto mais importante a se ressaltar, no tratamento da natureza da obrigação cambial, é a existência de hierarquia entre os devedores de um mesmo título de crédito. Em relação a cada título, a lei irá escolher um para a situação jurídica de *devedor principal*, reservando aos demais a de *codevedores*. Assim, são devedores principais, na letra de câmbio, o aceitante; na nota promissória e no cheque, o emitente; na duplicata, o sacado. Endossantes e avalistas são, em todos os títulos, codevedores. Importantes diferenças decorrem dessa hierarquia, entre as quais se pode citar a antecipação do vencimento do título só na falência do devedor principal, a necessidade do protesto para a cobrança dos codevedores, e sua facultatividade para a execução contra o devedor principal etc. Mais: há uma ordem (de anterioridade e posteridade) entre os devedores de um mesmo título, que define quem tem direito de regresso contra quem. Os posteriores podem regredir contra os anteriores, mas não vice-versa. Por exemplo, o avalista pode cobrar em regresso de seu avalizado, mas o inverso não se admite; o endossante de letra de câmbio pode cobrá-la do sacador, mas este não tem ação contra aquele.

Os devedores de título de crédito não são, portanto, propriamente solidários. Eles se submetem, ao contrário, a um complexo sistema de regressividade, que é exclusivo da obrigação de natureza cambial.

4. CLASSIFICAÇÃO DOS TÍTULOS DE CRÉDITO

Classificam-se os títulos de crédito segundo quatro critérios: *a)* quanto ao modelo; *b)* quanto à estrutura; *c)* quanto às hipóteses de emissão; *d)* quanto à circulação.

Quanto ao modelo, os títulos podem ser *vinculados* ou *livres*. No primeiro caso, somente produzem efeitos cambiais os documentos que atendem ao padrão exigido. É o caso do cheque e da duplicata. Neles, o emitente não é livre para escolher a disposição formal dos elementos essenciais à criação do título. O emitente do cheque deve necessariamente fazer uso do papel fornecido pelo banco sacado, fornecido em talões, via de regra. Os empresários que emitem duplicata, por sua vez, devem confeccioná-las obedecendo às normas de padronização formal definidas pelo Conselho Monetário Nacional (LD, art. 27). Já os títulos de modelo livre são aqueles em que, por não existir padrão de utilização obrigatória, o emitente pode dispor à vontade os elementos essenciais do título. Pertencem a essa categoria a letra de câmbio e a nota promissória. Assim, qualquer papel, independentemente da forma adotada, será nota promissória, desde que atendidos os requisitos que a lei estabeleceu para esse título de crédito. São inteiramente dispensáveis, portanto, os formulários impressos que se costumam vender nas papelarias.

Há títulos de crédito que podem adotar qualquer forma, desde que atendidos os requisitos da lei (são os de modelo livre), e há os que devem atender a um padrão obrigatório (os de modelo vinculado).

Quanto à estrutura, os títulos de crédito se classificam em *ordem de pagamento* e *promessa de pagamento*. As ordens de pagamento geram, no momento do saque, três situações jurídicas distintas: a do sacador, que ordenou a realização do pagamento; a do sacado, para quem a ordem foi dirigida e que irá cumpri-la, se atendidas as condições para tanto; e a do tomador, que é o beneficiário da ordem, a pessoa em favor de quem ela foi passada. O cheque, a duplicata e a letra de câmbio são títulos dotados dessa

estrutura. Quando assino um cheque, dou ordem ao banco em que tenho conta, para que proceda ao pagamento de determinada importância à pessoa para quem entrego o título. De outro lado, a emissão de promessa de pagamento dá ensejo apenas a duas situações jurídicas, a do promitente, que assume a obrigação de pagar, e a do beneficiário da promessa. A nota promissória — o próprio nome o revela — é título pertencente a essa categoria. Por ela, o subscritor promete pagar a certo sujeito, ou a quem ele repassar o direito, a importância assinalada.

Na ordem, o sacador do título de crédito manda que o sacado pague determinada importância; na promessa, o sacador assume o compromisso de pagar o valor do título.

Pelo terceiro critério de classificação, que leva em conta as hipóteses de emissão, os títulos podem ser *causais*, *limitados* e *não causais* (ou abstratos). São títulos causais os que somente podem ser emitidos nas hipóteses autorizadas por lei. A duplicata mercantil, por exemplo, apenas pode ser gerada para a documentação de crédito oriundo de compra e venda mercantil. Os títulos limitados são os que não podem ser emitidos em algumas hipóteses circunscritas pela lei. A letra de câmbio, por exemplo, não pode ser sacada pelo comerciante, para documentar o crédito nascido da compra e venda mercantil; a lei das duplicatas o proíbe (LD, art. 2º). Por sua vez, os títulos não causais podem ser criados em qualquer hipótese. São dessa categoria o cheque e a nota promissória. Atente-se que essa classificação não está relacionada a diferentes formas de aplicação do regime de circulação cambial. Títulos causais e limitados circulam, rigorosamente falando, sob o mesmo regime que os abstratos (isto é, sujeitam-se à cartularidade, literalidade e autonomia das obrigações cambiais).

Há títulos que só podem ser emitidos em determinadas hipóteses autorizadas por lei (causais), há os que não podem ser emitidos em certos casos (limitados) e, finalmente, os que podem ser emitidos em qualquer situação (não causais).

De acordo com o derradeiro critério, classificam-se os títulos de crédito em três categorias: *a)* ao portador; *b)* nominativos à ordem; *c)* nominativos não à ordem. A diferença entre elas reside no ato que opera a circulação do crédito. Os títulos ao portador não ostentam o nome do credor e, por isso, circulam por mera tradição; isto é, basta a entrega do documento, para que a titularidade do crédito se transfira do antigo detentor da cártula para o novo. Os nominativos à ordem identificam o titular do crédito e se transferem por endosso, que é o ato típico da circulação cambiária. Os nominativos não à ordem, que também identificam o credor, circulam por cessão civil de crédito.

Registro que a classificação aqui apresentada, relativa à circulação, não coincide com a que se encontra na doutrina em geral. De fato, usualmente se distinguem os títulos *à ordem* dos *nominativos*, embora com a ressalva de que os dois ostentam o nome do credor. Para a doutrina tradicional, repetindo lições de Vivante, os nominativos circulariam por meio de documento de transferência ou registro em livro do emitente. Seria o caso das ações das sociedades anônimas (cf. Martins, 1972:20/21; Requião, 1971, 2:308/309; Borges, 1971:32/33). A solução de Vivante é aplicável ao direito italiano, tendo em vista que o *Codice Civile* a adota de forma expressa. Para o direito brasileiro, entretanto, não faz sentido. Rejeito esse modo de organizar a matéria, portanto, até mesmo porque a classificação, para ser precisa, além de se limitar aos títulos de crédito próprios (isto é, cuja disciplina se exaure no direito cambiário), deve incluir também a alternativa dos títulos com a cláusula “não à ordem”.

Quanto à circulação, os títulos são ao portador ou nominativos, subdividindo-se estes em “à ordem” e “não à ordem”.

Por fim, quero deixar assente que os títulos de crédito impróprios (categoria que engloba o conhecimento de transporte, os títulos de Armazéns Gerais, as cédulas de crédito e outros) não devem ser lembrados na apresentação da classificação dos títulos de crédito. Por definição, aqueles títulos estão sujeitos a regime jurídico *próximo* ao cambial. Ou seja, trata-se de documentos que apenas em parte se submetem ao direito cambiário. Daí a ideia de impropriedade na sua identificação. Ora, como não se encontram totalmente regidos pelo direito cambial, não são títulos de crédito, não se classificam como tais.

5. TÍTULOS DE CRÉDITO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil de 2002 contém normas sobre os títulos de crédito (arts. 887 a 926) que se aplicam apenas quando compatíveis com as disposições constantes de lei especial ou se inexistentes estas (art. 903). De modo sumário, são normas de aplicação *supletiva*, que se destinam a suprir lacunas em regramentos jurídicos específicos. De qualquer modo, as normas do Código Civil não revogam nem afastam a incidência do disposto na Lei Uniforme de Genebra, Lei do Cheque, Lei das Duplicatas, Decreto n. 1.103/1902 (sobre *warrant* e conhecimento de depósito) e demais diplomas legislativos que disciplinam algum título particular (próprio ou impróprio). Apenas quando a lei cria um novo título de crédito e não o disciplina exhaustivamente, nem elege outra legislação cambial como fonte supletiva de regência da matéria, tem aplicação o previsto pelo Código Civil.

As normas sobre títulos de crédito do Código Civil só se aplicam quando a lei especial (LUG, LC, LD etc.) disciplina o assunto de igual modo. Se esta contiver dispositivo com comando diverso, não se aplica o Código Civil.

A disciplina estabelecida pelo Código Civil seria também aplicável, segundo alguma doutrina, aos títulos de crédito inominados ou atípicos, isto é, os criados pelos próprios agentes econômicos independentemente de previsão legal (por todos, ver Penteado, 1995). De qualquer forma, é incontroverso que o estudo dos principais títulos de crédito (letra de câmbio, nota promissória, cheque, duplicata, *warrant*, cédula de crédito bancário etc.) prescinde, por completo, do exame das disposições contidas no Código Civil, já que a eles não se aplicam em nenhuma hipótese.

Voltarei a esse tema mais à frente (Cap. 15), oportunidade em que serão tratados com mais vagar os títulos de crédito não regulados e os inominados.

6. A INFORMÁTICA E O FUTURO DO DIREITO CAMBIÁRIO

Os títulos de crédito surgiram na Idade Média, como instrumentos destinados à facilitação da circulação do crédito comercial. Após terem cumprido satisfatoriamente a sua função, ao longo dos séculos, sobrevivendo às mais variadas mudanças nos sistemas econômicos, esses documentos entram agora em período de decadência, que poderá levar até mesmo ao seu fim como instituto jurídico. No mínimo, importantes transformações, já em curso, alterarão a substância do direito cambiário. O quadro é provocado pelo extraordinário progresso no tratamento eletrônico das informações, o crescente uso dos recursos da informática no cotidiano da atividade de administração do crédito. De fato, o meio eletrônico vem substituindo paulatina e decisivamente o meio papel como suporte de informações. O registro da concessão, cobrança e cumprimento do crédito comercial não fica, por evidente, à margem desse processo, ao qual se refere a doutrina pela noção de *desmaterialização do título de crédito*. Quer dizer, os empresários, ao venderem seus produtos ou serviços a prazo, cada vez mais não têm se valido do documento escrito para o registro da operação. Procedem, na verdade, à apropriação das informações, acerca do crédito concedido, exclusivamente em meio eletrônico, e apenas por esse meio as

mesmas informações são transmitidas ao banco para fins de desconto, caução de empréstimos ou controle e cobrança do cumprimento da obrigação pelo devedor. Os elementos identificadores do crédito concedido, na hipótese de inadimplemento, são repassados pelos bancos aos cartórios de protesto apenas em meio eletrônico.

É certo que as informações arquivadas em banco de dados eletrônico são a base para a expedição de alguns documentos (em papel) relativos à operação. Os bancos emitem, a partir delas, o instrumento para a quitação da dívida, em qualquer agência de qualquer instituição financeira no país (a “guia de compensação bancária”); os cartórios de protesto dos grandes centros geram a intimação do devedor, e lavram o instrumento de protesto, igualmente a partir das informações que lhes são transmitidas em meio eletrônico. Nenhum desses papéis, contudo, é título de crédito. Assim, quando a obrigação registrada por processo informatizado vem a ser satisfatoriamente cumprida, em seu vencimento, ela não chega jamais a ser materializada num título escrito. A sua emissão não se verifica sequer na hipótese de descumprimento do dever pelo adquirente das mercadorias ou serviços, tendo em vista a executividade da duplicata eletrônica (Cap. 14).

Diante do quadro da desmaterialização dos títulos de crédito, vale a pena repassar rapidamente os princípios do direito cambiário, com vistas a conferir se eles ainda têm atualidade. Quer dizer, do que se está falando, hoje em dia, na referência à *cartularidade*, *literalidade* e *autonomia das obrigações cambiais*? O primeiro estabelece que o exercício dos direitos cambiais pressupõe a posse do título. Ora, se o documento nem sequer é emitido, não há sentido algum em se condicionar a cobrança do crédito à posse de um papel inexistente. Representa uma dispensável formalidade exigir-se a confecção do título em papel, se as relações entre credor e devedor documentaram-se todas independentemente dele. O princípio da literalidade, por sua vez, preceitua que apenas geram efeitos cambiais os atos expressamente lançados na cártula. Novamente, não se pode prestigiar absolutamente o postulado fundamental do direito cambiário, na medida em que não existe mais o papel, a limitar fisicamente os atos de eficácia cambial. Pode-se, contudo, falar num princípio de literalidade adaptado ao meio eletrônico: “o que não está no arquivo eletrônico, não está no mundo”. O fim do papel também põe em questão algumas outras passagens da

doutrina cambial, como, por exemplo, a distinção entre endosso *em branco* e *em preto*, a localização apropriada do aval (no verso ou anverso do documento), a existência de títulos ao portador etc.

O registro da concessão e circulação do crédito em meio eletrônico tornou obsoletos os preceitos do direito cambiário intrinsecamente ligados à condição de documento dos títulos de crédito. Cartularidade, literalidade (em certa medida), distinção entre atos “em branco” e “em preto” representam aspectos da disciplina cambial desprovidos de sentido, no ambiente informatizado.

O único dos três princípios da matéria que não apresenta incompatibilidade intrínseca com o processo de desmaterialização dos títulos de crédito é o da autonomia das obrigações cambiais, e os seus desdobramentos no da abstração e inoponibilidade das exceções pessoais aos terceiros de boa-fé. Será a partir dele que o direito poderá reconstruir a disciplina da ágil circulação do crédito, quando não existirem mais registros de sua concessão em papel. O próprio conceito de título de crédito, que Vivante enunciou há quase um século (item 1), está atualmente defasado, em razão da difusão do suporte eletrônico. Título de crédito não pode mais ser conceituado como o “documento necessário para o exercício do direito literal e autônomo nele mencionado”, mas sim o “documento, cartular ou eletrônico, que contempla a cláusula cambial, pela qual os coobrigados expressam a concordância com a circulação do crédito nele mencionado de modo literal e autônomo”.

Esse *Curso*, embora ainda se debruce sobre o estudo dos títulos de crédito em sua feição tradicional — útil, sem dúvida, para a completa formação do estudante —, não ignora a extrema desatualidade desse capítulo da doutrina comercialista.

Capítulo 11

CONSTITUIÇÃO E EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO CAMBIÁRIO

1. INTRODUÇÃO

No estudo da teoria geral dos atos cambiários, deve-se eleger um dos títulos de crédito para servir de referência. E o mais apropriado, para essa finalidade, é a letra de câmbio, cuja estrutura possibilita o exame de todos os aspectos relevantes dos atos de constituição e exigibilidade do crédito cambial. É esta a melhor alternativa, sob o ponto de vista didático, para o desenvolvimento da matéria (todos os autores, aliás, a adotam: cf., por exemplo, Bulgarelli, 1979b). A opção apresenta apenas um inconveniente: no Brasil, quase não existe a letra de câmbio. Como o direito brasileiro criou um título de crédito mais operacional — a duplicata mercantil —, a letra de câmbio deixou de ser utilizada pelos comerciantes, e, hoje, é até mesmo proibida a sua emissão, na compra e venda mercantil e na prestação de serviços. O estudo do direito cambiário fica, assim, forçosamente um tanto defasado com a realidade, porque se inicia por — e se detém no detalhamento de — um título de pouquíssima utilização, mas que serve, melhor que qualquer outro, à completa apresentação dos institutos jurídico-cambiários.

A origem histórica da letra de câmbio situa-se na península itálica, durante a Idade Média. Como se sabe, o sistema europeu de organização política, naquele tempo, era o feudal, caracterizado pela descentralização do poder — o estado central e forte é criação da Era Moderna. Sendo o poder espalhado e pontual, cada feudo ou burgo possuía, sob o domínio de um nobre, sua organização política relativamente autônoma, o que, via de regra, se traduzia na adoção de uma moeda própria. Os comerciantes necessitavam, assim, de um instrumento que possibilitasse a troca de diferentes moedas,

quando, com o intuito de realizar negócios, deslocavam-se de um lugar para outro. Criou-se, então, a seguinte sistemática: o banqueiro recebia, em depósito, as moedas com circulação no burgo de seu estabelecimento, e escrevia uma carta ao banqueiro estabelecido no local de destino do mercador depositante. Nessa carta, ele dizia ao colega que pagasse ao comerciante, ou a quem ele indicasse, em moeda local, o equivalente ao montante depositado. Posteriormente, os banqueiros faziam o encontro de contas das cartas emitidas e recebidas. Dessa carta (em italiano, *lettera*), que viabilizava o câmbio de moedas, originou-se a letra de câmbio.

Distinguem-se, usualmente, três períodos na história do título: o *italiano*, em que a letra está associada ao deslocamento do titular do crédito e à troca de moedas diferentes (até o último terço do século XVII); o *francês*, em que é exigida uma provisão de recursos do emitente junto ao destinatário (de 1673, com a “ordenança do comércio terrestre”, em França, até o transcorrer do século XIX); e o *alemão*, em que a letra adota as características atuais de instrumento suficiente de garantia de direito creditício, independente de outras relações jurídicas entre as partes (desde 1848, com a edição da *Allgemeine Deutsche Wechselordnung*, a lei da União Aduaneira Alemã). A importância do título para o desenvolvimento do comércio internacional, por outro lado, deu ensejo, no início do século XX, a iniciativas diplomáticas que redundaram, em 1930, na assinatura da Convenção de Genebra para a adoção de uma lei uniforme sobre letra de câmbio e nota promissória. Diversos países, na oportunidade, assumiram o compromisso recíproco de inserirem, nos respectivos direitos, uma legislação que reproduzisse a lei uniforme proposta pela Convenção (Alemanha, Áustria, Bélgica, Brasil, Colômbia, Dinamarca, Equador, Espanha, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Itália, Iugoslávia, Japão, Luxemburgo, Noruega, Holanda, Polônia, Portugal, Suécia, Suíça, Tchecoslováquia e Turquia). Uniformizando-se o direito sobre a matéria cambial, os acordos comerciais entre empresas sediadas em países diferentes podiam ser concluídos com maior facilidade. Embora a importância da uniformização para o comércio internacional seja, hoje, reduzida, em razão da globalização do sistema financeiro e do desenvolvimento de outros instrumentos creditícios mais aperfeiçoados — como, por exemplo, o crédito documentário —, é indiscutível a sua relevância para o direito.

A disciplina da constituição e exigibilidade do crédito cambiário é objeto da Convenção de Genebra, que prevê a sua uniformização nos direitos dos países signatários, entre os quais o Brasil.

O Brasil, quando participou da Convenção de Genebra, já possuía um direito cambiário bastante evoluído, representado pelo Decreto n. 2.044, de 1908. Nesse diploma legislativo de alta qualidade técnica, encontram-se as características da letra de câmbio introduzidas na Europa, menos de meio século antes (no início do período alemão). Ou seja, o decreto (recepcionado como lei ordinária, nas ordens constitucionais subsequentes) disciplina-a como título de crédito de emissão independente de prévio contrato específico, entre as partes envolvidas. A existência de provisão entre o emitente do título e o seu destinatário não é condição para o saque. Talvez em razão de contar com aparato legislativo atualizado, o Brasil acabou retardando o cumprimento da Convenção de Genebra. Apenas em 1966, foi editada norma com intuito de atender ao compromisso internacional assumido em 1930: o Decreto n. 57.663, que “promulga as Convenções para adoção de uma Lei Uniforme em matéria de letras de câmbio e notas promissórias”.

Mas a via escolhida, em 1966, para fazer valer a Convenção de Genebra no direito brasileiro, não era tecnicamente a correta. O Decreto n. 2.044/08 possui estatuto de lei ordinária, e sua revogação não pode ocorrer por meio de simples decreto do Poder Executivo, mas apenas por outra lei. O meio adequado de atender ao compromisso internacional teria sido, assim, o envio de um projeto de lei ao Poder Legislativo, que reproduzisse o texto uniforme. Após a regular tramitação, aprovação e sanção, o projeto tornar-se-ia lei vigente, revogando a norma de 1908.

A partir do início dos anos 1970, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se firmou no sentido de que a lei uniforme de Genebra, malgrado a ausência de apuro técnico no ato que a introduziu no direito brasileiro, estava em vigor. Porém, a questão não se resolve tão facilmente assim. A

Convenção de Genebra permite que o país, ao aderir, se reserve à faculdade de fazer algumas pequenas mudanças no texto uniforme, ao introduzi-lo em seu ordenamento. Essas mudanças somente podem ser as previstas pela mesma Convenção, para fins de se garantir o propósito fundamental da uniformidade. Pela sistemática adotada, agregaram-se à Convenção dois anexos: o texto da lei uniforme (Anexo I) e as reservas admitidas (Anexo II). Como o Brasil assinalou 13 reservas, a lei uniforme não vigora inteiramente entre nós. Nas matérias reservadas, permanecem em vigor as normas correspondentes do Decreto n. 2.044/08 — que compõem a chamada *lei cambial interna*. Por outro lado, como não se operou revogação expressa desse decreto, por força do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, os dispositivos correspondentes à matéria não disciplinada pela lei uniforme continuam vigentes.

Em suma, para a delimitação do direito positivo brasileiro sobre letra de câmbio e nota promissória, devem-se adotar os seguintes critérios: *a*) em princípio, vigora a lei uniforme de Genebra (Anexo I da Convenção de 1930); *b*) em virtude de reservas assinaladas pelo Brasil, *não* vigoram da lei uniforme os arts. 10 (reserva do art. 3º do Anexo II), 41, terceira alínea (reserva do art. 7º do Anexo II), 43, números 2 e 3 (reserva do art. 10 do Anexo II), e 44, quinta e sexta alíneas (reserva do art. 10 do Anexo II); *c*) o art. 38 da lei uniforme deve ser completado nos termos do art. 5º do Anexo II, ou seja, as letras de câmbio pagáveis no Brasil devem ser apresentadas ao aceitante no próprio dia do vencimento; *d*) a taxa de juros moratórios não é a constante dos arts. 48 e 49 da lei uniforme, mas a autorizada pelo direito brasileiro para as operações cíveis ou bancárias em geral (reserva do art. 13 do Anexo II); *e*) permanecem em vigor do Decreto n. 2.044/08 os arts. 3º (relativo aos títulos sacados incompletos), 10 (sobre a pluralidade de sacados), 14 (quanto à possibilidade de aval antecipado), 19, II (em decorrência da reserva ao art. 10 do Anexo II), 20 (salvo quanto às consequências da inobservância do prazo), 36 (pertinente à ação de anulação de títulos), 48 (quanto à ação cabível, após a prescrição da execução da letra) e 54, I (referente à denominação “nota promissória”).

O exato alcance das reservas assinaladas e, em decorrência, a lista de dispositivos vigentes da lei cambial interna suscitam, na doutrina, algumas

divergências (cf. Martins, 1972: 60/77; Mercado Jr., 1966:133/139). Nenhuma de repercussão prática relevante.

2. SAQUE DA LETRA DE CÂMBIO

Como se trata de uma ordem de pagamento, a letra de câmbio, ao ser emitida, dá ensejo a três situações jurídicas distintas: a do *sacador*, a do *sacado* e a do *tomador*. Ressalte-se que se fala em situações jurídicas e não em sujeitos de direito. Quer dizer, a mesma pessoa pode ocupar simultaneamente mais de uma situação: a lei uniforme, no art. 3º, autoriza o saque da letra à ordem do próprio sacador (nesse caso, a mesma pessoa ocupa as situações de sacador e tomador) ou sobre ele (hipótese em que ocupa as situações de sacador e sacado). Essas são as situações jurídicas correspondentes ao *saque* da letra, que lembram as posições em que se encontravam, na Idade Média, o banqueiro que escrevia a carta, o banqueiro destinatário da carta e o comerciante que depositava seu dinheiro junto ao primeiro para receber, em moeda local, do segundo.

O sacador da letra de câmbio é a pessoa que dá a ordem de pagamento; o sacado, a pessoa para quem a ordem é dada; e o tomador, o beneficiário da ordem. A letra de câmbio, assim, é a ordem que o sacador dá ao sacado, no sentido de pagar determinada importância ao tomador. A redação do título, desse modo, será algo como: “*aos trinta e um dias do mês de janeiro de ..., pagará V. Sª (sacado) por essa única via de letra de câmbio, a importância de \$ 100 a Fulano (tomador). Local, data e assinatura (do sacador)*”. Emitido pelo sacador, o título é entregue ao tomador, que deverá procurar o sacado, normalmente duas vezes: a primeira, para consultá-lo sobre se aceita ou não cumprir a ordem; caso aceite, a segunda, para receber o pagamento.

O saque da letra, portanto, é o ato de criação do título de crédito. É por meio dele que o sacador dá nascimento à letra de câmbio. A doutrina comercialista tradicionalmente distingue entre *criação* e *emissão*, ensinando que o primeiro ato corresponde à confecção material do documento, que se conclui com a aposição da assinatura do sacador no papel; enquanto o último é a entrega do documento ao tomador, ato pelo qual o título efetivamente ganha importância econômica e passa a gerar direitos (cf., por todos,

Borges, 1971:21/24). A única consequência da distinção entre esses dois momentos, contudo, diz respeito à situação em que o título já se encontra materialmente confeccionado, representando a declaração unilateral do sacador no sentido de favorecer o tomador com a ordem de pagamento, mas a entrega do documento a este é feita contra a sua vontade. Em outros termos, a distinção é útil para dispor sobre o tratamento jurídico da situação em que o sacador, após assinar a letra, ainda não está completamente convencido da pertinência do ato praticado, e quer refletir melhor; mas, por furto, desvio ou simples desencontro, a letra é entregue ao tomador. Somente nesse caso é relevante a distinção proposta.

Para mim, se a questão no passado despertava algum interesse, especialmente diante da incoerência do Código Civil brasileiro (cf. Lucca, 1979:89/94), ela perdeu toda a atualidade, com a entrada em vigor da lei uniforme de Genebra, cujo art. 16 disciplina a matéria, assegurando ao portador de boa-fé o recebimento do crédito. Distinguir criação e emissão fica, pois, irrelevante, na medida em que, uma vez confeccionada a cártula, a mesma regra incide na hipótese de posse do tomador, seja legítima ou ilegítima: se ele estava de boa-fé, terá direito ao crédito. Portanto, nesse *Curso*, criação e emissão são sinônimos; designam ambas expressões o mesmo ato cambiário, o saque do título de crédito.

2.1. Requisitos da Letra de Câmbio

Para que um documento produza os efeitos de letra de câmbio, ele deve atender a determinados requisitos legais. Sem o atendimento desses, o escrito poderá eventualmente servir à tutela de direitos, no âmbito civil (quer dizer, como simples instrumento de prova da existência da obrigação, numa ação de conhecimento), mas não poderá circular, ser protestada ou executada como uma cambial. Assim, a letra de câmbio é considerada um documento *formal*, no sentido de que deve ostentar certos elementos para fundamentar a aplicação do regime jurídico- -cambial. São eles (LU, arts. 1º e 2º): *a*) as palavras “letra de câmbio”, insertas no próprio texto do título, na língua empregada para a sua redação; *b*) uma ordem incondicional de pagar quantia determinada; *c*) o nome da pessoa que deve pagar (sacado); *d*) o nome da pessoa a quem, ou à ordem de quem, deve ser feito o pagamento (tomador); *e*) a assinatura de quem dá a ordem (sacador); *f*) data do saque;

- g) lugar do pagamento ou a menção de um lugar ao lado do nome do sacado;
- h) lugar do saque ou a menção de um lugar ao lado do nome do sacador.

O documento para produzir os efeitos da letra de câmbio deve atender aos requisitos essenciais estabelecidos em lei.

Examine-se cada um dos requisitos.

O primeiro (a) se convencionou chamar de “cláusula cambiária”, e é a identificação do tipo de título de crédito que se pretende gerar, com a confecção daquele documento escrito, em particular. Em outros termos, se o documento se apresenta como uma letra de câmbio, é dispensável que ostente a cláusula *à ordem*, para permitir a circulação cambial. No caso de o instrumento escrito atender a essa formalidade, presumem-se concordes as partes quanto à sua circulação, seguindo as regras do direito cambiário. A menção das expressões identificadoras do título de crédito faz presumir a inserção da cláusula *à ordem* e, conseqüentemente, sua transferibilidade mediante endosso.

Note-se que, em Portugal, o título é denominado simplesmente “letra”, e a tradução do texto da lei uniforme, adotada pelo decreto que a mandou aplicar no Brasil, corresponde à da lei portuguesa. Por esse motivo, não menciona o dispositivo legal vigente, como deveria, a denominação brasileira do título, que é “letra de câmbio”. Para Fran Martins, a utilização da palavra “letra” como abreviatura da designação correta do título, no Brasil, não se poderia admitir, em razão do rigor próprio ao direito cambial (1972:107/108). Não entendo assim, contudo. Se a lei exige que o título seja identificado pela forma apropriada, segundo o idioma de sua redação, então é cambiariamente eficaz, tanto o documento denominado “letra de câmbio”, como o que se apresenta simplesmente como “letra”, desde que o restante do título esteja em português.

Em relação ao segundo requisito (b), é importante salientar que a letra de câmbio não se caracteriza na hipótese de ordem condicional de pagamento. O cumprimento da obrigação materializada no título de crédito não pode

ficar sujeito, pelo saque, ao implemento de qualquer condição, suspensiva ou mesmo resolutive. Não é letra de câmbio, portanto, um documento redigido da seguinte forma: “*aos trinta e um de janeiro de ..., pagará V. S^a, desde que lhe sejam entregues as mercadorias solicitadas, por esta única via de letra de câmbio, a importância de (etc.)*”. O destinatário da ordem, se entende que somente deverá pagar a letra, caso sobrevindas determinadas circunstâncias, deverá simplesmente recusá-la. Se introduzir a condição para os fins de pagamento, considera-se operada a recusa parcial, embora se possa exigir do sacado o cumprimento da obrigação, nos termos do aceite modificativo (item 3.1).

A incondicionalidade do pagamento é pressuposto necessário da circulação do título de crédito. O documento que materializa obrigação sujeita ao implemento de condição não presta à negociação do crédito, porque o seu descontador não se garante quanto à exigibilidade, posto que dependente da verificação de fato que não pode ser por ele conhecido. Mesmo nos países em que a disciplina jurídica da matéria não segue o direito uniforme genebrino, vincula-se a negociabilidade do crédito à incondicionalidade do pagamento. É, por exemplo, o caso dos Estados Unidos, em que o *Uniform Commercial Code* considera a promessa ou ordem incondicional de pagamento um dos requisitos dos instrumentos negociáveis (cf. Stone, 1984:174; White-Summers, 1972:544/546).

Quanto ao valor do título, admite-se sempre a cláusula de correção monetária e, se a letra é *à vista* ou *a certo termo da vista*, também a fluência de juros entre as datas do saque e da apresentação a pagamento (LU, art. 5^o). Nas demais modalidades de letra de câmbio (*em data certa* e *a certo termo da data*), os juros somente podem ser cobrados, a partir do vencimento, caso se verifique o inadimplemento da obrigação. Por outro lado, se são discrepantes as menções em algarismos e por extenso da quantia devida, prevalece a última (LU, art. 6^o).

Em razão do terceiro requisito (*c*), a pessoa para quem a ordem é endereçada deve ser identificada no texto do título. O sacado da letra de câmbio, convém ressaltar, não está obrigado ao pagamento senão depois de praticar ato manifestando sua concordância com o atendimento à ordem recebida (aceite). Assim, embora a lei mencione “a pessoa que *deve* pagar”, isto não pode ser entendido como impositivo de qualquer obrigação

(Martins, 1972:112). Para o atendimento completo às formalidades exigidas em lei, deve o sacado da letra de câmbio identificar-se pelo número da Cédula de Identidade, inscrição no Cadastro de Pessoa Física (CPF), do Título de Eleitor ou da Carteira Profissional (Lei n. 6.268/75, art. 3º).

O quarto requisito (*d*) exige a identificação do tomador, a pessoa para quem o título será pago. Não produz, em decorrência, os efeitos de letra de câmbio o documento emitido “ao portador”, ainda que presentes os demais requisitos da lei. Claro que, uma vez emitido na forma nominativa, o título poderá tornar-se ao portador, por meio do endosso *em branco*. Mas a falta de menção do credor originário do documento causa sua total ineficácia, para o direito cambiário. De se registrar, também, que do fato de a lei se referir à “pessoa *à ordem* de quem deve a letra ser paga”, não se segue a proibição de inserção, no documento, da cláusula *não à ordem*, no momento do saque. Pelo contrário, admite a lei uniforme que o sacador, em querendo evitar a circulação da letra pelo regime cambiário, saque-a com essa cláusula expressa no texto do título (LU, art. 11, segunda alínea).

Outro requisito essencial da letra de câmbio (*e*) é a assinatura do sacador, geralmente acompanhada de seu nome. Dessa assinatura decorre a constituição do crédito cambiário, porque o sacador torna-se, com o saque, codevedor da letra. Lembre-se, como a letra de câmbio é ordem de pagamento, o sacador do título está ordenando que o seu destinatário pague a terceiro a importância assinalada no documento. Desse modo, o devedor principal do título não será ele, sacador, mas sim o sacado, *caso venha a praticar o aceite*. Isto é, o sacador garante, em princípio, a aceitação e o pagamento da letra de câmbio (LU, art. 9º). Se o sacado não aceitar a ordem que lhe foi dirigida ou, tendo-a aceito, não a cumprir no vencimento, o credor poderá cobrar o sacador, uma vez atendidas as condições próprias do regime cambial.

A data do saque (*f*) é, também, requisito essencial para a eficácia cambiária do documento. É farta a jurisprudência que nega executividade aos títulos de crédito que desatende a esse pressuposto (por exemplo, em relação à nota promissória: *RT*, 653/138, 664/175, 676/163, 681/123 e 711/183), muitas vezes omitido pelo exequente, em vista de sua aparente desimportância.

A letra deve informar o lugar do pagamento ou, pelo menos, mencionar um lugar ao lado do nome do sacado (g), requisitos que a lei considera equivalentes. Similarmente, o título deve trazer a identificação do lugar do saque ou, senão, a menção de um lugar ao lado do nome do sacador (h), elementos também equivalentes. Deve-se acentuar que, faltando ambos os dados da equivalência, o documento não é uma letra de câmbio. A essencialidade desses requisitos, portanto, é a mesma da dos anteriores. Contudo, importa registrar que a doutrina tradicionalmente classifica o lugar do pagamento e o lugar do saque como requisitos *não essenciais* da letra de câmbio (assim, por exemplo, Fran Martins, 1972:127/130). Não se justifica, contudo, essa solução, na medida em que a consequência para a sua falta e a do equivalente é, tal como em relação aos demais requisitos até aqui examinados, a inexistência de documento cambiário. Na verdade, o único elemento referido na lei como requisito não essencial é a época do pagamento, cuja falta não tem o mesmo alcance; de fato, se a letra de câmbio não especificar o momento em que poderá ser exigida a sua paga, reputar-se-á emitida à vista (LU, arts. 1º, n. 4, e 2º, segunda alínea).

2.2. Cláusula-mandato

O saque (assim como os demais atos cambiários) pode ser praticado por procurador, com poderes especiais. A lei uniforme admite expressamente a hipótese, inclusive para disciplinar a exorbitância dos poderes pelo mandatário (LU, art. 8º). Desse modo, é plenamente jurídico que a pessoa se obrigue, em decorrência de ato cambial, por meio de procurador. Com base nisso, disseminou-se a prática de se inserir, principalmente nos contratos bancários, uma cláusula pela qual o devedor nomeava a própria instituição financeira credora (ou empresa coligada) como sua mandatária, para os fins de sacar, na hipótese de inadimplemento, um título de crédito representativo da obrigação. Em outros termos, o mutuário (devedor) constituía o mutuante (credor) seu procurador, para que ele emitisse um título (nota promissória, em geral) em nome do primeiro e em seu próprio favor. Essa autorização contratual foi denominada “cláusula-mandato”.

A sistemática decorrente da cláusula-mandato é, no meu modo de entender, plenamente válida, e representa, também, a forma mais eficiente de se tutelarem os direitos dos credores. Imagine-se o contrato de abertura de

crédito (cheque especial), em que o mutuário pode utilizar, no todo ou em parte, recursos que o banco disponibiliza em sua conta de depósito. Nesse caso, não é possível definir previamente o valor da obrigação, na hipótese de eventual inadimplemento. Fica, assim, afastada a possibilidade de o mútuo se fazer documentar, desde o início, por um título líquido. Ora, por meio da cláusula-mandato, o banco credor (por si ou por empresa coligada), agindo em nome do devedor, emitia um título representativo de seu crédito, para fins de protesto e execução.

“É nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse deste” (Súmula 60 do STJ).

Quando ainda detinha competência para matéria infraconstitucional, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se pela validade da cláusula (*RTJ, 116/749*), mas o Superior Tribunal de Justiça acabou firmando entendimento exatamente oposto (Súmula 60), inclusive em decorrência do art. 51, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. A bem da verdade, no entanto, não existem os problemas que se costumam identificar na cláusula-mandato, pois se o banco abusar da sua condição de procurador, e emitir, por exemplo, título por valor superior ao seu crédito, é evidente que a cambial será inválida e desprovida de liquidez. Se houver protesto e execução do documento, a instituição mandatária, além de suportar os ônus de sucumbência da execução, responderá pelos danos patrimoniais e morais, decorrentes do exercício irregular dos poderes de procurador. O melhor, para a disciplina da matéria, seria a revisão do entendimento jurisprudencial e a revogação do dispositivo do CDC, acima referido.

2.3. Título em Branco ou Incompleto

A letra de câmbio (e qualquer outro título de crédito) pode ser emitida e circular validamente, em branco ou incompleta. Quer dizer, os requisitos essenciais da lei não precisam estar totalmente atendidos no momento em que o sacador assina o documento, ou o entrega ao tomador (cf. Correia,

1973:481/487). Ele, tomador, e a pessoa a quem transferir o direito creditício reputam-se mandatários do devedor do título. A natureza da relação se aclara quando é considerado o cheque, título largamente utilizado no Brasil. Quer dizer, se eu passo um cheque em branco e o entrego a pessoa da minha confiança, que irá oportunamente preencher o seu valor, investi-a de poderes para, em meu nome, completar o título. Quem, em outros termos, assina título de crédito em branco ou incompleto, outorga ao portador mandato para o seu oportuno preenchimento. Note-se que o portador somente se considera mandatário do devedor, enquanto age de boa-fé. Caso venha a exorbitar as instruções recebidas, ou lance dado inverídico (por exemplo, a data incorreta do saque), não poderá executar o título de crédito.

A validade da emissão e circulação do título em branco ou incompleto é fundada na lei (Dec. n. 2.044/08, art. 3º) e admitida pela jurisprudência (Súmula 387 do STF). A letra de câmbio deve estar perfeita, no sentido de atender aos respectivos requisitos legais, no momento que antecede ao protesto ou à cobrança judicial. Quer dizer, o cartório não pode receber, para protesto, cambial incompleta; e é nula a execução do título não preenchido na forma da lei.

“A cambial emitida ou aceita com omissões ou em branco, pode ser completada pelo credor de boa-fé antes da cobrança ou do protesto” (Súmula 387 do STF).

3. ACEITE DA LETRA DE CÂMBIO

A letra de câmbio é uma ordem de pagamento que o sacador endereça ao sacado. Este não se encontra obrigado a cumprir a ordem contra a sua vontade. Pelo contrário, enquanto não manifesta sua concordância, por meio de ato lançado no próprio título, o sacado não tem nenhuma obrigação cambial. Esse ato é o aceite. Por meio dele, o sacado se vincula ao pagamento da letra de câmbio e se torna o seu devedor principal. Apenas se ele não pagar, no dia do vencimento, é que os codevedores poderão ser acionados. Assim, ao receber das mãos do sacador a letra de câmbio, o tomador deve procurar o sacado para apresentar-lhe a letra e consultá-lo

sobre a aceitação da ordem. O aceite introduz, na letra de câmbio, uma nova situação jurídica, a do *aceitante*; situação em que se encontra o sacado, após expressar sua concordância com a ordem de pagamento que o sacador lhe endereçou.

