

# Revista SÍNTESE

## Direito Empresarial

ANO VII — Nº 40 — SET/OUT 2014

### REPOSITÓRIO AUTORIZADO DE JURISPRUDÊNCIA

Tribunal Regional Federal da 2ª Região – Despacho nº TRF2-DES-2013/08087

#### DIRETOR EXECUTIVO

Elton José Donato

#### GERENTE EDITORIAL E DE CONSULTORIA

Eliane Beltramini

#### COORDENADOR EDITORIAL

Cristiano Basaglia

#### EDITORA

Herica Eduarda Geromel Vasques

#### CONSELHO EDITORIAL

Alberto Flores Rosa	Giuseppe Vettori
Alexandre Priess	Gustavo Filipe Barbosa Garcia
Anderson Vichinkeski Teixeira	Ives Gandra Martins
Antônio Janyr Dall'Agnol Junior	João Glicério de Oliveira Filho
Arnoldo Wald	José Augusto Delgado
Cristiano Heineck Schmitt	José Tadeu Neves Xavier
Daniel Ustároz (Coordenador)	Marcos Catalan
Daniilo de Araujo	Raúl Cervini
Éderson Garin Porto	Ricardo Lobo Torres
Eliane Maria Octaviano Martins	Ruy Rosado de Aguiar Júnior
Euclides Rosa Filho	Sergio Gilberto Porto
Fábio Ulhoa Coelho	Vera Maria Jacob de Fradera
Francisco Xavier Amaral	

#### COMITÊ TÉCNICO

Anderson Heineck Schmitt  
André Estevez  
José Paulo Dorneles Japur  
Nikolai Sosa Rebelo  
Rosilene Gomes da Silva Giacomini

#### COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

Ana Claudia Redecker, Carla Daiane Henriques Pedroso, Francisco de Salles Almeida Mafra Filho,  
Ives Gandra da Silva Martins, Luis Felipe Spinelli, Pedro Podboi Adachi,  
Rosilene Gomes da Silva Giacomini, Vinicius Diniz Vizzotto

## 2011 © SÍNTESE

---

Uma publicação da SÍNTESE, uma linha de produtos jurídicos do Grupo SAGE.

Publicação bimestral de doutrina, jurisprudência, legislação e outros assuntos jurídicos e empresariais.

Todos os direitos reservados. Proibida a reprodução parcial ou total, sem consentimento expresso dos editores.

As opiniões emitidas nos artigos assinados são de total responsabilidade de seus autores.

Os acórdãos selecionados para esta Revista correspondem, na íntegra, às cópias obtidas nas secretarias dos respectivos tribunais.

A solicitação de cópias de acórdãos na íntegra, cujas ementas estejam aqui transcritas, e de textos legais pode ser feita pelo *e-mail*: [pesquisa@sage.com.br](mailto:pesquisa@sage.com.br) (serviço gratuito até o limite de 50 páginas mensais).

Distribuída em todo o território nacional.

Tiragem: 4.000 exemplares

Revisão e Diagramação: Dois Pontos Editoração

Artigos para possível publicação poderão ser enviados para o endereço [conselho.editorial@sage.com.br](mailto:conselho.editorial@sage.com.br).

---

### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

---

Revista SÍNTESE Direito Empresarial: Ano 7, nº 40, Set./Out. 2014.

Nota: Continuação da Revista Jurídica Empresarial da Editora Notadez.

Diretor: Elton José Donato

Bimestral: 1953-1962; trimestral: 1963-1965; irregular: 1966-1967; anual: 1968; trimestral: 1977;  
bimestral: 1982; mensal: 1988

ISSN 2236-5346

---

\***IOB FOLHAMATIC** ebs > **sage**

IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda.

R. Antonio Nagib Ibrahim, 350 – Água Branca

05036-060 – São Paulo – SP

[www.iobfolhamatic.com.br](http://www.iobfolhamatic.com.br)

#### Telefones para Contatos

**Cobrança:** São Paulo e Grande São Paulo (11) 2188.7900

**Demais localidades** 0800.7247900

**SAC e Suporte Técnico:** São Paulo e Grande São Paulo (11) 2188.7900

**Demais localidades** 0800.7247900

**E-mail:** [sacsintese@sage.com](mailto:sacsintese@sage.com)

**Renovação:** Grande São Paulo (11) 2188.7900

**Demais localidades** 0800.7283888

Mais do que criar um patrimônio é importante saber preservá-lo durante as gerações. A preocupação com a sucessão patrimonial se dá no momento em que um ou vários herdeiros não possuem o traquejo necessário para dar continuidade aos negócios da família.

O planejamento sucessório é o principal instrumento para que fortunas adquiridas durante toda uma vida não venham a se dissipar juntamente com o patriarca da família.

Reflexos financeiros e a falta de planejamento sucessório devem ser considerados como uma preocupação constante em nossas vidas.

“Sucessão Patrimonial” foi o assunto escolhido para ser tratado na *Revista SÍNTESE Direito Empresarial* de nº 40.

O Assunto Especial desta edição contou com a colaboração de grandes juristas, tais como: Dr. Pedro Podboi Adachi, Consultor Jurídico, e Dra. Rosilene Gomes da Silva Giacomini, Mestre em Direito Empresarial e Membro do Comitê Técnico da revista.

Na Parte Geral da revista publicamos importantes doutrinas sobre diversos temas do direito empresarial. E, ainda, um ementário com Valor Agregado Editorial, criteriosamente selecionado e preparado para você, com Comentários elaborados pela equipe SÍNTESE.

Na Seção Especial “Parecer Jurídico” publicamos um importante parecer intitulado “Competência do Bacen para Fiscalização de Entidades Que Atuam no Mercado Financeiro. Aprovação de Atos Societários pela Referida Instituição. Efeito Homologatório *Ex Tunc*. Impossibilidade de a SRFB Desconsiderar Operações e Atos Aprovados pelo Bacen, por Vedação Imposta pelos Artigos 109 e 110 do CTN. Norma Antielisão. Rejeição pelo Congresso Nacional (Artigos 13 a 19 da MP 66/2002). Carência de Fundamentação Legal de Autuação Fiscal Desconsiderativa de Operações Homologadas pelo Bacen. Aspectos do Processo de Desmutualização pela Bovespa e BM&F Supervisionado pela CVM”, de autoria do Dr. Ives Gandra da Silva Martins.

Por fim, publicamos a seção denominada “Clipping Jurídico”, em que oferecemos a você, leitor, textos concisos que destacam, de forma resumida, os principais acontecimentos do período, tais como notícias, projetos de lei, normas relevantes, entre outros.

É com prazer que a IOB deseja a você uma ótima leitura!