Na letra de câmbio, o aceite é facultativo. Quer dizer, em nenhuma hipótese o sacado é obrigado a aceitar o título. Mesmo que ele seja devedor do sacador, ou do tomador, em razão de negócio ou ato jurídico que os vincule, o sacado não está obrigado a documentar sua dívida por um título de crédito. Suponha-se que *Antonio* envolveu-se com *Benedito* em um acidente de trânsito, por culpa deste último. Mesmo que *Benedito* reconheça a responsabilidade, e o dever de ressarcir os danos que causou, ele pode se recusar, validamente, a documentar sua obrigação por meio da letra que *Antonio* resolva sacar e lhe endereçar. Não há meios jurídicos que possam vincular o sacado ao pagamento da letra de câmbio, contrariamente à sua vontade.

Na letra de câmbio, o aceite é sempre facultativo. Isso significa que, mesmo na hipótese de o sacado ser devedor do sacador ou tomador, ele não está obrigado a representar essa sua dívida por um título de crédito, isto é, por um documento com circulação cambial. Na duplicata, a regra é diferente.

O aceite decorre da assinatura do sacado no anverso da letra de câmbio. No Brasil, a praxe era lançá-la à esquerda do documento, no sentido vertical. Admite-se também o aceite no verso do documento, desde que identificada a natureza do ato praticado pela expressão “*aceito*”, ou outra equivalente (LU, art. 25). De qualquer forma, só é aceite o ato praticado no instrumento cambial, em razão do princípio da literalidade. Se o sacado havia transmitido, por outro meio escrito, ao sacador ou ao portador a sua intenção de aceitar a obrigação cambiária e, depois, se recusa a assinar o título, não se pode considerar que ele o aceitou, exatamente porque o ato de aceite não foi lançado na própria letra de câmbio. Contudo, o sacado responde, *como se tivesse aceito*, perante a pessoa para quem eventualmente ele comunicara a sua intenção primeira, de aceite (LU, art. 29).

Na letra de câmbio, como o aceite é sempre facultativo, a recusa do sacado é ato plenamente válido, nada podendo reclamar contra ela o sacador, o tomador ou os demais envolvidos com o título. Opera-se, contudo, o vencimento antecipado do título. Quer dizer, se *Antonio* saca, em dois de julho, letra de câmbio contra *Benedito*, em favor de *Carlos*, com vencimento para trinta de novembro do mesmo ano, a recusa do aceite torna o título exigível de imediato. Por evidente, *Carlos* somente poderá cobrar a letra de *Antonio*, que, sendo sacador, é codevedor do título. *Benedito*, que recusou o aceite, não assumiu nenhuma obrigação cambial. Em suma, a recusa do aceite significa que a ordem de pagamento dada pelo sacador não foi devidamente prestigiada. Reconhece--se ao tomador, então, o direito de exigir prontamente do sacador a garantia pela ordem que ele havia emitido. Em relação ao sacado da letra de câmbio, a recusa do aceite não opera nenhum efeito.

3.1. Recusa Parcial do Aceite

Se o sacado pode recusar totalmente o aceite, pode fazê-lo também de forma parcial. *Quem pode o mais, pode o menos*, afirma postulado tradicional da argumentação jurídica pseudológica. Disciplina a lei duas espécies de recusa parcial: *a)* o aceite limitativo; *b)* o aceite modificativo. Pelo primeiro, o sacado reduz o valor da obrigação que ele assume. O sacador havia lhe ordenado o pagamento de \$ 100 e ele, ao assinar a letra, escreve “*aceito até \$ 80*”. Pelo segundo, o sacado introduz mudanças nas condições de pagamento da letra de câmbio, postergando o seu vencimento por exemplo, ou alterando a praça em que deve realizá-lo (esta última hipótese é também denominada aceite *domiciliado*).

Tanto na hipótese do aceite limitativo, como na do modificativo, opera-se a recusa parcial do aceite. Se o sacado concorda em atender parte do valor da ordem, isso significa que ele se recusa a atender a outra parte; se ele anui pagar o título no vencimento posterior, ele não aceitou pagá-lo no vencimento preordenado pelo sacador. Desse modo, opera-se, com o aceite limitativo ou modificativo, o vencimento antecipado do título, podendo o tomador executá-lo, de imediato e pela totalidade, contra o sacador (cuja ordem desprestigiada ele precisa garantir). Mas, ressalte-se, o sacado se vincula ao pagamento da letra de câmbio, nos termos do seu aceite (LU, art.

26). Isto é, o sacador deve honrar o cumprimento do título junto ao tomador (ou outro portador), mas poderá depois cobrá-lo, em regresso, do aceitante parcial. Por exemplo, se *Benedito*, ao aceitar a ordem de \$ 100 que *Antonio* lhe havia endereçado, limitou seu aceite a \$ 80, o tomador *Carlos* pode, de imediato, exigir o valor total do sacador. Mas, no vencimento previsto no título, *Antonio* poderá cobrar de *Benedito* o valor aceite.

A recusa parcial do aceite manifesta-se na hipótese em que o sacado concorda em obrigar-se por uma parte do valor da letra de câmbio (aceite limitativo), ou introduz condições de pagamento diversas da estabelecida pelo sacador (aceite modificativo). Nas duas hipóteses, dá-se o vencimento antecipado do título, e o aceitante se vincula, nos termos do seu aceite.

O sacado pode, também, sujeitar a sua obrigação a condição suspensiva ou resolutiva, o que também representa uma espécie de aceite modificativo. Viu-se que a letra de câmbio, no saque, não pode veicular ordem de pagamento condicional. Se o sacador, desse modo, sujeita o pagamento a condição de qualquer natureza, o documento simplesmente não produz os efeitos de título de crédito. Mas o sacado, que não está obrigado a nada antes do aceite, pode perfeitamente introduzir uma condição de pagamento. Opera-se, nesse caso, o vencimento antecipado do título contra o sacador e também a vinculação do aceitante nos termos do seu aceite. Quer dizer, o sacador deve, de imediato, cumprir a obrigação cambial perante o titular do crédito e somente poderá atuar em regresso contra o aceitante, se implementada a condição constante do aceite.

3.2. Cláusula Não Aceitável

A recusa do aceite, total ou parcial, produz efeitos contrários ao sacador (e aos demais codevedores da letra de câmbio, se houver). Ele se sujeita a pagar o título imediatamente após a recusa, mesmo que o vencimento preestabelecido seja posterior. Para evitar a antecipação, provocada pela recusa do aceite, a lei possibilita ao sacador a introdução da cláusula na letra de câmbio, proibindo a sua apresentação ao sacado antes do

vencimento (LU, art. 22). É a chamada cláusula “não aceitável”. A letra terá, assim, uma redação como a seguinte: “*aos trinta e um de janeiro de, pagará V. S^a por esta única via de letra de câmbio não aceitável, a importância etc.*”. Inserida a cláusula, o tomador (ou o portador) somente poderá apresentar o título ao sacado na data designada para o seu vencimento. Ora, essa limitação protege o sacador contra a antecipação da exigibilidade da obrigação, porque a recusa do aceite somente poderá ocorrer depois de vencida a letra. Note-se que a cláusula “não aceitável” não é exonerativa da responsabilidade do sacador (este sempre responde pela ordem que expediu), mas apenas evita o vencimento antecipado.

Pela cláusula não aceitável, o sacador proíbe a apresentação da letra de câmbio ao sacado antes do dia designado para o seu vencimento. Sua utilidade é preservar os coobrigados do título contra a antecipação do vencimento, que decorreria de eventual recusa do aceite.

A lei uniforme também autoriza que o sacador fixe, na letra, uma data limite, antes da qual a sua apresentação ao sacado é vedada. Trata-se de variante da cláusula não aceitável, e o objetivo é o de evitar a antecipação do vencimento aquém da data fixada.

A inobservância da cláusula não aceitável não prejudica os interesses do sacador. Quer dizer, se a letra não aceitável é apresentada ao sacado antes do vencimento (ou antes da data limite fixada pelo sacador), da eventual recusa do aceite não se segue a possibilidade de cobrança imediata do sacador. Para exigir o pagamento do sacador, deverá o tomador aguardar o vencimento preordenado da letra, ou o termo *a quo* nela fixado para a apresentação.

4. ENDOSSO DA LETRA DE CÂMBIO

O título de crédito é, essencialmente, um documento que facilita a circulação do crédito nele representado. E facilita, na medida em que o ato responsável pela transferência do crédito a outro sujeito de direito é objeto de disciplina jurídica específica, que o resguarda nas hipóteses de insolvência do devedor originário ou de eventuais vícios anteriores, na criação e circulação do documento. Esse ato é o endosso, pelo qual o credor de um título de crédito com a cláusula *à ordem* transmite os seus direitos a outra pessoa. O endosso introduz, na letra de câmbio, duas novas situações jurídicas: a do *endossante* e a do *endossatário*. Na primeira, encontra-se o credor do título que resolve transferi-lo a outra pessoa; na segunda situação jurídica, essa última, para quem o crédito foi passado. Em outros termos, pelo endosso, o endossante deixa de ser o credor do título de crédito, que passa às mãos do endossatário. Logicamente, não se cuida de ato gratuito: o endossante irá receber do endossatário pelo menos uma parte do valor do título de crédito.

O primeiro endossante da letra de câmbio será sempre o tomador, porque a ordem de pagamento é sacada em seu benefício.

O endosso é ato típico de circulação cambial e apenas não se admite na hipótese da letra com a cláusula *não à ordem*. De fato, se o título apresenta essa cláusula, que pode ser inserida pelo sacador (LU, art. 11) ou mesmo por endossante (LU, art. 15, segunda alínea), sua circulação não estará sujeita ao regime jurídico-cambial, mas ao direito civil. O ato de transferência do título nominativo *não à ordem* não é o endosso, mas a cessão civil de crédito. As diferenças entre as duas formas de circulação serão discriminadas mais à frente (item 4.2.); por enquanto, importa ressaltar que a cláusula *à ordem* é implícita nos títulos de crédito. Ao chamar o documento representativo de obrigação por “letra de câmbio”, o emitente já está autorizando a circulação mediante endosso, mesmo que não o explicita. Para que o documento não possa circular sob o regime do direito cambiário, é necessária expressa menção à cláusula *não à ordem*.

Os títulos de crédito possuem, implícita, a cláusula “à ordem”, em virtude da qual se admite a circulação sujeita à disciplina do direito cambiário. A cláusula “não à

ordem”, que deve ser expressa, não impede a circulação do crédito, apenas altera o regime jurídico aplicável.

O endosso normalmente produz dois efeitos: transfere o título ao endossatário e vincula o endossante ao seu pagamento. Isto é, enquanto o endossatário se torna o novo credor da letra de câmbio, o endossante passa a ser um de seus codevedores. No exemplo de sempre: se *Antonio* (sacador) saca letra contra *Benedito* (aceitante), em favor de *Carlos* (tomador), este último pode, antes do vencimento, negociar o crédito nela representado, e de que é titular, junto a *Darcy*. Ao transferir o título — e, com isto, o próprio crédito —, *Carlos* se identifica como endossante, e *Darcy* como endossatário. A partir de então, a letra de câmbio documenta crédito titularizado por *Darcy*, do qual são devedores *Benedito* (devedor principal), *Antonio* e *Carlos* (codevedores).

Se não for intuito do endossante assumir a responsabilidade pelo pagamento do título, e com isso concordar o endossatário, operar-se-á a exoneração da responsabilidade pela cláusula “sem garantia”, que apenas o endosso admite. Desse modo, se *Carlos* assinar a letra de câmbio, sob a expressão “pague-se, sem garantia, a *Darcy*”, o título terá apenas dois devedores, o aceitante *Benedito* e o sacador *Antonio*.

Não se aplica à letra de câmbio o art. 914 do Código Civil. Esse dispositivo, que isenta, em regra, o endossante de garantir o pagamento do título, só é aplicável aos títulos de crédito não regulados (Cap. 15, item 2.1). Como a letra de câmbio é exaustivamente disciplinada na lei, que inclusive estabelece a regra da responsabilidade do endossante pela solvência do devedor principal (LU, art. 15, primeira parte), não se submete às disposições do Código Civil sobre matéria cambial.

O endosso pode ser *em branco*, ou *em preto*. No primeiro caso, o ato de transferência da titularidade do crédito não identifica o endossatário; no segundo, identifica. Em outros termos, o endosso pode ser praticado por três formas diferentes: 1ª) a simples assinatura do credor no verso do título; 2ª) a assinatura do credor, no verso ou no anverso, sob a expressão “pague-se”, ou outra equivalente; 3ª) a assinatura do credor, no verso ou no anverso, sob a expressão “pague-se a *Darcy*”. Nas duas primeiras, caracteriza-se o

endosso *em branco*, posto não identificada a pessoa para quem o pagamento deve ser feito, ou seja, para quem o crédito foi transferido. Na última forma, o endosso se considera *em preto*, porque o endossatário está plenamente identificado: é Darcy. Observo, também, que a simples assinatura do credor não pode ser, a título de endosso, lançada no anverso da letra de câmbio, porque, nesse caso, ela produziria os efeitos de aval *em branco* (LU, arts. 13 e 31).

Com o endosso *em branco*, a letra de câmbio se torna um título *ao portador* e passa, por essa razão, a circular por simples tradição. O portador de uma letra endossada em branco, portanto, pode transferi-la a outras pessoas, sem assiná-la; ou seja, sem se tornar responsável pelo cumprimento da obrigação creditícia nela documentada (item 4.3). Na verdade, são cinco as alternativas que possui o portador de uma letra de câmbio endossada em branco: *a)* inserir o seu nome no endosso, para cobrança do crédito; *b)* inserir o nome de outra pessoa no endosso, transferindo-lhe o crédito sem assumir responsabilidade cambiária; *c)* endossar a letra em preto; *d)* endossá-la em branco; *e)* entregar o título, simplesmente, a outra pessoa (cf. Holzhammer 1989:275).

4.1. Endosso Impróprio

Um dos efeitos normais do endosso é a transferência da titularidade do crédito ao endossatário. Trata-se, como visto, do ato de circulação do crédito representado por título de crédito *à ordem*. Há, contudo, hipóteses em que se faz necessário legitimar a posse que determinada pessoa exerce sobre o documento, sem, contudo, transferir-lhe o crédito. Pelo princípio da cartularidade, somente pode exercer o direito creditício decorrente da cambial o possuidor do respectivo documento. Uma de suas decorrências é a de que o portador do título presume-se o seu credor, a menos que o contrário resulte da cadeia de endossos constantes do mesmo título (LU, art. 16). Por essa razão, a transferência da posse do documento, normalmente, acompanha a transferência da titularidade do crédito. Quando é necessário dissociar--se uma da outra, no sentido de legitimar a posse de alguém sobre o título, sem torná-lo o seu credor, deve-se praticar ato que expresse claramente esta circunstância. Por outro lado, em razão do princípio da literalidade, esse ato

deve forçosamente se praticar no próprio título de crédito. O *endosso impróprio* serve para atender esses aspectos do regime cambiário.

Por meio do endosso impróprio, lança-se na cambial um ato que torna legítima a posse do endossatário sobre o documento, sem que ele se torne credor. Chama-se impróprio o endosso, nesse caso, exatamente porque um de seus efeitos normais — a transferência da titularidade do crédito — não se opera. Existem duas modalidades dessa categoria de ato cambial: o endosso-mandato e o endosso-caução. Pelo primeiro, o endossatário é investido na condição de mandatário do endossante (LU, art. 18); pelo outro, é investido na de credor pignoratório do endossante (LU, art. 19).

O “endosso impróprio” destina-se a legitimar a posse de certa pessoa sobre um título de crédito, sem lhe transferir o direito creditício. Admite duas modalidades: o endosso-mandato e o endosso-caução.

O endosso-mandato é o ato apropriado para o endossante imputar a outra pessoa a tarefa de proceder à cobrança do crédito representado pelo título. Imagine-se que o credor não possa, no dia do vencimento, procurar o devedor da letra de câmbio, para receber o pagamento. Poderá, naturalmente, encarregar um empregado de sua confiança de fazê-lo. Deve, no entanto, praticar na própria letra um ato, pelo qual se legitime a posse do título por esse empregado. Se o título não ostentar um ato com tal sentido, o devedor poderá recusar-se a pagá-lo, sob a alegação de que nada o autoriza a crer que o portador da letra representa realmente o credor. De fato, o devedor somente estaria validamente desobrigado se pagasse o título a quem se pudesse considerar credor, de acordo com os endossos constantes da letra. O endosso--mandato se expressa pela assinatura do endossante-mandante sob a expressão “pague-se, por procuração, a Darcy”, ou outra equivalente.

Já o endosso-caução é o instrumento adequado para a instituição de penhor sobre o título de crédito. Imagine-se que *Carlos*, tomador da letra, pretende contrair empréstimo junto a *Darcy*, que exige, para isso, uma

garantia real. Essa garantia pode recair, se as partes concordarem, sobre bens móveis (caso em que se denomina *penhor*), entre os quais se consideram os títulos de crédito. Como a garantia pignoratícia se constitui, via de regra, pela efetiva tradição da coisa empenhada (CC, art. 1.431), faz-se necessária a entrega da letra de câmbio ao credor (caucionado), sem que se transfira a titularidade do crédito representado pela cambial. O ato que viabiliza a constituição da garantia é o endosso-caução, praticado pelo endossante-caucionário em favor do endossatário-caucionado. Expressa-se pela fórmula “pague-se, em garantia, a Darcy”, ou outra equivalente, escrita sobre a assinatura do credor da letra de câmbio.

O endossatário, no endosso-impróprio, pode exercer todos os direitos emergentes da letra de câmbio, exceto o de transferir a titularidade do crédito (LU, arts. 18 e 19). Assim, o procurador do credor poderá protestar o título, executá-lo ou mesmo constituir outro mandatário por meio de novo endosso-mandato. Note-se que o executado, nesse caso, poderá opor ao endossatário-mandatário as exceções que tiver contra o endossante-mandante, na medida em que aquele o aciona em nome deste. Do mesmo modo, o endossatário por endosso--caução, para fins de promover a efetivação de sua garantia pignoratícia, pode protestar e cobrar judicialmente a letra de câmbio. O executado, contudo, nessa hipótese (e ao contrário da relativa à execução ajuizada pelo endossatário-mandatário), não poderá opor ao endossatário-caucionado as exceções pessoais que tiver contra o endossante-caucionário, salvo provando a má-fé deles. Aplica-se, portanto, ao endosso--caução, mas não inteiramente ao endosso-mandato, o subprincípio da inoponibilidade das exceções pessoais aos terceiros de boa-fé.

O portador da letra em decorrência de endosso impróprio, na medida em que não é investido na condição de credor do título, não o pode transferir a outra pessoa. Assim, se vier a endossá-la, o seu ato terá, por força da lei, a natureza de mero endosso-mandato, e, portanto, não produzirá nenhum efeito translativo da titularidade do crédito.

O endossatário, no endosso impróprio, pode exercer todos os direitos emergentes da letra de câmbio, exceto o de transferir a titularidade do crédito, que remanesce

Nas relações entre os empresários e os bancos, as três modalidades de endosso podem existir. Em primeiro lugar, o empresário pode descontar os títulos de crédito que possui junto ao banco, recebendo o valor deles (ou parte) antecipadamente. Nessa hipótese os títulos se transferem mediante endosso *próprio* (por vezes, a lei o chama de endosso *translativo*). Em segundo lugar, o empresário pode contratar do banco os serviços de cobrança de títulos. A instituição financeira, aqui, atua como simples representante do credor e a posse dela sobre o título se deve a um endosso-mandato. Por último, se o empresário tomou dinheiro emprestado do banco, é possível a constituição de garantia do cumprimento de suas obrigações por meio do penhor de títulos de crédito, caso em que se pratica o endosso-caução. Importa ressaltar que, na prática bancária, muitas vezes apenas se colhe a assinatura do credor no verso do título de crédito, sem a identificação da natureza específica do endosso praticado. Por outro lado, quando utilizado o meio eletrônico como suporte do título, não se pode exigir sequer a assinatura manual do empresário. Desse modo, a definição do tipo de endosso realizado (se próprio ou impróprio; se mandato ou caução), bem como da condição em que se encontra o banco, ao procurar o devedor do título, dependerá do exame do contrato escrito que deu base à operação, ou senão das relações entre ele e o seu cliente (o empresário).

4.2. Endosso e Cessão Civil de Crédito

O endosso é o ato de transferência do título de crédito *à ordem*. Essa cláusula, como já acentuado anteriormente, é implícita nas cambiais. Quer dizer, se o sacador omite qualquer referência à forma de circulação do crédito, do simples fato de ter denominado o documento pela expressão “letra de câmbio”, já decorre a admissibilidade de seu endosso. Para que o título não possa circular sob as regras do direito cambiário, é necessária a inclusão expressa da cláusula *não à ordem*.

A cláusula obstativa da circulação cambial pode ser inserida pelo sacador ou pelo endossante. No primeiro caso, desde o início, a letra não poderá ser endossada; no segundo, proíbe-se a circulação cambial a partir

do endosso que a inseriu. Se *Darcy*, ao endossar o título a *Evaristo*, pretende impedir novos endossos, deve inserir no seu ato a cláusula de proibição; quer dizer, deve assinar o documento sob a fórmula “pague-se a *Evaristo*, não à ordem”. O ato praticado por *Carlos*, porque foi anterior à introdução à cláusula *não à ordem*, tem a natureza jurídica de endosso. Também é endosso o ato de *Darcy*. Contudo, se *Evaristo* pretender negociar o seu crédito com outra pessoa, não poderá fazê-lo por endosso.

É importante ressaltar que a cláusula *não à ordem* não impede, propriamente, a circulação do crédito. O que ela opera é a mudança do regime jurídico aplicável à circulação. Se o título não contempla essa cláusula, sua circulação é regida pelo direito cambiário; se a contempla, a circulação terá o tratamento do direito civil. Em outros termos, enquanto o título *à ordem* se transfere por endosso, o *não à ordem* transfere-se por cessão civil de crédito. São duas as diferenças entre uma e outra forma de o crédito circular: *a)* enquanto o endossante, em regra, responde pela solvência do devedor, o cedente, em regra, responde apenas pela existência do crédito; *b)* o devedor não pode alegar contra o endossatário de boa-fé exceções pessoais, mas as pode alegar contra o cessionário.

A cláusula “à ordem”, expressa ou implícita no título, define como cambial a circulação do crédito. Já se o título contém expressamente a cláusula “não à ordem”, isso significa que será civil o regime de transferência da titularidade do crédito mencionado.

Entre a circulação cambial e a civil existem duas diferenças: enquanto o endossante, em regra, responde pela solvência do devedor, o cedente geralmente responde apenas pela existência do crédito; o devedor não pode alegar contra o endossatário de boa-fé exceções pessoais, mas pode suscitá-las contra o cessionário.

Essas diferenças são derivadas da aplicação dos princípios do direito cambiário à circulação do crédito por endosso. Assim, diga-se que *Carlos* vendeu um automóvel a *Antonio*, e este o revendeu a *Benedito*. Para documentar a transação, *Antonio* sacou letra de câmbio, em favor de *Carlos*,

contra *Benedito*, que a aceitou. Posteriormente, o tomador, *Carlos*, transferiu o seu crédito a *Darcy*. Se, no vencimento, o aceitante está insolvente, não tem patrimônio para responder por sua obrigação, *Darcy* poderá acionar *Carlos*, para reclamar o pagamento da obrigação? Depende, se recebeu o título por endosso, poderá fazê-lo, porque o endossante (salvo na hipótese de cláusula *sem garantia*) responde pela solvência do devedor. Mas se recebeu a letra por cessão civil de crédito, *Darcy* não poderá cobrá-la de *Carlos*, porque o cedente só responde pela existência do crédito. Quer dizer, para executar *Carlos*, *Darcy* deve provar que lhe foi transmitido um direito inexistente, simulado. Por outro lado, se *Benedito* não é insolvente, mas, nos prazos da lei, havia rescindido o contrato de compra e venda do automóvel, feito com *Antonio*, em razão de vícios ocultos manifestados na coisa, estará ele obrigado a honrar o título junto a *Darcy*? De novo, depende da natureza do ato translativo do crédito. Se a circulação se deu por endosso, será inoponível a exceção contra o credor do título; se se deu por cessão civil de crédito, os vícios no automóvel poderão servir à defesa de *Benedito* contra *Darcy*.

Em suma, no exemplo acima, se a letra havia sido emitida com a cláusula *não à ordem*, a transferência do crédito, de *Carlos* para *Darcy*, é ato sujeito ao direito civil, e a circulação não desvincula o título do seu negócio originário (no caso, as transações do veículo). Já se a letra foi sacada com a cláusula *à ordem*, aquela transferência é endosso, e se submete ao direito cambiário. Com a circulação, nesse último caso, o título se desvincula do negócio originário.

Para concluir, deve-se lembrar que, em duas situações, o endosso produz os efeitos de cessão civil de crédito: *a*) quando praticado após o protesto por falta de pagamento, ou depois de expirado o prazo para a sua efetivação (LU, art. 20); *b*) quando praticado em título em que se inseriu a cláusula *não à ordem* (LU, art. 15).

4.3. Circulação Cambial e o Plano Collor

No conjunto de diplomas normativos relacionados com o combate à inflação, adotado pelo Presidente Collor, já no dia 15 de março de 1990, quando tomou posse, encontrava-se a Medida Provisória n. 165, posteriormente convertida, com pequeníssima alteração, na Lei n. 8.021/90.

Por tais diplomas, o legislador adotou uma série de vedações relativamente a alguns documentos representativos de obrigações creditícias, com o objetivo de identificar o seu titular. A preocupação era a de evitar a sonegação de tributos. Duas dessas vedações interferiram com a circulação cambial: *a*) a proibição de emissão de títulos ao portador ou nominativo-endossáveis (art. 2º, II); *b*) a obrigatoriedade de identificação do beneficiário do pagamento dos títulos (art. 1º). Nasceu, com essas normas, a questão relativa à sua aplicabilidade à letra de câmbio e, em decorrência, por se sujeitarem ao mesmo regime jurídico, à nota promissória e à duplicata.

Como mencionado, a disciplina legal da letra de câmbio em vigor no Brasil decorre de sua adesão à Convenção de Genebra. Claro que o estado participante da Convenção não precisa incorporar o texto da lei uniforme em sua versão integral, podendo adaptá-lo às suas particularidades. Contudo, as adaptações não podem ultrapassar as possibilidades autorizadas pelo Anexo II da Convenção, vale dizer, não podem ferir os limites definidos pelas reservas assinaladas. O estado que adote, em sua legislação, normas incompatíveis com a essência da lei uniforme, está, a rigor, denunciando a Convenção. No passado, quando instituiu-se no direito brasileiro o registro das cambiais, como condição de sua executividade, a jurisprudência entendeu que, embora não previsto pela Convenção de Genebra, o requisito, na verdade, era plenamente conciliável com a disciplina internacional do instituto. As disposições do Plano Collor, contudo, inserem-se em contexto bem diverso, porque a aplicação do art. 2º, II, da Lei n. 8.021/90 aos títulos de crédito próprios importaria a completa descaracterização da circulação de efeitos cambiários.

Note-se que a letra de câmbio (LU, art. 1º, n. 6), a nota promissória (LU, art. 75, n. 5) e a duplicata (LD, art. 2º, § 1º, V) já não admitiam, no saque, a forma ao portador. Aquele dispositivo da lei do Plano Collor, portanto, apenas inovaria na proibição da forma nominativo-endossável. Em outros termos, ao se admitir sua aplicação aos títulos cambiais, estaria eliminada a cláusula *à ordem* do direito brasileiro. A letra de câmbio, a nota promissória e a duplicata somente se poderiam emitir com a cláusula *não à ordem*. Com isto, não se estaria vedando a circulação desses títulos, mas, apenas o endosso. A negociação do crédito documentado em título de crédito

submeter-se-ia, assim, aos preceitos do direito civil sobre a cessão. As consequências desse entendimento são claras: quem aceitasse negociar o título, não estaria mais albergado pela inoponibilidade das exceções pessoais e não poderia se voltar contra quem lhe transferiu o crédito, na hipótese de insolvência do devedor. Em suma, sem o endosso, o título de crédito se desnatura; perde muito de seu atributo exclusivo, que é a negociabilidade e passa a ser, apenas, um instrumento a mais entre os representativos de obrigação, sem nenhuma especificidade que o possa distinguir.

A aplicação, aos títulos de crédito próprios, das normas do Plano Collor acima destacadas conduziria, a rigor, ao fim do direito cambiário, como um regime específico de disciplina da circulação do crédito. Uma transformação dessa monta no regramento jurídico brasileiro equivaleria à denúncia da Convenção de Genebra. Como esta não foi — nem convém que seja — feita, a melhor interpretação é a de que o art. 2º, II, da Lei n. 8.021/90 *não* se aplica à letra de câmbio, nota promissória e duplicata. Trata-se de norma destinada aos títulos de crédito impróprios de investimento.

Em relação à vedação de pagamento de títulos a beneficiários não identificados, constante do art. 1º, *caput*, da mesma lei, a solução é outra. Como a sua aplicação às letras de câmbio é compatível com a essência da convenção internacional que a disciplina, não há como se entrever, nesta aplicação, qualquer efeito equivalente à denúncia do acordado em Genebra. A regra em questão pode ser plenamente integrada ao regime jurídico cambial, sem o descaracterizar. Assim, nada impede que se pratique o endosso *em branco*, aquele que não identifica o endossatário e que transforma a letra de câmbio em título *ao portador*; nada obsta, também, que a letra circule, a partir de então, por mera tradição, que é o ato próprio de circulação dos títulos *ao portador*. Contudo, para obedecer ao ditame legal de identificação da pessoa para quem o título é pago, o endosso *em branco* deve necessariamente ser convertido em endosso *em preto*, no vencimento. Esse procedimento é inteiramente harmonizado com o previsto pela lei uniforme (LU, art. 14), com a lei cambial interna (Dec. n. 2.044/08, art. 3º), o art. 19 da Lei n. 8.088/90 e a Súmula 387 do STF, além de se traduzir num mecanismo que atende aos objetivos de controle fiscal da lei do Plano Collor.

5. AVAL DA LETRA DE CÂMBIO

O aval é o ato cambiário pelo qual uma pessoa (*avalista*) se compromete a pagar título de crédito, nas mesmas condições que um devedor desse título (*avalizado*). Em geral, quando o credor não se considera inteiramente garantido frente a determinado devedor — porque este não possui situação econômica estável ou patrimônio suficiente à satisfação da dívida —, é comum a exigência de uma garantia suplementar, representada pela obrigação assumida por outra pessoa. Se o devedor é sociedade limitada, de micro, pequeno ou médio porte, o credor normalmente exige que o seu sócio majoritário se comprometa pessoalmente com o pagamento da dívida. Assim, além do patrimônio da pessoa jurídica, também o do sócio garante o cumprimento da obrigação. Nessas hipóteses, se o crédito é documentado numa letra de câmbio, o ato pelo qual a garantia suplementar se viabiliza é o aval. Usualmente, o avalista garante todo o valor do título, mas a lei admite o aval parcial (LU, art. 30).

O avalizado será sempre um devedor da letra de câmbio (sacador, aceitante ou endossante). A propósito, cabe lembrar que a lei cambial interna autoriza o aval antecipado, isto é, dado antes do aceite ou do endosso do título (Dec. n. 2.044/08, art. 14). Assim, o tomador que não conhece o sacado, ou tem dúvidas sobre a aceitação do título, pode exigir que o sacador, antes de lhe entregar a letra, encontre quem esteja disposto a garantir o seu pagamento, como avalista do devedor principal.

Duas são as características principais do aval, em relação à obrigação avalizada: de um lado, a autonomia; de outro, a equivalência. O avalista assume, perante o credor do título, uma obrigação autônoma, mas *equivalente* à do avalizado. Ou, para dizer o mesmo, por termos diversos, o aval é dotado de autonomia substancial e acessoriedade formal (cf. Holzhammer, 1989:289; Gonçalves Neto, 1987).

O aval representa garantia dada em favor de devedor da letra de câmbio. Ele é

Da autonomia do aval seguem-se importantes consequências. Em primeiro lugar, a sua existência, validade e eficácia não estão condicionadas à da obrigação avalizada. Desse modo, se o credor não puder exercer, *por qualquer razão*, o direito contra o avalizado, isto não compromete a obrigação do avalista. Por exemplo, se o devedor em favor de quem o aval é prestado era incapaz (e não foi devidamente representado ou assistido no momento da assunção da obrigação cambial), ou se a assinatura dele no título foi falsificada, esses fatos não desconstituem nem alteram a extensão da obrigação do avalista. Por outro lado, eventuais direitos que beneficiam o avalizado não se estendem ao avalista. Se o primeiro obtém, numa recuperação judicial, o direito de postergar o pagamento da letra de câmbio, o seu avalista não pode se furtar ao cumprimento da obrigação, no vencimento constante do título. Também em decorrência da autonomia do aval, não pode o avalista, quando executado em virtude do título de crédito, valer-se das exceções pessoais do avalizado, mas apenas as suas próprias exceções (por exemplo, pagamento parcial da letra, falta de requisito essencial etc.).

A equivalência do aval, em relação à obrigação avalizada, significa que o avalista é devedor do título “na mesma maneira que a pessoa por ele afiançada” (LU, art. 32). Note-se que da definição legal da equivalência não decorre a absoluta identidade de condições entre a obrigação do avalista e do avalizado, sentido que comprometeria o caráter autônomo dos atos cambiais correspondentes. Quando a lei preceitua que são iguais as “maneiras” de o avalista e de o avalizado responderem pelo título, ela apenas estabelece uma posição na cadeia de regresso. Ou seja, todos os que podem exercer o seu direito de crédito contra determinado devedor do título também podem fazê-lo contra o avalista dele; assim como todos os que podem ser acionados por determinado devedor, em regresso, também o podem ser pelo respectivo avalista. Da equivalência decorrem unicamente definições de anterioridade ou posterioridade, na cadeia de regresso, e nunca efeitos incompatíveis com o princípio da autonomia das obrigações cambiais. Se o avalista é devedor equiparado ao avalizado, isso não quer

dizer que suas respectivas obrigações perderam a independência característica dos atos cambiários.

Da equiparação do aval à obrigação avalizada não se segue a mesma extensão da obrigação. Quer dizer, o avalista pode vir a ser obrigado, perante o credor do título, por montante superior àquele que, em regresso, recuperará junto ao avalizado. É, por exemplo, a situação em que se encontra o avalista de empresário beneficiado com a recuperação judicial. De fato, se o avalizado obtém, de acordo com o plano de recuperação aprovado em juízo, a remissão parcial de suas obrigações (isto é, a redução do montante das dívidas), o credor da cambial poderá executar o avalista pela integralidade do seu valor, mas esse somente poderá exercer o seu direito creditício na recuperação judicial, recebendo o pagamento pelo valor a menor (cf. Lucca, 1984).

O aval se pratica por uma das seguintes formas: 1ª) a assinatura do avalista, lançada no anverso do título; 2ª) a assinatura do avalista, no verso ou anverso, sob a expressão “por aval”, ou outra de mesmo sentido; 3ª) a assinatura do avalista, no verso ou anverso, sob a expressão “por aval de Benedito”, ou equivalente. A simples assinatura do avalista não pode ser lançada no verso da letra de câmbio, porque este é, por definição, o local apropriado para o endosso. Registre-se, também, que nas duas primeiras formas, como o avalizado não é identificado, reputa--se o aval *em branco*. Já na última, o aval é considerado *em preto*, porque nele se encontra a identificação do avalizado (*Benedito*). Quando o avalista não define o devedor em favor de quem está prestando a garantia, caberá à lei estabelecer o critério de identificação. Assim, para cada título de crédito, o legislador estabelecerá qual devedor é o beneficiado pelo aval dado nessas circunstâncias. No caso da letra de câmbio, o avalizado no aval *em branco* é o sacador (LU, art. 31).

5.1. Avais Simultâneos

O devedor cambial pode ter a sua obrigação garantida por mais de um avalista. É a hipótese de avais simultâneos, ou coavais. Se o anverso da letra de câmbio apresenta, além da assinatura do sacador e do aceitante, também a de outras pessoas, define-se que essas praticaram aval *em branco*. Outra hipótese é a existência de mais de um aval *em preto*, em favor do mesmo

avalizado. Nos dois casos, os avalistas são simultâneos, no sentido de que garantem solidariamente o cumprimento da obrigação avalizada.

Lembre-se que a obrigação cambiária em geral (a do sacador, aceitante, endossantes e qualquer avalista) é, muitas vezes, conceituada como solidária, porque o credor pode exigir a totalidade do valor do título de qualquer um dos devedores. Contudo, deve-se acentuar que essa noção doutrinária não é apropriada, tendo em vista que o exercício do direito de regresso não segue, no direito cambiário, as regras da solidariedade passiva do direito civil. De fato, se a letra de câmbio é cobrada, por seu valor integral, de um endossante, este poderá voltar-se contra o aceitante, sacador ou respectivos avalistas, e dele receber também, em regresso, a totalidade da obrigação cambial. Na solidariedade passiva não ocorre assim, já que o devedor, após satisfazer a obrigação por inteiro junto ao credor, tem direito de cobrar, em regresso, a quota-parte de cada um dos demais solidários (CC, art. 283). Em conclusão, os devedores cambiais não são, em regra, solidários (Cap. 10, item 3).

Apenas se verifica a solidariedade, entre os devedores de um título de crédito, em hipóteses excepcionais, quando mais de uma pessoa se encontra na mesma situação jurídica. Por exemplo, se são dois os sacadores da letra de câmbio, haverá solidariedade *entre eles*; se um dos cossacadores é cobrado pela totalidade do valor do título, ele pode cobrar do outro cossacador, em regresso, a metade do montante despendido ou optar por cobrar todo o título, também em regresso, do aceitante. A mesma solidariedade existirá entre coaceitantes, coendossantes e coavalistas.

Nesse contexto, devem-se distinguir os avais simultâneos dos sucessivos. No primeiro caso, mais de um avalista assumem responsabilidade solidária (entre eles) em favor do mesmo devedor. Serão co-avalistas do sacador, do aceitante ou do endossante. Para exemplificar, considere-se que *Fabrício* e *Germano* prestam aval *em branco* na mesma letra de câmbio. São ambos avalistas do sacador *Antonio*. Se um deles pagar a totalidade do valor do título ao endossatário *Evaristo*, poderá, regressivamente, cobrar do outro a metade do título, ou de *Antonio* o montante integral. No segundo caso (avais sucessivos), o avalista garante o pagamento do título em favor de um devedor, e tem a sua própria obrigação garantida também por aval. Assim, se *Fabrício* é o avalista de *Benedito*, aceitante da letra, ele se torna devedor do

título. Como devedor, pode ter a sua obrigação também garantida por aval de *Germano*. Nessa hipótese, *Fabrício* é avalista do aceitante e *Germano*, avalista de avalista, e não existe entre eles nenhuma solidariedade. Quer dizer, se *Germano* cumpre a obrigação cambial, ele pode, em regresso, responsabilizar seu avalizado, que é *Fabrício*, exigindo o total da letra. *Fabrício*, por sua vez, não tem direito algum contra *Germano*, seu avalista, e somente poderá exercer o regresso contra o seu avalizado, *Benedito*.

“*Avais em branco e superpostos consideram-se simultâneos e não sucessivos*”
(Súmula 189 do STF).

Pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os “avais em branco e superpostos consideram-se simultâneos e não sucessivos” (Súmula 189). Deve-se, contudo, anotar que, a partir da vigência da lei uniforme, não tem mais aplicação esse preceito em relação à letra de câmbio, posto que ela define especificamente o devedor avalizado no aval *em branco* (isto é, o sacador). Em decorrência disso, todo e qualquer avalista *em branco* da letra de câmbio somente pode ser considerado coavalista do mesmo avalizado. Não há mais a possibilidade de outro entendimento, a exigir definições jurisprudenciais. O mesmo se verifica, por outro lado, em relação à nota promissória e ao cheque, para os quais a lei também estabelece com clareza quem é o avalizado, na hipótese de aval *em branco* (LU, art. 77; LC, art. 30, parágrafo único). Apenas em relação à duplicata ainda é pertinente a Súmula 189 do STF, tendo em vista o critério complexo de definição do beneficiário do aval *em branco*, constante da lei disciplinar desse título (LD, art. 12), segundo o qual o avalizado é, em princípio, o devedor cuja assinatura se encontra acima da do avalista. Esse critério pode, com efeito, gerar a dúvida sobre a sucessividade ou simultaneidade dos avais em branco; dúvida que se resolve, como visto, pela última alternativa.

5.2. Aval e Fiança

O ato civil de garantia correspondente ao aval é a fiança e são duas as diferenças existentes entre eles. Em primeiro lugar — a mais importante —, o aval é autônomo em relação à obrigação avalizada, ao passo que a fiança é obrigação acessória. Desse modo, se a obrigação do avalizado, por qualquer razão, não puder ser exigida pelo credor, isto não prejudicará os seus direitos em relação ao avalista. Já, se a obrigação afiançada é inexigível, a causa da inexigibilidade macula igualmente a fiança, que, sendo acessória, tem a sorte da principal. Outra consequência da autonomia do aval é a inoponibilidade, pelo avalista, das exceções que aproveitariam ao avalizado, sendo certo que o fiador, em geral, pode alegar contra o credor, as exceções do afiançado (CC, art. 837).

A segunda diferença diz respeito ao benefício de ordem, que pode ser invocado pelo fiador, mas não pelo avalista. O benefício de ordem é a exoneração da responsabilidade do prestador da garantia suplementar, em razão da prova da solvência do devedor garantido. O avalista, mesmo que o avalizado tenha bens suficientes ao integral cumprimento da obrigação cambiária, deve honrar o título junto ao credor, se acionado, e, depois, cobrá-lo em regresso daquele. O fiador, ao contrário, poderá indicar bens do afiançado, situados no mesmo Município, livres, desembaraçados e suficientes à solução da dívida, e, com isto, liberar-se da obrigação assumida. Essa diferença entre o aval e a fiança costuma não apresentar desdobramentos concretos, na medida em que o credor costuma condicionar a aceitação da fiança à renúncia, pelo fiador, do benefício de ordem.

5.3. Aval e Garantias Extracartulares

Os bancos, ao emprestarem ou disponibilizarem dinheiro aos seus clientes, normalmente, formalizam a relação creditícia por meio de dois documentos: de um lado, o instrumento de contrato de mútuo; de outro, um título de crédito (nota promissória, CCB). O mesmo crédito, portanto, encontra-se representado em dois diferentes escritos. Na verdade, bastaria qualquer um deles para o adequado e seguro registro das obrigações do mutuário; contudo adota-se esse procedimento para que, no contrato, se detalhem melhor as condições do negócio, e, pelo título, possa-se protestar o devedor, no caso de inadimplência. Nesse contexto, também é comum a

existência de um avalista do mutuário, na cambial, que assina, igualmente, o instrumento de contrato. Isso desperta algumas questões.

Em primeiro lugar, é necessário esclarecer que os problemas decorrentes da duplicidade de instrumentos para a representação da mesma obrigação, a de garantia do mútuo, não guarda nenhuma pertinência com os princípios gerais do direito cambiário. Alguns autores ligam a questão à da autonomia das obrigações cambiais, procurando explorar a noção de que o aval não se poderia alargar pelo constante do contrato, em razão da independência característica do regime cambiário. A rigor, não existe liame nenhum entre os temas. A autonomia é postulado, cujas implicações pressupõem a circulação do crédito. Ou seja, a sua importância diz respeito à impossibilidade de o devedor cambial furtar-se ao cumprimento da obrigação, *perante terceiro de boa-fé*. Se o título não entra em circulação, não cabe invocar-se a autonomia. Ora, a discussão da extensão das obrigações do avalista, na hipótese de o contrato estabelecer encargos não previstos no título, independe desse pressuposto; quer dizer, cabe mesmo se a cambial não circulou.

Segundo, o avalista, que se obrigou no título de crédito, responderá pelos encargos estabelecidos no instrumento contratual, apenas se também o assinou. Cuida-se, aqui, de discutir a existência de obrigação do avalista por certos pagamentos (tais como juros, comissão de permanência, multas etc.), não constantes do título de crédito, mas expressos no contrato de mútuo subjacente. Caso se verifique que o avalista assinou só a cambial, a previsão de encargos no contrato não o poderá alcançar. A definição da inextensão das cláusulas contratuais ao devedor cambiário não obrigado pelo contrato se reflete na jurisprudência (Súmula 26 do STJ).

“O avalista do título de crédito vinculado a contrato de mútuo também responde pelas obrigações pactuadas, quando no contrato figurar como devedor solidário”
(Súmula 26 do STJ).

Em segundo lugar, deve-se considerar a hipótese de a obrigação contraída no instrumento contratual vir a ser denominada formalmente por “aval”.

Ocorre, por exemplo, em contratos de financiamento outorgado a sociedade empresária, em que se estipula cláusula pela qual o sócio majoritário da sociedade garante, com o seu patrimônio pessoal, as obrigações da pessoa jurídica, na qualidade de “avalista”. Trata-se, no entanto, de uma impropriedade técnica. Aval é ato exclusivo de títulos de crédito e não pode ser firmado senão nos documentos dessa natureza. Na verdade, a obrigação que o sócio assumiu, na oportunidade, foi a de uma verdadeira fiança, e o nome correto a adotar seria “fiador” ou “devedor solidário” (cf. Bulgarelli, 1991). Por essa razão, malgrado a denominação utilizada, o regime jurídico a se aplicar deve ser o do direito civil. Daí decorrem o benefício de ordem e a acessoriedade da garantia. Havendo, em decorrência, no contrato, obrigações não mencionadas no título de crédito, a elas se aplicam as regras da fiança, ainda que usada a expressão “aval” no instrumento.

6. VENCIMENTO

O saque, aceite, endosso e aval são os atos de constituição do crédito cambiário. Por meio de sua prática, criam-se vínculos jurídicos, pelos quais um sujeito se torna credor de outro, e esse devedor daquele. O crédito assim constituído será exigível, quando atendidos determinados pressupostos. O primeiro deles é o vencimento.

O vencimento da letra de câmbio, assim, se define como o fato jurídico que torna exigível o crédito cambiário nela mencionado. Distingue-se o vencimento ordinário do extraordinário. O primeiro, normalmente, se verifica com o decurso do tempo. Se o título diz “*aos trinta e um de janeiro de ..., pagará V.S^a por essa única via de letra de câmbio, etc.*”, o que tornará exigível do devedor o montante referido é o suceder dos dias. O fluir do tempo é o fato a que o direito positivo atribui a qualidade de pressuposto para a cobrança do crédito documentado na cambial. Mas há, também, outra hipótese de vencimento ordinário, que diz respeito aos títulos *à vista*. Neles, o fato que torna exigível a obrigação cambiária é a apresentação da letra de câmbio ao sacado. Se ele, diante da ordem que lhe dirigiu o sacador, assente em cumpri-la, deve fazê-lo de imediato. Se não aceita a ordem, o título se

torna igualmente exigível desde então, porque o tomador pode cobrá-lo do sacador.

O vencimento extraordinário da letra de câmbio se dá em duas oportunidades: no caso de recusa do aceite pelo sacado (LU, art. 43) e na falência do aceitante (Dec. 2.044/08, art. 19, II). Em relação à primeira, lembre-se que o sacado, na letra de câmbio, não tem nenhuma obrigação cambial se não praticar o ato de manifestação de sua concordância com a ordem que o sacador lhe endereça. Seu aceite é sempre facultativo, de forma que a eventualidade da recusa está presente em qualquer letra. Opera-se a antecipação do vencimento, no caso, a menos que o título tenha sido emitido com a cláusula “não aceitável”, ou se trate de letra à vista.

Na segunda circunstância em que ocorre o vencimento extraordinário da letra de câmbio, a da falência do aceitante, a exigibilidade antecipada é garantia dos credores. Note-se que é efeito de qualquer falência a antecipação do vencimento de todas as obrigações do falido (LF, art. 77). Há, no entanto, uma grande diferença entre a quebra do devedor principal do título de crédito e a de codevedor. Quando falir o aceitante da letra, vencerá antecipadamente o *título*, de modo que o credor poderá optar entre habilitar seu crédito na massa falida do devedor principal ou cobrá-lo, de imediato, de qualquer codevedor; enquanto, falindo o sacador ou endossante, o credor pode se habilitar no processo de falência do codevedor, mas não poderá executar o título contra os demais obrigados, nem mesmo o devedor principal. E isso porque, na última hipótese, o *título* não venceu antecipadamente, mas apenas a obrigação do falido, nele mencionada. A falência do sacador, endossante e avalista, portanto, não são casos de vencimento extraordinário.

Quando se opera o vencimento antecipado da letra de câmbio, o seu valor se reduz, de acordo com as taxas bancárias vigentes no local do domicílio do credor (LU, art. 48, *in fine*).

Classificam-se as letras, segundo o vencimento, em quatro espécies: *a*) letra com vencimento em dia certo; *b*) letra à vista; *c*) letra a certo termo da vista; *d*) letra a certo termo da data. A letra de câmbio em dia certo é aquela em que o sacador escolhe uma data (futura em relação à do saque) para defini-la como vencimento. Corresponde à modalidade mais usual de título de crédito e se expressa da seguinte forma: “*aos trinta e um de janeiro de*

..., pagará V.S^a por essa única via de letra de câmbio, a importância de \$ 100 a fulano etc.”. A letra de câmbio à vista vence com a apresentação do título ao sacado, e adota texto como o seguinte: “À vista dessa única via de letra de câmbio, pagará V.S^a a importância de etc.”. Por sua vez, a letra de câmbio a certo termo da vista tem o seu vencimento definido pelo transcurso de um prazo, fixado pelo sacador, que se inicia na data do aceite do título. Sua redação é, por exemplo: “três meses após o aceite, pagará V.S^a por essa única via de letra de câmbio etc.”. Finalmente, a letra de câmbio a certo termo da data é a que vence com o transcurso de prazo, igualmente fixado pelo sacador, que começa a fluir da data do saque. Seu texto será algo como: “seis meses desta data, pagará V.S^a por essa única via de letra de câmbio a fulano, a importância de \$ 100. São Paulo, 31 de janeiro de ... etc.”.

7. PAGAMENTO

O pagamento da letra de câmbio extingue uma, algumas ou todas as obrigações cambiais nela mencionadas, dependendo de quem paga.

Se o devedor principal paga a letra, o ato jurídico correspondente extingue todas as obrigações documentadas no título. Se o pagamento é realizado pelo aceitante, assim, opera-se a desconstituição da totalidade dos vínculos creditícios, liberando-se sacador, endossantes e avalistas da letra.

Se, contudo, é o codevedor que paga, o pagamento extingue a obrigação de quem pagou e a dos devedores posteriores, e aquele que pagou pode exercer, em regresso, o direito creditício contra os devedores anteriores.

| |
|---|
| <p><i>O pagamento de título de crédito extingue uma, algumas ou todas as obrigações nele mencionadas, dependendo de quem o realiza.</i></p> |
|---|

Na verdade, a liberação dos devedores cambiários segue uma única regra, que é a de desfazimento das obrigações posteriores à do devedor que

cumpriu a obrigação documentada no título. Como o devedor principal é o *primeiro* dos devedores, não há nenhum anterior a ele. Desse modo, o seu pagamento extingue a totalidade das obrigações porque todos os demais devedores são posteriores.

A cadeia de anterioridade-posterioridade dos devedores cambiais se organiza a partir de três critérios: *a)* o devedor principal é o primeiro; *b)* sacador e endossantes se localizam, pelo critério cronológico; *c)* o avalista é o devedor imediatamente posterior ao seu avalizado. Desse modo, se *Antonio* saca letra de câmbio contra *Benedito* (que a aceita), em favor de *Carlos*, e esse a endossa a *Darcy*, que a endossa a *Evaristo*; e, além disso, se *Fabício* presta aval em branco (que beneficia, como visto, o sacador), *Germano* avaliza *Benedito*, *Hebe* dá aval a *Carlos* e *Irene* a *Darcy*, então teremos uma letra de câmbio com 7 devedores: o aceitante *Benedito*, o sacador *Antonio*, os endossantes *Carlos* e *Darcy* e os avalistas *Fabício*, *Germano*, *Hebe* e *Irene*.

A cadeia de anterioridade-posterioridade, no caso exemplificado, seguindo-se os critérios acima, resulta: *Benedito-Germano-Antonio--Fabício-Carlos-Hebe-Darcy-Irene*.

O credor *Evaristo*, no vencimento, deve procurar o devedor principal, para dele obter o pagamento da letra de câmbio. Se o aceitante paga, todos os devedores são liberados de suas obrigações. Se não paga, surge daí o direito de cobrança dos codevedores. Deve-se ressaltar que a apresentação da letra ao devedor principal, para fins de pagamento, é condição inafastável para a exigibilidade do crédito contra os codevedores. Se o credor não tentou o recebimento do crédito, amigavelmente, do principal devedor do título, ele não tem, no direito cambiário, condições de ajuizar ação contra os codevedores. A tentativa de cobrança extrajudicial do devedor principal é condição *sine qua non* da exigibilidade do crédito cambial contra os codevedores; ou, como diz Eunápio Borges, a apresentação da letra ao aceitante é ato preliminar e obrigatório, a que se encontra condicionado por lei o pagamento do título (1971:99).

Apresentada a letra para pagamento ao aceitante, se ele não pagar, o credor (*depois de providenciar o protesto do título, conforme se examina à frente*) pode escolher qualquer um dos codevedores para, amigável ou judicialmente, exigir o valor do crédito. Se *Evaristo* escolhe, no exemplo

acima, *Carlos*, o pagamento da letra opera a desobrigação dos codevedores posteriores (*Hebe, Darcy e Irene*); e *Carlos* poderá cobrar, em regresso, os anteriores (*Benedito, Germano, Antonio e Fabrício*). Caso opte por proceder à cobrança de *Fabrício*, o pagamento desse importa apenas a extinção de sua própria obrigação, já que nenhum codevedor se localiza entre ele e *Carlos*. Por sua vez, ao pagar a letra, *Fabrício* passa a titular do crédito, contra os devedores anteriores (*Benedito, Germano e Antonio*), podendo exercer seu direito contra qualquer um deles.

7.1. Prazo para Apresentação

A letra deve ser apresentada, ao aceitante, para pagamento, no dia do vencimento. Se o título vence num dia não útil, a apresentação deve ser feita no primeiro dia útil seguinte (Dec. 2.044/08, art. 20). Para o direito comercial, útil é o dia com expediente bancário regular. Se é feriado, ou se as autoridades com competência para o ato suspendem o atendimento bancário, o dia não se considera útil para todos os efeitos da legislação comercialista. Também compromete a utilidade do dia, para o direito comercial, a anormalidade do expediente, provocada por greve dos bancários ou qualquer outra razão (Lei n. 9.492/97, art. 12, § 2º).

A regra de apresentação da letra ao aceitante no dia do vencimento é aplicável aos títulos pagáveis no Brasil. Nesse caso, somente se admite a apresentação no primeiro dia útil seguinte, se o vencimento recai em dia não útil. Caso o pagamento deva se realizar no exterior, a regra é diferente, porque se admite a apresentação feita também nos dois dias úteis seguintes ao vencimento, independentemente de ter esse recaído em dia útil ou não (LU, art. 38).

A inobservância do prazo de apresentação a pagamento, por si só, não traz nenhuma consequência de relevo ao portador da letra de câmbio. A lei o estabelece, na verdade, para disciplinar o início da fluência do prazo para o protesto, cuja desobediência — esta sim — pode ser prejudicial aos direitos do credor. Apenas se a letra contém cláusula *sem despesas*, que dispensa o protesto, a inobservância do prazo de apresentação a pagamento redundará na perda do direito de cobrança (LU, art. 53). Quando não há essa cláusula, o prazo de apresentação para pagamento apenas serve para definir o de protesto por falta de pagamento. Com efeito, se inadimplida a obrigação

cambiária pelo devedor principal, o credor da letra em dia certo deve encaminhá-la ao cartório de protesto nos dois dias úteis seguintes ao que ela é pagável. Ora, a letra é pagável, no Brasil, no dia do seu vencimento, ou, se não útil esse, no primeiro dia útil seguinte.

Existe, na lei, autorização a qualquer devedor da letra, para depositar o seu valor, na hipótese de não apresentação tempestiva do título a pagamento (LU, art. 42). Quer dizer, se o endossatário desobedece o prazo de apresentação a pagamento, o aceitante ou o codevedor podem proceder ao depósito judicial do valor da cambial, à custa do credor. Corresponde a previsão legal a circunstância difícil de se verificar, e a possibilidade do depósito não pode ser propriamente entendida como sanção ao credor negligente.

Note-se, por fim, que sobre as consequências da inobservância do prazo de apresentação a pagamento, e mesmo sobre a sua extensão, diverge a doutrina, tendo em conta o entendimento acerca do conteúdo das reservas assinaladas pelo Brasil, ao texto da Lei Uniforme de Genebra. Mercado Jr. e Fran Martins, por exemplo, reputam revogado o art. 20 do Decreto 2.044/08, e consideram que vigora, em sua inteireza, o art. 38 da LU, enquanto não houver lei disciplinando a matéria. Para eles, a letra de câmbio, tanto a pagável no Brasil, como no exterior, devem ser apresentadas ao aceitante no dia do vencimento *ou* nos dois dias úteis seguintes (Mercado Jr., 1966:135; Martins, 1972:248/249).

7.2. Cautelas no Pagamento

A doutrina recomenda cautelas para quem paga título de crédito (Requião, 1971, 2:358/359). Em primeiro lugar, em razão do princípio da literalidade, deve-se exigir a quitação no próprio título, já que não produz efeitos jurídico-cambiais o ato lançado em instrumento à parte. A outra cautela decorre do princípio da cartularidade, e consiste em exigir a entrega do título, indispensável para o exercício do direito de regresso ou, pelo menos, para impedir que o documento seja transferido a terceiro de boa-fé. Também cabe, por fim, registrar a conferência da regularidade dos endossos como medida de cautela no pagamento dos títulos de crédito (LU, art. 40).

Atualmente, essas cautelas não se podem exigir mais, em especial dos consumidores, porque a desmaterialização dos títulos de crédito criou uma nova realidade, em que se mostram desprovidos de sentido essas noções tradicionais do direito cambiário. O instrumento que o devedor do título de crédito recebe, da rede bancária, para quitar a obrigação, é a “guia de compensação”. Por meio dela o pagamento poderá ser realizado em qualquer agência, de qualquer banco. Ora, não cabe imaginar que o devedor poderia, nesse sistema, adotar as cautelas recomendadas pela doutrina comercialista. Exatamente para que o pagamento se possa realizar em qualquer agência bancária do país, possibilidade aberta em benefício do devedor, inclusive, não se pode minimamente cogitar de contraentrega do título de crédito, devidamente quitado pelo credor.

Conclui-se, dessa maneira, que a inobservância das cautelas tradicionalmente apontadas, para o pagamento de um título de crédito, não pode prejudicar o devedor, se o credor se utilizou do sistema financeiro para a cobrança. Mesmo se o pagamento é feito diretamente ao credor, sem a intermediação da rede bancária, cabe relativizar a inobservância das cautelas próprias do direito cambiário, se o devedor é tutelado pelo Código de Defesa do Consumidor.

8. PROTESTO

O protesto — define a lei — é “ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida” (Lei n. 9.492/97, art. 1º). Esse conceito de protesto, embora legal, não é o correto. Há protestos que nele não se podem enquadrar, como o de falta de aceite da letra de câmbio. Como visto, o sacado desse título (ao contrário do que se verifica em relação à duplicata) não está obrigado a aceitar a ordem de pagamento que lhe é dirigida. Ao recusar o aceite, ele não descumpra obrigação nenhuma, e, ainda assim, caberá o protesto por falta de aceite, como condição indispensável ao vencimento antecipado da letra.

Na verdade, o protesto deve-se definir como ato praticado pelo credor, perante o competente cartório, para fins de incorporar ao título de crédito a

prova de fato relevante para as relações cambiais. Note-se que é o credor quem protesta; o cartório apenas reduz a termo a vontade expressa pelo titular do crédito. Por meio desse ato, por outro lado, o credor formaliza a prova de fato jurídico, cuja ocorrência traz implicações às relações creditícias representadas pela cambial. Exemplificando: se o tomador da letra procura o sacador, antes do vencimento, e lhe exhibe o título sem a assinatura do sacado, exigindo, sob a alegação de recusa do aceite, que a dívida seja imediatamente satisfeita, como poderá o mesmo sacador certificar-se da veracidade desse fato? Note-se que somente se opera o vencimento antecipado da obrigação, se o título foi apresentado realmente ao sacado e esse o recusou. Ora, a prova da falta de aceite é o protesto da letra. Outro exemplo: se o endossatário, após o vencimento do título, procura o endossante, para dele exigir o pagamento, como poderá o codevedor certificar-se de que o devedor principal foi, realmente, procurado no prazo, para a tentativa amigável de solução da obrigação? Sabe-se que sem tal pressuposto, não existe a obrigação do codevedor. É o protesto por falta de pagamento que o provará.

Protesto é o ato praticado pelo credor, perante o competente cartório, para fins de incorporar ao título de crédito a prova de fato relevante para as relações cambiais, como, por exemplo, a falta de aceite ou de pagamento da letra de câmbio.

Em relação à letra de câmbio, além desses dois tipos (falta de aceite e falta de pagamento), há, ainda, o protesto por falta de data de aceite. Diz respeito à letra a certo termo da vista, em que o sacado aceita o título, mas se esquece de mencionar a data em que pratica o ato. Como a letra dessa categoria tem o seu vencimento definido a partir da aceitação da ordem pelo sacado, o portador pode protestá-la para suprir a falta do termo inicial do respectivo prazo. Por evidente, a necessidade do protesto existirá apenas se o aceitante, procurado para escrever a data do aceite no título, recusar-se a fazê-lo. Nesse caso, ele será intimado para comparecer a cartório e *datar* o ato, sob pena de protesto. Importa destacar que o *protesto por falta de data*

de aceite da letra de câmbio a certo termo da vista é hipótese raríssima, até mesmo porque o credor tem duas outras alternativas de iguais efeitos jurídicos: *a)* preencher, ele mesmo, a letra, datando o aceite (Súmula 387 do STF); *b)* considerar o aceite praticado no último dia do prazo de apresentação da letra (LU, art. 35).

A jurisprudência, atenta à facultatividade do aceite da letra de câmbio, tem considerado incabível o protesto por falta de aceite deste título, como forma de preservar a pessoa do sacado dos efeitos negativos que este ato projeta, mesmo quando não se destina a provar a falta de pagamento (TJSP, Embargos Infringentes 991.06.019980-6, relatados pelo des. Alexandre Lazzarini).

8.1. Protesto por Falta de Pagamento

Se o aceitante não paga a letra de câmbio, no vencimento, o credor deve protestá-la por falta de pagamento. Quando se trata de título com vencimento em dia certo, a providência deve ser adotada nos 2 dias úteis seguintes àquele em que é pagável (LU, art. 44). Para as demais categorias de letra de câmbio, variam os prazos pouca coisa. Concentre-se a atenção, contudo, na hipótese mais corriqueira, de título com vencimento em dia certo.

Se o credor perde o prazo para a efetivação do protesto (isto é, para a entrega da cambial no cartório), a consequência será a inexigibilidade do crédito mencionado na letra, contra os codevedores e seus avalistas. Se o endossatário, assim, não obedece ao prazo legal para o protesto por falta de pagamento, ele não poderá cobrar a letra do sacador, endossante e seus avalistas (LU, art. 53). Continua, é certo, com o direito creditício contra o aceitante e o avalista do aceitante, devedores perante os quais o desatendimento do prazo não produz efeitos.

Em razão das consequências que a lei estabelece para o descumprimento do prazo para protesto por falta de pagamento da letra de câmbio, costuma a doutrina distinguir entre o protesto *necessário* e o *facultativo*. No primeiro caso, destaca que a formalização do ato deve ser providenciada dentro do prazo, para fins de conservação do direito creditício contra os codevedores (sacador e endossantes) e respectivos avalistas. No segundo, dá relevo ao fato de que a cobrança judicial do devedor principal (aceitante) e respectivo avalista *independe* de protesto. No exemplo mencionado (item 7), se

Evaristo perde o prazo da lei, e encaminha o título ao cartório de protesto, depois de transcorridos dois dias úteis daquele em que era pagável, ou mesmo se ele deixa de protestar a letra, somente poderá cobrá-la de *Benedito* e *Germano*. A falta de observância do prazo é irrelevante, porque o protesto é facultativo contra esses devedores. Em relação aos demais, contudo, ficam liberados de suas obrigações cambiais, porque contra os codevedores é necessário o protesto.

O protesto da letra de câmbio dentro do prazo da lei é condição necessária para a cobrança contra o sacador, endossantes e seus avalistas, mas não contra o aceitante e respectivo avalista.

Anote-se que a letra pode ser sacada com a cláusula “sem despesas” (também chamada “sem protesto”). Se o caso, o credor está dispensado do protesto cambial, contra quaisquer devedores. Por outro lado, o endossante e o avalista também podem incluir, nos respectivos atos, a mesma cláusula e, assim, dispensar o credor da efetivação tempestiva do protesto por falta de pagamento, para fins de conservação do direito creditício *contra eles*. No exemplo de sempre, se *Carlos*, ao endossar a letra, escreve “pague-se, sem despesas, a *Darcy*”, e *Fabício* assina sob “por aval, sem despesas”, então o credor *Evaristo*, perdendo o prazo legal para o protesto por falta de pagamento, poderá ainda cobrar o título de *Benedito* (aceitante), *Germano* (avalista de aceitante), *Fabício* (avalista “sem despesas”) e *Carlos* (endossante “sem despesas”).

8.2. Pagamento em Cartório

A partir do vencimento do título, incidem juros de mora e correção monetária. Por isso, o pagamento da letra de câmbio em cartório, para fins de evitar a efetivação do protesto, deve compreender esses encargos, além do valor do título. Também será devido, na hipótese, o reembolso das despesas e custas incorridas pelo credor, na tentativa de protestar a cambial.

No passado, adotava-se o entendimento de que os juros somente eram devidos a partir do protesto da cambial, porque o direito comercial brasileiro, ao contrário do civil, não consagrava o princípio *dies interpellat pro homine*. Em outros termos, o Código Comercial, de 1850, era mais formal na caracterização da mora dos devedores que o Código Civil, de 1916: enquanto esse a reputava caracterizada pelo simples inadimplemento, aquele a condicionava à interpelação judicial. Com a vigência da lei uniforme, contudo, não mais é possível sustentar-se tal distinção, na medida em que o art. 48 assegura ao portador da cambial o direito aos juros “desde a data do vencimento” (cf. Martins, 1972:287). Em relação à letra de câmbio — e também à nota promissória — a incidência de juros não depende do protesto.

A correção monetária, por sua vez, é devida em decorrência do previsto na Lei n. 6.899/81, que a assegura, a partir do vencimento, nas execuções de títulos extrajudiciais. Ora, se o credor pode exigir, em juízo, a atualização monetária, ele também a pode cobrar do devedor, no âmbito extrajudicial, ainda que não exista expressa menção no texto do documento creditício. A propósito, quando é esse o caso, o credor deve, ao encaminhar o título ao cartório de protesto, apresentar também o demonstrativo do valor atualizado e do critério de atualização (Lei n. 9.492/97, art. 11).

8.3. Cancelamento do Protesto

O protesto, em seus lineamentos conceituais, é ato do credor, para a prova da ocorrência de fato relevante às relações creditícias. Como ato unilateral do titular do crédito, não deveria, em princípio, afetar os direitos do devedor. Quem soubesse do protesto de título contra *Benedito*, não estaria, rigorosamente falando, autorizado a formular conceito negativo dele. O protesto indicaria, ao contrário, apenas que *Evaristo* manifestou sua contrariedade à falta de pagamento da letra, para não perder o direito de a exigir do sacador, endossantes e seus avalistas. Mas, sabemos todos, não é assim a reação dos que tomam conhecimento da existência do ato. O protesto, de fato, passou a cumprir a função de índice de pontualidade de certo sujeito, no cumprimento de suas obrigações. Quem figura como protestado tem reais dificuldades de acesso a crédito, porque, no meio

bancário e empresarial, a certidão positiva de protesto de títulos é prova de inidoneidade dos que nela figuram como devedores.

Mais do que ato de conservação de direitos creditícios, o protesto é hoje instrumento extrajudicial de cobrança. Por essa razão, a lei autoriza o seu cancelamento, quando o devedor paga o título, após o protesto (Lei n. 9.492/97, art. 26).

O cancelamento do protesto do título cabe na hipótese de o devedor vir a pagá-lo posteriormente.

Procede-se ao cancelamento do protesto por meio de pedido formulado pelo devedor, ou terceiro interessado (por exemplo, o sucessor), perante o Tabelionato de Protesto de Títulos. O pedido deverá vir instruído pelo próprio título protestado ou por declaração de anuência do credor. Na primeira hipótese, o pagamento é presumido pela posse da cambial, em decorrência do princípio da cartularidade. De fato, se o devedor se encontra com a letra de câmbio protestada em suas mãos, a presunção é a de que o credor recebeu o que lhe era devido. Caso contrário, não teria se despossado do documento. Na outra hipótese, a anuência supre a exibição do título de crédito objeto de protesto. Se a letra de câmbio não havia circulado, ela é dada pelo tomador (que é o “credor originário”, a que se reporta o texto legal); se circulou, caberá ao endossatário anuir com o cancelamento. Note-se que, na hipótese de endosso impróprio, o credor do título ainda é o endossante, e cabe exclusivamente a ele — e não ao endossatário — a declaração para o cancelamento.

Por evidente, se o crédito foi registrado em meio magnético, a baixa do protesto dependerá da declaração de anuência do credor, já que não existe o título protestado.

9. AÇÃO CAMBIAL

Ação cambial é a de cobrança do direito creditício mencionado em título de crédito. Ela se diferencia das demais ações de cobrança unicamente porque apresenta a particularidade de limitar as matérias de defesa do devedor, quando o credor é terceiro de boa-fé. Nenhuma outra diferença existe, quer em termos de pressupostos, condições da ação, procedimento ou demais aspectos de direito processual civil. Em outros termos, a ação é cambial se o demandante, se terceiro de boa-fé, tem o direito de invocar a inoponibilidade de exceções pessoais, para postular a desconsideração, pelo juiz, de matérias de defesa estranhas à sua relação com a parte demandada. Quando admitida essa desconsideração, a ação é cambial.

Cobram-se, normalmente, os títulos de crédito por execução, já que a lei processual os define como títulos executivos extrajudiciais (CPC, art. 585, I). E, nesse caso, os embargos à execução submetem-se aos limites decorrentes do princípio da inoponibilidade. Cabe ressaltar que, sendo o executado codevedor ou avalista de codevedor, o título de crédito somente apresenta força executiva, se acompanhado de instrumento de protesto que ateste ter sido protocolizado no prazo legal, junto ao cartório do lugar do pagamento. Caso não preenchida a condição, não disporá o portador da letra de título hábil à propositura da medida judicial satisfativa. Qualquer direito que pretenda invocar contra o sacador, endossante e seus avalistas, dependerá de ação de conhecimento, sem a natureza cambial. Contra o aceitante e seu avalista, a simples exibição da letra de câmbio, com ou sem protesto, é suficiente para instaurar-se a execução.

O credor pode executar o título de crédito contra todos os devedores, identificando como executados, em sua petição inicial, o devedor principal, os codevedores e avalistas da letra. A ordem de anterioridade-posterioridade dos devedores cambiais só interessa, para fins de cobrança amigável ou para o exercício de direito de regresso. Normalmente, após obter sucesso na cobrança do crédito contra um dos executados, o credor deve desistir dos demais, ou pedir a suspensão da execução contra eles, de forma a se evitar o enriquecimento indevido.

A ação cambial é a execução, porque os títulos de crédito são definidos, na legislação processual (CPC, art. 585, I), como títulos executivos extrajudiciais.

Verificando-se, contudo, a prescrição fixada na legislação cambiária, caberá a ação causal, de natureza cognitiva.

Para a ação cambial, fixou a lei uniforme o prazo prescricional (LU, art. 70). A execução da letra de câmbio, assim, deve ser ajuizada contra o devedor principal e seu avalista, em 3 anos, a contar do vencimento; contra os codevedores, em 1 ano, contado do protesto (ou do vencimento, no caso de cláusula “sem despesas”); para o exercício de direito de regresso contra codevedor, em 6 meses, a partir do pagamento ou do ajuizamento da execução. Como prazos prescricionais, operam--se, em relação à sua fluência, os fatores de suspensão e interrupção prescritos pelo direito civil, não existindo nenhuma regra específica do direito cambiário para a matéria.

Prescrita a execução, ninguém poderá ser acionado em virtude da letra de câmbio. No entanto, se a obrigação que se encontrava representada pelo título de crédito tinha origem extracambial, seu devedor poderá ser demandado por ação de conhecimento (Dec. n. 2.044/08, art. 48) ou por monitória, nas quais a letra serve, apenas, como elemento probatório. Essas ações são chamadas de “causais”, porque discutem a causa da obrigação e não o seu documento. O devedor cuja obrigação tenha se originado exclusivamente no título de crédito — como é, em geral, o caso do avalista —, após a prescrição da execução cambial, não poderá ser responsabilizado em nenhuma hipótese perante o seu credor, já que não há causa subjacente a fundamentar qualquer pretensão ao recebimento do crédito. Por outro lado, como a ação causal não é cambial, são admitidas quaisquer matérias de defesa por parte do demandado.

A ação causal (seja de conhecimento ou monitória) prescreve, por sua vez, de acordo com o disposto na legislação aplicável ao vínculo extracambiário que une as partes da demanda: por exemplo, o contrato de compra e venda que deu origem ao título, o mútuo que foi cumprido por meio do endosso etc. Se inexistir regra específica, prescreverão, em 5 anos, contados da data em que poderiam ter sido propostas (CC, art. 205, § 5º, I). O termo inicial de prescrição da ação causal, portanto, não é o exaurimento do prazo prescricional da ação cambial, mas a data — que pode mesmo ser

até anterior à do saque do título de crédito — em que a medida poderia ter sido ajuizada.

Capítulo 12

NOTA PROMISSÓRIA

1. REQUISITOS DA NOTA PROMISSÓRIA

A nota promissória é uma promessa de pagamento. Seu saque gera, em decorrência, duas situações jurídicas distintas: a de quem, ao praticar o saque, promete pagar; e a do beneficiário da promessa. O primeiro é referido, na lei uniforme, por *subscritor* (embora não esteja incorreto chamá-lo sacador, emitente ou promitente); e o segundo é o *tomador* (por vezes chamado também de *sacado*). Pela nota promissória, o subscritor assume o dever de pagar quantia determinada ao tomador, ou a quem esse ordenar.

O devedor principal da nota promissória é o seu subscritor, aquele que, mediante o saque, concorda em representar sua dívida perante o tomador, por meio de um documento de efeitos cambiários. Ao manifestar tal vontade, anui o emitente com a negociação, pelo tomador, do seu crédito junto a terceiros, os quais passam a titularizar direito creditício *autônomo* à relação jurídica primária, de que havia se originado a dívida. Quem concorda em se obrigar por uma nota promissória, está assentindo com a circulação do crédito correspondente, segundo o regime cambiário. Ninguém está obrigado ao saque da nota promissória, e o credor não pode impor ao devedor essa específica alternativa de documentação da relação jurídica que os vincula (salvo se o obrigado houvera assumido o compromisso de sacar a nota, em contrato).

A nota promissória é uma promessa do subscritor de pagar quantia determinada ao tomador, ou à pessoa a quem esse transferir o título.

Para que produza os efeitos de uma nota promissória, o documento deve atender a determinados requisitos. Somente se revestido da formalidade prescrita por lei, o instrumento escrito poderá ser transferido e cobrado, sob o regime do direito cambiário. Caso não atenda aos requisitos que lhe conferem natureza cambial, o documento produzirá apenas efeitos civis, quer dizer, sua transferência se opera por cessão civil de crédito e sua cobrança não se beneficia da inoponibilidade das exceções pessoais aos terceiros de boa-fé. São os seguintes os requisitos da nota promissória (LU, arts. 75 e 76): *a)* a expressão “nota promissória”, inserta no texto do título, na mesma língua utilizada para a sua redação; *b)* a promessa incondicional de pagar quantia determinada; *c)* nome do tomador; *d)* data do saque; *e)* assinatura do subscritor; *f)* lugar do saque, ou menção de um lugar ao lado do nome do subscritor.

Em vista da relação dos elementos indispensáveis a essa espécie de título de crédito, pode-se concluir, a exemplo do mencionado em relação à letra de câmbio, que não produzirá efeitos cambiais a nota promissória emitida ao portador, já que o nome do tomador é exigido. Também não poderá ser considerada nota o título que sem indicação de valor líquido, ou que sujeito a exigibilidade da promessa a qualquer sorte de condição, suspensiva ou resolutiva. Uma nota, portanto, redige-se assim: *“aos trinta e um de janeiro de ..., pagarei, por essa única via de nota promissória, a fulano ou à sua ordem, a importância de \$ 100. Local e data do saque, assinatura do subscritor”*.

Deve-se registrar que, além dos requisitos necessários à nota promissória, a referência à época e lugar do pagamento também convém ser feita. A falta de menção a esses elementos, contudo, não desnatura o documento como nota promissória, na medida em que, faltando época do pagamento, reputa-se o título à vista; e, faltando o lugar, considera-se pagável no local do saque ou no mencionado ao lado do nome do subscritor.

2. REGIME JURÍDICO DA NOTA PROMISSÓRIA

A nota promissória está disciplinada pelo mesmo regime jurídico aplicável às letras de câmbio. Todos os aspectos examinados anteriormente (Cap. 11), relativos à constituição e exigibilidade do crédito cambiário, compõem, em princípio, o quadro jurídico de regência da nota promissória. Apenas se justificam quatro observações, de modo a ajustar o regime definido para a letra de câmbio às particularidades desse outro título.

O regime da nota promissória é o da letra de câmbio, com quatro ajustes.

Em primeiro lugar, não se aplicam às notas promissórias as regras da letra de câmbio incompatíveis com a natureza de promessa de pagamento apresentada por aquelas. Como já assentado, as letras são ordens de pagamento e, em razão disso, há dispositivos na legislação referente àquelas que não podem incidir sobre a nota, exatamente porque possui natureza de promessa, e não de ordem de pagamento. Em geral, são os regradores da apresentação do título ao sacado, para aceite, e das consequências das condutas derivadas do ato (recusa, total ou parcial, ou aceitação da ordem). Por exemplo, as normas sobre cláusula “não aceitável”, prazos de apresentação ao sacado, prazo de respiro, forma do aceite, recusa parcial, vencimento antecipado e outras são insuscetíveis de aplicação às notas promissórias. Da própria natureza de promessa de pagamento segue-se a inoperância dos comandos normativos correspondentes.

Em segundo lugar, define a lei que se aplica ao subscritor da nota promissória as regras do aceitante da letra de câmbio (LU, art. 78). A equiparação decorre do fato de serem ambos os devedores principais dos respectivos títulos. Desse modo, a prescrição da execução da nota contra o subscritor é igual à da execução da letra contra o aceitante (quer dizer, 3 anos, nos termos do art. 70 da LU); outro exemplo, o protesto do título é facultativo contra o subscritor da nota promissória, porque assim é em relação ao aceitante da letra; também, a falência do subscritor antecipa o vencimento da nota promissória, já que a do aceitante produz o mesmo efeito em relação ao da letra de câmbio (Dec. n. 2.044/08, art. 19, II).

A terceira observação, relacionada ao ajustamento do regime da letra à disciplina das notas, diz respeito à figura do avalizado, no aval em branco. Conforme esclarece o legislador, na nota, o subscriptor é o beneficiário do aval desse tipo. Assim, se o avalista não identifica o devedor em favor do qual está prestando a garantia, considera-se que foi ao subscriptor da nota que se pretendeu beneficiar (LU, art. 77, *in fine*).

Por fim, cabe ressaltar que a nota promissória admite a modalidade “a certo termo da vista”, por expressa previsão legal (LU, art. 78). De fato, a partir da regra assentada na primeira observação acima — isto é, a de que não se aplicam à nota as disposições relativas à letra, incompatíveis com a sua natureza de promessa de pagamento —, decorreria a conclusão da impossibilidade de saque daquele tipo de nota promissória. Com efeito, a letra de câmbio a certo termo da vista tem o início da fluência do prazo de vencimento condicionado ao aceite. Ora, como o aceite simplesmente não existe na nota promissória, não se poderia transpor o mesmo mecanismo a esse título de crédito. Contudo, na medida em que a lei disciplinou a figura, tais obstáculos são superados. Funciona assim: o subscriptor promete pagar quantia determinada, ao término de prazo por ele definido e cujo início se opera a partir do *visto*, a ser oportunamente dado na nota (“*trinta dias após o visto, pagarei por essa única via de nota promissória etc.*”). O portador da cambial, no caso, tem o prazo de um ano, a contar do saque, para apresentá-la ao visto do subscriptor. Praticado o ato, começa a fluir o termo mencionado no título, e, consumado esse, dá-se o vencimento. Se, por outro lado, o visto é negado pelo subscriptor, caberá ao portador protestar a nota, correndo o prazo de vencimento a partir da data do protesto.