**Eliane Beltrami**

Gerente Editorial e de Consultoria



<b>Normas Editoriais para Envio de Artigos</b> .....	7
--	---

## **Assunto Especial**

### **SUCESSÃO PATRIMONIAL**

#### **DOCTRINAS**

1. Herdeiro Não É Sinônimo de Sucessor  
Pedro Podboi Adachi ..... 9
2. A Sintonia entre o Direito Sucessório e a Administração na Sociedade Limitada  
Rosilene Gomes da Silva Giacomini ..... 11

#### **JURISPRUDÊNCIA**

1. Ementário de Jurisprudência..... 24

## **Parte Geral**

### **DOCTRINAS**

1. Proporcionalidade e Igualdade de Tratamento na Exclusão de Sócio por Falta Grave na Sociedade Limitada  
Luis Felipe Spinelli ..... 28
2. Registro de Empresa  
Francisco de Salles Almeida Mafra Filho ..... 46
3. Considerações Gerais acerca do Protesto de Títulos e Outros Documentos de Dívida  
Ana Claudia Redecker e Carla Daiane Henriques Pedroso ..... 54
4. Regulação Econômica e Concorrência no Mercado de Biocombustíveis e Bioenergia: Diretivas em Contexto Brasileiro e Norte-Americano  
Vinicius Diniz Vizzotto ..... 88

#### **JURISPRUDÊNCIA**

##### **ACÓRDÃO NA ÍNTEGRA**

1. Tribunal Regional Federal da 2ª Região..... 129

##### **EMENTÁRIO**

1. Ementário de Jurisprudência..... 136

## Seção Especial

### PARECER JURÍDICO

1. Competência do Bacen para Fiscalização de Entidades Que Atuam no Mercado Financeiro. Aprovação de Atos Societários pela Referida Instituição. Efeito Homologatório <i>Ex Tunc</i> . Impossibilidade de a SRFB Desconsiderar Operações e Atos Aprovados pelo Bacen, por Vedação Imposta pelos Artigos 109 e 110 do CTN. Norma Antielisão. Rejeição pelo Congresso Nacional (Artigos 13 a 19 da MP 66/2002). Carência de Fundamentação Legal de Autuação Fiscal Desconsiderativa de Operações Homologadas pelo Bacen. Aspectos do Processo de Desmutualização pela Bovespa e BM&F Supervisionado pela CVM Ives Gandra da Silva Martins.....	165
<b>Clipping Jurídico.....</b>	<b>231</b>
<b>Índice Alfabético e Remissivo .....</b>	<b>236</b>

## Normas Editoriais para Envio de Artigos

1. Os artigos para publicação nas Revistas SÍNTESE deverão ser técnico-científicos e focados em sua área temática.
2. Será dada preferência para artigos inéditos, os quais serão submetidos à apreciação do Conselho Editorial responsável pela Revista, que recomendará ou não as suas publicações.
3. A priorização da publicação dos artigos enviados decorrerá de juízo de oportunidade da Revista, sendo reservado a ela o direito de aceitar ou vetar qualquer trabalho recebido e, também, o de propor eventuais alterações, desde que aprovadas pelo autor.
4. O autor, ao submeter o seu artigo, concorda, desde já, com a sua publicação na Revista para a qual foi enviado ou em outros produtos editoriais da SÍNTESE, desde que com o devido crédito de autoria, fazendo jus o autor a um exemplar da edição da Revista em que o artigo foi publicado, a título de direitos autorais patrimoniais, sem outra remuneração ou contraprestação em dinheiro ou produtos.
5. As opiniões emitidas pelo autor em seu artigo são de sua exclusiva responsabilidade.
6. À Editora reserva-se o direito de publicar os artigos enviados em outros produtos jurídicos da SÍNTESE.
7. À Editora reserva-se o direito de proceder às revisões gramaticais e à adequação dos artigos às normas disciplinadas pela ABNT, caso seja necessário.
8. O artigo deverá conter além de TÍTULO, NOME DO AUTOR e TITULAÇÃO DO AUTOR, um “RESUMO” informativo de até 250 palavras, que apresente concisamente os pontos relevantes do texto, as finalidades, os aspectos abordados e as conclusões.
9. Após o “RESUMO”, deverá constar uma relação de “PALAVRAS-CHAVE” (palavras ou expressões que retratem as ideias centrais do texto), que facilitem a posterior pesquisa ao conteúdo. As palavras-chave são separadas entre si por ponto e vírgula, e finalizadas por ponto.
10. Terão preferência de publicação os artigos acrescidos de “ABSTRACT” e “KEYWORDS”.
11. Todos os artigos deverão ser enviados com “SUMÁRIO” numerado no formato “arábico”. A Editora reserva-se ao direito de inserir SUMÁRIO nos artigos enviados sem este item.
12. Os artigos encaminhados à Revista deverão ser produzidos na versão do aplicativo Word, utilizando-se a fonte Arial, corpo 12, com títulos e subtítulos em caixa alta e alinhados à esquerda, em negrito. Os artigos deverão ter entre 7 e 20 laudas. A primeira lauda deve conter o título do artigo, o nome completo do autor e os respectivos créditos.
13. As citações bibliográficas deverão ser indicadas com a numeração ao final de cada citação, em ordem de notas de rodapé. Essas citações bibliográficas deverão seguir as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).
14. As referências bibliográficas deverão ser apresentadas no final do texto, organizadas em ordem alfabética e alinhadas à esquerda, obedecendo às normas da ABNT.
15. Observadas as regras anteriores, havendo interesse no envio de textos com comentários à jurisprudência, o número de páginas será no máximo de 8 (oito).
16. Os trabalhos devem ser encaminhados preferencialmente para os endereços eletrônicos conselho.editorial@sage.com.br. Juntamente com o artigo, o autor deverá preencher os formulários constantes dos seguintes endereços: [www.sintese.com/cadastrodeautores](http://www.sintese.com/cadastrodeautores) e [www.sintese.com/cadastrodeautores/autorizacao](http://www.sintese.com/cadastrodeautores/autorizacao).
17. Quaisquer dúvidas a respeito das normas para publicação deverão ser dirimidas pelo e-mail [conselho.editorial@sage.com.br](mailto:conselho.editorial@sage.com.br).





## Herdeiro Não É Sinônimo de Sucessor

### PEDRO PODBOI ADACHI

É sócio diretor da Societàs Consultoria, prestando assessoria e consultoria a diversas empresas familiares em projetos focados nas áreas de governança corporativa, planejamento sucessório, formação de sócios e herdeiros e planejamento estratégico. Possui forte formação acadêmica, com graduação em Direito pela USP, pós-graduação em Administração de Empresas na EAESP-FGV e mestrado em administração (Master in Business Administration) pela Ohio University (EUA), além da participação em diversos cursos sobre empresas familiares, destacando-se o Leading the Family Business no IMD (em Lausanne, na Suíça). É o responsável por diversas pesquisas focadas em empresas familiares, realizadas no Brasil, sendo também associado a várias organizações como FBN-Brasil, IBGC, entre outras.