As quatro observações acima — *a*) inaplicabilidade das regras incompatíveis com a natureza de promessa de pagamento da nota; *b*) equiparação do subscriptor da nota ao aceitante da letra; *c*) subscriptor da nota é o avalizado, no aval em branco; *d*) a nota promissória a certo termo da vista vence depois de decorrido o prazo nela mencionado, a partir do visto —, ajustam o regime da letra de câmbio ao da nota. No tocante ao saque, endosso, aval, vencimento, pagamento, protesto, ação cambial e prescrição são idênticas as normas aplicáveis aos dois títulos.

Capítulo 13

CHEQUE

1. CONCEITO DE CHEQUE

Cheque é ordem de pagamento à vista, emitida contra um banco, em razão de provisão que o emitente possui junto ao sacado, proveniente essa de contrato de depósito bancário ou de abertura de crédito. Para parte da doutrina comercialista, trata-se de título de crédito *impróprio*, mais bem definido como meio de pagamento do que como instrumento de circulação creditícia. É o entendimento, por exemplo, de Fran Martins, que conclui da necessidade da provisão de fundos, do emitente junto ao sacado, a descaracterização do crédito em abstrato (1986:11). Também Pontes de Miranda nega ao cheque, expressamente, a condição de título de crédito, afirmando tratar-se de instrumento de *apresentação e resgate*, de perfil cambiariforme (1956, 37:10). A maioria dos autores brasileiros, no entanto, afirma a sua natureza de título de crédito *próprio*, isto é, sujeito às regras de circulação e cobrança do direito cambiário (Bulgarelli, 1979:257/258; Borges, 1971:161; Requião, 1971, 2:397). Da discussão não se seguem consequências de relevo, porque a legislação disciplinar do cheque é satisfatoriamente detalhada (LC: Lei n. 7.357/85). Se ela fosse lacunosa, aí sim poderiam existir dúvidas sobre a constituição e circulação do documento — se cambial ou civil —, cabendo, então, o aprofundamento da discussão sobre a sua natureza, como modo de solucioná-las.

O cheque é título de crédito de modelo vinculado, só podendo ser eficazmente emitido no papel fornecido pelo banco sacado (em talão ou avulso). Por essa razão, não costuma gerar incertezas a eficácia chéquica de certo documento. Quero dizer, a nota promissória pode ser lançada em qualquer papel, apresentando os mais variados padrões, já que é título de modelo livre. Assim, por vezes, discute-se se um documento em particular, a que se denominou “nota promissória”, efetivamente produz os efeitos

cambiários de uma. A superação do problema depende, no caso, da análise do atendimento aos requisitos legais relativos à promessa (LU, arts. 75 e 76). Mas o mesmo quadro raramente se encontra, na hipótese de crédito documentado em cheque, devido a sua qualidade de título de modelo vinculado. De qualquer forma, para se definir se determinado papel, que, embora atenda aos parâmetros regulamentares de padronização do cheque, teve sua eficácia cambial posta em questão, o critério será a aferição do atendimento aos requisitos legais do título.

Cheque é a ordem de pagamento à vista, emitida contra um banco, em razão de fundos que o emitente possui junto ao sacado.

Nesse sentido, são essenciais ao cheque (LC, arts. 1^º e 2^º): *a*) a palavra “cheque”, escrita no texto do título, na língua empregada para a sua redação; *b*) a ordem incondicional de pagar quantia determinada; *c*) o nome do banco a quem a ordem é dirigida (sacado); *d*) data do saque; *e*) lugar do saque ou menção de um lugar junto ao nome do emitente; *f*) assinatura do emitente (sacador).

O primeiro requisito (*a*) corresponde à “cláusula cambial”, isto é, à manifestação da vontade do emitente, no sentido de se obrigar por título cuja circulação e cobrança seguem o regime próprio do direito cambiário. Quando alguém assina um cheque, expressa sua concordância com a negociação do crédito, pelo sacado, junto a terceiros desconhecidos, perante os quais não poderão ser opostas exceções fundadas na relação originária do título. Todo o complexo normativo decorrente dos princípios da cartularidade, literalidade e autonomia das obrigações cambiais, e demais regras próprias aos títulos de crédito são, desse modo, *aceitas* pelo emitente, no momento do saque. Ninguém está obrigado a documentar sua dívida por cheque; se o faz, concorda em vir a pagar, eventualmente, o valor do título a terceiro portador de boa-fé, mesmo que tenha razões juridicamente válidas para questionar a existência ou extensão da dívida, perante o credor originário. Não se trata, assim, de mera formalidade,

encerrada em si mesma, a exigência da palavra “cheque” no texto do documento.

No atendimento ao segundo requisito (*b*), o cheque precisa o valor que o banco sacado deve pagar ao credor do título. Entre a indicação por extenso e em algarismos, a primeira prevalece em caso de divergência (LC, art. 12). Por outro lado, é proibida a previsão de juros, para cobrir o lapso entre o saque do cheque e o dia de sua liquidação pelo sacado (LC, art. 10); os juros somente poderão ser exigidos na cobrança judicial do cheque não liquidado, quando incidem a partir da data da entrega do título ao banco sacado (LC, art. 53, II).

O nome do banco a quem a ordem de pagamento é dirigida deve constar também do título (*c*), sendo comum a designação de uma agência da instituição financeira sacada, em que se encontra centralizada a administração dos fundos titularizados pelo emitente do cheque.

A data do saque (*d*) deve ser expressa pelo dia, mês e ano em que o sacador preencheu o cheque. Como se trata de ordem de pagamento à vista, não caberia, em princípio, a inserção de qualquer outra data no instrumento. Desenvolveu-se, no Brasil, no entanto, a prática de utilizar o cheque como meio de documentar a concessão de crédito ao consumidor, com a indicação de data futura no campo próprio do título (pós-datação), representando o acordo das partes quanto ao momento em que o título deve ser liquidado (item 2). O direito brasileiro já contemplou norma obrigando que o mês se indicasse por extenso no cheque. Era o Dec. n. 22.393/33, que alguns autores ainda reputam em vigor (Martins, 1986:40). De qualquer forma, é da conveniência do sacador que o mês se escreva extensivamente, e não em algarismos, para que se reduzam as possibilidades de adulteração da data.

O lugar do saque (*e*) é aquele em que se encontra o sacador, no momento em que preenche o cheque. Sua importância é fundamental, porque o prazo para a apresentação do título ao banco sacado varia de acordo com a coincidência, ou não, entre o município do local do saque e o da agência pagadora. Quando coincidentes, o cheque se considera *da mesma praça* e deve ser apresentado ao sacado nos 30 dias seguintes ao da emissão; se incoincidentes, ele é *de praças diferentes*, e o prazo de apresentação se alarga para 60 dias. Note-se que o sacador deve informar o lugar em que ele se encontra, quando expede a ordem de pagamento. A força do hábito, no

entanto, faz com que a maioria de nós lancemos, como local de emissão, o município de nossa residência, ainda que estejamos em viagem pelo país. A segurança das relações jurídicas importa a presunção *absoluta* de que o escrito é verdadeiro; quer dizer, não interessa onde de fato se encontrava o sacador, no momento do saque, mas exclusivamente o constante do título. O credor, ao receber sem oposição o cheque, manifestou sua concordância com a redução do prazo de apresentação.

Também é requisito essencial do cheque a assinatura do emitente (*f*), que pode ser mecânica, ou por processo equivalente, por exemplo eletrônico (LC, art. 2º, parágrafo único). O sacador deve estar, por outro lado, identificado no cheque, por meio de seu nome e do número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), em razão do disposto no art. 3º da Lei n. 6.268/75, e da disciplina regulamentar do Banco Central.

Há, ainda, um requisito essencial do direito brasileiro, para os cheques superiores a R\$ 100,00, que é a identificação do tomador, da pessoa em favor de quem é passada a ordem de pagamento. Cheques ao portador somente são liquidados se o valor é de até R\$ 100,00, inclusive (Lei n. 9.069/95, art. 69). Além dos requisitos acima listados, indispensáveis à eficácia chéquica do documento, convém ao título mencionar o lugar do pagamento, ou indicar um local ao lado do nome do sacado, para essa finalidade. Caso não se encontre essa menção no cheque, reputa-se pagável no lugar da emissão, ou no designado ao lado do nome do emitente (LC, art. 2º, I).

1.1. Circulação do Cheque

O cheque tem implícita a cláusula “à ordem”, significa dizer que se transmite normalmente mediante endosso. O endossante, é claro, torna-se codevedor do título e está sujeito à execução, caso o cheque seja devolvido pelo banco sacado por insuficiência de fundos. O endosso do cheque admite a cláusula “sem garantia”, pela qual o endossante não assume, em relação ao título, nenhuma responsabilidade cambial. Cabe, também, no cheque, o endosso-mandato, em que o endossatário se investe na condição de mandatário do endossante e não se torna o titular do crédito (LC, art. 26).

Poderá o emitente inserir no cheque a cláusula “não à ordem”, hipótese em que a sua circulação será regida pelo direito civil. Lembrem-se as duas

diferenças entre o endosso e a cessão civil de crédito: o transmitente responde pela solvência do devedor quando endossante (LC, art. 21), mas não responde se é cedente; o recebedor está imunizado perante exceções pessoais se endossatário (LC, art. 25), mas não está quando é cessionário do crédito. Importa registrar que não se confundem o cheque “não à ordem” e o “não transmissível”, que a legislação uniforme de Genebra, de 1931, prevê (Anexo II, art. 7º). O primeiro, como se disse, circula de acordo com o regime do direito civil, mas a sua transmissão e negociação não é vedada. Já o cheque “não transmissível” ostenta cláusula obstativa de qualquer ato de circulação do crédito, definindo-se, no momento do saque, a única pessoa em favor da qual o cheque poderá ser liquidado. O Brasil, ao aderir à Convenção de uniformização da lei do cheque, em 1942, assinalou a reserva que o autoriza a introduzir, em sua legislação, a cláusula de intransmissibilidade do cheque. Como, no entanto, não cuidou o legislador de contemplar a hipótese, em 1985, conclui-se que, por enquanto, o direito brasileiro não admite o cheque “não transmissível”. Qualquer cláusula inserida no cheque, para impedir a sua negociação, é inválida e ineficaz, reputando-se, no caso, o título plenamente negociável mediante endosso.

O cheque “não à ordem” é transferível mediante cessão civil de crédito. Não se confunde com o cheque “não transmissível”, que não circula.

Sobre a circulação do cheque, importa registrar, finalmente, que a legislação tributária, quando elege a movimentação financeira como fato imponible de imposto, costuma limitar o número de endosso que o cheque pode receber, com o objetivo de forçar a verificação da hipótese de incidência, isto é, a constituição da obrigação de pagar o tributo. De constitucionalidade questionável, essas limitações impedem que o cheque tenha mais de um endosso. Da vedação de mais de um endosso, surgem, inclusive, problemas para atividades de fomento mercantil, que geralmente faturizam cheques pós-datados. Pois bem, nos períodos de incidência de norma tributária limitativa de endosso, nenhum problema há na transferência

do crédito documentado pelo cheque, por meio de cessão civil. Assim, desde que o tomador, ao transmiti-lo para o endossatário (primeiro e único endosso), insira a cláusula “não à ordem” no seu ato translativo (LC, art. 21, parágrafo único), o cheque passa a circular por cessão civil, ato não limitado pela lei tributária. A transmissão do crédito pode se multiplicar, sem qualquer limitação quantitativa, sob o regime do direito civil. O banco sacado não pode se recusar a liquidar o cheque, que circulou dessa forma, não interessando o número de cedentes e cessionários.

1.2. Modalidades

Há quatro modalidades de cheque: *a)* visado; *b)* administrativo; *c)* cruzado; *d)* para se levar em conta.

O cheque visado é aquele em que o banco sacado, a pedido do emitente ou do portador legítimo, lança e assina, no verso, declaração confirmando a existência de fundos suficientes para a liquidação do título (LC, art. 7^o). Somente pode receber visamento o cheque nominativo ainda não endossado.

Ao visar o cheque, o banco sacado deve reservar, da conta de depósito do emitente, numerário bastante para o pagamento do título, realizando o lançamento de débito correspondente. Os efeitos do visamento estão limitados ao prazo de apresentação do cheque, de modo que, após o seu transcurso, caso o cheque não lhe tenha sido apresentado, o banco estorna a reserva, lançando o respectivo crédito na conta de depósito do emitente. A mesma operação deve ser feita, se o cheque visado é apresentado ao banco sacado para inutilização.

O visto do cheque não exonera o emitente, endossantes e demais devedores, e não importa nenhuma obrigação cambial do banco sacado. Em decorrência, sendo o cheque visado apresentado ao sacado, para liquidação, depois de vencido o prazo de apresentação, e não havendo suficiente provisão de fundos, ele será restituído ao apresentante, que *não* poderá responsabilizar o banco pelo cheque. A instituição financeira somente poderá ser responsabilizada, se deixou de proceder à reserva que a lei determina, mas isso não em decorrência do direito cambiário, mas sim pelas normas gerais de responsabilidade civil, por ato culposo. Aliás, no direito brasileiro anterior a 1985, havia o cheque *marcado*, em que o banco, em vez de liquidar prontamente o título, podia designar outra data para o pagamento,

tornando-se, nesse caso, codevedor da obrigação cambial do emitente. O cheque marcado não existe mais no direito brasileiro, é incompatível com a legislação uniforme do assunto. É certo, portanto, que o visamento não produz efeitos iguais aos da marcação, restando ao credor do cheque visado sem fundo apenas a alternativa de executar o emitente ou eventuais endossantes e avalistas.

As modalidades de cheque são quatro: visado, administrativo, cruzado e para se levar em conta.

O cheque administrativo é o emitido pelo banco sacado, para liquidação por uma de suas agências. Nele, emitente e sacado são a mesma pessoa (LC, art. 9º, III); ou seja, a instituição financeira ocupa, simultaneamente, a situação jurídica de quem dá a ordem de pagamento e a de seu destinatário. O pressuposto do cheque administrativo, também chamado *bancário*, é a nominatividade. Se a lei admitisse sua emissão “ao portador”, poderia o título de uma instituição financeira conceituada acabar substituindo o papel-moeda. Serve essa modalidade de cheque ao aumento da segurança no ato de recebimento de valores. O vendedor de imóvel, ao outorgar a escritura ao comprador, em negócio à vista, normalmente exige o pagamento em cheque administrativo de banco de primeira linha, porque a probabilidade de esse título não ter fundos é remotíssima.

A terceira modalidade é a do cheque cruzado. O cruzamento se realiza pela aposição, no anverso do cheque, de dois traços transversais e paralelos. Tanto o emitente como qualquer portador podem cruzar o título (LC, art. 44). Há duas espécies de cruzamento: o geral (ou “em branco”), que não identifica nenhum banco no interior dos dois traços; e o especial (ou “em preto”), em que certo banco é identificado, por seu nome ou número no sistema financeiro, entre os mesmos traços. O cruzamento se destina a tornar segura a liquidação de cheques ao portador, já que, uma vez cruzado o título, sempre seria possível, a partir de consulta aos assentamentos do banco, saber em favor de que pessoa ele foi liquidado. O cheque não cruzado ao

portador pode ser pago diretamente no caixa da agência sacada, hipótese em que não se poderá conhecer a pessoa que recebeu o correspondente valor. Claro que a utilidade do cruzamento é reduzida, no direito brasileiro, em razão da obrigatoriedade da forma nominativa dos cheques superiores a R\$ 100,00.

O cheque com cruzamento geral somente pode ser pago a um banco. Desse modo, se o tomador concordou em receber cheque cruzado, ou ele próprio o cruzou, deverá encaminhá-lo ao banco no qual mantém conta de depósito, para que esse cobre o título do sacado. Já, se for especial o cruzamento, o cheque somente poderá ser pago ao banco mencionado no interior dos dois traços; e, assim, o tomador deverá procurar exatamente a instituição financeira designada no cruzamento e contratar dela os serviços de recebimento do respectivo valor. Se não possui conta no banco referido no cruzamento especial, o tomador (ou o endossatário) deveria ter-se recusado a receber o cheque, porque somente poderá liquidá-lo após contratar depósito bancário com aquela específica instituição. O pagamento do cheque cruzado se realiza por lançamento na conta de depósito titularizada pelo credor do título, se o banco encarregado da cobrança é também o sacado.

Por derradeiro, o cheque para se levar em conta é aquele em que o emitente ou o portador proíbem o pagamento do título em dinheiro. A cláusula “para ser creditado em conta” deve constar do averso do cheque, na transversal. A praxe é inseri-la no cruzamento, com expressa menção do número da conta de depósito do credor. Nessa modalidade, o pagamento do cheque se reveste de grande segurança, na medida em que ou será liquidado na conta referida pela cláusula especial, ou não se prestará a nenhuma outra finalidade.

1.3. Prazo de Apresentação

O cheque deve ser apresentado, pelo credor, ao banco sacado, para liquidação, dentro do prazo assinalado pela lei (LC, art. 33). Para os “da mesma praça”, o prazo é de 30 dias; para os “de praças diferentes”, 60, sempre a contar do saque. Como referido acima, a definição de uma ou outra categoria de cheque é feita pela comparação entre o município que consta como local de emissão e o da agência pagadora. Se coincidentes, o cheque é

considerado “da mesma praça”; caso contrário, de “praças diferentes”. É irrelevante, para os fins de definição do prazo de apresentação do cheque, se os municípios — do local do saque e do estabelecimento bancário pagador — integram a mesma câmara de compensação (art. 11 da Res. n. 1.682/90 do Banco Central).

O cheque deve ser apresentado ao banco sacado em 30 dias, se da mesma praça, e em 60, se de praças diferentes.

A inobservância do prazo de apresentação acarreta a perda do direito de executar os endossantes do cheque, e seus avalistas, se o título é devolvido por insuficiência de fundos (LC, art. 47, II). Em princípio, o credor conserva o direito de executar o emitente, e seus avalistas, mesmo que não tenha apresentado o cheque no prazo. Trata-se de possibilidade reconhecida pela jurisprudência, inclusive em razão da Súmula 600 do STF, que diz: “cabe ação executiva contra o emitente e seus avalistas, ainda que não apresentado o cheque ao sacado no prazo legal, desde que não prescrita a ação cambiária”. O tomador (ou endossatário) perderá, no entanto, o direito à execução contra o emitente numa hipótese particular. Se havia fundos na conta de depósito correspondente, durante o prazo de apresentação, e estes deixaram de existir, por ato não imputável ao emitente, o credor não dispõe mais da execução para receber o valor do título (LC, art. 47, § 3º). Imagine-se, por exemplo, que o cheque foi emitido por um dos titulares de conta bancária conjunta, e o tomador negligenciou na apresentação tempestiva do cheque ao sacado. Posteriormente, o outro titular da conta retirou todo o dinheiro nela depositado. Nesse caso, a inobservância do prazo da lei importa a impossibilidade de executar o emitente do cheque.

Contra o avalista do emitente, a falta de apresentação do título ao sacado no prazo prescrito em lei não gera nenhuma consequência.

Ressalte-se, outrossim, que o cheque, mesmo após o transcurso dos 30 ou 60 dias da lei, ainda poderá ser apresentado ao banco sacado, para fins de liquidação. Apenas depois de prescrita a execução — quer dizer,

ultrapassados 6 meses do *término* do prazo de apresentação —, o sacado não poderá mais receber e processar o cheque (LC, art. 35, parágrafo único, *in fine*).

2. CHEQUE PÓS-DATADO

O cheque tem se revelado, no mercado consumidor brasileiro, o instrumento mais ágil e apropriado à documentação do crédito concedido pelos empresários, fornecedores de mercadorias e serviços. Ao se parcelar o preço do fornecimento em duas ou mais vezes, tem-se preferido geralmente, para comodidade de ambas as partes, a entrega pelo consumidor de tantos cheques quantas forem as parcelas, emitidos com data futura (o cheque *pós-datado* que, além dos círculos dos cultores do direito cambiário, todos conhecem por cheque *pré-datado*). O crescente uso desse tipo de cheque representa, sem dúvida, um certo desvio da natureza do título, criado para instrumentalizar pagamentos à vista. A lei checaria fulmina com a ineficácia absoluta a inserção, no título, de qualquer menção contrária ao seu pagamento à vista (LC, art. 32). Ou seja, o banco sacado deve pagar o cheque de que conste data posterior ao da apresentação, atendidos evidentemente os demais pressupostos da liquidação (regularidade de assinatura, existência de fundos etc.).

O cheque pós-datado é importante instrumento de concessão de crédito ao consumidor. Embora a pós-datação não produza efeitos perante o banco sacado, na hipótese de apresentação para liquidação, ela representa um acordo entre tomador e emitente. A apresentação precipitada do cheque significa o descumprimento do acordo.

O consumidor que emite e entrega cheques pós-datados, correspondentes às prestações em que se dividiu o preço do fornecimento, corre o risco de os ver apresentados ao sacado, antes da data estabelecida de comum acordo

com o fornecedor. Não poderá, com efeito, o banco, nessa hipótese, negar-se a liquidar os cheques se houver, em conta, fundos bastantes ou recursos disponíveis provenientes de contrato de abertura de crédito (conhecido como *cheque especial*). O consumidor terá, contudo, direito de demandar contra o fornecedor os prejuízos que sofrer em decorrência da quebra do contratado entre eles. É plenamente lícito ao emitente e ao credor do cheque definirem, de comum acordo, prazo mínimo para a apresentação do título à liquidação. A combinação, segundo o disposto na lei, não gera nenhum efeito perante a instituição financeira sacada, que tem o dever de simplesmente ignorar qualquer menção que torne o cheque título de pagamento a prazo. No entanto, como em qualquer outra hipótese de descumprimento de obrigação contratual, o fornecedor que não observa os termos de seu acordo com o consumidor, deve indenizar as perdas provocadas. Trata-se de mera aplicação de princípio mais que assente na teoria da responsabilidade contratual.

Se o cheque pós-datado, portanto, apresentado ao sacado antes da data combinada entre consumidor (emitente) e fornecedor (tomador), for liquidado, cabe a indenização pela inadimplência da obrigação de não fazer, contratualmente assumida — por via oral ou escrita, por meio de publicidade (CDC, art. 30) ou de outro meio — pelo credor. A indenização corresponderá à perda do consumidor em virtude da antecipação do desembolso, e será medida pelos padrões gerais de remuneração de capital no período, ou pelos juros e encargos derivados da utilização do crédito aberto pelo sacado (isto é, pelo uso do limite do cheque especial), ou, ainda, pela não remuneração de recursos do correntista alocados em aplicações financeiras (fundos de investimento geridos pelo banco sacado), com ou sem cláusula de resgate automático.

Por outro lado, se o cheque pós-datado apresentado em data anterior à combinada retornar ao empresário fornecedor, em razão de insuficiência de fundos, uma vez promovida a sua execução judicial, terá o consumidor o direito de, nos embargos, exigir a redução proporcional do valor da cobrança, para compensação dos prejuízos que sofreu, em particular com o pagamento da taxa do serviço de compensação bancária e demais encargos contratuais. Além disso, deve o fornecedor suportar integralmente os ônus da sucumbência, prosseguindo a execução pelo saldo remanescente, se houver.

Na verdade, o ideal seria a legislação consumerista disciplinar as relações entre o consumidor e o fornecedor marcadas pela adoção de cheques pós-datados, de modo a retirar a liquidez do título apresentado anteriormente à data que consta como de sua emissão. Desse modo, tutelar-se-ia o consumidor sem se comprometer a coerência interna da lei checária e os compromissos internacionais brasileiros. À falta de disciplina na lei, deve-se adotar a redução proporcional acima aventada, como meio de se prestigiar, ainda que em termos relativos, a vontade manifestada pelas partes no contrato de consumo.

Além da responsabilidade pelos danos materiais experimentados pelo consumidor, cabe a condenação do credor do cheque pós-datado de apresentação precipitada, pelos danos morais que o emitente sofre na hipótese de devolução por insuficiência de fundos. A comunicação aos bancos de dados mantidos pelo empresariado, para a proteção do crédito (SERASA, Telecheque etc.) ou a inscrição no Cadastro de Emitentes de Cheques Sem Fundos (CCF) envolve, normalmente, o consumidor em situações de extremo constrangimento. Pessoas honestas, que nunca passaram cheque sem fundos, veem dificultado ou mesmo bloqueado o acesso ao crédito, em diversos estabelecimentos empresariais, em decorrência na verdade do descumprimento, pelo fornecedor, da obrigação que havia assumido de não apresentar o cheque à liquidação, antes de certa data. Tais constrangimentos justificam a condenação do tomador do cheque pós-datado, no pagamento de indenização moral.

Deve ser particularmente agravada a condenação, se o credor protestar o cheque pós-datado apresentado precipitadamente e devolvido sem fundos.

Em suma, quem concorda em documentar o crédito concedido por cheque pós-datado deve zelar pela estrita observância do acordo oral feito com o emitente, quanto à oportunidade da apresentação à liquidação do título. Afinal, foi no interesse de ambas as partes que se adotou essa alternativa de documentação do crédito, preferindo-a ao saque de nota promissória ou duplicata, uso de cartão de crédito e outras existentes.

Sobre a pós-datação, cabe, por fim, considerar alguns desdobramentos da definição do cheque como título “bancável”. Explique-se: as instituições financeiras, no desenvolvimento de suas atividades típicas, descontam títulos de crédito (duplicatas e notas promissórias, fundamentalmente), antecipando

ao seu credor o valor do crédito a se realizar em data futura — na verdade, *parte* desse valor, para lucrar com a diferença — e recebendo-os por endosso. Em princípio, o cheque, no rigor de seu perfil tradicional de ordem de pagamento à vista, não se presta ao desconto. Contudo, o larguíssimo uso da pós-datação como forma de documentar a concessão do crédito ao consumidor, e a aceitação desse instrumento por empresas de fomento mercantil (*factoring*), forçou as autoridades monetárias a autorizarem aos bancos o desconto de cheques pós-datados, como a de qualquer outro título de crédito.

O cheque pós-datado pode servir de título negociável, para fins de desconto bancário ou cessão para empresa de fomento mercantil (factoring).

Em decorrência, se o empresário concede crédito ao consumidor, propondo documentar a operação por meio do recebimento de cheques pós-datados, é cabível o desconto desse título, evidentemente antes da data que consta como de emissão, junto a qualquer instituição financeira, inclusive o banco sacado. Assim, é necessário diferenciarem-se duas situações, em que o portador do cheque pós-datado apresenta o título ao banco sacado, antes da data que consta como de sua emissão: a apresentação para fins de liquidação e a apresentação para fins de desconto. Somente na primeira hipótese verifica-se o descumprimento da obrigação de não fazer contratada com o emitente do cheque. Na outra, o cheque é mero título *bancável* e o processamento da liquidação terá início apenas na pós-data.

Importa, nesse contexto, ressaltar que, sendo o banco descontador do cheque pós-datado também o sacado, será dele a responsabilidade pelos danos experimentados pelo consumidor emitente, se o processamento da liquidação do título se iniciar antes da data que consta como de emissão. Ele se encontra, aqui, na mesma situação do banco descontador não sacado que apresenta precipitadamente, para fins de liquidação, ao sacado o cheque pós-datado. Quer dizer, está respondendo pelo mal funcionamento dos serviços bancários.

3. SUSTAÇÃO DO CHEQUE

O pagamento do cheque pode ser sustado pelo emitente em duas hipóteses: *a) revogação*, também chamada contraordem (LC, art. 35); *b) oposição* (LC, art. 36). Em ambas, o objetivo é impedir a liquidação do cheque, pelo banco sacado; pressupõem, portanto, não tenha essa se realizado à data da sustação. Cheque regularmente processado e pago não pode ser, por evidente, objeto de revogação ou oposição.

Ao banco sacado não cabe apreciar as razões do ato. Se pessoa legalmente autorizada à sua prática, revoga o cheque ou se opõe ao seu pagamento, o sacado deve apenas adotar os procedimentos administrativos internos, aptos a atender a vontade dela. Se a sustação é, no caso em particular, medida justa ou abuso de direito, isso não é coisa com que se deva preocupar o banco. Sua função resume-se a simplesmente garantir a eficácia ao ato unilateral do emitente. A validade ou invalidade da sustação somente pode ser determinada pelo juiz, cabendo ao prejudicado demandar o emitente e provar o abuso no exercício do direito.

Autorizam, em geral, a sustação os fatos de desapossamento *indevido* do talão de cheques ou do título já emitido (assim a perda, o roubo, furto, apropriação indébita etc.). Note-se que a infundada sustação do pagamento do cheque tem os mesmos efeitos penais da emissão de cheque sem fundos; isto é, caracteriza crime de estelionato (CP, art. 171, § 2º, VI). O emitente que a realiza, portanto, deve ter consistentes razões jurídicas para tanto, posto que, não as tendo, incorre em conduta típica. Convém, nesse sentido, esclarecer que não autoriza a sustação o descumprimento da obrigação pelo portador do cheque. Imagine-se que o prestador de serviços não finalize convenientemente a tarefa contratada, a despeito de ter já em mãos o pagamento, representado por cheque do consumidor. Ora, o emitente não pode sustar a liquidação do título, a pretexto de preservar seus direitos contratuais e forçar a terminação dos serviços. Até mesmo porque o cheque pode ter sido transferido, por endosso, a terceiro de boa-fé, que se encontra amparado pelo direito cambiário. Ao consumidor, no caso, resta apenas as ações cíveis de responsabilização do empresário inadimplente. Quem emite

cheque, pratica ato de vontade, ao qual nunca está obrigado. Se o faz, concorda com a circulação do crédito, segundo o regime de direito cambiário. Portanto, submete-se, por sua própria vontade, a ter que satisfazer o crédito perante terceiro de boa-fé para, depois, demandar quem se enriqueceu indevidamente, às suas custas.

Ao banco sacado não cabe julgar da relevância da razão apresentada pelo interessado, no ato de sustação de cheque (revogação ou oposição).

O banco geralmente cobra tarifas consideráveis para acolher a sustação, tendo em vista os custos e a dificuldade de sua operacionalização. Desde que compatíveis com os parâmetros do mercado, não há nenhuma irregularidade na cobrança. Irregular, porque não respaldado na lei, é a exigência, feita por muitos bancos, de exibição, pelo emitente, do simulacro de prova do desapossamento indevido, o *Boletim de Ocorrência Policial*. Se ao banco não cabe adentrar as razões do ato de sustação, não é possível condicionar a revogação ou oposição à apresentação de qualquer documento. Basta, com efeito, a comunicação escrita do emitente.

As duas formas de sustação do cheque apresentam pequenas diferenças. De um lado, a *revogação* é ato exclusivo do emitente, enquanto a *oposição* pode também ser efetivada pelo portador legitimado. De outro, o ato revogatório somente produz efeitos a partir do término do prazo de apresentação, caso essa não se verifique, enquanto os da oposição são imediatos. Dessa última distinção decorre que a contra-ordem, a rigor, é apenas o ato cambiário pelo qual o emitente pode limitar a eficácia chéquica do título aos 30 ou 60 dias, seguintes à emissão.

4. CHEQUE SEM FUNDOS

Verificando o banco sacado, no procedimento de liquidação do cheque, não possuir o emitente fundos suficientes em sua conta de depósito, deve

restituir o título a quem lho apresentara, com a declaração correspondente. Anote-se que o banco deve pagar os cheques seguindo a ordem de apresentação. Quando dois ou mais cheques são apresentados simultaneamente, não havendo fundos suficientes para o pagamento, o sacado deve dar preferência aos de data de emissão mais antiga. Se coincidentes as datas de emissão, prevalece o número inferior (LC, art. 40).

Por norma regulamentar do Banco Central, cada cheque comporta apenas duas apresentações, mas o credor não se encontra obrigado a realizá-las, em nenhum caso. Ou seja, devolvido o cheque sem fundos, pode o credor promover a cobrança judicial de imediato, sem a segunda apresentação.

Estabelece a lei que o cheque sem fundos deve ser protestado durante o prazo de apresentação. Desse modo, se é título da mesma praça, o credor deve encaminhá-lo ao cartório de protesto, nos 30 dias seguintes ao saque; se de praças diferentes, nos 60. A inobservância do prazo para o protesto do cheque é, contudo, inócua, já que a lei confere os mesmos efeitos conservativos do direito de cobrança à declaração do sacado ou de Câmara de Compensação, atestando a insuficiência de fundos. Quer dizer, se o cheque é sem fundos, ele foi apresentado à liquidação perante o sacado e por esse devolvido com a respectiva declaração (firmada por ele mesmo, ou por Câmara de Compensação). Caso isso se tenha verificado no prazo de apresentação, a realização ou não do protesto, dentro ou além desse prazo, não terá mais nenhum efeito cambiário, já que está assegurada a execução contra endossantes e seus avalistas (LC, art. 47, II).

A declaração de insuficiência de fundos, do banco sacado ou da Câmara de Compensação, não supre o protesto para fins extracambiais. Somente para a conservação do direito de execução contra codevedores e respectivos avalistas, opera-se a equiparação de efeitos entre os dois atos. Assim, para fins de instrução do pedido de falência, com base na impontualidade injustificada do devedor comerciante, representada pela emissão de cheque sem fundos, é indispensável o protesto do título, não bastando a declaração.

4.1. Ações Cambiais

A ação cambial é aquela em que o demandado não pode arguir, em sua defesa, matérias estranhas à sua relação com o demandante, em razão do princípio da inoponibilidade das exceções pessoais aos terceiros de boa-fé.

A generalidade dos títulos de crédito comporta uma única ação cambial, que é a cobrança por meio de execução. Em relação ao cheque, o legislador prevê duas; além da execução, cabe também a ação de enriquecimento indevido (LC, art. 61).

A execução do cheque prescreve em 6 meses, a contar do término do prazo de apresentação. É, em princípio, irrelevante a data em que o cheque foi apresentado ao banco sacado, e a de sua devolução. O termo inicial do prazo de prescrição será considerado o fim do prazo de apresentação, inclusive se a apresentação e devolução ocorrem fora desse prazo. Por exemplo, cheque de mesma praça emitido em 2 de março prescreve em 1^º de outubro do mesmo ano. Assim é, se o cheque foi apresentado ao sacado em 5 de março (dentro do prazo de apresentação, portanto) ou em 5 de abril (além do prazo) e independentemente das datas em que o banco restituiu o documento ao credor.

Lembre-se, a propósito, que, para fins cambiais, os dias se contam pelos dias (LU, art. 36). Não é correto, portanto, considerar prescrito o cheque de mesma praça em 7 meses e o de praças diferentes em 8. A exata aplicação da lei impõe a contagem dos 30 ou 60 dias correspondentes ao prazo de apresentação, dia a dia, e, em seguida, a soma de 6 meses ao mês do término do prazo. Em outros termos não se podem contar meses por dias, nem esses por aqueles.

A regra de contagem do prazo prescricional a partir do término do de apresentação comporta exceção unicamente no caso de cheque pós-datado, se apresentado à liquidação antes da data de emissão nele escrita. A aplicação da regra geral, nesse caso, de fato importaria benefício ao credor que descumpriu a obrigação de não fazer assumida perante o emitente — isto é, a de *não* liquidar o cheque antes da data acertada de comum acordo entre eles. Os 6 meses prescricionais, na hipótese de apresentação precipitada de cheque pós-datado, contam-se como se o saque tivesse sido realizado na data da primeira apresentação ao sacado. Desse modo, se cheque de mesma praça, que ostenta o dia 2 de abril como data de emissão, é apresentado ao sacado em 15 de março, deve-se reputar prescrita a execução em 14 de outubro do mesmo ano, último dia em que o credor ainda a pode ajuizar.

As ações cambiais do cheque são duas: a execução, que prescreve nos 6 meses seguintes ao término do prazo de apresentação; e a de enriquecimento indevido, que tem natureza cognitiva e pode ser proposta nos 2 anos seguintes à prescrição da execução.

Nas duas, operam-se os princípios do direito cambiário e, assim, o demandado não pode arguir, na defesa, matéria estranha à sua relação com o demandante.

Prescrita a execução, o portador do cheque sem fundos poderá, nos 2 anos seguintes, promover a ação de enriquecimento indevido contra o emitente, endossantes e avalistas (LC, art. 61). Trata-se de modalidade de ação cambial, de natureza não executiva. O portador do cheque, por meio de processo de conhecimento, pede a condenação judicial de qualquer devedor cambiário no pagamento do valor do título, sob o fundamento de que se operou o enriquecimento indevido. De fato, se o cheque está sem fundos, o demandado locupletou-se sem causa lícita, em prejuízo do demandante, e é essa, em princípio, a matéria de discussão na ação.

Como a ação de enriquecimento indevido é cambial, se o demandante é o endossatário do cheque e o demandado é o emitente, não poderá esse último, na contestação, suscitar matérias pertinentes ao negócio originário do título, matérias que, perante terceiros de boa-fé, não são oponíveis, no regime de direito cambiário. Frise-se, entretanto, que se a demanda é promovida pelo tomador contra o emitente, será lícito ao réu contestar o pleito discutindo a relação jurídica originária do título. Exemplo: se *Antonio* tomou dinheiro emprestado de *Benedito* — agiota que cobra juros usurários —, e procedeu ao pagamento do devido por cheques, que foram regularmente endossados a *Carlos*, terceiro de boa-fé, na ação de *enriquecimento indevido* que o último promover contra aquele não será cabível contestar a pretensão, discutindo a limitação legal dos juros. Mas se o cheque não circulou, na ação de *enriquecimento indevido* que *Benedito* aforar contra *Antonio*, será perfeitamente discutível o excesso de juros.

Após a prescrição das ações cambiais, será ainda possível ao portador do cheque sem fundos promover a ação causal (LC, art. 62), para fins de discutir as obrigações decorrentes da relação originária. Claro que a admissão é condicionada à existência de relação extracambial entre os

litigantes, que é o objeto da lide. No exemplo acima, entre *Carlos e Antonio* não existe nenhuma outra relação jurídica, a não ser o próprio cheque; por essa razão, o primeiro, depois de prescritas as ações cambiais, não é mais titular de qualquer direito contra o segundo. Poderá apenas intentar algum processo contra *Benedito*, para discutir a relação jurídica que havia justificado a transferência do título de crédito (mútuo, responsabilidade civil etc.).

4.2. Encargos do Emitente

O emitente de cheque sem fundos é devedor do valor do cheque, acrescido de juros, desde a data da apresentação ao banco sacado (e não do protesto), correção monetária e reembolso das despesas em que incorreu o credor (LC, art. 52). Desse modo, as taxas que o portador do cheque eventualmente pagou para o seu banco, pelo frustrado serviço de compensação, as custas desembolsadas no cartório de protesto, além das judiciais, são cobráveis do emitente.

4.3. Repressão ao Uso de Cheque sem Fundos

O direito francês, desde 1991, quando a lei despenalizou a conduta de emissão de cheque sem fundos, tem prestigiado um mecanismo administrativo de sanção, chamado “interdição bancária”. De acordo com a sistemática então adotada, os cheques de até 100 F (cem francos) são obrigatoriamente pagos pelos bancos. A lei estabelece a presunção de crédito irrevogável para esses títulos. Em ocorrendo, no entanto, emissão de cheque sem fundos de valor superior, o banco requisita do cliente a restituição dos formulários ainda não utilizados e comunica a ocorrência às demais instituições financeiras em que o emitente possui conta de depósito, para que procedam à mesma requisição (Larguier--Larguier, 1994:147/148).

No Brasil, contudo, em que a teoria do estado mínimo em matéria penal ainda não germinou, tipifica-se como crime de estelionato a emissão de cheques sem a suficiente provisão de fundos (CP, art. 171, § 2º, VI). Como estelionato, a conduta apenas é típica se dolosa, fraudulenta e danosa. Quem emite cheque sem fundos, por culpa (por exemplo, por negligenciar no controle do saldo), não incorre em crime, e pode, até o recebimento da denúncia, pagar o cheque e, com isso, obstar a ação penal (Súmula 554 do

STF: “o pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal”). No mesmo diapasão, quem age sem fraude na emissão de cheques sem fundos não comete estelionato nem outro crime. Assim, no caso de emissão de cheque sem fundos *pós-datado*, entende-se não existir crime pela ausência de indução do tomador em erro (Súmula 246 do STF: “comprovado não ter havido fraude, não se configura o crime de emissão de cheques sem fundos”). Por fim, se a emissão do título não importou prejuízo patrimonial ao credor, também não se caracteriza o ilícito penal. O pagamento de aluguel por cheque sem fundos não é crime porque o locador, antes e depois do recebimento do título, conserva rigorosamente o mesmo direito, representado pelo crédito do locativo. Quem paga duplicata com cheque sem fundos não comete crime porque o credor continua titularizando os mesmos direitos creditícios, após o pagamento. Há conduta típica na hipótese, por exemplo, de aquisição de bem, por meio de cheque sem fundos: o vendedor sofre o prejuízo patrimonial porque a propriedade da coisa se transmitiu ao emitente, pela tradição.

A emissão de cheque sem fundos é punida, no Brasil, como crime. Além disso, o emitente está sujeito a sanções de natureza administrativa.

No âmbito administrativo, cabe ao Banco Central disciplinar a repressão ao uso do cheque sem fundos. A sistemática vigente prevê, em suma, duas sanções: a inscrição no CCF (Cadastro de Emitentes de Cheques Sem Fundos) e o pagamento da taxa do Serviço de Compensação de Cheques e Outros Papéis. A primeira é aplicável na segunda devolução do mesmo cheque, e dela decorre a rescisão do contrato de depósito bancário e a proibição para novos contratos desse gênero, com qualquer banco (exceto se a conta se destina ao recebimento de salário, a ser movimentada unicamente por cheques avulsos).

A segunda sanção se aplica a cada devolução do cheque sem fundos. Ela é conhecida, na praxe bancária, como “multa”, mas, em termos precisos e

jurídicos, representa a perda da gratuidade do serviço de compensação. De fato, as instituições financeiras põem à disposição dos correntistas o serviço de compensação de cheque e outros papéis, que permite a liquidação dos títulos por meio do *depósito em conta*. O credor do cheque (não cruzado), ao invés de se dirigir à agência pagadora para receber o numerário correspondente, entrega-o ao banco no qual mantém contrato de depósito e ele se encarrega do recebimento do valor junto ao sacado. O serviço tem sido gratuito para os cheques *com fundo*, mas deve ser pago na hipótese de insuficiência de fundos. A tarifação da compensação frustrada por falta de provisão é expressamente autorizada pelo Banco Central, como medida repressora dos cheques sem fundos (Res. 1.682/90). Note-se que a taxa do serviço de compensação pode ser cobrada tanto do emitente do cheque, como do apresentante, que preferiu se utilizar dos serviços prestados pelo seu banco a se deslocar até a agência pagadora do banco sacado, ganhando com isso tempo e segurança na operação.

Capítulo 14

DUPLICATA

1. INTRODUÇÃO

A duplicata é título de crédito criado pelo direito brasileiro. Sua origem se encontra no Código Comercial de 1850, que impunha aos comerciantes atacadistas, na venda aos retalhistas, a emissão da *fatura* ou *conta* — isto é, a relação por escrito das mercadorias entregues. O instrumento devia ser emitido em duas vias (“por duplicado”, dizia a lei), as quais, assinadas pelas partes, ficariam uma em poder do comprador, e outra do vendedor. A conta assinada pelo comprador, por sua vez, era equiparada aos títulos de crédito, inclusive para fins de cobrança judicial. A sistemática do Código, no entanto, parece não ter sido largamente aplicada, havendo quem atribua a ineficácia da norma à honestidade no cumprimento das obrigações, que existiria no passado entre comerciantes (Borges, 1971:204). Não se deve, contudo, esquecer que o baixo grau de alfabetização no Brasil da era imperial deve ter contribuído para a informalidade das transações, ou seja, para a impossibilidade de disseminação da prática de documentação escrita das obrigações contratadas.

Com a legislação cambiária de 1908, foi revogada a norma que atribuía à conta assinada os efeitos de título de crédito, permanecendo em vigor, mas ainda ineficaz, a obrigatoriedade da fatura em duas vias, nas operações entre comerciantes. Anota a doutrina, também, que o comércio resistiu à adoção da letra de câmbio e da nota promissória (Requião, 1971, 2:438), continuando, ao que tudo indica, a prevalecer a informalidade nas transações. A sistemática criada pelos elaboradores do Código Comercial de 1850 somente foi resgatada, para atender a necessidade de ordem fiscal. Em 1915, o governo tentou tornar obrigatória a emissão das faturas, para fins de controlar a incidência do *imposto do selo*. Nos anos 1920, o I Congresso das Associações Comerciais sugeriu a criação, por lei, de um título — a

“duplicata da fatura” — que atendesse às exigências do fisco e possibilitasse a circulação do crédito. A ideia concretizou-se em lei na década seguinte, quando o comércio passou a se utilizar do novo título.

A duplicata é título de crédito criado pelo direito brasileiro. À sua larga utilização deve-se a quase inexistência da letra de câmbio no comércio nacional.

A duplicata, assim, é título nascido como instrumento de controle de incidência de tributos. Os comerciantes, ao realizarem operações de venda, estavam obrigados a emitir a duplicata e, ao assiná-las, deveriam inutilizar estampilhas previamente adquiridas nas repartições fiscais (colando-as no título e lançando sobre elas a assinatura). Provavelmente deve-se à ligação com o procedimento tributário a vulgarização do instituto e o larguíssimo uso da duplicata entre os comerciantes, no Brasil. De fato, e ao contrário do que se verifica nos países aos quais nosso direito tradicionalmente se vincula, as letras de câmbio e notas promissórias têm presença insignificante, na documentação do crédito comercial nas operações de comércio nacional, graças à intensa utilização do título *príncipe do direito brasileiro* (assim o chamou Tullio Ascarelli; Martins, 1980:174).

No fim dos anos 1960, já completamente extinta a vetusta prática de controle de incidência de tributos por inutilização de estampilhas, a disciplina jurídica da duplicata passou por nova mudança, com a edição da Lei n. 5.474/68 (LD) e do Decreto-Lei n. 436/69, que a alterou parcialmente. A partir de então, o título passa a ter funções de exclusiva natureza comercial, relacionadas à constituição, circulação e cobrança do crédito nascido de operações mercantis ou de contratos de prestação de serviços, desvincilhando-se dos aspectos fiscais que o cercavam.

A diferença essencial entre a letra de câmbio e a duplicata reside no regime aplicável ao *aceite*. De fato, enquanto o ato de vinculação do sacado à cambial é sempre facultativo (quer dizer, mesmo que devedor, o sacado não se encontra obrigado a documentar sua dívida pela letra), no título brasileiro, a sua vinculação é obrigatória (ou seja, o sacado, quando

devedor do sacador, se obriga ao pagamento da duplicata, ainda que não a assine). É irresistível tentar relacionar o regime jurídico do aceite da duplicata e alguns traços próprios da cultura brasileira: numa terra em que muitos não consideram imoral ou vexatório o inadimplemento de dívidas, o crédito não poderia ser documentado em título de eficácia condicionada a formalidades do devedor. De qualquer forma, é a figura do aceite *obrigatório* — e não a causa ligada a operações mercantis, como entende parte da doutrina (cf. Zortéa, 1983) — a particularidade característica da invenção jurídica nacional. Nesse sentido, somente se pode reputar produto da influência do direito brasileiro o título de crédito que, a exemplo da *factura conformada* argentina, comporta execução mesmo sem a assinatura do devedor. O *extracto de fatura* português, a desusada *facture protestable*, que o direito francês criou em 1967 e aboliu em 1981, e a *trade acceptance* norte-americana não podem, por tal motivo, ser entendidos como expansão do título brasileiro.

Por outro lado, é sobretudo importante registrar que a nossa lei da década de 1960, ao aprimorar a disciplina de institutos típicos da duplicata, como o aceite obrigatório (LD, art. 8º), o protesto por indicações (LD, art. 13, § 1º) e a execução do título não assinado (LD, art. 15, I), acabou criando — sem o querer, evidentemente — as condições necessárias ao desenvolvimento dos meios informatizados de registro, circulação e cobrança do crédito. Nos outros países, a desmaterialização dos títulos de crédito exigem mudanças no direito positivo. No Brasil, graças à duplicata e ao seu regime jurídico específico, tais mudanças são por tudo desnecessárias, porque o arcabouço jurídico do título é plenamente compatível com a nova realidade do registro do crédito comercial.

São duas as duplicatas: a mercantil e a de prestação de serviços. Por razões de ordem exclusivamente didáticas, tratarei, a partir de agora, apenas da primeira. Da duplicata de prestação de serviços cuido no item 6, juntamente com a *conta de serviços*.

2. CAUSALIDADE DA DUPLICATA MERCANTIL

A duplicata mercantil é título causal, no sentido de que a sua emissão somente se pode dar para a documentação de crédito nascido de compra e venda mercantil. A consequência imediata da causalidade é, portanto, a insubsistência da duplicata originada de ato ou negócio jurídico diverso. Assim, se o mutuante saca duplicata, para representar crédito concedido ao mutuário, o documento não pode ser tratado como tal, malgrado atender aos requisitos formais da lei. Outro exemplo: se o locador de veículos emite duplicata para cobrar o devido pelo locatário, o ato extrapola a autorização da lei, que não alcança a atividade de locação. Claro que, sendo endossado a terceiro de boa-fé, em razão do regime cambiário aplicável à circulação do título (LD, art. 25), a falta de causa legítima não poderá ser oposta pelo sacado perante o endossatário. A ineficácia do título como duplicata, em função da irregularidade do saque, somente pode ser invocada contra o sacador, o endossatário-mandatário ou terceiros de má-fé (quer dizer, os que conhecem o vício na emissão do título).

Da causalidade da duplicata, note-se bem, não é correto concluir qualquer limitação ou outra característica atinente à negociação do crédito registrado pelo título. A duplicata mercantil circula como qualquer outro título de crédito, sujeita ao regime do direito cambiário. Isso significa, em concreto, que ela comporta endosso, que o endossante responde pela solvência do devedor, que o executado não pode opor contra terceiros de boa-fé exceções pessoais, que as obrigações dos avalistas são autônomas em relação às dos avalizados etc. Não é jurídico pretender vinculação entre a duplicata e a compra e venda mercantil, que lhe deu ensejo, *maior* do que a existente entre a letra de câmbio, a nota promissória ou o cheque e as respectivas relações originárias. Pontes de Miranda (1956, 36:16) e até mesmo Tullio Ascarelli (1946) se preocupam, especialmente, em esclarecer a questão: a circulação da duplicata se opera segundo o princípio da abstração.

A duplicata mercantil é título causal no sentido de que a sua emissão somente pode ocorrer na hipótese autorizada pela lei: a documentação de crédito nascido da compra e venda mercantil.

No Brasil, o comerciante somente pode emitir a duplicata para documentar o crédito nascido da compra e venda mercantil. A lei proíbe qualquer outro título *sacado* pelo vendedor das mercadorias (LD, art. 2º), em dispositivo que exclui apenas a juridicidade da letra de câmbio. Com efeito, a nota promissória e o cheque pós-datado são plenamente admissíveis, no registro do crédito oriundo de compra e venda mercantil, porque são sacados pelo comprador, escapando assim à proibição da lei.

Até 1968, a emissão da duplicata era obrigatória nas operações a prazo. Hoje vigora a facultatividade. Em nenhuma situação, o comerciante tem dever de sacá-la, mesmo quando costuma se utilizar do título, para os negócios em geral. Desse modo, e considerando-se a proibição de saque de qualquer outro documento cambiário, pode-se dizer que o comerciante tem duas opções: emitir a duplicata ou não emitir título nenhum. De se notar, também, que a lei impõe ao empresário que opta pelo saque da duplicata o dever de escriturar um livro obrigatório, o *Livro de Registro de Duplicatas* (LD, art. 19). A falência de emitente do título, sem a devida escrituração, caracteriza crime falimentar (LF, art. 178), mesmo quando o sacador é microempresário ou empresário de pequeno porte.

O Código Penal, até 1990, para proteger o crédito comercial e reprimir o uso de títulos simulados para obtenção de financiamento bancário, considerava crime a emissão e o aceite de duplicata não correspondente a efetiva compra e venda mercantil ou prestação de serviços. A mudança na redação do tipo do art. 172, operada pela Lei n. 8.137/90, porém, substituiu o bem jurídico protegido. A partir dela, crime passou a ser expedir duplicata *em desacordo com a mercadoria vendida*. Desse modo, a tutela penal redirecionou-se, para amparar não mais o crédito, e sim os consumidores. Emitir duplicata sem causa, desde então, não é mais conduta típica (Coelho, 1996).

3. ACEITE DA DUPLICATA MERCANTIL

De acordo com a sistemática prevista pela lei — que, hoje, se encontra parcialmente em desuso —, o comerciante, ao realizar qualquer venda de mercadorias, deve extrair a *fatura* ou a *nota fiscal-fatura*. Nos dois casos, ele elabora documento escrito e numerado, em que discrimina as mercadorias vendidas, informando quantidade, preço unitário e total. A duplicata será emitida com base nesse instrumento. Para o direito comercial, é irrelevante se o documento básico será a *fatura* ou a *nota fiscal-fatura*, servindo ambas à finalidade de preparar a criação da duplicata. Diferenças há, entre uma e outra forma, apenas para o direito tributário. Esse procedimento deve ser adotado, tanto para as vendas à vista, como a prazo (LD, arts. 1º e 3º, § 2º).

Emitida a fatura, no mesmo ato poderá ser extraída a duplicata, obedecido o padrão fixado pelo Conselho Monetário Nacional (LD, art. 27; Res. BC n. 102/68) e atendidos os seguintes elementos: *a*) a denominação “duplicata” e a cláusula “à ordem”, autorizando a circulação do título por endosso; *b*) data de emissão, que deve ser igual à da fatura; *c*) os números da fatura e da duplicata, que podem ou não coincidir tendo em vista a obrigatoriedade da primeira e a facultatividade da segunda; *d*) data de vencimento ou cláusula à vista, sendo vedadas as modalidades de vencimento *a certo termo*; *e*) nome e domicílio do vendedor (sacador); *f*) nome, domicílio e número de inscrição no Cadastro de Contribuintes do comprador (sacado); *g*) importância a pagar, em algarismos e por extenso; *h*) local de pagamento; *i*) declaração de concordância, para ser assinada pelo sacado; *j*) assinatura do sacador (LD, art. 2º, § 1º).

Nos 30 dias seguintes à emissão, o sacador deve remeter a duplicata ao sacado. Se o título é emitido à vista, o comprador, ao recebê-lo, deve proceder ao pagamento da importância devida; se a prazo, ele deve assinar a duplicata, no campo próprio para o aceite, e restituí-la ao sacador, em 10 dias. Isto, por evidente, se não existirem motivos para a recusa do aceite, hipótese em que a duplicata é devolvida ao vendedor acompanhada da exposição deles (LD, art. 7º e § 1º).

Ressalte-se, contudo, que a recusa do aceite da duplicata não pode ocorrer por simples vontade do sacado. Quem recebe, como destinatário da ordem de pagamento, uma letra de câmbio para aceite, pode recusar-se a assumir a obrigação cambial, ainda que o emitente do título seja seu

incontestável credor. Quer dizer, o sacado da letra de câmbio pode negar-se a documentar sua dívida por título de circulação cambial, simplesmente porque não quer se ver obrigado perante terceiros de boa-fé. A mesma prerrogativa não é dada ao destinatário da duplicata, já que circunscreve a lei as hipóteses únicas em que a recusa do aceite é admissível. Fora delas a vinculação do sacado ao título de crédito independe de sua vontade, posto que previamente definida pelo direito.

Dispõe o art. 8º da lei das duplicatas que a recusa só pode ocorrer nos seguintes casos: *a)* avaria ou não recebimento das mercadorias, quando transportadas por conta e risco do vendedor; *b)* vícios, defeitos e diferenças na qualidade ou na quantidade; *c)* divergência nos prazos ou preços combinados. Em suma, se o comprador das mercadorias é devedor do preço correspondente — porque o vendedor cumpriu com as suas obrigações, na execução do contrato de compra e venda —, então ele não pode se recusar a ver sua dívida documentada por um título de efeitos cambiários, a duplicata.

O aceite da duplicata é obrigatório porque, se não há motivos para a recusa das mercadorias enviadas pelo sacador, o sacado se encontra vinculado ao pagamento do título, mesmo que não o assine.

Aceite obrigatório, portanto, não é o mesmo que irrecusável. Quando o vendedor não cumpriu satisfatoriamente suas obrigações, o comprador pode se exonerar do cumprimento das suas. A recusa do aceite cabe nessa situação. Mas, se houve satisfatória execução do contrato pelo vendedor, a *emissão* da duplicata é suficiente para vincular o comprador ao seu pagamento, dispensando-se a sua assinatura no título, para a formalização do aceite.

Em razão da obrigatoriedade do ato de vinculação do sacado à duplicata, podem-se dividir, em relação a esse título, três modalidades de aceite: ordinário, por presunção e por comunicação.

A primeira espécie de aceite da duplicata (ordinário) resulta da assinatura do devedor no campo próprio do documento, isto é, no canto

esquerdo inferior do título, segundo o padrão do CMN. Essa forma de vincular o sacado ao pagamento da duplicata somente cabe na hipótese de utilização do suporte papel. Se a duplicata é emitida em meio eletrônico, não é materializável a assinatura de próprio punho.

A duplicata que ostenta o aceite ordinário torna-se título de crédito sem nenhuma especificidade. Aplicam-se-lhe integralmente, nesse caso, as regras do direito cambiário, inclusive no tocante à facultatividade do protesto contra o devedor principal e responsabilidade dos codevedores. Ou seja, a duplicata com aceite ordinário é título executivo extrajudicial contra o sacado e seu avalista, independentemente de se encontrar protestada, ou não (LD, art. 15, I).

Na execução de duplicata com aceite ordinário, justificam-se maiores cautelas na constatação de sua causa. Como atualmente o crédito comercial é registrado em meio eletrônico, na maioria das vezes, torna-se inusual a assinatura da duplicata pelo devedor para obrigar-se por crédito oriundo de compra e venda mercantil. Assim, os embargos do aceitante, no sentido de se tratar a duplicata excutida de documento simulado, assinado sob coação, para assegurar o recebimento de juros usurários, devem ser cuidadosamente apreciados pelo juiz, porque são, com muita chance, verdadeiros.

O aceite por presunção decorre do recebimento das mercadorias pelo comprador, quando inexistente recusa formal. Trata-se da forma mais corriqueira de se vincular o sacado ao pagamento da duplicata. Caracteriza-se o aceite presumido, mesmo que o comprador tenha retido ou inutilizado a duplicata, ou a tenha restituído sem assinatura. Desde que recebidas as mercadorias, sem a manifestação formal de recusa, é o comprador devedor cambiário, independentemente da atitude que adota em relação ao documento que lhe foi enviado.

Com a utilização do meio eletrônico para fins de registro do crédito, o aceite por presunção tende a substituir definitivamente o ordinário, até mesmo porque a duplicata não se materializa mais num documento escrito, passível de remessa ao comprador.

Por fim, cabe mencionar-se o aceite por comunicação, introduzido em 1968. Essa modalidade é, das três, a menos usual, de existência praticamente nenhuma. Opera-se — desde que a instituição financeira descontadora, mandatária ou caucionada o autorize — mediante a retenção da duplicata

pelo comprador e envio de comunicação escrita ao vendedor, transmitindo seu aceite. O instrumento da comunicação, necessariamente em suporte papel, pode ser carta, telegrama ou telecópia (*fax*), não se admitindo mensagens transmitidas e arquivadas em meio eletrônico (*E-mail*). O documento, em que o comprador comunicou ao vendedor o aceite, substitui a duplicata para fins de protesto e execução (LD, art. 7º, § 2º). A figura está condenada à breve extinção, na medida em que se choca de frente com o processo de despapelização do registro do crédito.

4. PROTESTO DA DUPLICATA MERCANTIL

A duplicata, diz a lei, é protestável por falta de aceite, devolução ou pagamento (LD, art. 13). Na verdade, o título de crédito comporta protesto único, que será de uma dessas categorias, de acordo com a circunstância em que for efetivado. Em outros termos, a duplicata recusada, retida e impaga será protestada uma só vez; pouco importa o tipo de protesto, porque os seus efeitos são idênticos, em qualquer hipótese.

Assim, se o credor encaminha a cartório a duplicata sem a assinatura do devedor, antes do vencimento, o protesto será por falta de *aceite*. Se encaminha a triplicata não assinada ou as indicações relativas à duplicata retida, também antes do vencimento, o protesto será tirado por falta de *devolução*. Finalmente, se encaminha a duplicata ou triplicata, assinadas ou não, ou apresenta as indicações da duplicata, depois de vencido o título, o protesto será necessariamente por falta de *pagamento* (Lei n. 9.492/97, art. 21, §§ 1º e 2º). São as circunstâncias em que o título é apresentado ao cartório que definem a natureza do protesto.

O lugar do pagamento é também o do protesto (LD, art. 13, § 3º). Os cartórios devem, por isso, recusar a protocolização quando verificada — no exame formal prévio, de caráter indispensável — a discrepância entre a base territorial de sua competência e o constante na duplicata. Caso protocolizem o título e realizem o protesto, responderão por perdas e danos, se o credor não conseguir executá-lo contra o sacado, endossante ou avalista (Lei n. 9.492/97, art. 33).

O protesto deve ser providenciado, pelo credor, no prazo de 30 dias, seguintes ao vencimento da duplicata, sob pena de perda do direito creditício contra os codevedores do título e seus avalistas (LD, art. 13, § 4º). Deve-se, entretanto, evitar, em relação à duplicata mercantil, a classificação do protesto em necessário ou facultativo, para fins de conservação do direito cambiário, porque ela somente tem pertinência quando praticado o aceite ordinário ou por comunicação. Se o aceite é presumido, o protesto é indispensável (LD, art. 15, II).

4.1. Protesto por Indicações

A retenção da duplicata pelo comprador impede, por óbvio, a sua apresentação pelo vendedor ao cartório de protesto. Para a efetivação do ato formal, nesse caso, a lei admite que o credor indique ao cartório os elementos que identificam a duplicata em mãos do sacado. A partir dos dados escriturados no *Livro de Registro de Duplicatas*, que o emitente desse título é obrigado a possuir, extrai-se boleto, com todas as informações exigidas para o protesto (nome e domicílio do devedor, valor do título, número da fatura e da duplicata etc.). Esse boleto é enviado ao cartório para processamento do protesto.

Se o sacador desvirtua as indicações da duplicata, aumentando o seu valor por exemplo, ele responderá pelos danos decorrentes. Não se esqueça que o protesto é ato praticado pelo credor, e o cartório apenas o reduz a termo, após a observância das formalidades legais.

O protesto da duplicata pode ser feito, em qualquer caso, mediante simples indicações do credor, dispensada a exibição do título ao cartório.

Com a desmaterialização do título de crédito, tornaram-se as indicações a forma mais comum de protesto. A duplicata, hoje em dia, não é documentada em meio papel. O registro dos elementos que a caracterizam é feito exclusivamente em meio eletrônico e assim são enviados ao banco, para fins de desconto, caução ou cobrança. O banco, por sua vez, expede um papel,

denominado “guia de compensação”, que permite ao sacado honrar a obrigação em qualquer agência, de qualquer instituição no país. Se não ocorrer o pagamento, atendendo às instruções do sacador, o próprio banco remete, ainda em meio eletrônico, ao cartório, as indicações para o protesto (nas comarcas mais bem aparelhadas). Com base nessas informações, opera-se a expedição da intimação do devedor. Se não for realizado o pagamento no prazo, emite-se *o instrumento de protesto por indicações*, em meio papel. De posse desse documento, e do comprovante da entrega das mercadorias, o credor poderá executar o devedor. Ou seja, a duplicata em suporte papel é plenamente dispensável, para a documentação, circulação e cobrança do crédito, no direito brasileiro, em virtude exatamente do instituto do protesto por indicações.

4.2. Triplicata

As indicações, conforme acentuado no subitem anterior, correspondem à forma mais utilizada, hoje em dia, para protesto da duplicata. Mas ainda ocorre de o comerciante expedir, na retenção da duplicata, uma triplicata, para envio ao cartório. Trata-se não de novo título, mas apenas da segunda via da duplicata, extraída a partir dos dados escriturados no livro próprio.

A rigor, a lei autoriza o saque da triplicata apenas nas hipóteses de perda ou extravio (LD, art. 23). Mas embora a retenção da duplicata não corresponda a nenhuma das situações previstas legalmente, não existe prejuízo para as partes na emissão da triplicata também nesse caso. Em outros termos, na medida em que o credor pode remeter ao cartório de protesto o boleto com as indicações que individualizam a duplicata retida, também se admite que a triplicata veicule tais informações, tendo em conta inclusive que a fonte é a mesma: a escrituração mercantil do vendedor.

5. EXECUÇÃO DA DUPLICATA MERCANTIL

A duplicata constitui-se título executivo extrajudicial (CPC, art. 585, I). Em alguns casos, contudo, ela se reveste de natureza complexa, isto é, depende a sua executividade da reunião de mais de um instrumento. O tema

deve ser analisado de acordo com o devedor contra o qual se direciona a execução.

Para a cobrança do sacado, o devedor principal da duplicata, importa identificar o tipo de aceite praticado. A complexidade do título executivo é função, no caso, do ato que vinculou o executado à obrigação cambial. Quer dizer, se a duplicata ostenta o aceite ordinário (a assinatura do sacado), a sua exibição é suficiente para o ajuizamento da execução, não se exigindo o protesto. O mesmo critério é adotado, na hipótese de o aceite ordinário ter sido lançado na triplicata (LD, art. 15, I). Mas se o aceite é presumido, o título executivo se constitui pela duplicata (ou triplicata) protestada (ou pelo instrumento de protesto por indicações), acompanhada do comprovante do recebimento das mercadorias (LD, art. 15, II).

Quer dizer, se o sacado restituiu ao sacador a duplicata assinada, basta esse documento para o ingresso da execução. Se o sacado a devolveu sem a assinatura, a execução depende de 3 documentos: a duplicata, o instrumento de protesto e o comprovante do recebimento das mercadorias. Se reteve a duplicata, e o sacador optou pela emissão da triplicata, a execução depende das mesmas condições, isto é, da exibição da triplicata, do instrumento do seu protesto e da prova do recebimento das mercadorias. Finalmente, se, diante da retenção da duplicata, procedeu o sacador ao protesto por indicações, o título executivo será composto por 2 documentos: o instrumento de protesto por indicações e o comprovante da entrega das mercadorias.

A propósito dessa última hipótese, prevista no art. 15, § 2º, da LD, deve-se criticar a exigência, feita por alguns juízes, de exibição da duplicata, mesmo quando o protesto se efetivou por indicações do credor. Na verdade, trata-se de mera formalidade, por tudo dispensável. A emissão da duplicata em papel, apenas para ser juntada aos autos da execução, quando já apresentado o instrumento de protesto por indicações e o comprovante do recebimento das mercadorias, não tem nenhum sentido. Claro que os comerciantes, frente à exigência, têm optado por expedir o documento escrito unilateral — que nada lhes custa — a orientar seus advogados no sentido de discutirem a juridicidade do despacho judicial.

A execução da duplicata contra o sacado depende da modalidade de aceite praticado. Se ordinário, basta a exibição do título; se presumido, é necessário o protesto e a comprovação da entrega das mercadorias.

Se a execução se dirige contra o avalista do sacado, o credor deve exhibir o título (duplicata ou triplicata) de que consta o aval, sendo dispensável o protesto. Por fim, se o executado é endossante ou avalista de endossante, o título executivo se constitui também com a exibição do título (duplicata ou triplicata), em que foi praticado o ato cambiário de endosso ou aval, acompanhado do instrumento de protesto que ateste a protocolização no cartório, antes de transcorridos mais de 30 dias do vencimento. Nesse caso, vige o disposto no art. 13, § 4º, da LD, que condiciona o exercício do direito creditício, mencionado na duplicata, à efetivação do protesto no prazo legal apenas contra “endossantes e respectivos avalistas”. Quer dizer, contra o avalista do sacado, o protesto não é condição de executividade da duplicata ou triplicata.

Prescreve a execução da duplicata em 3 anos, a contar do vencimento, contra o sacado e seu avalista; em 1 ano, contado do protesto, contra os endossantes e seus avalistas; e em 1 ano, a partir do pagamento, para o exercício de direito de regresso contra codevedor (LD, art. 18).

5.1. Juros e Correção Monetária

Ao contrário do que se verifica com os demais títulos de crédito próprios, os juros, em relação à duplicata, não incidem a partir do vencimento, mas sim do protesto do título. O art. 40 da Lei n. 9.492/97, em incompreensível descompasso com o princípio do *dies interpellat pro homine*, estabeleceu que “não havendo prazo assinalado, a data do registro do protesto é o termo inicial de incidência de juros”. O dispositivo não se aplica à letra de câmbio e à nota promissória, porque o art. 48 da LU assegura ao credor o direito aos juros desde o vencimento do título; e não se aplica ao cheque, já que o art. 52, II, da LC refere-se à data da apresentação ao sacado como o início da sua fluência. Porém, como não há, na lei, nenhum prazo assinalado para o cômputo dos juros da duplicata, vigora o critério geral de incidência a partir

do protesto. Não é essa a sistemática ideal, posto inexistirem razões plausíveis para a distinção.

Em relação à correção monetária, a solução é diferente. Embora o dispositivo acima (Lei n. 9.492/97, art. 40) também condicione ao protesto o início da incidência da atualização, ele não é aplicável aos títulos executivos. Para esses, há disposição legal assinalando o vencimento do título como termo inicial da correção da expressão monetária do devido (Lei n. 6.899/81). A duplicata, como título executivo extrajudicial, deve ter o seu valor corrigido integralmente, a partir do vencimento, quando objeto de cobrança judicial.

5.2. Executividade da Duplicata em Meio Eletrônico

O registro do crédito em meio eletrônico (processo que se chama, às vezes, desmaterialização dos títulos de crédito, numa referência ao abandono do papel como suporte) tem despertado diversas questões para o direito cambiário. Algumas essenciais, em que a própria sobrevivência do regime jurídico, ou pelo menos de seus princípios da cartularidade e literalidade, é posta em dúvida (Cap. 10; cf. Abrão, 1975; Frontini, 1996).

Outra ordem de questões despertada pela desmaterialização dos títulos de crédito diz respeito às alterações, no ordenamento jurídico, necessárias à disciplina da nova realidade. O direito francês talvez tenha sido o primeiro a se preocupar com o assunto, em 1965, quando a Comissão *Gilet* formulou proposta de modernização do sistema de desconto de créditos comerciais, que tentou reunir a agilidade do processamento eletrônico de dados com a segurança do direito cambiário, por meio de instrumentos como a fatura protestável. O sistema, implantado em 1967, foi aperfeiçoado com a introdução, em 1973, da cambial-extrato (*lettre de change-relevé*), sacáveis em suporte papel ou em meio eletrônico (Ripert-Roblot, 1947, 2:136/137). Newton de Lucca, pioneiro do tratamento do tema na doutrina brasileira, propugnou pela edição de disciplina legal da *duplicata-extrato*, com o aproveitamento da experiência francesa (1985).

A questão que proponho aqui, no entanto, é diversa. Para mim, o direito positivo brasileiro, graças à extraordinária invenção da duplicata, encontra-se suficientemente aparelhado para, *sem alteração legislativa*, conferir

executividade ao crédito registrado e negociado apenas em suporte eletrônico.

Precisem-se bem os termos da proposição: o processo judicial, embora já autorizada sua digitalização pela Lei n. 11.419/2006, ainda costuma ser, na Justiça Cível, totalmente papelizado, ou seja, desenvolve-se apenas em suporte papel. Os autos materializam o processo pela reunião cronológica e formal de petições, documentos, decisões e outros escritos. Assim, o título executivo será forçosamente exibido em juízo como documento ou documentos em suporte papel, não há outro jeito. Para a execução de título eletrônico, desmaterializado, será necessária a alteração legislativa, com certeza. O direito em vigor dá sustentação, contudo, à execução da duplicata eletrônica, porque não exige especificamente a sua exibição em papel, como requisito para liberar a prestação jurisdicional satisfativa. Institutos assentes no direito cambiário nacional, como são o aceite por presunção, o protesto por indicações e a execução da duplicata não assinada, permitem que o empresário, no Brasil, possa informatizar por completo a administração do crédito concedido.

Ao admitir o pagamento a prazo de uma venda, o empresário não precisa registrar em papel o crédito concedido; pode fazê-lo exclusivamente na fita magnética de seu microcomputador. A constituição do crédito cambiário, por meio do saque da duplicata eletrônica, se reveste, assim, de plena juridicidade. Na verdade, o único instrumento que, pelas normas vigentes, deverá ser suportado em papel, nesse momento, é o *Livro de Registro de Duplicatas*. A sua falta, contudo, só traz maiores consequências jurídicas, caso decretada a falência do empresário. No cotidiano da empresa, portanto, não representa providência inadiável.

O crédito registrado em meio eletrônico será descontado junto ao banco, muitas vezes em tempo real, também sem a necessidade de papelização. Pela internet, os dados são remetidos aos computadores da instituição financeira, que credita — abatidos os juros contratados — o seu valor na conta de depósito do empresário. Nesse momento, expede-se a guia de compensação bancária que, por correio, é remetida ao devedor da duplicata eletrônica. De posse desse boleto, o sacado procede ao pagamento da dívida, em qualquer agência de qualquer banco no país. Em alguns casos, quando o devedor tem o seu microcomputador interligado ao sistema da instituição descontadora, já

se dispensa a papelização da guia, realizando-se o pagamento por transferência bancária eletrônica.

Se a obrigação não é cumprida no vencimento, os dados pertinentes à duplicata eletrônica seguem, em meio eletrônico, ao cartório de protesto (Lei n. 9.492/97, art. 8º, parágrafo único). Trata-se do protesto por indicações, instituto típico do direito cambiário brasileiro, criado inicialmente para tutelar os interesses do sacador, na hipótese de retenção indevida da duplicata pelo sacado. Não há, na lei, nenhuma obrigatoriedade do papel como veículo de transmissão das indicações para o protesto, de modo que também é plenamente jurídica a utilização dos meios informáticos para a realizar.

O instrumento de protesto da duplicata, realizado por indicações, quando acompanhado do comprovante da entrega das mercadorias, é título executivo extrajudicial. É inteiramente dispensável a exibição da duplicata, para aparelhar a execução, quando o protesto é feito por indicações do credor (LD, art. 15, § 2º). O registro eletrônico do título, portanto, é amparado no direito em vigor, posto que o empresário tem plenas condições para o protestar e executar. Em juízo, basta a apresentação de dois *papéis*: o instrumento de protesto por indicações e o comprovante da entrega das mercadorias.

A duplicata é título executivo extrajudicial, mesmo que seu suporte seja exclusivamente meios informatizados.

Mas a completa despapelização da administração do crédito concedido pressupõe mais uma providência: a eliminação do comprovante da entrega das mercadorias *em suporte papel*. De fato, a racionalização dos procedimentos exige também o registro da entrega em meio eletrônico, e isso desperta mais uma questão para a doutrina do direito comercial: perde executividade a duplicata eletrônica protestada por indicações, se a prova da entrega das mercadorias é feita por relatórios (em papel) produzidos por sistemas eletrônicos de registro do seu recebimento pelo comprador?

Penso que é esta uma questão de fato, a ser resolvida em embargos, caso questionada a validade da prova da entrega das mercadorias.

Em outros termos, o vendedor pode desenvolver sistema informatizado, *contratando* com seus compradores, antes de vender as mercadorias, a possibilidade de utilização de “assinatura eletrônica”. O emprego das chaves públicas validadas pela ICP-Brasil, com base na criptografia assimétrica, garante que determinado registro eletrônico somente pode ser feito se certa pessoa, a única a conhecer senhas e códigos próprios, manifestou a vontade de o gerar. Quer dizer, é possível a emissão de relatórios pelo sistema do vendedor que pressupõem um específico ato de vontade do comprador.

É jurídica, portanto, a execução de duplicata eletrônica (isto é, nunca papelizada), com a exibição em juízo do instrumento de protesto por indicações e do relatório do sistema do credor, que comprova o recebimento das mercadorias pelo sacado. A veracidade do relatório pode, ou não, tornar-se matéria controversa, dependendo das alegações dos embargos. Nesse caso, por meio das perícias judiciais competentes, restará esclarecido se o registro eletrônico do recebimento das mercadorias somente poderia ter sido gerado com a necessária manifestação de vontade do comprador, no sentido de que recebera a coisa vendida.

Também pode ser eletrônico o registro do recebimento das mercadorias, servindo o relatório do sistema mantido pelo vendedor de documento para a execução da duplicata eletrônica.

A rigor, está-se diante de questão muito singela. Imagine-se, para o demonstrar, que a petição inicial da execução é instruída pelo instrumento de protesto por indicações, acompanhado do canhoto da nota fiscal, em que o recebimento das mercadorias é firmado por rubrica *ilegível e falsa*. Ora, esses dois papéis seriam já suficientes para o processamento da execução, cabendo ao executado opor a falsificação da assinatura no comprovante da entrega das mercadorias. A falsificação é matéria de prova a ser elucidada

nos embargos, normalmente por perícia. Ora, esse é o mesmo quadro que se verifica na hipótese de exibição de relatório do sistema do vendedor, registrando o recebimento das mercadorias pelo comprador. Quer dizer, ou o comprador, usando de suas senhas e códigos, realmente confirmou o recebimento, ou não. Se resta provado que o sistema do vendedor somente pode expedir relatório, dando conta do recebimento das mercadorias, na hipótese de o comprador ter acionado suas senhas e códigos (isto é, ter “firmado a assinatura eletrônica”), então não há dúvidas de que o documento exibido pelo exequente é hábil para provar o recebimento das mercadorias, para os fins do art. 15, II, *b*, da LD.

Conclui-se, então, que o direito brasileiro, independentemente de qualquer alteração legislativa, já ampara a executividade de duplicata eletrônica, isto é, de título constituído, negociado e protestado exclusivamente em meios eletrônicos.

6. TÍTULOS DE CRÉDITO POR PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

O crédito do prestador de serviços, segundo a sua natureza empresarial ou profissional, pode ser documentado por dois títulos diferentes: a duplicata de prestação de serviços (LD, arts. 20 e 21) e a conta de serviços (LD, art. 22). A duplicata de prestação de serviços pode ser emitida por sociedades empresárias cuja atividade são serviços. A pessoa física também pode emití-la, desde que desenvolva empresarialmente a atividade econômica de fornecedora de serviços ao mercado, mas essa hipótese é raríssima. A conta, por sua vez, é título para os profissionais liberais e prestador de serviços eventuais. Cuida-se de título pouco utilizado, já que o cheque pós-datado o substitui com extraordinárias vantagens.

A duplicata de prestação de serviços está sujeita ao mesmo regime jurídico da duplicata mercantil. Apenas duas especificidades devem ser destacadas: *a*) a causa que autoriza sua emissão não é a compra e venda mercantil, mas a prestação de serviços; *b*) o protesto por indicações depende da apresentação, pelo credor, de documento comprobatório da existência do vínculo contratual e da efetiva prestação dos serviços. Em razão do regime

comum desses títulos, encontra-se a sociedade empresária prestadora de serviços obrigada à escrituração do Livro de Registro de Duplicatas, à emissão da fatura ou nota fiscal-fatura discriminatória dos serviços contratados etc.

Aplicam-se, além disso, as regras sobre aceite, circulação, protesto e execução previstas para a duplicata mercantil. Quer dizer, também a duplicata de prestação de serviços é título de aceite obrigatório, vinculando-se o sacado ao pagamento da cambial, a menos que presente causa justificativa para a recusa. A lei as menciona: *a)* incorrespondência entre o título e os serviços efetivamente prestados; *b)* vícios ou defeitos na qualidade dos serviços; *c)* divergência em prazos ou preços (LD, art. 21). Quando não se verificam tais circunstâncias, o sacado da duplicata de prestação de serviços é devedor do título e expõe-se à execução, mesmo que não o tenha assinado.