**RESUMO:** Reflexos financeiros e a falta de planejamento sucessório devem ser considerados como uma preocupação constante em nossas vidas. É parar e planejar o futuro, cuidando dos bens adquiridos e das pessoas que amamos. Mas, infelizmente, muitos projetos ligados neste setor a cada dia vêm sendo engavetados por falta de tempo, oportunidade e tantas outras desculpas que arrumamos para fugirmos deste assunto, quando, na realidade, deveríamos pensar diariamente na proteção daqueles que amamos, para deixá-los tranquilos e protegidos, não deixando ao arbítrio de um Magistrado decisões que você poderia ter tomado em vida, afinal de contas, a única certeza que temos é de que um dia iremos bater as botas, fechar o paletó de madeira, e tratar do tema não dói... Pensem no que as outras pessoas irão fazer quando você não existir. Saberão cuidar do patrimônio que deixou? A seguir, você vai saber distinguir a sucessão pessoal da empresarial. Como consultores neste setor, não poderíamos deixar de ventilar esse tema, que é atual, relevante e extremamente interessante. Um planejamento sucessório é falar de vida nas empresas que estão em pleno vigor e tratarmos de como passar o bastão.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sucessão; planejamento sucessório; herdeiro; *affectio societatis*.

A sucessão costuma ser um dos momentos mais delicados nas empresas familiares. E este assunto exige ainda mais atenção nos negócios gerenciados pelos fundadores. O principal problema relacionado com a sucessão é a ausência de um adequado planejamento sucessório, decorrente da dificuldade que a maioria das pessoas tem em abordar este assunto, já que, erroneamente, associam a sucessão empresarial com a morte.

Ressalte-se que esta associação é equivocada e não deve ocorrer. O principal motivo desta conexão indevida é o fato da palavra sucessão ser

utilizado em duas situações distintas: a sucessão patrimonial e a sucessão empresarial.

*A sucessão patrimonial, também conhecida como herança, é o patrimônio transmitido em virtude do falecimento de alguém, e encontra-se devidamente regulamentada no Código Civil Brasileiro com o título Direito das Sucessões. Conforme dispõe a legislação brasileira, somente existe herança quando ocorrer o falecimento de alguém, portanto, a associação da sucessão à morte acaba sendo inevitável.*

No entanto, a mesma expressão “sucessão” pode ser utilizada em outro sentido, como na sucessão empresarial, que não deve ter nenhuma associação com o falecimento. *A sucessão patrimonial é a substituição de uma pessoa em determinado cargo ou função.*

Para facilitar a compreensão, são incontáveis as substituições de profissionais que ocorrem sem a necessidade de ter ocorrido o falecimento: diariamente milhares de funcionários são contratados para desempenhar as funções de empregados dispensados. Esses casos são de sucessão, ou seja, de substituição de uma pessoa em determinado cargo. No entanto, apesar deste exemplo evidenciar que a sucessão empresarial não deve estar associada ao falecimento, não são essas substituições de funcionários (ou sucessões) que causam preocupação nas empresas familiares, mas sim a sucessão do principal executivo, muitas vezes o próprio fundador.

E a grande dificuldade que surge é a indisposição, tanto do fundador como dos seus familiares, em abordar este assunto, já que, equivocadamente, associam a sua sucessão com o falecimento.

Comentar sobre a sucessão, quando ocorre esta indevida associação com a morte, costuma gerar tanto desconforto nas famílias empresárias que, não raramente, costuma ser imposta a chamada Lei do Silêncio sobre o assunto, não podendo nenhum membro da família comentar sobre planejamento sucessório sem que todos fiquem desconfiados que ele está interessado no falecimento, ou melhor, na herança do fundador.

## A Sintonia entre o Direito Sucessório e a Administração na Sociedade Limitada

### ROSILENE GOMES DA SILVA GIACOMIN

Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos e Pós-Graduada em Direito Processual Civil pelo Instituto IDP em Brasília. Atualmente, é Editora-Chefe da *Revista Científica da Academia Brasileira de Direito Civil*, Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade Pitágoras em Belo Horizonte. Atua como advogada, pesquisadora, palestrante e professora universitária.

**RESUMO:** Em meio a divergências discutidas no âmbito das sociedades por quotas de responsabilidade limitada e à grandeza do tema proposto, desenvolveu-se um processo investigativo, notadamente envolvendo as relações entre a sociedade, os sócios e os terceiros envolvidos, com inúmeros pontos de intersecção, haja vista a precariedade exercida pelos herdeiros quando assumem a administração. O exercício da administração é feito por herdeiros ainda não definidos como sócios, com participação específica na sociedade limitada. A morte do sócio apresenta-se como hipótese de ruptura parcial dos vínculos societários aos sócios supérstites. Ocorrendo sucessão à causa de morte, haverá automaticamente a transferência dos bens arrecadados aos seus herdeiros, formando uma universalidade. Conveniente destacar que, por força do falecimento e da ausência de manifestação de vontade negocial do sócio detentor das quotas envolvidas, o momento de se passar o bastão ao herdeiro poderá incorrer na dissolução, exclusão e extinção da quota-parte, deixado ao sucessor, como última disposição de vontade, se o contrato social for silente, como se fosse um legado. Ressalta-se que o herdeiro legítimo sempre será um sucessor e nunca o legatário. A legislação em vigor não determina ou aceita que, com a morte, o herdeiro assuma imediatamente as atividades na sociedade. As quotas do sócio já falecido integrarão o monte partível, depois de apurados os haveres e os deveres.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sociedade limitada; sucessão; administração; herdeiro.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Da transferência involuntária de quotas; 1.1 Do sócio quotista; 1.2 Da capacidade de ser sócio; 1.3 Falecimento do sócio; 1.4 Apuração de haveres; 1.5 Resolução da sociedade em relação ao sucessor; Considerações finais; Referências.

### INTRODUÇÃO

Considera-se, na análise deste artigo, a integração do sucessor e sua afinidade no seguimento do negócio jurídico, em paralelo com a economia,

administração de empresa e contabilidade, não sendo função exclusivamente jurisdicional, mas de quem suportar o encargo da sucessão.

Urge salientar preliminarmente que a função de uma sociedade é norteada por princípios fundamentais vigentes, como o de preservação da empresa. A sociedade se reveste como instituição estruturada para a produção e a circulação de bens e serviços, admitindo ou não o lucro, o que será questionado à luz de outros princípios constitucionais, em detrimento de valores éticos que tenham por escopo a valorização da dignidade da pessoa humana.