Como os regimes são os mesmos, não há dúvidas de que a duplicata de prestação de serviços admite, tal como a mercantil, registro exclusivo em meio eletrônico. Observa-se apenas que os elementos mencionados em lei, para fins de permitir o protesto por indicações (LD, art. 21, § 3º, *in fine*: efetiva prestação dos serviços e do vínculo contratual que a autorizou) podem ser provados por relatórios do sistema do prestador de serviços, cuja geração depende do acionamento, pelo adquirente, de suas senhas e códigos. Aliás, há tempos os empresários, bancos e cartórios de protestos não diferenciam o processamento das informações de um ou outro tipo de duplicata.

A duplicata de prestação de serviços também admite o suporte eletrônico.

A conta de serviços, por sua vez, é título emitido pelo profissional liberal ou pelo prestador de serviços de natureza eventual. Nesse caso, não se exige qualquer escrituração, devendo o credor emitir a conta, discriminando os serviços prestados por sua natureza e valor, além de mencionar a data e o local de pagamento e o vínculo contratual que originou o crédito. Não há

padrão de observância obrigatória, para o documento, que, uma vez emitido, deve ser levado ao Cartório de Títulos e Documentos, para registro e entrega ao adquirente dos serviços. Não realizado o pagamento, o credor pode protestar a conta e executá-la. Constitui título executivo extrajudicial a conta de serviços registrada, enviada ao devedor, protestada e acompanhada de comprovação do vínculo contratual e da efetiva prestação dos serviços (LD, art. 22, § 4º).

Capítulo 15

OUTROS TÍTULOS DE CRÉDITO

1. TÍTULOS DE CRÉDITO IMPRÓPRIOS

Embora os princípios característicos do direito cambiário (cartularidade, literalidade e autonomia das obrigações cambiais) estejam passando por um processo de revisão, provocado em muito pelo desenvolvimento da informática, o certo é que, por enquanto, eles ainda se aplicam aos títulos de crédito. A própria conceituação do instituto gravita em torno deles. Por isso, pode-se afirmar que título de crédito é o documento representativo de obrigação pecuniária sujeito a regime informado por tais princípios. Por outro lado, há alguns instrumentos jurídicos sujeitos a disciplina legal que aproveitam, em parte, os elementos do regime jurídico-cambial. Tais instrumentos não podem ser considerados títulos de crédito exatamente porque a eles não se aplicam, na totalidade, os princípios e normas do direito cambiário. Esses instrumentos são normalmente referidos como “títulos de crédito impróprios”.

Alguns autores adotam conceito mais elástico de título de crédito impróprio, incluindo nessa categoria o cheque, por se tratar de ordem de pagamento à vista, e, portanto, não representar operação de crédito, assim como todos os títulos causais, como as duplicatas. Segundo esse entendimento, apenas a letra de câmbio e a nota promissória seriam, rigorosamente, títulos de crédito “próprios” (Martins, 1972:26/28).

1.1. Categorias de Títulos de Crédito Impróprios

São quatro as categorias dos títulos de crédito impróprios:

a) *Títulos de legitimação*. São títulos que asseguram ao seu portador a prestação de um serviço ou acesso a prêmios em certame promocional ou oficial. Por exemplo: o bilhete do Metrô, passe de ônibus, ingresso de cinema, cupões premiados do tipo “Achou, ganhou”, volante sorteado da

loteria numérica etc. A esses instrumentos se aplicam os princípios da cartularidade (só pode reclamar o serviço ou o prêmio aquele que estiver na posse do título de legitimação), da literalidade (o serviço ou prêmio assegurados pelo título são os previstos no documento e nenhum outro) e da autonomia (se houver vícios na negociação desses títulos, eles não se transmitem aos novos possuidores). Os títulos de legitimação, porém, não são títulos executivos e, por isso, não se enquadram inteiramente na disciplina do regime jurídico cambial; eles não são, em outras palavras, documentos suficientes para o exercício do direito nele mencionado.

Títulos de crédito impróprios são os instrumentos creditícios que se submetem a regime jurídico semelhante ao do direito cambiário, sem sujeitarem-se a todas as normas deste. São quatro suas categorias: títulos de legitimação, de investimento, de financiamento e representativos.

b) Títulos de investimento. Os instrumentos jurídicos dessa categoria de título de crédito impróprio se destinam à captação de recursos pelo emitente. Representam, pode-se dizer, a parcela de um contrato de mútuo celebrado entre o sacador do título e os seus portadores. Para estes últimos, a aquisição do título tem o sentido de um investimento, emprego de capital no desenvolvimento de certa atividade econômica com intuito lucrativo. Entre os títulos de investimento, podem ser lembrados: as letras imobiliárias (Lei n. 4.380/64), emitidas pelos agentes do Sistema Financeiro da Habitação, com vistas à obtenção de recursos para o financiamento da aquisição da casa própria; a letra de câmbio financeira ou cambial financeira (Lei n. 4.728/65), emitida ou aceita por sociedades de fins econômicos, inclusive instituições financeiras; os certificados de depósito bancário (CDB) (Lei n. 4.728/65), emitidos pelos bancos de investimento de natureza privada, para depósitos com prazo superior a 18 meses; o certificado de recebíveis imobiliários (CRI), emitidos pelas companhias securitizadoras de créditos imobiliários (Lei n. 9.514/97, art. 6º); a letra de crédito imobiliário (LCI), emitida por bancos, com lastro em créditos imobiliários (Lei n.

10.931/2004, art. 12); a Letra de Arrendamento Mercantil (LAM), de emissão de sociedades de *leasing* (Lei n. 11.882/2008, art. 2º).

Note-se que existem alguns tipos de títulos com esse perfil econômico (captação e investimento), mas enquadrados em conceito jurídico distinto. São as debêntures emitidas por sociedades anônimas, em geral para obter recursos junto ao mercado aberto de capitais, a custo inferior ao do financiamento bancário. A qualificação jurídica apropriada para as debêntures não tem sido mais a de título de crédito, embora a doutrina antigamente as estudasse como tais. Elas são consideradas espécie de valor mobiliário (Cap. 20, item 2).

c) *Títulos de financiamento.* Há alguns instrumentos cedulares representativos de crédito decorrente de financiamento aberto por uma instituição financeira. Se houver garantia de direito real do pagamento do valor financiado, por parte do mutuário, ela é constituída no próprio título, independentemente de qualquer outro instrumento jurídico. Costumam chamar-se “cédulas de crédito”, quando o pagamento do financiamento a que se referem é garantido por hipoteca ou penhor. Inexistindo garantia de direito real, o título é, comumente, denominado “nota de crédito”.

Os títulos de financiamento não se enquadram, completamente, no regime jurídico-cambial por força de algumas peculiaridades, como a possibilidade de endosso parcial, mas, principalmente, em razão do princípio da cedularidade, estranho ao direito cambiário. Por esse princípio, a constituição dos direitos reais de garantia se faz no próprio instrumento de crédito, na própria cédula. Podem ser destinados ao financiamento da aquisição da casa própria ou de atividade econômica. No primeiro caso encontra-se a “cédula hipotecária” (Dec.-Lei n. 70/66), que os adquirentes de casa pelo SFH outorgam ao agente financeiro. Dos títulos de financiamento de atividade econômica trato mais à frente (item 2.1).

d) *Títulos representativos.* Sob essa denominação costuma-se designar o instrumento jurídico que representa a titularidade de mercadorias custodiadas, vale dizer, que se encontram sob os cuidados de terceiro (não proprietário). Podem tais instrumentos exercer, além dessa função meramente documental, a de título de crédito, na medida em que possibilitam ao proprietário da mercadoria custodiada a negociação dela, sem prejuízo da custódia. Os títulos representativos não se encontram inteiramente

sujeitos ao regime jurídico-cambial, porque possuem finalidade originária diversa da dos títulos de crédito. Estes se destinam a representar obrigação pecuniária; já os títulos representativos têm por objeto mercadorias custodiadas. Somente em caráter secundário é que os títulos representativos podem referir-se a obrigações pecuniárias.

Exemplo típico desse título de crédito é o conhecimento de frete (Dec. n. 19.473/30). Sua emissão cabe às empresas de transporte por água, terra ou ar. A finalidade originária desse instrumento é a prova do recebimento da mercadoria, pela empresa transportadora, e da obrigação que ela assume de entregá-la incólume em certo destino. O conhecimento de frete tem, no entanto, função subsidiária, na medida em que possibilita ao depositante, proprietário da mercadoria despachada, negociá-la mediante endosso do título. Em certas circunstâncias, no entanto, a lei veda a negociabilidade do conhecimento de frete (por exemplo, se o título é “não à ordem”, se a mercadoria transportada é perigosa ou se destinada a armazém-geral — Dec. n. 51.813/63, art. 91). Em se tratando, contudo, de conhecimento de frete negociável, o seu endosso transfere a propriedade da mercadoria transportada, que deverá ser entregue, no destino, ao endossatário ou portador legitimado do título.

Outros importantes exemplos de título representativo são os de emissão dos armazéns-gerais, denominados títulos armazeneiros: o *warrant* e o conhecimento de depósito, (item 1.2).

1.2. Títulos Armazeneiros

O contrato de depósito de mercadorias em armazém-geral prova-se com o “recibo” emitido pelo depositário. A devolução das mercadorias será feita mediante a exibição desse documento. Havendo devoluções parciais, estas serão anotadas no verso. A pedido do depositante, contudo, o armazém-geral pode substituir o recibo por títulos de sua emissão exclusiva: o *warrant* e o conhecimento de depósito. São os títulos armazeneiros representativos tanto das mercadorias depositadas num armazém-geral como das obrigações assumidas por este em razão do contrato de depósito.

Os títulos de emissão dos armazéns-gerais são criados necessariamente juntos. Se o depositante não pretender negociar ou dar em garantia as mercadorias durante o prazo em que se encontram armazenadas, deverá

contentar-se com o recibo, documento suficiente para o exercício de seus direitos. Se, entretanto, puder interessar-lhe sua comercialização ou penhor, deverá solicitar ao armazém depositário a substituição do recibo pelo *warrant* e pelo conhecimento de depósito. Nesse caso, emitidos os títulos armazeneiros, a mercadoria depositada somente poderá ser entregue, em princípio, a quem exiba ambos os documentos. A devolução das mercadorias a quem porte apenas o *warrant* ou o conhecimento de depósito será cabível unicamente em situações excepcionais, adiante referidas.

Embora tenham origem e finalidade comuns, o conhecimento de depósito e o *warrant* podem circular juntos ou em separado (Martins, 1980, 2:298/303). Desse modo, a propriedade plena da mercadoria depositada — com os atributos correspondentes da livre disponibilidade e onerabilidade — aliena-se pela transferência ao comprador dos dois títulos unidos. O endossatário apenas do conhecimento de depósito (em separado do *warrant*) é proprietário da mercadoria depositada, mas sua propriedade é limitada, porque falta-lhe o atributo da onerabilidade. Quer dizer, ele pode dispor da mercadoria depositada e, em geral, exercer todos os direitos de proprietário, exceto o de dá-la como garantia pignoratícia. Já o endosso do *warrant* em separado do conhecimento de depósito importa a constituição de direito real de garantia (penhor) em favor do endossatário. Se o empresário depositante (ou o endossatário dos dois títulos) necessita, por exemplo, de recursos para o giro de seu negócio e toma dinheiro emprestado de banco, as mercadorias armazenadas podem servir de garantia ao pagamento desse mútuo. As mercadorias depositadas não se transferem ao endossatário do *warrant*, mas são empenhadas em favor deste.

O primeiro endosso do *warrant* deve ser mencionado no conhecimento de depósito (cf. Borges, 1971:251/252). Essa providência é exigida em lei para que o futuro endossatário do conhecimento de depósito saiba que está adquirindo mercadoria onerada, dada em garantia pignoratícia de obrigação assumida pelo endossante, junto a terceiro (o portador do *warrant*).

O armazém-geral depositário, se emitiu esses títulos representativos, só poderá entregar as mercadorias, em princípio, ao legítimo portador dos dois documentos, o *warrant* e o conhecimento de depósito. A regra admite duas exceções. *Primeira*, a entrega ao titular do *conhecimento de depósito* endossado em separado, antes do vencimento da obrigação garantida pelo

endosso do *warrant*, desde que o portador deposite, no armazém-geral, o valor dessa obrigação. Se o endossatário do *warrant* precisar executar a garantia, será satisfeito com esse dinheiro, e se o endossante pagar o mútuo e resgatar o *warrant*, receberá o mesmo dinheiro. *Segunda*, a execução da garantia pignoratícia, após o protesto do *warrant*, por meio de venda em leilão realizado no próprio armazém-geral. O saldo do produto da venda — após a dedução do devido a título de impostos, das despesas com a realização do leilão, preço e encargos da armazenagem e do pagamento ao titular do *warrant* — permanece no armazém-geral aguardando o portador do conhecimento de depósito por 8 dias; em seguida, caso não reclamado, o valor deverá ser depositado em juízo.

2. TÍTULOS DE CRÉDITO SUJEITOS AO CÓDIGO CIVIL

Vozes lúcidas, como a de Fábio Konder Comparato (1978:549/550), não foram ouvidas e o Código Civil acabou disciplinando os títulos de crédito (arts. 887 a 926). Aliás, minha impressão pessoal, após examinar os poucos elementos legados, é a de que os responsáveis por essa parte do anteprojeto não tinham muita clareza quanto aos objetivos a serem alcançados com aquela disciplina da matéria. Inspiraram-se em normas do Código Civil da Itália, cuja consistência era já fortemente questionada pela doutrina daquele país (Ascarelli, 1959:165/184). Por resultado, temos hoje, na codificação civil, um conjunto de preceitos de direito cambiário de importância nenhuma. Elas tendem a não ser aplicadas, porque tratam de situações raríssimas. Teria sido muito mais proveitoso se o legislador lembrasse de incorporar ao direito interno as normas da Lei Uniforme de Genebra sobre Letra de Câmbio e Nota Promissória, dando, enfim, cumprimento à Convenção assinada pelo Brasil nos anos 1930. Em vez disso, preferiu contemplar a disciplina geral para os títulos de crédito não regulados em lei específica, objeto que decididamente não reclamava — como ainda não reclama — prioritária disciplina legal.

As disposições sobre direito cambiário constantes do Código Reale representam o regime geral dos títulos de crédito não regulados por lei

específica (item 2.1). Além disso, para alguns tecnólogos, encontram-se nelas a disciplina dos títulos de crédito inominados (item 2.2).

2.1. Títulos de Crédito Não Regulados

A natureza de regime geral dos preceitos sobre títulos de crédito do Código Civil decorre do disposto no seu art. 903, que estabelece: “Salvo disposição diversa em lei especial, regem-se os títulos de crédito pelo disposto neste Código”. Desse modo, se a lei especial estabeleceu, diretamente ou por remissão, o regime jurídico aplicável ao título de crédito por ela cuidado, o Código Civil não se aplica. Ou só se aplica no caso de serem idênticas as normas constantes dele e da lei especial (Bezerra Filho, 2002:108). Os dispositivos sobre títulos de crédito constantes do Código Civil somente se aplicarão, enquanto regras gerais do instituto, se uma lei vier a criar, no futuro, um novo título de crédito, mas não o disciplinar, seja diretamente, seja por meio de remissões legislativas a outras leis cambiais.

O Código Civil não revogou, portanto, as normas legais existentes disciplinadoras da letra de câmbio, nota promissória, cheque, duplicata, cédula e nota de crédito e todos os demais títulos regulados pela lei (Fiuza, 2002:788). Cada um desses títulos continua disciplinado pelas respectivas normas, e não pelas da codificação.

Por enquanto, os únicos títulos de crédito sujeitos à disciplina geral do Código Civil são os títulos do agronegócio criados pela Lei n. 11.076/2004 — o *Warrant* Agropecuário (WA) e o Conhecimento de Depósito Agropecuário (CDA). Quando o art. 2º dessa lei estabelece que se aplicam ao WA e ao CDA as normas de direito cambial, sem fazer específica remissão à LU, deve-se concluir pela sujeição desses títulos às contidas no Código Civil, com a ressalva das disposições específicas.

As normas sobre títulos de crédito encontradas no Código Civil aplicam-se apenas aos títulos que não possuírem, na lei específica, a definição das regras a aplicar (art. 903). Atualmente, os únicos títulos que se encontram nessa situação são os pertinentes à armazenagem de produtos do agronegócio: Warrant Agropecuário (WA) e Conhecimento de Depósito Agropecuário (CDA), nos termos do art. 2º da Lei n. 11.076/2004.

O exame das disposições do Código Civil sobre matéria cambial, tendo em vista seu âmbito de aplicação, pode ser didaticamente feito a partir das diferenças em relação ao regime da letra de câmbio. Em outros termos, conhecendo-se o regime da letra de câmbio (Cap. 11) e apontando-se os preceitos do Código Civil que não coincidem com os desse regime, circunscrevem-se as normas próprias aos títulos de crédito que vierem, no futuro, a se submeter à legislação codificada.

São as seguintes tais diferenças:

a) *Cláusulas ilegais*. Os títulos de crédito que vierem a se submeter à disciplina do Código Civil não poderão conter cláusula de juros, cláusula “não à ordem” ou cláusula que dispense o devedor do pagamento das despesas (CC, art. 890). Se as partes convencionarem o pagamento de juros, estes não serão devidos. Se proibirem o endosso do título, isto será ineficaz, podendo o titular do crédito transferi-lo cambiariamente. Por fim, nenhum dos devedores pode ser exonerado de sua responsabilidade pelas despesas com a circulação ou cobrança do título (custas do protesto, por exemplo).

b) *Títulos ao portador*. A letra de câmbio não pode ser emitida sem a identificação do beneficiário da ordem de pagamento. Desse modo, ela é sacada necessariamente na forma nominativa e só pode tornar-se um título ao portador mediante endosso em branco. Os títulos de crédito que vierem a se submeter ao Código Civil poderão ser emitidos desde logo na forma ao portador se a lei específica o autorizar (CC, art. 907). Não se aplica a eles a proibição de pagamento a beneficiário não identificado (Lei n. 8.021/90, art. 1^º), já que sua apresentação ao devedor basta para exigir-se a prestação neles indicada (art. 905).

c) *Responsabilidade do endossante*. No endosso dos títulos de crédito que vierem a ser submetidos ao Código Civil, o endossante não responderá, em regra, pela solvência do devedor. Para que o endossante desses títulos possa ser cobrado, na hipótese de insolvência do devedor, será necessária expressa cláusula de responsabilidade no ato do endosso. Fórmulas como “pague-se com garantia” ou “transfiro a X, assumindo a responsabilidade pelo pagamento” ou outras equivalentes devem ser exigidas do endossante

caso o endossatário queira contar com a responsabilidade dele (CC, art. 914).

As normas do Código Civil sobre títulos de crédito diferem-se das aplicáveis às letras de câmbio quanto a quatro aspectos: 1) proibição das cláusulas de juros, “não à ordem” e exoneração de despesas; 2) admissibilidade de títulos ao portador, se autorizado pela lei específica; 3) não vinculação do endossante ao pagamento do título como regra; 4) forma nominativa de transferência de titularidade.

d) *Aval parcial.* Os títulos sujeitos à disciplina do Código Civil comportam aval, mas ele não pode ser parcial (CC, art. 897, parágrafo único). O avalista desses títulos só pode garantir seu valor total. Na letra de câmbio, ao contrário, o aval parcial é admissível (LU, art. 30), embora raramente utilizado.

e) *Títulos nominativos.* São títulos nominativos, segundo o Código Civil, os emitidos em favor de pessoa cujo nome conste no registro do emitente (art. 921). Não se cuida, portanto, de identificação do credor no próprio documento cartular, mas sim em assentamentos externos à cártula, que o emitente possui (isto é, em livros apropriados a essa finalidade). A titularidade da prestação contida nesse tipo de título transfere-se mediante termo nos registros do emitente (art. 922), ou por endosso em preto a ser oportunamente averbado a tais registros (art. 923). Não há nada equivalente a essa forma de circulação do crédito no regime jurídico da letra de câmbio e dos demais títulos de crédito próprios. Nestes, nominativo é o título que ostenta o nome do credor, transmissível por endosso (se contiver a cláusula “à ordem”) ou por cessão civil (cláusula “não à ordem”).

2.2. Títulos de Crédito Atípicos (ou Inominados)

Aponta a doutrina como segunda hipótese de aplicação das regras do Código Reale sobre títulos de crédito os chamados títulos atípicos ou inominados, isto é, os que não se encontram disciplinados em nenhuma lei específica. A discussão sobre os títulos de crédito inominados é, por vezes, enraizada na fundamentação que Carvalho de Mendonça apresentava, no

início do século passado, para os títulos à ordem civis (1938:98/99, em nota de rodapé). Embora não haja necessária correlação entre as matérias, autores como Antonio Mercado Jr. mencionam a posição de Carvalho de Mendonça como a defesa dos títulos de crédito inominados (1973).

De qualquer forma, há elementos indicando que teria sido intenção de Mauro Brandão Lopes, autor da versão inicial dessa parte do anteprojeto, a introdução no direito positivo brasileiro dos títulos de crédito atípicos, isto é, criados exclusivamente pelas partes, independentemente de previsão legal (Penteado, 1995:33). A presumida intenção de introduzir no direito cambiário brasileiro a figura do título inominado transpareceria em diversos dispositivos do Código Reale. Antonio Mercado Jr., tendo à frente o anteprojeto, apontava três: *a*) a previsão dos contratos atípicos (afirmando inexistir razão para que a atipicidade também não se verificasse com os títulos de crédito); *b*) a limitação aos títulos ao portador da exigência de autorização legal; *c*) a definição de título de crédito, conjugando-se com o dispositivo em que os requisitos deste são estabelecidos (para Mercado Jr., o escrito enquadrado na definição legal e que preenchesse os requisitos seria título de crédito, mesmo que não previsto em lei) (1973).

Com a admissão, pelo Código Civil, da atipicidade dos títulos de crédito, estaria claramente rompida a tradição do direito brasileiro de circunscrevê-los aos tipos especificamente previstos pela lei (*numerus clausus*) (Boiteux, 2002:26/28).

Os argumentos colecionados em favor da tese da admissibilidade, pelo direito positivo brasileiro, dos títulos de crédito atípicos ou inominados não são, porém, aceitos pela unanimidade da doutrina. Partindo exatamente do mesmo dispositivo que menciona a necessidade de o título atender aos requisitos da lei (letra *c* do argumento de Mercado Jr.), pelo menos um autor contesta a introdução, entre nós, dos títulos criados pelos próprios interessados e não pela lei (Bulgarelli, 1979b:65). Frágeis, portanto, são tanto a defesa como o questionamento da inovação (ver também Lucca, 1979:121/127).

A maior dificuldade que a tese da introdução dos títulos atípicos no direito positivo nacional enfrenta é a da identificação desses títulos. Como saber, diante de uma declaração de vontade de pagar quantia líquida, se o instrumento que a materializa é um título de crédito atípico ou um contrato

atípico? Bastaria, como mencionado no art. 889 do Código Civil, que o documento contivesse data, indicação precisa dos direitos que confere e assinatura do emitente para que fosse considerado título de crédito inominado? Como examinado anteriormente, um dos requisitos de validade dos títulos próprios é a cláusula cambiária (Cap. 11, item 2.1), que representa uma formalidade plena de consequências jurídicas. Uma ordem de pagamento só é letra de câmbio se a expressão “letra de câmbio” constar do teor do documento; igualmente, uma promessa de pagamento só tem os efeitos jurídicos de uma nota promissória se dela constar a expressão “nota promissória”, e assim por diante. A cláusula cambiária identifica o documento como título de crédito, nomeando-o. Mas, para os títulos de crédito inominados, é evidente que não se pode estabelecer uma formalidade equivalente, porque eles costumam surgir de hábitos informais na prática cotidiana dos negócios.

Títulos de crédito inominados ou atípicos são os criados pelos particulares independentemente de específica previsão na lei. O melhor exemplo talvez seja o FICA, instrumento creditício de largo emprego nos negócios pecuários do Centro-Oeste. No meu entender, o Código Civil não introduziu no direito positivo brasileiro a disciplina dos títulos de crédito inominados. Estes continuam regidos pelas respectivas normas consuetudinárias.

Penso que não há elementos seguros, no Código Civil, para a doutrina aceitar ou rejeitar a tese dos títulos de crédito atípicos. O texto da lei não permite nenhuma conclusão sustentável em argumentos consistentes. Se a intenção do legislador era tratar da matéria, fê-lo imprecisamente. E penso também que, enquanto não houver clara previsão legal de aplicação das normas do Código Civil aos títulos de crédito inominados, deve-se considerá-los não sujeitos a elas. Em outros termos, os títulos de crédito inominados, no meu entendimento, não estão disciplinados no novo Código Civil. Isto, porém, não significa que eles sejam irregulares, ou que não possam ser criados. Explico-me: talvez o melhor exemplo de título de crédito inominado, no Brasil, seja o FICA ou “vaca-papel”, instrumento

creditório largamente utilizado pelo negócio pecuário do Centro-Oeste. É assim conhecido em razão da primeira palavra empregada em sua redação, que sugere ter o costume consagrado algo de função próxima à das cláusulas cambiárias: “*Fica em meu poder x vacas da raça y, pertencentes a fulano, obrigando-me a entregar-lhe as referidas vacas quando por ele me forem exigidas*” (sobre o assunto ver Lima, 1971). Mesmo antes do advento do Código Civil e de seu regramento sobre a matéria cambial, FICAs foram emitidos, negociados e judicialmente cobrados, valendo--se os juízes do critério de colmatação de lacunas pelos costumes (LINDB, art. 4º). Quando esse título foi considerado insubsistente ou inválido em juízo, era porque ocultava a prática de usura. Sustento, em suma, que o Código Civil não disciplina os títulos de crédito inominados, que continuam sendo produto exclusivo dos costumes que os criam.

3. TÍTULOS BANCÁRIOS

A atividade típica dos bancos consiste na *intermediação* de crédito. O banco, de um modo esquemático, capta dinheiro das pessoas que o têm disponível, para fornecê-lo a quem dele precisa. Essa atividade, por sua fundamental importância para a economia, é fiscalizada e controlada pelos governos dos diversos países. Nos Estados Unidos, por exemplo, assuntos como capitalização e reservas das instituições financeiras são objeto de regulamentação estatal desde 1863, quando, em plena Guerra Civil, baixou-se o *The National Banking Act* (Lovett, 1997:11/13). No Brasil, é crime punido com reclusão de 1 a 4 anos e multa explorar atividade de intermediação de crédito sem autorização do Banco Central (Lei n. 7.492/86, art. 16).

Costuma-se classificar as operações bancárias em duas categorias. De um lado, as *passivas*, em que o banco se torna devedor do cliente. Representa a captação de dinheiro, traduzida esquematicamente em crédito concedido ao banco. Quando uma pessoa deposita seu dinheiro na instituição financeira, adquire certificados de depósito bancário (CDB) ou faz aplicação num fundo de investimento, torna-se credora de obrigação pecuniária ou pelo menos duma prestação de serviços da instituição financeira. De outro lado,

encontram-se as operações *ativas*, em que o banco é credor do cliente. Trata-se do fornecimento de dinheiro, isto é, de crédito concedido *pelo* banco. Quando o trabalhador contrai financiamento para aquisição de casa própria, o comerciante desconta suas duplicatas ou o exportador tem antecipado o valor de contrato de câmbio, passam a ser devedores da instituição financeira (Cap. 39).

A atividade bancária define-se pela intermediação do crédito. Os bancos captam dinheiro dos clientes que o possuem disponível (operações passivas) para emprestá-lo aos que dele necessitam (operações ativas). Os títulos de crédito representam, por isso, importante instrumento na exploração da atividade bancária.

Como a intermediação do crédito é a essência da atividade bancária, os *títulos de crédito* naturalmente desempenham função instrumental de relevo, mormente nas operações ativas. É comum o mútuo bancário documentar-se por contrato e também por nota promissória. O desconto, por sua vez, é operação financeira necessariamente lastreada em *títulos bancários* (duplicata eletrônica, cheque pós-datado etc.). Pois bem, ao lado dos *títulos de crédito*, pode o crédito dos bancos nas operações ativas instrumentalizar-se em títulos exclusivos deles, isto é, títulos cuja emissão somente está autorizada pela lei para documentar direito creditício de banco. São os *títulos bancários*, conceito que abrange as cédulas de crédito para financiamento de atividade econômica (item 2.1) e a cédula de crédito bancário (item 2.2).

3.1. Títulos de Financiamento de Atividade Econômica

A implantação e exploração de atividades econômicas depende de tal forma de acesso regular ao crédito bancário que a ordem jurídica brasileira, além de contemplar mecanismos que procuram assegurar o financiamento às atividades empresariais, desenvolve instrumentos negociais próprios para atendimento às peculiaridades de cada setor da economia. Para ilustrar a

relevância conferida pela ordem jurídica brasileira à obtenção de crédito bancário como condição de desenvolvimento das empresas, basta lembrar que os microempresários e empresários de pequeno porte titularizam direito, de alicerce constitucional (CF, art. 179), de acesso facilitado ao crédito bancário, com o objetivo de assegurar o fortalecimento de sua presença na economia e desenvolvimento nacionais (LC n. 123/2006, arts. 57 a 61). No plano dos instrumentos negociais, criado pelo direito para viabilizar o fomento de atividades econômicas, cabe destacar os diversos títulos de financiamento, introduzidos ou redisciplinados pela lei no contexto das reformas desenvolvimentistas implementadas a partir da segunda metade dos anos 1960.

Os primeiros desses instrumentos financeiros remodelados foram as *cédulas de crédito rural*, redisciplinadas pelo Decreto-Lei n. 167/67, com o objetivo de vocacioná-las ao atendimento, de um lado, das necessidades de garantia das instituições financiadoras das culturas rurais, e, de outro, das peculiaridades do empreendimento rural fomentado (cf. Ferreira, 1962, 10:477/478; Bulgarelli, 1979b:492; Rizzardo, 1990:213/249). Seguiram-se às *cédulas de crédito rurais* outros instrumentos creditícios. Assim, em 1969, foram criadas as *cédulas de crédito industriais*, destinadas ao fomento da atividade industrial (Dec.-Lei n. 413/69); em 1975, as *cédulas de crédito à exportação*, representativas de operações de financiamento à exportação ou à produção de bens para exportação, ou apoio e complementação integrantes e fundamentais da exportação (Lei n. 6.313/75); e, finalmente, em 1980, surgiram as *cédulas de crédito comerciais*, relacionadas ao financiamento de atividade comercial ou de prestação de serviços (Lei n. 6.840/80).

Financiamento é espécie de mútuo bancário, em que o mutuário está obrigado a dar certa destinação ao dinheiro mutuado. No financiamento, o tomador dos recursos não é inteiramente livre para os usar onde e como quiser, devendo, ao contrário, ater-se à finalidade declarada da operação financeira. Desse modo, se a sociedade empresária agrária toma dinheiro emprestado num banco para financiar o plantio de girassóis com vistas à produção de óleo, deve necessariamente empregar o dinheiro nessa específica atividade. Ela não pode custear ou investir em outros negócios, ainda que rurais e mais rentáveis. Por isso, pela vinculação entre os recursos

mutuados e os objetivos do financiamento, a concessão depende, por vezes, de projeto de aplicação consentâneo com a linha de crédito correspondente; também por isso, o banco financiador está investido de poderes de fiscalização (Decs.-Leis n. 167/67 ou 413/69, art. 6º).

Os títulos bancários de financiamento da atividade econômica são as cédulas e notas de crédito rural, industrial, à exportação e comercial. São documentos representativos das obrigações e garantias relacionadas à concessão de financiamento bancário a empresários desses segmentos econômicos.

Vale destacar os seguintes aspectos do regime jurídico dos títulos bancários de financiamento da atividade econômica: *a*) as cédulas de crédito autorizam a capitalização de juros, no montante de 1% ao ano (Decs.-Leis n. 167/67 ou 413/69, art. 5º; Súmula 93 do STJ); *b*) nos financiamentos com garantia real (pignoratícia ou hipotecária), a cédula é instrumento suficiente para registro da oneração do bem; *c*) nos financiamentos sem garantia real, o título bancário costuma denominar-se nota de crédito; *d*) as cédulas e notas de crédito devem ser levadas a registro no Cartório de Imóveis, para produzir efeitos perante terceiros; *e*) vacila a jurisprudência sobre as normas regentes da execução judicial do título, concluindo alguns julgados que a regulamentação processual dos Decretos-Leis n. 167/67 e 413/69 não foi revogada pelo Código de Processo Civil de 1973.

3.2. Cédula de Crédito Bancário

Em muitas operações de crédito bancário, não é possível calcular previamente o valor da obrigação devida pelo cliente do banco. Considere o contrato de abertura de crédito (“cheque especial”) em que a instituição financeira se compromete a manter dinheiro disponível em conta de depósito, dentro de certo limite. Como o cliente pode ou não utilizar, no todo ou em parte, por mais ou menos tempo, os recursos monetários

disponibilizados, não há como computar a exata extensão do débito do correntista, caso não cumpra no prazo contratado a obrigação de restituir ao banco o dinheiro utilizado. Considere, ademais, que alguns financiamentos são remunerados com base em taxas de juros variáveis de acordo com o mercado. Como ninguém consegue antecipar o valor de taxas pós-fixadas, por definição, o montante exato do débito do cliente só se pode calcular após o inadimplemento da obrigação.

A impossibilidade de antecipar o valor do crédito do banco apresenta uma dificuldade na hora da cobrança judicial. Como o instrumento de contrato bancário não podia conter o valor certo da obrigação, falta-lhe a liquidez característica dos títulos executivos. Abre-se, em decorrência, às instituições financeiras credoras apenas a via da ação de conhecimento, mais demorada e ineficiente que a execução. A dificuldade foi contornada, inicialmente, pela cláusula-mandato. Por meio desse mecanismo contratual, o devedor outorgava ao banco credor (ou à sociedade do mesmo grupo empresarial), no contrato de mútuo ou de abertura de crédito, procuração para, em nome dele, emitir nota promissória, caso verificado o inadimplemento da obrigação creditícia. A apuração do exato valor do devido é feita quando da emissão do título de crédito, no qual o mutuante pratica o ato cambiário de emissão, em nome do mutuário e em seu próprio favor. Esse expediente, não obstante sua eficiência e legitimidade, foi considerado irregular pela jurisprudência e pelo Código de Defesa do Consumidor (Cap. 11, item 2.2).

Outro mecanismo de que se têm valido os bancos para recuperar o dinheiro emprestado é a emissão de extrato da posição devedora, que, acompanhado do instrumento contratual de mútuo ou de abertura de crédito, constituiria título executivo extrajudicial. Parte da jurisprudência tem acolhido a tese da executividade desses documentos, mas o assunto ainda não está pacificado nos Tribunais. Acerca do contrato de abertura de crédito, aliás, o STJ tem entendimento sumulado contrário à natureza de título executivo (Súmula 233), mas admitindo a cobrança por ação monitória (Súmula 247). O STJ tem entendido também que perde a executividade a própria nota promissória vinculada ao contrato de abertura de crédito (Súmula 258).

As cédulas de crédito bancário são promessas de pagamento em dinheiro emitidas pelo cliente mutuante em favor de banco mutuário, cuja liquidez pode decorrer da emissão, pelo credor, de extrato de conta corrente ou planilha de cálculo. Além de facilitar e baratear o acesso ao crédito bancário, esses títulos dão ensejo à execução judicial em caso de inadimplemento.

Em outubro de 1999, o Presidente da República editou Medida Provisória introduzindo no direito brasileiro a *cédula de crédito bancário*. Atualmente, o título é disciplinado nos arts. 26 e seguintes da Lei n. 10.931/2004. Trata-se de promessa de pagamento em dinheiro, emitida em favor de instituição financeira, representativa de qualquer modalidade de operação bancária ativa (abertura de crédito, mútuo, financiamento, desconto etc.). A liquidez que embasa a executividade do título decorre tanto da menção de valor certo no próprio documento como de extrato de conta corrente bancária ou planilha de cálculo emitidos pelo banco credor após o inadimplemento da promessa.

Os juros remuneratórios de obrigações documentadas em cédula de crédito bancário podem ser livremente estipulados e capitalizados, não incidindo limite legal nenhum na mensuração da taxa e na capitalização dos juros. Além disso, o próprio instrumento cedular basta para a constituição e registro de garantias reais, inclusive sobre bens imóveis, eficácia jurídica que simplifica e barateia o acesso ao crédito bancário. O protesto independe do encaminhamento do original da cédula ao cartório, desde que o banco declare encontrar-se a única via negociável em seu poder. Por fim, as instituições financeiras podem descontar e redescontar as cédulas de sua titularidade, ou usá-las como lastro para a securitização mediante a emissão de CCB (Certificado de Cédulas de Crédito Bancário).

4. TÍTULOS DO AGRONEGÓCIO

O conceito de “agronegócio” é originário do saber econômico. A partir dos estudos de John Davis e Ray Goldberg, da Universidade de Harvard, iniciados no fim da década de 1950, e da abordagem temática das “cadeias de produção” (*filières*), proposta pelos economistas franceses, afastou-se o tradicional modelo de segmentação da economia em três grandes setores (*primário*: agricultura, pecuária, extrativismo etc.; *secundário*: indústria; *terciário*: comércio e serviços) e buscou-se a construção de outro parâmetro conceitual, que abrangesse, como um sistema, todas as atividades econômicas ligadas aos produtos agrícolas (produção de insumos, cultivo, armazenagem, financiamento, certificação, industrialização, comercialização etc.).

Esta forma de abordar o tema pode ser transposta para o campo do saber jurídico. O *direito do agronegócio* — capítulo do direito comercial que reclama cada vez mais atenção e pesquisa — não coincide, assim, com o *direito agrário empresarial*, cujo foco repousa sobre a atividade de produção no campo, um dos elos da cadeia. Desse modo, se as particularidades derivadas dos riscos associados ao ciclo biológico, que conferem substrato ao conceito jurídico de agrariedade (Scaff, 1997:19/22), estão, sem dúvida, presentes no objeto circunscrito pela noção de agronegócio, nesta acomodam-se muitas outras questões, impermeáveis a tal especialidade. Aproximando-se do montante da cadeia de produção do agronegócio, os riscos do ciclo biológico eventualmente também se expressam, mas na produção de insumos, transporte, armazenagem, industrialização, exportação e comercialização, bem como nos financiamentos respectivos, os riscos empresariais em jogo são bem diversos.

O Brasil é uma potência do agronegócio. Nossa agricultura e pecuária estão plenamente integradas ao processo econômico mais amplo de industrialização, comercialização e exportação de *commodities* agropecuárias, característico de uma consistente cadeia de produção. Se a agricultura familiar ainda tem alguma presença na economia nacional, isto se deve, cada vez mais, às nuances das políticas públicas. Nos desdobramentos do direito do agronegócio, tem especial relevância o tratamento dos *títulos*, especificamente criados pela lei ou pelo regulamento administrativo, para a mobilização do crédito ou de capitais neste recorte da economia. Desde que

o estado brasileiro, nos anos 1990, preferiu estimular o financiamento privado do setor, estes instrumentos passaram a ter crescente importância.

“Agronegócio” é um conceito da economia que pode ser aproveitado pela tecnologia jurídica como referência ao direito aplicável à cadeia econômica de produtos agrícolas e pecuários, envolvendo todas as atividades nela inseridas, desde a produção de insumos até a comercialização ou exportação, incluindo o transporte, logística, financiamento e investimento.

A lei criou diversos títulos de crédito do agronegócio, sendo alguns referenciados em produtos agrícolas e pecuários (CPR, CDA e WA) e outros destinados a instrumentalizar o refinanciamento e a securitização dos direitos creditórios oriundos desta cadeia econômica (CDCA, LCA e CDA). Além desses títulos, cabe menção ao valor mobiliário específico para a agroindústria captar recursos no mercado de capitais (NCA).