A análise será realizada no âmbito do Direito Empresarial, notadamente em relação às sociedades por quotas de responsabilidade limitada, nas quais, não havendo no contrato social previsão de falecimento do sócio e substituição de um sucessor para integrar a sua quota social.

Inicialmente, considerando a hipótese de falecimento de sócio consignada no art. 1.028 do Código Civil<sup>1</sup>, as quotas de uma sociedade (uma parcela indivisível do capital) transferem-se imediatamente a seus herdeiros por força de sucessão. E, ainda, em face da previsão legal do atual art. 1.784 do Código Civil de 2002<sup>2</sup> e do então revogado art. 1.572 do Código Civil de 1916<sup>3</sup>.

A sintonia entre esse direito sucessório é verdadeira em se tratando de abertura da sucessão, mas, voltando os olhos para o direito societário, tem-se que considerar que os bens arrecadados formam uma universalidade e somente será desfeita com a partilha. Até esse momento, os herdeiros serão considerados donos de todo o patrimônio, sem exclusão<sup>4</sup>.

---

1 “Art. 1.028. No caso de morte de sócio, liquidar-se-á sua quota, salvo:

I – se o contrato dispuser diferentemente;

II – se os sócios remanescentes optarem pela dissolução da sociedade;

III – se, por acordo com os herdeiros, regular-se a substituição do sócio falecido.”

2 “Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002

CAPÍTULO I

Disposições Gerais

Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.”

3 “Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916.

Revogada pela Lei nº 10.406, de 10.1.2002 Código Civil

Art. 1.572. Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.”

4 Art. 90 do CC: “Constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária.

Parágrafo único. Os bens que formam essa universalidade podem ser objeto de relações jurídicas próprias”.

A sociedade limitada poderá ser administrada pelos herdeiros do sócio falecido, se estes assim o quiserem, mesmo se tratando de uma faculdade, estará implícita a continuação da sociedade limitada.

Tem-se a possibilidade de que, com base no princípio da preservação da empresa e da presunção *hominis ou facti*, este último decorrente das regras de experiência comum, os futuros sócios herdeiros legítimos poderão participar da sociedade limitada, estabelecendo seu destino, em lugar do sócio falecido, podendo administrar a sociedade ao lado dos consócios remanescentes.

Considerando tal possibilidade, os herdeiros serão integrados como sócios, poderão prosseguir com os negócios e, em comum acordo, poderão partilhar suas quotas, evitando possíveis litígios e dissolução da sociedade, saindo da posição precária de meros administradores para tornarem-se sócios quotistas.

A tendência predominante dos tribunais, com base nos fatos esposados, é decidir pela continuidade da sociedade da forma mais ampla possível. Perceber esse ponto de partida é refletir sobre o desafio do herdeiro em administrar com a razão, prestando contas corretamente e mantendo uma unidade familiar.

Já o direito pessoal é relativo à condição de sócio, ou seja, o *status socii*, considerado um conjunto complexo de direitos e obrigações, podendo estas últimas ser de ordem econômica ou social.

## 1 DA TRANSFERÊNCIA INVOLUNTÁRIA DE QUOTAS

### 1.1 DO SÓCIO QUOTISTA

O capital social da sociedade limitada é dividido em quotas e seus sócios considerados quotistas. Mas os chamados quotistas são titulares dessa fração de valores que divide todo o capital da sociedade, com responsabilidade à força do capital.

Em sua obra de Direito Processual Civil, condensada em um único volume, o processualista Daniel Assumpção trata de forma muito clara sobre a responsabilidade primária das dívidas da sociedade empresarial em relação aos bens do sócio:

A responsabilidade primária [...] é naturalmente da própria sociedade e somente de forma excepcional responderão seus sócios por tais dívidas com os seus próprios patrimônios. Tal aspecto é uma das consequências da perso-

nalidade jurídica própria da sociedade, que não se confunde com a de seus sócios. [...] o sócio responde com o seu patrimônio pela satisfação da dívida da sociedade empresarial nos termos da lei, sendo possível encontrar em leis de diferentes naturezas essa responsabilidade secundária. (Neves, p. 866)

Assim, os bens deixados pelo *de cuius* em sua universalidade irão satisfazer as dívidas contraídas pela sociedade, enquanto estava na administração do sócio falecido; não comunicando, em regra geral, com o patrimônio particular dos seus sucessores.

## 1.2 DA CAPACIDADE DE SER SÓCIO

Quanto ao sócio menor de idade, não há impedimento para participar da sociedade, desde que assistidos por seus pais, tutor ou curador, ou seja, pelo seu representante legal.

Divergindo de alguns juristas, Rubens Requião levanta poeira de pontos importantes. Em primeiro lugar, porque o Código Comercial vedava que os menores pertencessem à sociedade comercial. Tanto que, no art. 308, era determinado que, se entre os herdeiros houvesse algum ou alguns menores, estes não poderiam ter parte nela, ainda que autorizados judicialmente, salvo sendo legitimamente emancipados. Se isso ocorre quando a sociedade dissolvida por morte de um dos sócios tiver de continuar com os herdeiros do falecido, com mais forte razão há de ocorrer o impedimento na constituição ou alteração do contrato social.

Ainda neste sentido, o menor não podia ser sócio-quotista por proibição legal. O fato de se admitir, na doutrina, que os menores sejam acionistas acontece porque, ao subscrever ação e integralizá-la *incontinenti*, o pai ou tutor desempenha simples ato de administração dos bens do menor. Adquire apenas coisa móvel, que é a ação. Pode, inclusive, doar-lhe a ação integralizada, no ato de constituição da sociedade, tornando-o acionista. Como titular da ação, desde que integralizada, nenhuma obrigação patrimonial o menor assume. Ora, isso não acontece com a quota (Requião, p. 570).

No nosso entendimento, Egberto Lacerda Teixeira apresenta o argumento decisivo contra a participação de menor, púbere ou impúbere, na sociedade por quotas. Escreve ele que há, todavia, uma circunstância que fala em desfavor do ingresso de menores nas sociedades por cotas, embora integralmente realizado o capital social. É que, na hipótese de os sócios, em maioria, votarem o aumento do capital social sem integralizá-lo imediatamente, o menor encontrar-se-ia em situação insegura, visto como físcia, em caso de falência, responsável pela integralização das quotas não libe-

radas. Existindo sempre esse risco, eis que a lei brasileira, ao contrário da francesa e espanhola, por exemplo, não exige a realização imediata de todo o capital social no ato da subscrição ou do aumento. É de rigor afastar os menores das sociedades por quotas, prescrevendo a anulabilidade de sua subscrição. Risco igual existiria na hipótese de o valor atribuído à contribuição *in natura* de alguns do sócio não corresponder à realidade e dessa circunstância resultar prejuízo para terceiros (Teixeira, p. 45).