Após o exame da questão do suporte papelizado ou eletrônico (item 4.1), cuida-se dos títulos referenciados a produtos agrícolas ou pecuários (itens 4.2 e 4.3). Por *referenciados a produtos do agronegócio* proponho que se entendam os títulos que documentam direitos cujo objeto é, direta ou indiretamente, uma “*commodity* agropecuária”. Nesta categoria, o título não assegura necessariamente um crédito por obrigação pecuniária, desvinculado do contexto econômico de que se originou, mas eventualmente um direito que pode até mesmo não ser obrigacional, mas real. São quatro os títulos referenciados a produtos do agronegócio: Cédula de Produto Rural (CPR), simples ou financeira, *Warrant* Agropecuário (WA) e Certificado de Depósito Agropecuário (CDA). A particularidade destes títulos está na referência à

“*commodity* agropecuária”, que pode servir de: *a)* objeto da prestação a que se obriga o seu emitente (CPR-física); *b)* critério de mensuração de obrigação pecuniária (CPR-financeira); *c)* objeto da titularidade do portador (CDA); ou *d)* garantia real (WA).

Em seguida, cuida-se dos títulos de refinanciamento e securitização dos direitos creditórios do agronegócio (item 4.4); por fim, embora não seja propriamente um título de crédito, mas valor mobiliário, a Nota Comercial

do Agronegócio (NCA) é objeto de atenção aqui, por razões didáticas (item 4.5).

4.1. O Suporte dos Títulos do Agronegócio

Os títulos de crédito e os valores mobiliários podem ter dois tipos de suporte: o papel e o eletrônico (ou *escritural*). As informações contidas em documento impresso ou em arquivo eletrônico são as exigidas pela lei ou regulamento administrativo para a caracterização do título ou valor mobiliário.

Não há nenhuma diferença, no que diz respeito à validade, eficácia ou executividade do título ou valor mobiliário que decorra do suporte adotado. Se o título ou valor mobiliário é válido, eficaz e executável, será por tudo indiferente o tipo de suporte adotado, se papel ou meio eletrônico.

Rigorosamente as mesmas funções exercidas pelo papel, como suporte de um instrumento negocial, são também cumpridas pelo suporte eletrônico, se adotada tecnologia da informação fundada em *criptografia assimétrica* (Covas, 2006:469) ou de segurança equivalente que venha a ser desenvolvida no futuro. Em vista desta equivalência de funções, o direito tem construído um *princípio geral*, já insculpido nas leis de muitos países (Cingapura, Estados Unidos, Austrália e mais 22 outros), que veda a discriminação do negócio documentado eletronicamente. O princípio da equivalência funcional aplica-se ao direito brasileiro, em razão da lacuna legal existente sobre os negócios eletrônicos e a sua colmatação nos termos indicados pelo art. 4º da LINDB (“quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”).

Interessante constatar que o título de crédito pode ser emitido num suporte e migrar para o outro. A transmutação de suporte se verifica, por exemplo, na sua admissão, para fins de negociação entre investidores, em mercado de balcão organizado (MBO), como, por exemplo, a Cetip S.A. Balcão Organizado de Ativos e Derivativos (CETIP) ou a Bolsa Brasileira de Mercadorias (BBM). O título pode ter sido documentado, em sua emissão, em papel, e, enquanto não registrado num MBO, esta cártula será o seu único suporte. Quer dizer, se houver alguma negociação do crédito documentado, deve-se formalizá-la por meio de endosso lançado e assinado de punho

naquele pedaço de papel. Uma vez levado a registro num MBO, porém, a cártula deve ficar guardada (custodiada) numa instituição financeira. Ela *deixa* de ser o suporte do título de crédito, temporária ou definitivamente. Não terá sentido de ato cambiário (embora possa eventualmente produzir efeitos civis) qualquer negócio documentado no papel enquanto for o eletrônico o suporte do título respectivo. Após a admissão à negociação no MBO, e antes de sua “baixa escritural”, somente produzirão efeitos cambiários os atos registrados no sistema correspondente.

Os títulos do agronegócio admitem dois suportes: o papel e o meio eletrônico. Enquanto não admitido num mercado de balcão organizado (MBO), para fins de negociação entre investidores, o suporte é o papel; após a admissão (isto é, o registro no MBO), o suporte do título passa a ser o eletrônico. Pode voltar a ser o papel, se for necessário à sua execução, extrajudicial ou judicial.

Enquanto o suporte do título é o meio eletrônico, todos os atos concernentes à sua negociação e liquidação devem ser formalizados no sistema do MBO em que estiver admitido. Se for regularmente pago no vencimento, ele não retornará ao suporte originário. Tanto a cártula, quanto o arquivo eletrônico já não terão mais qualquer função representativa de crédito, já que este se extinguiu com o pagamento. Mas se o devedor não adimplir a obrigação cambial, talvez seja necessária nova transmutação de suporte: o documento eletrônico pode retornar ao suporte impresso para instruir a ação de cobrança. Esta nova migração tende a desaparecer com a disseminação do processo judicial eletrônico.

4.2. Cédula de Produto Rural (CPR)

A Cédula de Produto Rural, disciplinada na Lei n. 8.929/94, é um título extremamente versátil, no sentido de que se presta a diversas finalidades: aquisição de insumos, financiamento da produção junto a *trading companies* ou instituições financeiras, prestação de garantia, instrumentalização da venda do produto agrícola ou pecuário, investimento especulativo, documento assecuratório do domínio e posse de *commodities* etc. Foi

introduzido no direito brasileiro em meados dos anos 1990, no contexto do exaurimento da capacidade do estado brasileiro de financiar as atividades rurais.

Trata-se de um título de crédito regido, obviamente, pelas normas do direito cambial. No Brasil, observe-se, o “regime cambiário” atualmente é dúplice: pode ser o da Lei Uniforme de Genebra sobre Letra de Câmbio e Nota Promissória (LU) ou o Código Civil (CC, arts. 887 a 926). Como a introdução da CPR na lei é anterior à entrada em vigor do CC, deve-se considerar que ela não se sujeita às disposições genéricas deste diploma (art. 903), mas às da LU.

São três, por outro lado, as regras de direito cambiário específicas deste título (Lei n. 8.929/94, art. 10), aplicáveis evidentemente em detrimento das previsões da LU sobre a matéria.

1ª) A CPR não admite endosso em branco. Sempre que o título for negociado, por meio de endosso lançado na cártula ou por registro eletrônico, deve ser completamente identificado o novo titular do direito *de receber o produto rural* (CPR-física) ou *ao pagamento referenciado em cotação do preço de um produto rural* (CPR-financeira).

2ª) Os endossantes não respondem pelo cumprimento da obrigação de entregar o produto rural, mas apenas por sua existência. Quem deve entregar a *commodity* agrícola ou pecuária ao titular da CPR é invariavelmente o produtor rural emitente do título. Se ele negociou a CPR com uma instituição financeira e esta a endossou a uma *trading company*, por exemplo, a endossatária não pode exigir da endossante a entrega do produto rural referido no título. A responsabilidade da instituição financeira, como endossante, se verifica, por exemplo, na hipótese de inexistência de atividade produtiva rural apta a servir de “lastro” à emissão da CPR.

3ª) O protesto não é necessário para assegurar ao credor originário ou endossatário o direito de cobrar a CPR de avalistas. A norma cambiária específica aplica-se ao caso de avalista de endossante, já que, em relação ao do emitente (devedor principal), a facultatividade do protesto para assegurar o direito de regresso decorre diretamente da aplicação dos arts. 32 e 53 da LU.

A Cédula de Produto Rural (CPR) é um título extremamente versátil que se presta à aquisição de insumos, financiamento da produção, concessão de garantias, documentação da titularidade do produto, investimento especulativo etc.

A Cédula de Produto Rural é título de crédito que documenta a “promessa de entrega de produtos rurais” feita por seu emitente. Nela, é especificada determinada quantidade e qualidade de um produto rural, sem fazer qualquer menção ao seu preço. Este título só pode ser emitido por um *produtor rural*, cooperativa ou outra associação de produtores rurais (Lei n. 8.929/94, art. 2º). Dependendo das características do título em sua emissão, ele pode ou não admitir a liquidação financeira, isto é, o pagamento em dinheiro em vez da entrega do produto rural. Se não admite a liquidação por esta via, mas apenas por meio da entrega do produto ao credor ou endossatário do título, é chamada de *CPR-física* (item 4.2.1); se admite, *CPR-financeira* (item 4.2.2).

4.2.1. Cédula de Produto Rural Física

O emitente assume, pela CPR-física, a obrigação de entregar produto rural, na quantidade e qualidade discriminadas no título. A promessa de entrega é incondicional, não podendo ficar sujeita à prévia verificação de nenhum ato ou fato, como o pagamento ou outra contrapartida do credor.

A CPR pode ser emitida em *qualquer* negócio jurídico em que o produtor rural assume a obrigação de entregar seu produto a outrem. A primeira hipótese a considerar é a compra e venda, contrato em que o vendedor assume a obrigação de entregar ao comprador o objeto negociado. O pecuarista, por exemplo, vende ao frigorífico determinada quantidade de bois, prometendo entregá-los em 4 (quatro) meses; assume, assim, obrigação possível de ser documentada numa CPR, se assim for da conveniência das partes. Não é essencial à existência, validade e eficácia do título algum pagamento prévio do credor ao emitente. Não há esta exigência na lei, e ela seria mesmo incompatível com a extrema versatilidade da CPR.

Mas não somente na compra e venda o produtor rural assume a obrigação de entregar seu produto. Também no contexto da outorga de garantias ao financiamento de sua atividade, pode o produtor rural contrair esta

obrigação. O pecuarista que dá em penhor ao banco determinada quantidade de cabeças de gado, assume a obrigação de entregá-las caso seja necessária a execução da garantia.

Além de instrumento para documentar a obrigação do produtor rural como vendedor ou devedor pignoratício, também tem servido a CPR de meio de financiamento da produção. O produtor de soja, por exemplo, adquire os insumos emitindo, em favor do vendedor (de adubo, sementes etc.) uma CPR referente à parte da produção projetada. Não desembolsa dinheiro para pagar seus fornecedores, mas obriga-se a entregar-lhes determinada quantidade do que pretende cultivar e colher. O comerciante de insumos, normalmente, não se interessa pelo produto em si, mas, por meio do endosso da CPR em favor de uma *trading company*, por exemplo, recebe em dinheiro o que considerou ajustado aos seus interesses na operação.

O art. 11 da Lei n. 8.929/94 imputa ao emitente da CPR a responsabilidade por evicção e preceitua não poder ele invocar, em seu benefício, o caso fortuito ou de força maior. Esta regra, que visa conferir ao título segurança de extensa envergadura, incide tanto antes, como depois da concentração (isto é, do ato de *escolha* que transforma a obrigação de dar coisa incerta na de dar coisa certa — Coelho, 2003, 2:52/54). Quer dizer, optando o produtor rural por documentar sua obrigação de dar coisa incerta numa CPR, mesmo após a individuação do produto e enquanto não cumprir a obrigação de entrega, o emitente responde pela perda, inclusive se não teve culpa.

Por produto rural deve-se entender um conceito amplo, ajustado ao de “agronegócio”. Desse modo, não somente a entrega de produto agrícola ou pecuário *in natura* pode ser objeto de CPR, mas também os beneficiados ou industrializados, como açúcar ou farelo de soja (Buranello, 2009:338). Sendo o agronegócio um complexo de atividades que se estende desde o fornecimento de insumos até a comercialização ou exportação, seria incompatível com a abrangência deste conceito a restrição das hipóteses de emissão de CPR aos produtos *in natura*.

O titular de uma CPR, seja credor originário ou por endosso, tem o direito de, no vencimento definido no próprio título (“data da entrega” — art. 3º, II), exigir do emitente o produto, na quantidade e qualidade nela discriminadas. Se às partes convier o adimplemento parcial da obrigação,

faz-se a anotação, no verso da CPR, do saldo ainda exigível (art. 4º e parágrafo único).

A promessa do emitente de entregar produtos rurais incorporada numa CPR pode ser *cedularmente* garantida. Isso significa que nenhum outro instrumento, além da própria cártula, é necessário para formalizar a constituição da garantia. Dispensa-se, por exemplo, a escritura de outorga de hipoteca, para registro do ônus no Registro de Imóveis, bastando, para tanto, a exibição da CPR em que o imóvel rural ou urbano hipotecado está identificado. As garantias podem ser, além da hipoteca, o penhor e a alienação fiduciária de bens ou direitos do próprio emitente, ou de terceiros.

4.2.2. *Cédula de Produto Rural Financeira*

Para admitir a liquidação financeira, a CPR deve cumprir as condições estabelecidas no art. 4º-A da Lei n. 8.929/94.

Em primeiro lugar, devem constar do teor do título de crédito os elementos indispensáveis à perfeita precificação da obrigação do emitente: “a instituição responsável por sua apuração ou divulgação, a praça ou o mercado de formação do preço e o nome do índice”. Nunca conterà a CPR, mesmo a sua versão financeira, a obrigação de pagar quantia em reais, já definida de antemão. Pelo contrário, sempre constará do título a discriminação de um produto rural, sua quantidade e qualidade. Na CPR-financeira, será explicitado como se calcula o preço ou se identifica o índice de preço a ser considerado na liquidação, a partir dos valores praticados num determinado mercado relacionado a este produto. Por exemplo, o emitente pode se obrigar a entregar determinada quantidade de cana-de-açúcar ou pagar em dinheiro o seu preço, de acordo com a cotação do Consecana-SP. No dia do vencimento, multiplica-se a quantidade do produto pelo preço cotado nesta entidade para calcular o quanto deverá o emitente desembolsar para liquidar financeiramente a CPR.

Por outro lado, apenas podem ser nomeadas instituições idôneas e de credibilidade, segundo avaliação das partes envolvidas no negócio, que promovam a divulgação periódica (preferencialmente diária) de cotação dos preços do produto rural objeto da CPR. Emitente, credor originário e endossatários devem ter ampla facilidade de acesso a esses dados, para que seja certa a extensão da obrigação documentada na CPR.

Por fim, é indispensável que a *cláusula cambial*, vale dizer, a denominação “Cédula de Produto Rural” (Lei n. 8.929/94, art. 3º, I), contemple também a expressão “financeira”.

4.2.3. *CPR como Instrumento de Investimento*

Como a CPR não tem valor em reais e apenas discrimina a quantidade e qualidade de certo produto rural, ela se presta, também, a servir de instrumento de investimento. Quem deseja especular com a variação do preço de uma *commodity* agrícola pode adquirir CPRs correspondentes, com o objetivo de ganhar com a diferença das cotações (que ele aposta seja positiva) entre o dia em que comprou e o dia em que vier a vender o título. Para bem servir como instrumento de investimento, a CPR é negociável em mercado de balcão organizado (MBO), como, por exemplo, a CETIP ou a BBM. Quem tomar a iniciativa de promover o registro da CPR no MBO deve manter em custódia a cártula, pois, a partir de então, o título passa a ter exclusivamente o suporte eletrônico.

Para conferir maior segurança ao investidor, a CPR oferecida ao mercado como alternativa de investimento pode contar com o aval de uma instituição financeira ou seguradora. Neste caso, o produtor rural emite o título em favor do próprio avalista e lhe confere, por meio de endosso-mandato, poderes para negociá-lo, custodiá-lo e registrá-lo em MBO (art. 19, § 4º). Evidentemente, em se aproximando o título do vencimento (quando se torna exigível a obrigação de entrega do produto em referência), cada vez menos especuladores se interessarão por adquiri-lo e crescerá o interesse por parte de empresários dedicados ao agronegócio, principalmente as *trading companies*. Os investidores querem ganhar com as variações de preço das *commodities*, mas, em geral, não têm interesse na liquidação física da CPR; ao contrário, as *trading companies* querem o produto, para poder comercializá-lo ou exportá-lo.

Tanto a CPR-física quanto a CPR-financeira podem servir de instrumento de investimento.

4.3. Certificado de Depósito Agropecuário (CDA) e *Warrant* Agropecuário (WA)

Os *títulos armazeneiros* só podem ser emitidos por um armazém, a pedido do depositário, e são necessariamente referenciados a mercadorias nele depositadas. Até 2000, não havia, no direito brasileiro, senão um único e mesmo regime jurídico para todos os tipos de armazéns. Independentemente do gênero de produtos em que podia se especializar o estabelecimento armazeneiro, as normas aplicáveis à relação jurídica entre as partes do contrato de depósito e aos títulos representativos das mercadorias depositadas estavam todas reunidas no Dec. n. 1.102/1903. Naquele ano, com o advento da Lei n. 9.973/2000, que instituiu o *Sistema de Armazenagem de Produtos Agropecuários*, passou o direito nacional a discriminar uma espécie de armazém, para submetê-lo a regime jurídico específico.

Consentaneamente com a noção de agronegócio como um sistema complexo reunindo diversas atividades ligadas à produção, distribuição e financiamento de produtos agrícolas e pecuários, os armazéns atuantes nesta cadeia econômica foram destacados dos demais, pela lei, com vistas a submetê-los ao regulamento administrativo específico baixado pelo Ministério da Agricultura e do Abastecimento. Em outros termos, qualquer armazém só pode receber em depósito *produtos agropecuários, seus derivados, subprodutos e resíduos*, se estiver devidamente aparelhado e funcionando conforme este regulamento administrativo. Chamemos tais estabelecimentos empresariais de *armazéns de agronegócio*, para distingui-los dos restantes, os *armazéns-gerais*.

Dois são os objetivos da lei em tratar separadamente os armazéns de agronegócio. O primeiro está relacionado ao padrão de qualidade dos serviços de armazenagem, que deve ser compatível com a inserção do Brasil na economia globalizada. O segundo diz respeito à especialização desse tipo de armazém, que fica dispensado de atividades um tanto estranhas ao seu objeto específico, como as de manter a sala de “vendas públicas” ou administrar valores consignados (reservadas pela lei aos armazéns-gerais).

Os títulos armazeneiros de emissão dos armazéns-gerais são o Conhecimento de Depósito e o *Warrant*, disciplinados no referido Dec. n. 1.102/1903 (Cap. 15, item 1.2). Já os específicos de emissão de armazéns de agronegócio são o Conhecimento de Depósito Agropecuário (CDA) e o *Warrant* Agropecuário (WA), criados pela Lei n. 11.076/2004. Eles possuem

a mesma estrutura e finalidade. Diferenciam-se, basicamente, quanto ao gênero de produto em que podem ser referenciados e à admissibilidade de sua negociação em mercado de balcão organizado (MBO). Somente o CDA e o WA podem representar produtos agrícolas e pecuários armazenados e são negociáveis em MBO.

Os dois títulos são emitidos pelo armazém de agronegócio necessariamente juntos (sempre a pedido do depositante), mas podem circular separados, dependendo dos negócios que vierem a ser celebrados tendo os produtos depositados por referência. Enquanto o CDA e o WA permanecerem sob a mesma titularidade (e, depois de separados, sempre que voltarem a esta condição), asseguram ao titular a plena propriedade da mercadoria depositada no armazém de agronegócio.

Os títulos serão emitidos pelo armazém de agronegócio em duas vias, sendo as primeiras (vias negociáveis do CDA e do WA) do depositante e as segundas (na qual colherá o recibo) do emitente (Lei n. 11.076/2004, art. 8º). As primeiras vias dos títulos podem ser negociadas por meio de endosso com assinatura de punho, mas, em geral, o depositante terá interesse em ambientar a negociação num MBO, onde os títulos tendem a ter maior liquidez. Neste caso, as primeiras vias ficam custodiadas na entidade que promover o registro no MBO, transmutando-se o suporte do CDA e do WA para o eletrônico.

O endosso do WA separado do CDA investe o endossatário na condição de credor pignoratício do endossante, recaindo o penhor sobre o produto armazenado. Esta operação tem lugar, por exemplo, quando o empresário dono das mercadorias depositadas no armazém de agronegócio não deseja negociá-la no momento (aguarda condições de mercado mais favoráveis, segundo seu julgamento), mas precisa de capital de giro e o obtém junto aos bancos, dando em garantia do empréstimo o penhor sobre elas. Na primeira negociação do WA em separado, serão registrados no sistema do MBO o valor de negociação deste título, taxa de juros, vencimento e outras informações que permitam aos interessados mensurar a extensão do ônus que recai sobre o produto armazenado (Lei n. 11.076/2004, art. 17).

Por sua vez, o endosso do CDA em separado do WA investe o endossatário na condição de titular da propriedade das mercadorias armazenadas, *menos* um de seus atributos: o da onerabilidade. Quer dizer, o

titular do CDA pode negociar os produtos armazenados, mas não os pode dar em penhor. Evidentemente, não encontrará no mercado ninguém interessado em pagar-lhe pelo CDA o mesmo valor que pagaria por produtos livres e desembaraçados. Normalmente, quem adquire o CDA em separado do WA abate do preço o equivalente à obrigação garantida por este último título. É na negociação do CDA, isoladamente ou em conjunto com o WA, que se verifica o emprego desses títulos armazeneiros como instrumento de investimento ou especulação.

A pedido do depositante, o armazém de agronegócio deve emitir dois títulos de crédito (CDA e WA), que, embora sejam criados necessariamente juntos, podem circular em separado. A circulação em separado do WA importa a constituição de penhor sobre a mercadoria depositada, sendo o endossatário investido na condição de credor pignoratício do endossante. Já a circulação em separado do CDA importa a transferência ao endossatário da titularidade da mercadoria depositada, exceto um de seus atributos: o da onerabilidade.

Em princípio, o armazém de agronegócio só pode entregar o produto agrícola ou pecuário nele depositado a quem lhe exhibir *as primeiras vias* dos dois títulos (além de pagar pelos serviços de armazenagem). O credor do CDA e do WA que tiver o interesse em levantar a mercadoria do armazém deve, assim, solicitar a sua “baixa escritural” no MBO e pedir à entidade registradora a entrega das cópias (primeiras vias) que, durante a circulação em meio eletrônico, ficaram nela custodiadas.

O titular apenas do CDA que deseja levantar o produto depositado tem, assim, duas alternativas: a primeira é resgatar o WA das mãos de quem o titula, pagando a obrigação garantida pelo penhor e reunindo os dois títulos; a segunda é consignar o valor do WA (principal e juros) junto à entidade custodiante, recebendo desta um documento comprobatório da consignação. Na segunda hipótese, providenciada a “baixa escritural” dos títulos, o sujeito se dirige ao armazém de agronegócio, onde, exibindo a primeira via do CDA e o documento comprobatório da consignação e pagando as despesas de armazenagem, pode levantar o produto agrícola ou pecuário ali

depositado. De sua parte, a entidade custodiante pagará ao titular do WA, com os recursos nela consignados para esta finalidade (Lei n. 11.076/2004, art. 21, § 1º, II e §§ 2º e 4º a 6º).

O titular apenas do WA, como visto, é credor pignoratício do primeiro endossante deste título. Se a obrigação garantida não for honrada no vencimento, abrem-se-lhe as seguintes alternativas: 1ª) se o titular do CDA havia consignado o valor deste título junto à entidade custodiante, o credor do WA deve procurá-la para receber seu pagamento; 2ª) se não houve a consignação, ele pode promover a execução da garantia pignoratícia. Esta execução pode recair diretamente sobre o produto depositado, hipótese em que será vendido em leilão promovido em bolsa de mercadoria, ou sobre o CDA correspondente, expropriando-se judicialmente o título de quem o detenha para ser, em seguida, negociado, juntamente com o WA, em bolsa de mercadoria ou de futuros ou em MBO. Nas duas alternativas, o produto da venda é empregado, sucessivamente, na liquidação da obrigação garantida pelo WA, pagamento das despesas de armazenagem e entrega do saldo remanescente ao credor do CDA (Lei n. 11.076/2004, art. 17, §§ 2º e 3º).

O regime cambial do CDA e do WA é o do Código Civil. Quando os títulos foram instituídos, em 2004, já estava em vigor o art. 903 do CC. Desse modo, enquanto o Conhecimento de Depósito e o *Warrant* emitidos por armazéns-gerais continuam regidos pelas normas e preceitos genéricos da LU, o CDA e o WA submetem-se, em matéria cambial, ao CC. Ademais, a Lei n. 11.076/2004 fixou três regras cambiais específicas para estes títulos. A exemplo das CPRs, também no caso do CDA e WA, o endosso deve ser completo e não importa a obrigação do endossante pela entrega do produto, mas somente pela existência da obrigação; além disso, o protesto não é necessário para conservação do direito contra endossantes e seus avalistas.

4.4. Refinanciamento do Agronegócio e Securitização

O *refinanciamento* e a *securitização* são meios de o financiador de uma atividade econômica, negociando com instituição financeira ou investidores, “antecipar” a realização de valor financiado, com o objetivo de dispor de recursos para promover novos financiamentos. O que diferencia a securitização do refinanciamento é a segregação dos riscos numa *sociedade de propósito específico* (a companhia de securitização).

No que diz respeito ao refinanciamento e à securitização no contexto do agronegócio, a lei criou três títulos: o Certificado de Direitos Creditórios do Agronegócio (CDCA), a Letra de Crédito do Agronegócio (LCA) e o Certificado de Recebíveis do Agronegócio (CRA). A principal diferença entre eles diz respeito ao emissor: o CDCA só pode ser emitido por cooperativas ou empresários do agronegócio, a LCA somente por instituições financeiras e o CRA, por companhia securitizadora de recebíveis do agronegócio. A disciplina desses títulos se abriga, também, na Lei n. 11.076/2004.

São títulos de crédito sujeitos à regência supletiva do Código Civil (art. 903) e, também, a duas normas específicas: 1ª) o endosso deve ser completo, não se admitindo os títulos ao portador; 2ª) o protesto é facultativo para a cobrança contra os coobrigados, isto é, dos endossantes e seus avalistas (Lei n. 11.076/2004, art. 44). Eles podem servir de instrumento de investimento, facultando a lei sua negociação em bolsa de valores, de mercadorias e futuros e em MBO.

Os títulos de refinanciamento e securitização do agronegócio são lastreados em direitos creditórios oriundos de atividades empresariais exploradas nesta cadeia econômica. Variam conforme os sujeitos autorizados por lei para emití-los: os empresários ou cooperativas emitem o CDCA, as instituições financeiras, o LCA, e a companhia de securitização de recebíveis do agronegócio, o CDA.

Os títulos de refinanciamento e securitização do agronegócio devem necessariamente lastrear-se em créditos originados de negócios jurídicos entabulados entre os agentes da cadeia de *agribusiness*. Nenhum crédito constituído em operação econômica estranha ao agronegócio pode ser empregado como lastro desses títulos. Nos termos da lei, os direitos creditórios em questão devem ser “originários de negócios realizados entre produtores rurais, ou suas cooperativas, e terceiros, inclusive financiamentos ou empréstimos, relacionados com a produção, comercialização, beneficiamento ou industrialização de produtos ou insumos agropecuários ou de máquinas e implementos utilizados na atividade agropecuária” (Lei n.

11.076/2004, art. 23, parágrafo único). Este conceito legal circunscreve os *direitos creditórios do agronegócio*.

4.4.1. Certificado de Direitos Creditórios do Agronegócio (CDCA)

O CDCA pode ser emitido exclusivamente por cooperativas de produtores rurais ou por sociedades empresárias que exploram atividade de comercialização, beneficiamento ou industrialização de produtos ou insumos agropecuários, bem como de máquinas e implementos utilizados na produção agropecuária (Lei n. 11.076/2004, art. 24, parágrafo único). Imagine que uma indústria vende tratores a prazo aos produtores rurais. Os créditos derivados destas operações de venda podem servir de lastro para a emissão de um CDCA pela indústria de tratores, para colocação junto a investidores.

Os direitos creditórios do agronegócio vinculados à CDCA podem estar documentados numa variada gama de instrumentos jurídicos, como a Duplicata Mercantil, a Nota Promissória Rural, CPR, CDA e WA. Os créditos oriundos de contratos mercantis podem também lastrear o CDCA, mas isso não tem sido usual em razão de dificuldades operacionais derivadas da falta de padronização (Buranello, 2009:371).

Para servirem de lastro à emissão do CDCA, os direitos creditórios do agronegócio devem estar registrados no MBO e seus respectivos documentos custodiados numa instituição financeira (ou outra entidade autorizada pela CVM a prestar serviço de custódia de valores mobiliários). Caberá à instituição custodiante, além da guarda da documentação, realizar a liquidação dos direitos creditórios vinculados ao CDCA. Para isso, ela deve ser investida em poderes de mandatária do emitente para cobrar e receber os créditos que lastreiam o título.

A emissão do CDCA implica a constituição de penhor legal sobre os créditos vinculados. Estes, ademais, são insuscetíveis de qualquer constrição judicial para cobrança de outras obrigações do emitente do título. Garantias convencionais, como aval, hipoteca ou alienação fiduciária sobre outros bens do emitente ou de terceiros, podem ser adicionadas ao penhor legal, com o objetivo de tornar o título mais atraente aos olhos dos potenciais investidores.

O CDCA pode ser emitido em suporte exclusivamente eletrônico, mediante registro em MBO (Lei n. 11.076/2004, art. 35).

4.4.2. Letra de Crédito do Agronegócio (LCA)

A Letra de Crédito do Agronegócio (LCA) somente pode ser emitida por instituições financeiras, também tendo por lastro créditos decorrentes de operações de financiamento entabuladas com agentes do agronegócio. Colocada junto a investidores, a LCA viabiliza a captação de recursos para possibilitar à instituição financeira emitente a realização de novos financiamentos às atividades econômicas ou outra operação própria a seu objeto.

Tal como no caso do CDCA, os direitos creditórios vinculados à LCA devem estar registrados em MBO e seus documentos custodiados numa instituição autorizada a prestar este serviço. Também se estendem aos direitos creditórios que fornecem o lastro à LCA o penhor legal instituído em favor dos investidores adquirentes do título e a impossibilidade de qualquer constrição judicial por outras obrigações do emitente. São igualmente aplicáveis à LCA as regras do CDCA atinentes à admissibilidade de garantias convencionais adicionais e a emissão, circulação e liquidação exclusivamente em suporte eletrônico.

4.4.3. Certificado de Recebíveis do Agronegócio (CRA)

Os Certificados de Recebíveis do Agronegócio (CRA) só podem ser emitidos por companhias securitizadoras de direitos creditórios do agronegócio. Elas são sociedades anônimas dedicadas à aquisição de créditos dessa natureza (isto é, apenas os mencionados no parágrafo único do art. 23 da Lei n. 11.076/2004), especificamente com o objetivo de utilizá-los como lastro para a emissão do CRA, que será, como o CDCA e a LCA, colocado junto a investidores.

A emissão do CRA pode ser feita sob regime fiduciário ou não, a depender unicamente da declaração de vontade da companhia securitizadora, expressa no Termo de Securitização. No primeiro caso, constituir-se-á um *patrimônio separado*, integrado, de um lado, pelos direitos creditórios do agronegócio adquiridos (ativos separados), e, de outro, pela obrigação de resgate do CRA (passivo separado). No regime fiduciário, nenhuma outra

obrigação da companhia securitizadora (à exceção das dívidas trabalhistas e fiscais — art. 76 da Medida Provisória n. 2.158-35/2001) pode ser executada sobre os direitos creditórios de agronegócio vinculados à CRA, nem mesmo em caso de falência (LF, art. 119, IX). No segundo, sendo a emissão feita fora do regime fiduciário, não há a constituição de patrimônio separado, e qualquer credor da companhia securitizadora, mesmo que não seja titular de CRA, pode buscar a satisfação de seu crédito mediante expropriação judicial dos direitos creditórios de agronegócio. Evidentemente, a companhia securitizadora decidirá se institui ou não o regime fiduciário em cada série de emissão, em função das condições de mercado, levando em conta que a constituição do patrimônio separado sempre implicará maiores garantias aos investidores e, portanto, maior atratividade ao CRA.

4.5. Nota Comercial do Agronegócio (NCA)

Qualquer sociedade empresária atuante no agronegócio pode, uma vez cumpridas as condições legais e regulamentares aplicáveis, captar recursos no mercado de valores mobiliários, mediante a emissão de *ações* ou *debêntures*. Nesses casos, não há nenhuma especificidade derivada de seu objeto: ela se submeterá ao mesmo regime jurídico das companhias abertas (Cap. 19 e 20, item 2). Quando se trata, contudo, de captar recursos a curto e médio prazos, em vez do *commercial paper* posto à disposição das companhias abertas em geral (Cap. 20, item 5), a sociedade empresária dedicada a agronegócio terá ao alcance um valor mobiliário específico: a Nota Comercial do Agronegócio (NCA). Este valor mobiliário está disciplinado na Instrução CVM n. 422, de 20 de setembro de 2005.

A NCA é uma nota promissória que admite emissão pública, para fins de captação, pelo seu emitente, de recursos junto ao mercado de valores mobiliários. Seu vencimento é de no máximo 360 dias (art. 5º), revelando-se, assim, um instrumento mais apropriado à captação de recursos para custeio do agronegócio. Além de companhias abertas, também as fechadas e até mesmo as sociedades limitadas e cooperativas podem se valer, dentro de certos limites, deste instrumento de captação de recursos. De acordo com o regulamento da CVM, a emissora deve se dedicar à atividade de “produção,

comercialização, beneficiamento ou industrialização de produtos ou insumos agropecuários, ou de máquinas e implementos utilizados na atividade agropecuária” (art. 2º). A captadora que não for sociedade anônima aberta deve requerer o registro como *emissora de NCA* (salvo se o prazo de resgate for de até 270 dias, quando estará dispensada desta formalidade).

Para emitir NCA, deve-se atender aos mesmos procedimentos e cautelas que a CVM exige dos demais agentes captadores de recursos no mercado de valores mobiliários, destinados a garantir ampla transparência e segurança ao investidor, tais como a contratação de uma instituição financeira intermediária, a divulgação do prospecto, prestação de contas periódicas à autarquia e ao mercado etc.

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

(O primeiro número refere-se ao capítulo e o segundo, ao item ou subitem.)

Abstração

— subprincípio da: 10:2.3.1

Abuso do poder econômico

Ver Infração da ordem econômica

Accessio temporis

— noção: 5:4.1

Aceite

— cláusula não aceitável: 11:3.2

— conceito: 11:3

— domiciliado: 11:3.1

— duplicata: 14:3

— limitativo: 11:3.1

— modificativo: 11:3.1

— recusa parcial: 11:3.1

Agronegócio

Ver Títulos do agronegócio

— Definição: 15:4

Análise econômica do direito

— e as externalidades: 1:10

— responsabilidade contratual: 1:12

Atividade inventiva

— e adição de invenção: 6:2

— noção: 6:4.2

Atos cambiais

— aceite: 11:3

— aval: 11:5

— endosso: 11:4

— e o Plano Collor: 11:4.3

— saque: 11:2

Atos de comércio

— teoria dos: 1:4

Autonomia cambial

— princípio da: 10:2.3

Aval

— conceito: 11:5

— e fiança: 11:5.2

— e garantias extracartulares: 11:5.3

— simultâneos: 11:5.1

Aviamento

— clientela: 5:1

— noção: 5:1

CADE

— competência: 7:3.2

— natureza: 3:4.2; 7:3.2

— noção: 7:3.1

Cartularidade

— princípio da: 10:2.1

Cédula de crédito

— à exportação: 15:3.1

— bancário: 15:3.2

— comercial: 15:3.1

— de produto rural: 15:4.2

— industrial: 15:3.1

— rural: 15:3.1

Cessão civil de crédito

— e endosso: 11:4.2

Cheque

— administrativo: 13:2.1

— circulação: 13:1.1

— conceito: 13:1

— cruzado: 13:2.1

— modalidades: 13:1.2

- para se levar em conta: 13:1.2
- pós-datado: 13:2
- prazo de apresentação: 13:1.3
- pré-datado: 13:2
- sem fundos: 13:4
- sustação: 13:3
- visado: 13:1.2

Ciência do direito

- noção: 1:9

Competição

Ver Concorrência

CONAR

- abrangência: 9:2.1
- referência: 9:2
- sanções: 9:2.2

Concentração econômica

- conclusão: 7:4
- controle preventivo: 7:7

Concorrência

Ver também Concorrência desleal

- autofágica: 7:9
- direito-custo: 1:12
- disciplina contratual: 7:9
- e o Mercosul: 3:4.2
- ilícita: 7:8
- não restabelecimento: 5:6.3
- prejuízo à livre: 7:4.2
- vantagem competitiva: 3:1

Concorrência desleal

- classificação: 7:2.1
- e impedimentos à patenteabilidade: 6:4.4
- específica: 7:2.2
- noção: 7:2

- publicidade comparativa: 9:11
- repressão civil: 7:2.3
- segredo de empresa: 6:2.1
- usurpação de nome empresarial: 6:9.2
- usurpação de título de estabelecimento: 6:10

Conhecimento de depósito

- do agronegócio: 15:4.3
- título armazeneiro: 15:1.2

Constituição econômica

- conceito: 7:3
- perfil neoliberal: 7:1, 3

Consumidor

- conceito: 9:1
- direito-custo: 1:12
- e o Mercosul: 3:4.2
- informação: 8:5, 5.1, 5.2; 9:4.4
- pagamento de título de crédito: 11:7.2
- qualidade de bens e serviços: 8
- vícios no fornecimento: 3:4.2; 8:9

Conta de serviços

- noção: 14:6

Controle

- direitos do consumidor: 8:10.6

Correção monetária

- cheque: 13:4.2
- duplicata: 14:5.1
- pagamento em cartório: 11:8.2

Culpa

- comerciante: 8:7.3
- e infração da ordem econômica: 7:4.1
- harmonização do direito: 3:4.2
- profissionais liberais: 8:7.5
- publicidade: 9:7

- qualidade de produtos e serviços: 8:2
- sistema *no fault*: 8:2

Demonstrações contábeis

- balanço de determinação: 4:6
- noção geral: 4:6
- periodicidade: 4:6

Denominação

- formação: 6:9.2
- noção: 6:9.1

Desenho industrial

- e obra de arte: 6:3.2
- noção: 6:2
- originalidade: 6:5.1
- pedido de registro: 6:6.2
- registro: 6:5.1

Design

Ver Desenho industrial

Direito ambiental

- direito-custo: 1:11
- externalidades: 1:10

Direito antitruste

- noção: 7:3

Direito autoral

- e direito industrial: 6:3.1
- obra de arte: 6:3.2

Direito cambiário

- cláusula-mandato: 11:2.2
- constituição do crédito cambiário: 11:1 a 5
- e a informática: 10:5
- natureza da obrigação cambial: 10:3
- princípios: 10:2

Direito comercial

- direito-custo: 1:12

— e o direito empresarial: 1:8

— e o Mercosul: 3:4.2

Direito comparado

— Alemanha: 5:6.1; 6:1, 6; 11:1

— Argentina: 3:4.2; 4:5.1, 5.5; 5:6.1; 6:1, 9; 14:1

— Espanha: 6:1, 4.2; 7:1; 9:1, 11

— EUA: 3:4.2; 5:7, 7.1; 6:1, 2.1, 4.2, 6, 7.3; 7:1, 3.2; 8:1.2, 2, 3, 5.2; 9:1, 4.5; 11:2.1; 14:1

— Europa: 7:3.2; 8:6.1

— França: 1:4, 5; 5:6.1; 6:2.1, 4.2, 6; 7:1, 2.4; 9:1, 11; 13:4.3; 14:1, 5.2

— harmonização: 3:4.1

— Itália: 1:5; 5:6.1, 6.3; 6:6, 7.3; 7:1; 9:1, 2.2; 10:4

— Portugal: 7:1; 9:1; 14:1

— Reino Unido: 6:6; 8:3

— Suíça: 6:6

— Uruguai: 3:4.2; 9:11

Direito-custo

— acidente de trabalho: 1:12

— definição: 1:11

— direito comercial: 1:12

— Mercosul: 4:1

— recuperação de crédito: 1:12

Direito industrial

Ver também Propriedade industrial

— caducidade: 6:8

— cessão de: 6:7.2

— contrafação: 6:5.2

— e direito autoral: 6:3.1

— extinção: 6:8

— licença de: 6:7.1; 8:10.3, 10.4

— período de graça: 6:4.1, 5.1

Direito penal

— cheque sem fundos: 13:4.3

— concorrência desleal: 7:2.4

- duplicata simulada: 14:2
- publicidade enganosa ou abusiva: 9:9

Direito privado

- autonomia da vontade: 1:3
- e o direito público: 1:3

Direito público

- e o direito privado: 1:3

Domínio público

- direito industrial: 6:8

Dumping

- e concorrência: 7:5.s
- social: 3:4.1

Duplicata

- aceite: 14:3
- causalidade: 14:2
- conceito: 14:1
- de prestação de serviços: 14:6
- execução: 14:5
- meio eletrônico: 14:5.2
- protesto: 14:4
- registro de duplicatas: 4:5.1
- triplicata: 14:4.2