O Supremo Tribunal Federal, mesmo diante de argumentos fundamentados, publicou decisão contrária, no sentido de permitir a integração do menor na sociedade limitada, desde que as cotas estejam integralizadas e que ainda não faça parte da gerência da sociedade.

Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Participação de menores, com capital integralizado e sem poderes de gerência e administração como cotistas. Admissibilidade reconhecida, sem ofensa ao art. 1º do Código Comercial. (STF, Pleno, RE 82.433/SP, J. 26.05.1976, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, DJU 08.07.1976, p. 5.129, unânime)

Com base nessa decisão, o DNRC, à época, em Ofício-Circular nº 22, de novembro de 1976, determinou que as Juntas Comerciais aceitassem e definissem os contratos sociais nos quais figurassem menores impúberes, desde que suas cotas estivessem integralizadas e não constassem nos contratos sociais atribuições aos mesmos relativas à gerência e administrações (Requião, p. 570). Após, as Instruções Normativas nº 12, de 1986, e nº 29, de 1991, mantiveram a mesma orientação.

Sem uma regra específica sobre o tema, a Instrução Normativa nº 46/1996 revogou a legislação e o Código Civil em vigor, sendo que este último também suprimiu boa parte do Código Comercial vigente, não regulando a matéria em seu Capítulo IV.

O art. 1.028 do Código Civil estabelece que, no caso de morte do sócio, a quota da sociedade será liquidada, salvo se o contrato dispuser diferentemente (art. 1.028, I, Código Civil).

[...] poderá continuar, assim, a sociedade, com sócios incapazes que nela ingressarão por comando judicial, contido na partilha de bens, naturalmente se não houve pedido de dissolução da sociedade por parte dos demais sócios. Quanto à constituição da sociedade limitada com a participação do incapaz ou o ingresso deste em sociedade já constituída, após a sanção do Código Civil, muitos autores a admitem, na esteira dos julgados e atos administrativos acima examinados e guardadas as cautelas também descritas. É de se lembrar, outrossim, que, nos termos do art. 1.085, a sociedade limitada não

se resolve, no caso de incapacidade superveniente de sócio, ao contrário do que ocorre na sociedade simples (art. 1.030, CC). (Requião, 2011, p. 571)

### 1.3 FALECIMENTO DO SÓCIO

A sociedade limitada é constituída pela manifestação de vontades que unem esforços para consecução de um fim comum, com a perspectiva de obter lucro com o resultado: “A liberdade contratual é compreendida como um poder-dever. O direito faculta ao indivíduo o poder de contratar, mas impõe-lhe o dever de fazê-lo de forma a cooperar com a coletividade em que está inserido” (Sampaio Júnior, p. 89).

O que sustenta essa seção é a hipótese prevista no art. 1.028 do Código Civil. Tem-se como base o princípio da preservação da empresa, garantindo aos sucessores do *de cuius* a apuração de haveres. De lado outro, existe a possibilidade dos próprios sócios, em vida, decidirem o destino da sociedade limitada, desde a sua constituição, estipulando causa específica em contrário ou possibilitando aos sócios remanescentes optarem pela sua dissolução. Ou mais, poderá ainda deixar a quota-parte da sociedade limitada como um legado, permitindo o ingresso do herdeiro como legatário, em lugar do falecido.

Com efeito, existe a possibilidade de influência deixada pelo sócio falecido e o sucessor encontrar dificuldade no exercício de suas atividades na sociedade, seja por desvio de poder ou pela absoluta falta de *affectio societatis* com os consócios remanescentes.

### 1.4 APURAÇÃO DE HAVERES

Nos pactos societários, concentram-se cláusulas, definidas pela manifestação de vontade dos sócios, destinados a prevenir divergências futuras, em que o contrato social na execução do seu objeto cumpre sua função social.

Por mais completa que seja sua redação, é praticamente impossível prever todas as consequências jurídicas que serão vividas pelos contraentes e fatos futuros que essa união poderá trazer. Poderá, entretanto, prever cláusulas destinadas às faltas cometidas pelos sócios ou, quando pela morte de um deles, houver previsão de qual herdeiro daria seguimento à sociedade limitada.

Seria o modelo ideal se toda a sociedade em funcionamento tivesse um planejamento sucessório. Destaca-se, para tanto, que o coração deste



trabalho pulsa pelo silêncio do contrato social no que diz respeito à transferência involuntária de quotas.

Aplicar a previsão legal, excluindo-se o sucessor e liquidando-se a quota-parte deixada pelo falecido, possibilita aos sócios supérstites adquirirem a quota da sociedade limitada. Questiona-se nesta seara é o valor desta quota, como será apurada, qual seria o marco inicial.

Não existe dúvida no tocante à validade do pacto, mas, ao aplicar no caso concreto, dúvidas são levantadas, porque essa convenção poderá ofender preceitos do direito sucessório ou tributário quando da morte do sócio seu quinhão social, ao ser transmitido ao sucessor.

O Professor Hernani Estrella traz essa lição de forma exemplificada: dar-se-ia isso principalmente na sociedade entre pai e filho, na qual, pelo decesso do primeiro e por efeito do pactuado no contrato, o último viesse a receber os contingentes do progenitor, juntamente com outros sócios, embora estranhos, com exclusão dos demais descendentes. Em uma hipótese dessas, a aplicação literal do convencionado no pacto societário pode parecer infringente, seja ao princípio da intangibilidade das legítimas, seja às regras da partilha (Estrella, p. 109).

Existem controvérsias sobre se o quinhão social apurado na forma estabelecida no contrato deve ou não sujeitar-se à nova avaliação. Tudo será apresentado no processo de inventário, geralmente ocorre nas primeiras declarações.

Cumprir destacar que, no procedimento do arrolamento ou inventário, o Magistrado dará vista ao Fisco, momento em que poderá alterar o valor apresentado nas primeiras declarações.

[...] a aplicação da cláusula fixadora dos haveres de sócio tem originado controvérsia, não se limita às tentativas de sua identificação a tais ou quais figuras nominadas do direito civil. Vai muito além; recorre-se, com frequência, a princípios mais gerais do direito ou se volta à categoria específica do próprio Direito Comercial. Nessa ordem de ideias, raro não é que, em dadas hipóteses, se acene para o conceito de sociedade leonina, para assim negar-lhe eficácia. Isto se verificaria, quando numa entidade assaz próspera, com apreciáveis reservas indiretas ou ocultas, com os bens patrimoniais supervalorizados, a convenção não os contemplasse, excluindo o sócio de qualquer participação. Por prefixada, no momento do contrato, a soma a pagar, o sócio despedido ou os herdeiros do falecido acabariam sendo privados daqueles benefícios eventuais, que, ao fim de contas, teria sido o escopo em função do qual se associaram um e outro e era, de resto, da essência mesma

do contrato societário. Assim, mercê deste raciocínio, concluir-se-ia pela invalidade de convenção desse quilate. (Estrela, 2004, p. 112)

As considerações realizadas revelam que, no desligamento do sócio falecido e na sobrevivência da sociedade, faz-se mister apurar e liquidar seus haveres, a partir de levantamento técnico a ser promovido por perito nomeado pelo juiz. O perito irá realizar um verdadeiro balanço de todo o patrimônio da sociedade, procedendo ao inventário dos bens integrantes do ativo da sociedade, a discriminação do passivo, avaliando o preço de mercado dos valores apurados, procedendo de igual modo aos bens intangíveis.

Ao Código Civil Brasileiro, no que tange à apuração de haveres, opera a disciplina da saída do sócio, nos casos de morte, com a sobrevivência da sociedade, adotando como base a liquidação da quota social em relação ao sucessor.

Inclui-se na sociedade limitada a situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificando-se em balanço especialmente levantado. Chega-se ao valor da quota, que será realizado tendo como base o montante efetivamente realizado e integralizado.

Não é incomum que as questões de liquidação de quotas redundem em desentendimentos referentes a valores, porque as formas previstas em contrato e na lei para se atribuir valores, em alguns casos específicos, não levam ao real valor da quota, ou porque não se considerou o estabelecimento empresarial em todas as suas características, fato que levaria a um acréscimo valorativo, ou porque há contingências em andamento que não foram verificadas pelo balanço patrimonial que podem levar à responsabilização da sociedade com graves reflexos na valoração das quotas. (Simão Filho, p. 191)

Em caso de dissolução parcial, considera-se a apuração de haveres do sócio retirante, levando em conta o real valor de sua participação na sociedade, assemelhando-se à dissolução total.

Se pudesse chegar a consenso, mas o tema é divergente, tendo em vista que, se não for estabelecido o valor com base em uma realidade empresarial da sociedade ou de forma consistente, tudo isso poderá ocorrer de forma injusta, em face do locupletamento à custa de outros, ficando a quota subavaliada.

Essa relação de interesses é o maior antagonismo no instituto da dissolução parcial em torno da apuração de haveres. Essa lição remete-se ao tema principal proposto neste trabalho, em que a morte é uma das causas que levam ao desligamento do sócio/sucessor. Como não ocorrerá a disso-

lução total da sociedade limitada, deverão ser apurados apenas os haveres do retirante.

Com o contrato social omissivo, sem que as partes tenham convencido sobre a matéria, caberá ao juiz determinar por meio de procedimento adequado que a apuração de haveres ocorra, fixando no final do processo o valor da quota.

Ocorrendo esta causa dissolutória, com a saída do dissente, privilegiando a preservação da sociedade, não poderá acarretar resultado patrimonial pior do que se fosse promovida a dissolução total.

A apuração de haveres deverá ser efetivada buscando-se o valor real do patrimônio social para apurar o produto líquido, procedendo-se ao balanço de determinação (especial ou de liquidação), com ampla verificação física e contábil de todos os valores do ativo. Na morte do sócio, a situação é diferenciada e são analisadas as disposições contratuais.

Neste contexto, como se está tratando do contrato silente, a morte do sócio implicará a transferência automática de suas quotas aos sucessores, sem a dissolução imediata da sociedade.

Mas estranhos (os herdeiros) – completamente estranhos – à sociedade sobrevivem e aos sócios supérstites só podem pretender o quinhão em valor que lhes deixou o autor da herança (Estrela, p. 139). Destacando-se, entretanto, com pincel fluorescente verde, que, na falta de prévio ajuste, ou seja, na omissão do contrato social, será realizado levantamento patrimonial da sociedade, à data do óbito, podendo prevalecer as diretrizes que presidem a apuração dos haveres na dissolução parcial.

Os haveres devidos aos sucessores são apurados com base no último balanço aprovado pelo sócio falecido, deduzida a parte não integralizada. Entende-se que, com o falecimento do sócio, só haverá ampla apuração de haveres, com efeitos contábeis e patrimoniais semelhantes a uma dissolução parcial, se depois de admitido como sócio o sucessor desejar desligar-se da sociedade limitada.

### **1.5 RESOLUÇÃO DA SOCIEDADE EM RELAÇÃO AO SUCESSOR**

A resolução gerará exclusão dos dados do falecido. O contrato plurilateral realizado à época de constituição da sociedade, com arquivamento dos atos constitutivos no órgão registrário próprio, chegará à sua extinção por força de procedimentos dissolutórios, nos termos do art. 1.028 do Código Civil Brasileiro.

Desse modo, pode-se analisar como a hipótese de o sucessor não ter administrado a sociedade com razão e os atributos a ela inerentes ou, em sua faculdade de escolha em integrar aos negócios deixados pelo *de cujus*, ele fica inerte e não aceita o ônus de administrador até a divisão dos bens, preferindo liquidar sua quota-parte, resgatando o bônus dessa transação.

A transferência involuntária de quota independe do posicionamento da quota-parte deixado pelo falecido, se era majoritário ou não. Caberão ao sucessor, conforme mencionado, a sua escolha e competência para continuar os negócios. A sociedade limitada deverá atingir seu fim social.

Ressalta-se que a exclusão poderá ocorrer de pleno direito se o sócio teve liquidada a sua quota por algum credor por força do processo de execução. Neste caso, mesmo que o sucessor deseje dar continuidade ao negócio jurídico, ficará engessado para prosseguir com sua intenção.

Hipóteses que levam à resolução da sociedade em relação ao sócio estão previstas no art. 1.058 c/c art. 1.004 do Código Civil<sup>5</sup>. Serão destacadas aqui somente as que merecem relevo neste tema.

A exclusão do sócio sucessor deverá ocorrer pela via judicial com alteração no contrato social, seja por falta grave no cumprimento de sua função, por incapacidade superveniente, mediante iniciativa da maioria dos consócios ou por recusa da sucessão.

A exclusão de pleno direito do sócio, que teve sua quota liquidada a pedido do credor, merece destaque:

- a) Recair a execução sobre as importâncias que ao sócio couber nos lucros da sociedade. Neste caso, a penhora somente se fará sobre resultados positivos futuros, na proporção exata descrita no contrato, da concorrência deste aos lucros (lembrando que em razão do princípio da criação de quotas desiguais, nem sempre será o resultado correspondente ao volume de quotas detido, permanecendo o sócio com o seu *status socci*).