Economia

- e direito: 1:10 a 12
- informal: 4:3
- liberalismo: 7:1
- neoliberalismo: 7:1

Empresa

Ver também Microempresário

- e empresário: 4:1
- elemento de: 8:7.5
- inatividade: 4:4.6; 6:9.3
- no direito brasileiro: 1:7

- princípio da preservação: 6:7
- relações interempresariais e consumidor: 8:10
- segredo de: 6:2.1, 6.1; 7:2.2, 2.3, 2.4
- teoria da: 1:5
- teoria da empresa em si: 5:1

Empresário

- como fornecedor: 8:7.1
- conceito: 4:1
- de pequeno porte: *ver Microempresário*
- individual: 6:9.1
- obrigações gerais: 4:3
- rural: 4:4.5
- sociedade empresária: 4:2

Endosso

- caução: 11:4.1
- conceito: 11:4
- e cessão civil de crédito: 11:4.2
- espécies: 11:4
- impróprio: 11:4.1
- mandato: 11:4.1

Escrituração

- falta de escrituração: 4:5.7
- funções: 4:5
- livros: 4:5.1
- processos: 4:5.3
- registro de duplicata: 14:2
- regularidade: 4:5.2

Espionagem econômica

- referência: 7:2.2

Estabelecimento

- Ver também Aviamento, Fundo de comércio e Ponto*
- alienação: 5:6; 6:9.2
 - conceito: 5:1

- elementos: 5:3
- natureza: 5:5.1
- *shopping center*: 5:5
- sucessão: 5:6.1; 8:10.2
- título de: 6:10

Estado

- capitalista: 1:2; 1:9
- do bem-estar social: 1:2; 1:9; 7:1
- liberal: 1:3
- socialista: 1:2

Estado da arte

- dever de pesquisar: 8:6.1
- noção: 8:6.2

Estado da técnica

- e *design*: 6:5.1
- e estado da arte: 8:6.2
- noção: 6:4.1

Execução específica

- direito-custo: 1:12

Externalidades

- internalização das: 1:10
- noção: 1:10

Falência

- crime falimentar: 4:5.5, 6
- e teoria da empresa: 1:7
- irregularidade da sociedade: 4:4.4
- trespasse irregular: 5:6.1

Fatura

- noção: 14:3

Fiança

- caracterização: 11:5.3
- e aval: 11:5.2

Firma

— formação: 6:9.2

— noção: 6:9.1

Franquia

— circular de oferta: 5:7.1

— e concorrência: 7:5.k

— e relações de consumo: 8:10.5

— noção: 5:7

— registro: 5:7.2

Fundo de comércio

Ver Estabelecimento

Globalização

— cláusula social: 3:3

— integração econômica: 3:4

Hacking

— crime: 7:2.4

— referência: 7:2.2

História do direito comercial

— brasileiro: 1:6

— direito cambiário: 11:1

— direito industrial: 6:1, 4.4, 10

— escrituração: 4:5, 5.3

— períodos: 1:4

— registro do comércio: 4:4

— Tribunais do Comércio: 4:4

Informática

— duplicata eletrônica: 14:5.2

— e escrituração mercantil: 4:5.3

— e o direito cambiário: 10:3

— espionagem: 7:2.2, 2.3

— prova judiciária: 4:5.5

Infração da ordem econômica

— abuso de posição dominante: 7:4.5

— aumento arbitrário de lucros: 7:4.4

- caracterização: 7:4
- colusão: 7:4
- compromisso de desempenho: 7:3.2
- condutas infracionais: 7:5
- discriminação: 7:5.1
- noção: 7:3
- recusa de fornecimento: 7:5.m
- sanções: 7:6
- venda casada: 7:5.e, w

Inoponibilidade

- subprincípio da: 10:2.3.2

INPI

Ver também Direito industrial

- exame prévio: 6:6
- livre concessão: 6:6, 6.2
- processo administrativo: 6:6
- referência: 6:2
- registro da franquia: 5:7.2

INSS

- acesso aos livros do empresário: 4:5.5

Joias

- proteção pelo direito industrial: 6:3.2

Junta comercial

- competência: 4:4.1, 4.2
- estrutura: 4:4.1
- história: 4:4

Juros

- cheque: 13:4.2
- duplicata: 14:5.1

Letra de câmbio

- requisitos: 11:2.1

Literalidade

- princípio da: 10:2.2

Livre-iniciativa econômica

- e livre concorrência: 7:4.2
- prejuízo: 7:4.2
- princípio constitucional: 7:1

Livros

- classificação: 4:5.1
- Código Brasileiro de Trânsito: 4:5
- exibição judicial: 4:5.5
- extravio ou perda: 4:5.4
- princípio do sigilo: 4:5.5

Locação empresarial

- e teoria da empresa: 1:7
- e trespasse: 5:6.2
- locação-gerência: 5:4.2, 4.4
- requisitos: 5:4.1
- retomada: 5:4.2

Lucros

- aumento arbitrário: 7:4.4

Marca

- alto renome: 6:5.2
- caducidade: 6:8
- cessão: 6:7.2
- coletivas: 6:2.2
- de certificação: 6:2.2
- e nome empresarial: 6:9.3
- licença: 5:7; 6:7.1
- noção: 6:2
- pedido de registro: 6:6.3
- registro: 6:5.2
- sonora: 6:2

Marca notória

- contrafação: 6:5.2
- degeneração: 6:7.3

- noção: 6:5.2
- publicidade comparativa: 9:11

Mercado

- de competição perfeita: 1:10
- divisão de: 7:5.c
- em causa: 7:4.3
- limitar o acesso ao: 7:5.d
- regulação: 7:5.j
- relevante: 7:4.3

Merchandising

- publicidade simulada: 9:3
- responsabilidade perante o consumidor: 8:10.4

Mercosul

- harmonização do direito: 3:4.1
- noção geral: 3:4

Microempresário

- Estatutos: 4:5.1
- pequeno empresário: 4:4.5
- SIMPLES: 4:5.1

Nome empresarial

- elemento fantasia: 6:9.1
- e marca: 6:9.3
- espécies: 6:9.1
- formação: 6:9.2
- noção: 6:9
- proteção: 6:9.2
- razão social: 6:9.1

Nota fiscal-fatura

- noção: 14:3

Nota promissória

- regime: 12:2
- requisitos: 12:1

Obrigação cambial

— natureza: 10:3

Pagamento de título de crédito

— cautelas: 11:7.2

— em cartório: 11:8.2

— prazo para apresentação: 11:7.1

Patente

— atividade inventiva: 6:4.2

— caducidade: 6:8

— cessão: 6:7.2

— defesa nacional: 6:6.1

— desimpedimento: 6:4.4

— industriabilidade: 6:4.3

— licença: 6:7.1

— novidade: 6:4.1

— originalidade: 5:4.1

— patenteabilidade: 6:4

— pedido: 6:6.1

— reivindicações: 6:6.1

Planos econômicos

— Plano Collor: 11:4.3

Ponto

— indenização pela perda: 5:4.4

— noção: 5:4

— trespasse: 5:6, 6.2

Prazos

— apresentação do cheque: 13:1, 1.3

— caducidade: 6:8

— duração do direito industrial: 6:8

— guarda dos livros: 4:5.5

— inatividade: 4:4.5

— licença compulsória: 6:7.1

— pedido de exame: 6:6.1

— período de graça: 6:4.1, 5.1

- prescrição cambial: 11:9; 13:4.1; 14:5
- prioridade: 6:6.4
- publicação de pedido no INPI: 6:2.1, 6.1
- registro na Junta: 4:4.3
- renovatória: 5:4.3
- saneamento de vícios: 8:9.1
- vícios: 8:9.3

Preços

- combinados em licitação pública: 7:5.h
- concertados: 7:5.a
- de revenda: 7:5.k
- excessivos: 7:5.x
- oscilação artificial: 7:5.i
- predatório: 7:5.r

Princípios

- do direito comercial internacional: 3:2

Processo civil

- ação cambial: 11:9
- ação renovatória: 5:4.3
- ações cambiais do cheque: 13:4.1
- direito-custo: 1:12
- execução da duplicata: 14:5
- exibição judicial dos livros: 4:5.5
- inoponibilidade: 10:2.3.2
- prova judicial: 4:5.6

Produtos e serviços

- alta periculosidade: 8:4.2
- defeituosos: 8:1.2, 7
- perigosos: 8:1.1, 4
- riscos normais: 8:4.1
- viciados: 8:1.3, 8, 9

Programa de computador

- proteção: 6:3
- registro: 6:3.1

Propaganda

Ver também Publicidade

— política: 9:1

Propriedade comercial

Ver também Ponto

— noção: 5:4

Propriedade industrial

— adição de invenção: 6:2

— bens da: 6:2

— direito-custo: 1:12

— e propriedade intelectual: 6:3

— exploração: 6:7

— invenção: 6:2

— modelo de utilidade: 6:2

— prioridade: 6:6.4

— segredo de empresa: 6:2.1

— transferência: 6:7.2

Propriedade intelectual

— açambarque: 7:5.p

— noção: 6:3

Protesto

— cancelamento: 11:8.3

— conceito: 11:8

— falta de pagamento: 11:8.1

— pagamento em cartório: 11:8.2

— por indicações: 10:2.1; 14:4.1

Publicidade

Ver também Publicidade abusiva, Publicidade comparativa e Publicidade enganosa

— abusiva: 9:5

— agência de propaganda: 9:10

— autorregulação publicitária: 9:2

— consumidor: 9:1

— contrapropaganda: 9:8.1

- enganosa: 9:4
- enganosidade por omissão: 9:4.5
- exclusividade de: 7:5.g
- *Publicity*: 9:6
- simulada: 9:3

Publicidade abusiva

- caracterização: 9:5.7, 5.8, 5.9
- discriminação: 9:5.1
- e crianças: 9:5.4
- incitação à violência: 9:5.2
- nocividade à saúde e segurança: 9:5.6
- superstição: 9:5.3
- tabaco: 9:5.6
- valores ambientais: 9:5.5

Publicidade comparativa

- e concorrência desleal: 9:11
- e degeneração de marca notória: 6:7.3
- e direitos do consumidor: 9:11

Publicidade enganosa

- consumidor-padrão: 9:4.3
- enganosidade por omissão: 9:4.5
- falsidade: 9:4.1
- princípio da transparência: 9:4.5
- princípio da veracidade: 9:4.5
- *teaser*: 9:4.4

Registro de empresas

- atos: 4:4.2
- e teoria da empresa: 1:7
- falta do registro: 4:4.4
- órgãos: 4:4.1
- procedimentos: 4:4.3
- regimes: 4:4.3

Relação de consumo

— referência: 9:1

Responsabilidade administrativa

— anunciante: 9:8, 8.2

— cheque sem fundos: 13:4.3

Responsabilidade civil

— anunciante: 9:7

— comerciante: 8:7.3

— concorrência desleal: 7:2.3

— direito-custo: 1:12

— fabricante, produtor, construtor e importador: 8:7.2

— infração da ordem econômica: 7:6

— objetiva: 1:12; 3:4.2; 7:4.1

— por risco de desenvolvimento: 8:6, 6.1

— prestador de serviços: 8:7.4

— profissionais liberais: 8:7.5

— vícios: 8:8.3

Responsabilidade contratual

— direito-custo: 1:12

— disciplina da concorrência: 7:9

— princípio da relatividade: 3:4.2; 8:3

Riscos

— de desenvolvimento: 8:6

— excludente: 8:7.2

— informações sobre: 8:5.2

— normais e previsíveis: 8:4.1

SDE

— referência: 7:3.1

Seres vivos

— impedimento à patenteabilidade: 6:4.4

Shopping center

— cláusula de não restabelecimento: 5:6.3

— concorrência autofágica: 7:9

— noção: 5:5

— renovação da locação: 5:5

Socialismo

— marxismo: 1:1, 2

Sociedades

— consorciadas: 8:10.6

— controladas e coligadas: 8:10.6

— empresárias: 4:2

— grupo de: 8:10.6

— irregulares: 4:4.4

Software

Ver Programa de computador

Solidariedade

— e o direito cambiário: 10:3

Sucessão

— alienação do estabelecimento: 5:6.1

— consumidor: 8:10.2

— direito à renovação: 5:6.2

— dívidas fiscais: 5:6.1

— dívidas trabalhistas: 5:6.1

— firma: 6:9.2

Súmulas

— STF, 189: 11:5.1

— STF, 246: 13:4.3

— STF, 387: 11:2.3

— STF, 439: 4:5.5

— STF, 554: 13:4.3

— STJ, 26: 11:5.3

— STJ, 60: 11:2.2

Tarifa externa comum

— noção: 3:4

Tecnologia jurídica

— comunidade jurídica do Mercosul: 3:4.2

— noção: 1:9

Teoria da alavanca

— vendas casadas: 7:5.w

Títulos de crédito

Ver também Direito cambiário

- abstração: 10:2.3.1
- ação cambial: 11:9
- atípicos: 15:2.2
- autonomia: 10:2.3
- cartularidade: 10:2.1
- classificação: 10:4
- conceito: 10:1
- conta de serviços: 14:6
- em branco ou incompleto: 11:2.3
- impróprios: 15:1
- inominados: 15:2.2
- inoponibilidade: 10:2.3.2
- literalidade: 10:2.2
- não regulados: 15:2.1
- pagamento: 11:7
- sujeitos ao Código Civil: 15:3
- vencimento: 11:6

Títulos do Agronegócio

- CDA: 15:4.3
- CDCA: 15:4.4.1
- CPR: 15:4.2
- CRA: 15:4.4.3
- Espécies: 15:4
- LCA: 15:4.4.2
- NCA: 4.5
- Suporte: 15:4.1
- WA: 15:4.3

Trespasse

Ver Ponto

Triplicata

— noção: 14:4.2

União aduaneira

— noção: 3:4

União de Paris

— concorrência desleal: 7:2.2

— e a marca notória: 6:5.2

— noção: 6:1

— prioridade: 6:6.4

Warrant

— do agronegócio: 15:4.3

— título armazeneiro: 15:1.2

Zona de Livre Comércio

— NAFTA: 3:4

— noção: 3:4

BIBLIOGRAFIA

ABRÃO, Nelson

1975 Cibernética e títulos de crédito. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 19, 1975.

1984 *Da franquía comercial (franchising)*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984.

ACCIOLY, Elizabeth

1996 *Mercosul & União Europeia: estrutura jurídico-institucional*. Curitiba, Juruá, 1996.

ALPA, Guido — BESSONE, Mario

1976 *La responsabilità del produttore*. 3ª ed. Milão, Giuffrè, 1987.

ALVIM, Thereza

1991 *Código do Consumidor comentado*. Obra coletiva. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991.

AMARAL Jr., Alberto do

1991 *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. Obra coletiva coordenada por Juarez de Oliveira. São Paulo, Saraiva, 1991.

AMARAL SANTOS, Moacyr

1976 *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª ed. Atualizado por Aricê Moacyr Amaral Santos. Rio de Janeiro, Forense, 1994, v. IV.

ARRUDA, José Soares & LOBO, Carlos Augusto da Silveira (orgs.)

1984 *Shopping centers — aspectos jurídicos*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984.

ASCARELLI, Tullio

1945 *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo, Saraiva, 1945.

1946 Causalidade e abstração da “duplicata”. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, n. 8, 1946.

Problemi giuridici. Milão, Giuffrè, 1959, v. 1.

1962 *Corso de diritto commerciale*. Ed. espanhola. Barcelona, Bosch, s. d.

ASQUINI, Alberto

1943 Profili dell’impresa. *Rivista del diritto commerciale*. Milão, Francesco Vallardi, XLI:1-20, 1943.

ATTI, Annalisa

1989 *La responsabilità del produttore*. Obra coletiva org. por Guido Alpa e outros. In: *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*. Padova, CEDAM, 1989, v. 13.

BAPTISTA, Luiz Olavo

1994 *Impacto do Mercosul sobre o sistema legislativo brasileiro*. In: *Mercosul: das negociações à implantação*. São Paulo, LTr, 1994, p. 11/25.

BARBIERI Filho, Carlos

1984 *Disciplina jurídica da concorrência*. São Paulo, Resenha Tributária, 1984.

BARBOSA, Denis Borges

- 2003** *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003, sem data da 1ª ed.
- BARBOSA, Ruy
1913 *As cessões de clientela e a interdição de concorrência nas alienações de estabelecimentos commerciaes e industriaes*. Rio de Janeiro, 1913, ed. do autor.
- BARRETO Filho, Oscar
1959 *O fundo de comércio nas desapropriações*. São Paulo, FIESP, 1959.
1969 *Teoria do estabelecimento comercial*. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 1988.
- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e
1991 *Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. Obra coletiva. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991.
1991b *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. Obra coletiva coordenada por Juarez de Oliveira. São Paulo, Saraiva, 1991.
1992 O direito penal do consumidor: capítulo do direito penal econômico. *Direito do Consumidor*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 1, 1992.
- BERLIT, Wolfgang
1995 *Das neue Markenrecht*. Munchen, Verlag C. H. Beck, 1995.
- BETTI, Emilio
1950 *Teoria generale del negozio giuridico*. 2ª ed. Torino, Torinese, 1950, sem data da 1ª ed.
- BEVILÁQUA, Clóvis
1908 *Teoria geral do direito civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro, 1980, edição histórica rev. e atual. por Caio Mário da Silva Pereira.
- BEZERRA Filho, Manoel Justino
2002 Dos títulos de crédito — exame crítico do Título VIII do Livro I da Parte Especial do novo Código Civil. *RT*, n. 798.
- BIN, Marino
1989 *La responsabilità del produttore*. Obra coletiva org. por Guido Alpa e outros. In: *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*. Padova, CEDAM, 1989, v. 13.
- BLASI, Gabriel Di & GARCIA, Mario Soerensen & MENDES, Paulo Parente M.
1997 *A propriedade industrial*. Rio de Janeiro, Forense, 1997.
- BOBBIO, Norberto & MATTEUCCI, Nicola & PASQUINO, Gianfranco
1983 *Dizionario di Politica*. Edição brasileira. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1992.
- BORGES, João Eunápio
1959 *Curso de direito comercial terrestre*. 5ª ed. 2ª tir. Rio de Janeiro, Forense, 1975.
1971 *Títulos de crédito*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1979.
- BULGARELLI, Waldirio
1977 *Direito comercial*. 8ª ed. São Paulo, Atlas, 1981.
1979 *Contratos mercantis*. 5ª ed. São Paulo, Atlas, 1990.
1979b *Títulos de crédito*. 10ª ed. São Paulo, Atlas, 1994.
1985 *A teoria jurídica da empresa*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985.

- 1985b** Publicidade enganosa — aspectos da regulamentação legal. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 58, 1985.
- 1991** Garante solidário — uma construção abstrusa? *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 84, 1991.
- BURANELLO, Renato
- 2009** *Sistema privado de financiamento do agronegócio*. São Paulo, Quartier Latin, 2009.
- BURKHARDT, Jürgen
- 1995** *Kartellrecht*. Munchen, C. H. Beck, 1995.
- BUZAID, Alfredo
- 1957** *Da ação renovatória*. 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 1988.
- CAGGIANO, Mônica Herman Salem
- 1991** Código do Consumidor — aspectos constitucionais. *RT*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 666, 1991.
- CALABRESI, Guido
- 1961** Some thoughts on risk distribution and the law of torts. *The Yale Law Journal*, Yale, Yale University Law School, v. 70.4, 1961.
- CALAIS-AULOY, Jean
- 1980** *Droit de la consommation*. 3ª ed. Paris, Dalloz, 1992.
- CALVÃO DA SILVA, João
- 1990** *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra, Livr. Almedina, 1990.
- CARVALHO, Elbruz Moreira de
- 1986** *Abuso do poder econômico*. Rio de Janeiro, Barrister's Editora, 1986.
- CARVALHOSA, Modesto
- 2003** *Comentários ao Código Civil*. Coordenação de Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo, Saraiva, 2003, v. 13.
- CERQUEIRA, João da Gama
- 1946** *Tratado da Propriedade Industrial*. 2ª ed. Rev. e atual. por Luiz Gonzaga do Rio Verde e João Casimiro Costa Neto. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982, 2 v.
- CHÂTELET, François (org.)
- 1979** *La philosophie — de Kant à Husserl*. 2ª ed. Edição portuguesa. Lisboa, Dom Quixote, 1995.
- COASE, Ronald
- 1960** The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*. Chicago, University of Chicago Law School, n. 3, 1960.
- COELHO, Fábio Ulhoa
- 1991** *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. Obra coletiva coordenada por Juarez de Oliveira. São Paulo, Saraiva, 1991.
- 1992** *Roteiro de lógica jurídica*. 3ª ed. São Paulo, Max Limonad, 1996.
- 1992b** *Direito e poder*. São Paulo, Saraiva, 1992.
- 1994** *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo, Saraiva, 1994.
- 1995** *Direito antitruste brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1995.

- 1995b** A análise econômica do direito. *Direito (Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-SP)*, São Paulo, Max Limonad, n. 2, 1995.
- 1996** Breves notas sobre o crime de duplicata simulada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 14, 1996.
- 1997** A natureza subjetiva da responsabilidade civil dos administradores de companhia. *Revista Direito de Empresa*, São Paulo, Max Limonad, n. 1, 1997.
- 2003** *Curso de direito civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1.
- 2004** *Curso de direito civil*. São Paulo, Saraiva, 2011, v. 2.
- 2005** *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas (Lei n. 11.101, de 9-2-2005)*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- COLOMBO, Giovanni E.
- 1979** L'azienda e il divieto di concorrenza dell'alienante. In: *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*. Padova, CEDAM, 1979, v. 3.
- COMPARATO, Fábio Konder
- 1978** *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro, Forense, 1978.
- 1985** As cláusulas de não concorrência nos "shopping centers". *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 97, 1985.
- 1986** A função social da propriedade dos bens de produção. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 63, julho-setembro de 1986.
- COPLAND, Aaron
- 1939** *What to listen in music*. Ed. mexicana. México, Fondo de Cultura Económica, 1986.
- CORREIA, A. Ferrer
- 1973** *Lições de Direito Comercial*. Lisboa, Ed. Lex, 1994, reprint.
- COSTA Jr., Paulo José da
- 1991** *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. Obra coletiva organizada por Juarez de Oliveira. São Paulo, Saraiva, 1991.
- COVAS, Silvânio
- 2006** O título de crédito eletrônico e a Cédula de Crédito Bancário. In *Contratos bancários*. Coordenação de Ivo Waisberg e Marcos Rolim Fernandes Fontes. São Paulo, Quartier Latin, 2006.
- CUEVAS, Guillermo Cabanellas de las
- 1983** *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*. Buenos Aires, Heliasta, 1983.
- DELMANTO, Celso
- 1975** *Crimes de concorrência desleal*. São Paulo, José Bushatsky, 1975.
- DENARI, Zelmo
- 1991** *Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. Obra coletiva. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991.
- DENOZZA, Francesco
- 1988** *Antitrust — leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli USA*. Bologna, Il Mulino, 1988.
- DESPAX, Michel

- 1957** *L'entreprise et le droit*. Paris, LGDJ, 1957.
- DIAS, Aguiar
- 1979** *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1979, 2 v.
- DOMINGUES, Douglas Gabriel
- 1984** *Marcas e expressões de propaganda*. Rio de Janeiro, Forense, 1984.
- ENGELS, Friedrich
- 1892** *Do socialismo utópico ao socialismo científico*. São Paulo, Global, sem data e sem título original.
- EPSTEIN, David G. & NICKLES, Steve H.
- 1976** *Consumer law*. 2ª ed. 4ª tir. St. Paul, Minn., West, 1989.
- ESTRELLA, Hernani
- 1973** *Curso de Direito Comercial*. Rio de Janeiro, José Konfino, 1973.
- FANELLI, Giuseppe
- 1950** *Introduzione alla teoria giuridica dell'impresa*. Milão, Giuffrè, 1950.
- FARIA, Werter R.
- 1990** *Constituição econômica. Liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 1990.
- 1992** *Direito da concorrência e contrato de distribuição*. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 1992.
- 1995** *Harmonização Legislativa no Mercosul*. Brasília, Associação Brasileira de Estudos da Integração, 1995.
- FARINA, Juan M.
- 1994** *Contratos comerciales modernos*. Buenos Aires, Astrea, 1994.
- 1995** *Defensa del consumidor y del usuario*. Buenos Aires, Astrea, 1995.
- FERRARA Jr., Francesco
- 1945** *La teoria giuridica dell'azienda*. Firenze, Casa Editrice "Il Castellaccio", 1945.
- 1952** *Gli imprenditori e le società*. 9ª ed. Atualizado por Francesco Corsi, Milão, Giuffrè, 1994, sem data da 1ª ed.
- FERRAZ Jr., Tércio Sampaio
- 1980** *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980.
- 1988** *Introdução ao estudo do direito*. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo, Atlas, 1989.
- FERREIRA, Waldemar
- 1962** *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo, Saraiva, 1962.
- FILOMENO, José Geraldo Brito
- 1991** *Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. Obra Coletiva. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991.
- FIUZA, Ricardo (coord.)
- 2002** *Novo Código Civil comentado*. Diversos autores. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo, Saraiva, 2002.
- FOLSON, Ralph H. & GORDON, Michael W. & SPANOGLE Jr., John A.
- 1991** *International business transactions*. St. Paul, MN, West Publishing, 1991.
- FORGIONI, Paula Andrea
- 1998** *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.

- 2003** A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, Malheiros, v. 130, abril-junho de 2003.
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga & FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo
- 1985** *Poder econômico: exercício e abuso. Direito antitruste brasileiro*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985.
- FRANCO, Nascimento
- 1994** *Ação Renovatória*. São Paulo, Malheiros, 1994.
- FRANCO, Nascimento & GONDO, Niske
- 1968** *Ação renovatória e ação revisional de aluguel*. 7ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991.
- FRONTINI, Paulo Salvador
- 1974** A “Guerra das Garrafas”: uma página de direito econômico do plenário do CADE. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 13, 1974.
- 1975** A atividade negocial e seus pressupostos econômicos e políticos. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 18, 1975.
- 1996** Títulos de crédito e títulos circulatórios: que futuro a informática lhes reserva? *RT*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 730, 1996.
- FUSI, Maurizio
- 1989** Pubblicità decettiva e valutazione dell’attitudine ad ingannare. In: *Diritto e comunicazione pubblicitaria*. Organizado por Luigi Severini. Milão, Giuffrè, 1991.
- GALGANO, Francesco
- 1992** *Sommario di Diritto Commerciale*. Milão, Giuffrè, 1992.
- GHIDINI, Gustavo
- 1989** Comunicazione pubblicitaria e consumatori. In: *Diritto e comunicazione pubblicitaria*. Organizado por Luigi Severini. Milão, Giuffrè, 1991.
- GIACOMINI Filho, Gino
- 1991** *Consumidor versus Propaganda*. São Paulo, Summus, 1991.
- GOMES, Luiz Flávio
- 1992** Tendências político-criminais quanto à criminalidade de bagatela. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 1, 1992.
- GOMES, Orlando
- 1967** *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980.
- GONÇALVES Neto, Alfredo de Assis
- 1987** *Aval — alcance da responsabilidade do avalista*. 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993.
- GORASSINI, Atilio
- 1990** *Contributo per un sistema della responsabilità del produttore*. Milão, Giuffrè, 1990.
- GRAU, Eros Roberto
- 1981** *Elementos de direito econômico*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981.

- 1990** *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990.
- GRINOVER, Ada Pellegrini
- 1991** *Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. Obra coletiva. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991.
- GUERREIRO, José Alexandre Tavares
- 1978** O Estado e a economia nos contratos privados. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 31, 1978.
- GUSMÃO, José Roberto
- 1989** Publicidade comparativa no direito. *O Estado de S. Paulo*, caderno “Economia”, 2 ago. 1989, p. 2.
- 1990** *L’acquisition du droit sur la marque au Brésil*. Paris, Litec, 1990.
- HABERMAS, Jurgen
- 1968** *Technik und Wissenschaft als “Ideologie”*. Edição espanhola. 2ª ed. Madri, Tecnos, 1992.
- HESKETT, John
- 1980** *Industrial design*. London, Thames and Hudson, 1995.
- HOLZHAMMER, Richard
- 1989** *Allgemeines handelsrecht und wertpapierrecht*. 6ª ed. Viena, Nova York, Springer, 1995.
- JESUS, Damásio E.
- 1977** *Direito Penal: parte geral*. 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 1979, v. 1.
- 1992** Dolo e culpa no Código de Defesa do Consumidor. *Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 1, 1992.
- KOLLER, Ingo, ROTH, Wulf-Henning & MORCK, Winfried
- 1996** *Handelsgesetzbuch (kommentar)*. Munchen, C. H. Beck’sche, 1996.
- KROHN, Lauren
- 1995** *Consumer protection and the law — a dictionary*. Santa Barbara, ABC-CLIO, 1995.
- LAMBERTERIE, Isabelle de
- 1992** La valeur probatoire des documents informatiques dans les pays de la CEE. *Revue Internationale de Droit Comparé*. Paris, SLC, p. 641-685, 1992.
- LARGUIER, Jean & LARGUIER, Anne-Marie
- 1994** *Droit Pénal Spécial*. 8ª ed. Paris, Dalloz, 1994, sem data da 1ª ed.
- LEÃES, Luiz Gastão de Barros
- 1987** *A responsabilidade do fabricante pelo fato do produto*. São Paulo, Saraiva, 1987.
- LIMA, Alvino
- 1973** *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. Rio de Janeiro, Forense, 1973.
- LIMA, Domingos Sávio Brandão
- 1971** O negócio jurídico intitulado FICA e seus problemas na jurisprudência. Cuiabá, s. n., 1971.
- LIMPENS, Jean

- 1956** Territorial expansion of the code. In: *The Code Napoleon and the common law world*. New York, New York University Press, 1956.
- LOBO, Jorge
1993 *Da recuperação da empresa no direito comparado*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1993.
- LÓPEZ, Juan Torres
1987 *Análisis económico del derecho*. Madri, Tecnos, 1987.
- LORENZETTI, Ricardo Luis
1995 *Las normas fundamentales de derecho privado*. Santa Fé, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1995.
- LOVETT, William A.
1997 *Banking and Financial Institutions Law*. 4ª ed. St. Paul, West Publishing Co., 1997.
- LUCAN, Maria Angeles Parra
1990 *Daños por productos y protección del consumidor*. Barcelona, Bosch, 1990.
- LUCCA, Newton de
1979 *Aspectos da teoria geral dos títulos de crédito*. São Paulo, Pioneira, 1979.
1984 O aval. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 53, 1984.
1985 *A cambial-extrato*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985.
2003 *Comentários ao novo Código Civil*. Coordenado por Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro, Forense, 2004, v. XII.
- MANSO, Eduardo Vieira
1987 A proteção jurídica do logiciário. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 67, 1987.
- MARCONDES, Sylvio
1977 *Questões de direito mercantil*. São Paulo, Saraiva, 1977.
- MARQUES, Cláudia Lima
1992 *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992.
- MARTINS, Fran
1957 *Curso de direito comercial*. 16ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1991.
1961 *Contratos e obrigações comerciais*. 5ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1977.
1972 *Títulos de crédito I*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1983.
1980 *Títulos de crédito II*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1983.
1986 *O cheque segundo a nova lei*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1987.
- MEDEIROS DA SILVA, Jorge
1979 *A lei antitruste brasileira*. São Paulo, Resenha Universitária, 1979.
- MEIRELLES, Hely Lopes
1981 *Estudos e pareceres de direito público*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981, v. IV.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de
1980 *Elementos de direito administrativo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981.
- MELO DA SILVA, Wilson

- 1974** *Responsabilidade sem culpa*. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 1974, sem data da 1ª ed.
MENDONÇA, José Xavier Carvalho de
- 1938** *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 3ª ed. Atualizada por Achilles Bevilacqua e Roberto Carvalho de Mendonça, Rio de Janeiro, 1938, sem data da 1ª ed., v. 5, t. I.
MERCADO Jr., Antonio
- 1966** *Nova lei cambial e nova lei do cheque, com cinco estudos*. São Paulo, Saraiva, 1966.
- 1973** Observações sobre o Anteprojeto de Código Civil quanto à matéria “dos títulos de crédito” constante da Parte Especial, Livro I, Título VIII. *Revista de Direito Mercantil*, n. 9.
- MILLER, Arthur R. & DAVIS, Michael H.
- 1990** *Intellectual Property*. St. Paul, Minn., West Pub., 1990.
- MORGAN, Thomas D.
- 1994** *Cases and materials on modern antitrust law and its origins*. St. Paul, Minn., West Pub., 1994.
- MORO, Maitê Cecília Fabbri
- 2003** *Direito de marcas*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.
- NERY Jr., Nelson
- 1991** Os princípios gerais do Código de Defesa do Consumidor. *Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 3, p. 44-77, 1992.
- NIGRO, Alessandro
- 1978** Le scritture contabili. *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*. Organizado por Francesco Galgano. Padova, CEDAM, 1978, v. II.
- NORONHA, E. Magalhães
- 1978** *Direito penal: introdução e parte geral*. 15ª ed. São Paulo, Saraiva, 1978, sem data da 1ª ed., v. 1.
- NUNES, Luiz Antonio
- 1991** *A empresa e o Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo, Artpress, 1991.
- PACHECO, Pedro Mercado
- 1994** *El analisis economico del derecho — una reconstrucción teorica*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- PENTEADO, Mauro Rodrigues
- 1995** Títulos de crédito no projeto de Código Civil. *Revista de Direito Mercantil*, n. 100.
- PEREIRA, Ana Cristina Paulo
- 1997** *Mercosul — o novo quadro jurídico das relações comerciais na América Latina*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1997.
- PERELMAN, Chaïm & OLBRECHTS-TYTECA, Lucie
- 1958** *Traité de l'argumentation*. 5ª ed. Bruxelas, Universidade de Bruxelas, 1988.
- PEVSNER, Nikolaus
- 1981** *The sources of modern architecture and design*. 2ª ed. Edição brasileira. São Paulo, Martins Fontes, 1996.
- PHILLIPS, Jery J.

- 1974** *Products liability (Nutshell series)*. 3^a ed. St. Paul, Minn., West Pub., 1990, 1^a reimp.
- PIGOU, Arthur Cecilio
- 1928** *The economics of welfare*. Tradução espanhola. Madrid, M. Aguilar Editor, 1946; 3^a ed. 1928, sem data da 1^a ed.
- PINTO, Dinah Sonia Renault
- 1992** *Shopping center — uma nova era empresarial*. Rio de Janeiro, Forense, 1992.
- PINTO, Roberto Wilson Renault & OLIVEIRA, Fernando A. Albino (orgs.)
- 1991** *Shopping centers (questões jurídicas)*. São Paulo, Saraiva, 1991.
- PIZZIO, Jean-Pierre
- 1996** *Code de la consommation*. 2^a ed. Paris, Montchrestien, 1996, sem data da 1^a ed.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti
- 1956** *Tratado de direito privado*. 4^a ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983, divs. vols.
- POSNER, Richard A.
- 1973** *Economic analysis of law*. 4^a ed. Boston, Little Brown, 1992.
- PRADO Jr., Caio
- 1945** *História econômica do Brasil*. 21^a ed. São Paulo, Brasiliense, 1978.
- PRATA, Ana
- 1982** *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra, Livr. Almedina, 1982.
- REQUIÃO, Rubens
- 1971** *Curso de direito comercial*. 20^a ed. São Paulo, Saraiva, 1991.
- 1975** *Curso de direito falimentar*. 3^a ed. São Paulo, Saraiva, 1979, v. 2.
- RIPERT, Georges
- 1951** *Aspects juridiques du capitalisme moderne*. Paris, LGDJ, 1951.
- RIPERT, Georges & ROBLOT, René
- 1947** *Traité de droit commercial*. 14^a ed. Paris, LGDJ, 1991, 2 v.
- RIZZARDO, Arnaldo
- 1990** *Contratos de crédito bancário*. 4^a ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.
- ROCCO, Alfredo
- 1928** *Principii di diritto commerciale*. Torino, Torinese, 1928.
- RODRIGUES, Silvio
- 1979** *Direito civil: responsabilidade civil*. 4^a ed. São Paulo, Saraiva, 1979, v. 4, sem data da 1^a ed.
- ROMERA, Oscar Eduardo & FERREYRA, Roberto A. Vázquez
- 1994** *Protección y defensa del consumidor*. Buenos Aires, Depalma, 1994.
- SALOMÃO Filho, Calixto
- 2003** Função social do contrato: primeiras anotações. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, Malheiros, v. 132, 2003.
- SAMPAIO, José Eduardo
- 1995** Os novos conceitos no Código da Propriedade Industrial Português de 1995. *Revista da ABPI*, São Paulo, ABPI, n. 18, 1995.
- SÁNCHEZ, Guillermo J. Jiménez

1992 *Lecciones de derecho mercantil*. 3ª ed. Madri, Tecnos, 1995.
SANDRONI, Paulo (org.)

1983 *Dicionário de Economia*. 2ª ed. São Paulo, Best Seller, 1989.
SANTOS, Antonio Carlos, GONÇALVES, Maria Eduarda & MARQUES, Maria Manuel
Leitão

1991 *Direito Económico*. Coimbra, Almedina, 1991.
SCAFF, Fernando Campos

1997 *Aspectos fundamentais da empresa agrária*. São Paulo, Malheiros, 1997.
SCHECHTER, Roger E. & THOMAS, John R.

2003 *Intellectual Property*. St. Paul, Minn., West Group, 2003.
SHIEBER, Benjamin M.

1966 *Abusos do poder econômico (direito e experiência antitruste no Brasil e nos
EUA)*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1966.
SHULMANN, Denis

1991 *Le Design Industriel*. Edição brasileira. São Paulo, Papyrus, 1994.
SILVA, José Afonso da

1976 *Curso de direito constitucional positivo*. 9ª ed. São Paulo, Malheiros, 1993, 3ª tir.
SILVA PEREIRA, Caio Mário da

1963 *Instituições de direito civil: fonte das obrigações*. 5ª ed. Rio de Janeiro, Forense,
1981, v. 3.
SILVEIRA, Newton

1984 *Licença de uso de marca e outros sinais distintivos*. São Paulo, Saraiva, 1984.
STEPHEN, Frank H.

1989 *The economics of the law*. Edição brasileira. São Paulo, Makron, 1993.
STONE, Bradford

1984 *Uniform Commercial Code*. 3ª ed. St. Paul, Minn., West Pub., 1989.
STRENGER, Irineu

1996 *Marcas e patentes*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1996.
SULLIVAN, E. Thomas & HARRISON, Jeffrey L.

1992, reprint *Understanding antitrust and its economic implications*. New York,
Oakland, Matthew Bender, 1988.
SULLIVAN, Lawrence Anthony

1977 *Antitrust*. St. Paul, Minn., 1996, West Pub., 6ª reimp.
TORON, Alberto Zacharias

1990 Aspectos penais do Código de Defesa do Consumidor. *Revista do Advogado*, São
Paulo, AASP, n. 33, 1990.
VALVERDE, Trajano de Miranda

1960 *Força probante dos livros comerciais*. Rio de Janeiro, 1960, Forense.
VICENTE Y GELLA, Agustín

1934 *Introducción al derecho mercantil comparado*. 2ª ed. Barcelona, Labor, 1934, sem
data da 1ª ed.
VILAÇA LOPES, Maria Elizabete

- 1992** O consumidor e a publicidade. *Direito do Consumidor*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 1, p. 149-183, 1992.
- VIVANTE, Cesare
- 1922** *Trattato di diritto commerciale*. 5ª ed. Milão, Francesco Valardi, 1922, sem data da 1ª ed.
- WESTON, Glen E. & MAGGS, Peter B. & SCHECHTER, Roger E.
- 1950** *Unfair trade practices and consumer protection*. 5ª ed. St. Paul, Minn., West Pub., 1992.
- WHITE, James J. & SUMMERS, Robert S.
- 1972** *Uniform Commercial Code*. 3ª ed. St. Paul, Minn., West Pub., 1988.
- WILL, Michael R.
- 1988** Responsabilità per difetto d'informazione nella comunità europea. In: Il danno da prodotti. A cura de Salvatore Patti. Padova, CEDAM, 1990.
- ZORTÉA, Alberto João
- 1983** A duplicata mercantil e similares no direito estrangeiro. Rio de Janeiro, Forense, 1983.
- ZUCKMAN, Harley L., GAYNES, Martin J., CARTER, T. Barton & DEE, Juliet Lushbough
- 1983** Mass communications law. 3ª ed. St. Paul, Minn., West. Pub., 1988.