---

5 Art. 1.004 do CC: "Os sócios são obrigados, na forma e prazo previstos, às contribuições estabelecidas no contrato social, e aquele que deixar de fazê-lo, nos trinta dias seguintes ao da notificação pela sociedade, responderá perante esta pelo dano emergente da mora.

Parágrafo único. Verificada a mora, poderá a maioria dos demais sócios preferir, à indenização, a exclusão do sócio remisso ou reduzir-lhe a quota ao montante já realizado, aplicando-se, em ambos os casos, o disposto no § 1º do art. 1.031".

Art. 1.058 do CC: "Não integralizada a quota de sócio remisso, os outros sócios podem, sem prejuízo do disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, tomá-la para si ou transferi-la a terceiros, excluindo o primitivo titular e devolvendo-lhe o que houver pago, deduzidos os juros da mora, as prestações estabelecidas no contrato mais as despesas".

- b) Recair a execução sobre os resultados provenientes da liquidação da quota. Aqui o sócio será excluído de pleno direito do quadro social por força da regra prevista no art. 1.030, parágrafo único, do Código Civil, restando à sociedade a obrigação de liquidar as quotas e efetuar o pagamento no Juízo da execução até noventa dias após a liquidação, salvo estipulação expressa em contrário existente no contrato, que faça previsão de prazo mais longo ou mais curto do que este, o qual deve se submeter o credor (art. 1.031, § 2º [...] c/c o art. 1.026, § 1º, do Código Civil). Observa-se que este pagamento ao Juízo da execução, na realidade, não deve significar a própria satisfação da execução, mas sim a possibilidade de efetivar a penhora sobre o valor depositado pela sociedade para fins de possibilitar a oposição de embargos. (Simão Filho, 2004, p. 188)

O inadimplemento do falecido será transmitido ao sucessor no limite dos bens deixados pelo *de cuius* em sua universalidade. O procedimento da liquidação da quota ocorrerá com a redução proporcional ao pagamento efetivado, após a integralização do capital, reduzindo-se também as garantias de outros credores sociais, se houver.

Com efeito, na liquidação da quota social, observam-se primeiramente os procedimentos contratuais e legais, bem como o balanço patrimonial específico e seus atributos, quando houver o reembolso de participação societária ou até as contingências dedutoras das entradas, em relação à operação de mera restituição dos valores pagos.

Entende-se, para o estudo em tela, que a transferência involuntária das quotas aos herdeiros poderia seguir seu curso de forma serena, com a prévia estipulação no contrato social, com ulterior concordância dos demais sócios ao ingresso dos sucessores do quotista ou com o reembolso do valor relativo às quotas pertencentes ao sócio falecido.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na verdade, o Direito Material, o Direito Processual e o posicionamento doutrinário, bem como as decisões dos tribunais referentes ao tema, serviram para elucidar as questões propostas neste artigo.

A perda de um sócio quotista sem a preparação de um sucessor, acumulado com a ausência de previsão no contrato social, é o que justificou o desafio deste artigo. Criou-se um liame entre Direito Econômico, Direito Civil, Direito Processual Civil, especificadamente o Direito Societário e o Direito Sucessório, no aquinhoamento realizado na sucessão hereditária, na qual a transferência involuntária de quotas muitas vezes decorre de imposi-

ção legal e acaba repercutindo na esfera dos direitos e interesses dos demais sócios e da própria sociedade.

A prática às vezes encontrada de, em lugar de liquidar a sociedade, buscar uma exegese conciliadora ao aparente conflito de interesses entre os princípios da legislação civil, possibilita a administração da sociedade limitada de forma harmônica e eficaz. Entretanto, nem sempre isso é possível.

É importante que se leve em consideração que, se houver a transferência involuntária de quotas em caso de falecimento do sócio, poderá ainda haver rejeição dos demais sócios remanescentes à integração do sucessor/administrador, tornando seu desempenho precário na administração da sociedade limitada.

Sem a pretensão falível de esgotar o assunto, discutiram-se as condições e limitações do sucessor, ao aceitar o múnus de administrar a quota-parte do sócio falecido.

O exercício da administração é precário porque é realizado por sucessores que ainda não são definidos como sócios, tendo eles participação específica e limitação de responsabilidade. O processo sucessório ocupa relevante espaço nas discussões jurídicas e, para alguns doutrinadores, seu principal escopo e ponto crítico é a perpetuação do negócio jurídico.

Deixa-se evidente que é uma faculdade a continuação da sociedade limitada com os sucessores, não assistindo aos sócios remanescentes a mesma possibilidade, que já não poderiam, diante da expressa previsão contratual ou de uma ordem judicial, impedir o ingresso do herdeiro.

Com o efeito da morte, o modelo ideal seria o planejamento sucessório como manifestação de vontade dos sócios, previsto no contrato social; seu silêncio levará o Magistrado a analisar o caso concreto como uma forma de preservar os interesses alheios aos seus.

Forma-se, então, uma análise com círculo virtuoso: ou o prosseguimento da sociedade sem a participação dos sucessores na administração ou a liquidação da quota dos herdeiros com a apuração de haveres ou o inventariante prossegue na sociedade na condição de sucessor do falecido, sem o pagamento de qualquer espécie, ou os herdeiros se negam a continuar na sociedade ou são, em última hipótese, recusados pelos demais sócios.

Com efeito, todos esses conflitos e interesses serão solucionados na via judicial, no direito à dissolução parcial com a liquidação da quota-parte do *de cuius*, na continuação do administrador/sucessor, com perpetuidade

do negócio jurídico nas empresas familiares ou na administração do herdeiro/terceiro, em função da importância econômica e social da empresa. O administrador continuará sua gestão de forma precária até a partilha, mas poderá ter sucesso nessa sucessão, ferindo diretamente o *affectio societatis*, mas gerando frutos, novos empregos e fortalecendo a economia.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de processo civil brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm)>.

ESTRELA, Hernani. *Apuração dos haveres de sócio*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Método, volume único.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 1. ed. rev. Atual. Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1.

SAMPAIO JUNIOR, Rodolpho Barreto. *Da liberdade ao controle: os riscos do novo direito civil brasileiro*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey.

SIMÃO FILHO, Adalberto. *A nova sociedade limitada*. São Paulo: Manole.

TEIXEIRA, Egberto Lacerda. *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin.

### 2210 – Sucessão empresarial – crédito não tributário – ocorrência

“Processual civil e civil. Agravo de instrumento. Sucessão empresarial. Ocorrência. Crédito não tributário. Redirecionamento da execução. Possibilidade. Aplicabilidade do art. 50 do Código Civil. Confusão patrimonial evidenciada. Pelo provimento do agravo. 1. Agravo de instrumento interposto contra decisão que indeferiu o pedido de redirecionamento da execução para a nova pessoa jurídica sucessora da executada. 2. Na hipótese, embora o ora agravante não seja, originalmente, sujeito passivo do crédito não tributário, os fortes indícios de sucessão patrimonial entre a empresa originariamente executada e sua sucessora justificam, com base no art. 50 do Código Civil, a extensão da medida à empresa sucessora, a qual teria sido criada, na verdade, para dar continuidade a mesma atividade, atuando, inclusive, no mesmo endereço. 3. De fato, nos termos do referido dispositivo, ‘em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir [...] que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica’. Assim, configurada a sucessão empresarial, com desvio de finalidade e confusão patrimonial, a responsabilidade pode ser estendida, da empresa originariamente devedora, para a ora sucessora, que as teria sucedido fraudulentamente. 4. Agravo de instrumento provido.” (TRF 5ª R. – AGTR 0003832-11.2013.4.05.0000 – (131912/RN) – 1ª T. – Rel. Des. Fed. Francisco Cavalcanti – DJe 04.07.2013)

### 2211 – Sucessão empresarial – execução – não configuração

“Sucessão empresarial na execução. Não configuração. É curial para a caracterização da sucessão na execução a prática de negócio jurídico por meio do qual o sucedido transfere a propriedade do patrimônio ao sucessor, o que não ocorreu na hipótese, visto que o negócio jurídico celebrado limitou-se à simples locação da unidade produtiva, a qual não tem o condão de configurar a sucessão patrimonial.” (TRT 23ª R. – Ap 00866.2007.081.23.00-4 – 1ª T. – Rel. Des. Osmair Couto – J. 24.04.2014)

#### Comentário Editorial SÍNTESE

Trata-se de recurso de agravo de petição das agravadas contra a decisão de origem proferida pelo Juiz do Trabalho Plínio Gevezier Podolan, titular da Vara de Juara/MT, que declarou a sucessão empresarial entre A. R. Silva Frigorífico – ME – Frigorífico Frigorella e Pantanal Indústria e Comércio de Carnes Ltda.

O juízo desconsiderou a personalidade jurídica redirecionando a execução contra a sócia Fátima Maria Martins Queiroz e declarou a fraude à execução em desfavor da credora – União.

Nos termos do art. 591 do CPC, “o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei”, eventual alienação em massa desse acervo de “bens presentes” atrairá a respectiva persecução em mãos de quem quer que estejam, convertendo o adquirente em sucessor na dívida judicial pela qual o acervo transferido respondia.

Vale trazer trecho do voto do Relator:

“Colho da lição de Humberto Theodoro Júnior:



'A obrigação, como dívida, é objeto do direito material. A responsabilidade, como sujeição dos bens do devedor à sanção, que atua pela submissão à expropriação executiva, é uma noção absolutamente processual. (*Curso de direito processual civil*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. II, 2002. p. 95)

E mais:

No direito processual, vai-se mais longe e admite-se até a responsabilidade patrimonial de quem não é nem devedor nem responsável convencionalmente pelo cumprimento da obrigação. Há casos, assim, em que apenas o patrimônio ou determinados bens de uma pessoa ficam sujeitos a execução, sem que o respectivo dono sequer seja parte no processo. Para o direito formal, por conseguinte, a responsabilidade patrimonial consiste apenas na possibilidade de algum ou todos os bens de uma pessoa serem submetidos à expropriação executiva, pouco importando seja ela devedora, garante, ou estranha ao negócio jurídico substancial (idem, ibidem). Ocorre que, na hipótese, não houve a transferência da propriedade do patrimônio da executada ao sucessor, cabendo consignar que a simples locação de unidade produtiva não configura sucessão patrimonial, visto não se tratar de alienação da mesma.'

O nobre Relator entendeu que não restou demonstrada nos autos a transferência de propriedade hábil a caracterizar o fenômeno sucessório na execução, razão pela qual, afastou a sucessão declarada, excluindo da polaridade passiva desta execução Pantanal Indústria e Comércio de Carnes Ltda. e sua sócia Fátima Maria Martins Queiroz.

#### **2212 – Sucessão empresarial – sociedade – redirecionamento – possibilidade**

"Tributário. Agravo de instrumento. Sucessão empresarial. Configuração. Art. 133 do CTN. Atividade da agravada no mesmo ramo de atuação e no mesmo local físico da empresa executada. Redirecionamento do feito. Possibilidade. Pelo provimento do agravo. 1. Agravo de instrumento interposto em face de decisão que acolheu a exceção de pré-executividade, para determinar que a empresa Socel – Sociedade Oeste Ltda. fosse excluída do polo passivo da lide. 2. *In casu*, embora a empresa Socel – Sociedade Oeste Ltda. não seja, originalmente, sujeito passivo do crédito não tributário, os fortes indícios de sucessão patrimonial entre a empresa originariamente executada e sua sucessora justificam, com base no art. 50 do Código Civil, a extensão da medida à empresa sucessora, a qual teria sido criada, na verdade, para dar continuidade a mesma atividade, atuando, inclusive, no mesmo endereço, conforme demonstrado pelas informações colhidas pelo oficial de justiça. 3. Evidenciou-se que 'os comprovantes de inscrição da Pessoa Jurídica Socel – Sociedade Oeste Ltda. de fls. 21 e 22 confirmam que a empresa tem como atividade econômica principal o refino e outros tratamentos de sal, ou seja, no mesmo ramo de atuação da empresa executada, bem como houve a comprovação, por parte da oficiala de justiça (fl. 20), de que a referida sociedade limitada encontra-se em atividade no mesmo local físico do estabelecimento empresarial da executada, o que caracteriza a situação constante no art. 133 do Código Tributário Nacional'. 4. Assim, configurada a sucessão empresarial, com desvio de finalidade e confusão patrimonial, a responsabilidade pode ser estendida, da empresa originariamente devedora, para a sucessora, ora agravada. 5. Agravo de instrumento provido." (TRF 5ª R. – AGTR 0040727-68.2013.4.05.0000 – (134807/RN) – 1ª T. – Rel. Des. Fed. Francisco Cavalcanti – DJe 21.11.2013)

#### **2213 – Sucessão patrimonial – demonstração inequívoca – satisfação do crédito – fraude – reconhecimento**

"Execução. Tentativas infrutíferas de localização de bens aptos à satisfação do crédito exequendo. Pretensão ao reconhecimento de fraude, perpetrada em razão de sucessão empre-

sarial, e inclusão da sucessora no polo passivo da demanda existência de outra empresa, sediada no mesmo endereço da executada agravada, que possui o mesmo objeto social. Sócios distintos, porém, com comprovada relação de filiação. Ausência de prova apta à demonstração inequívoca da sucessão patrimonial alegadamente havida. Decisão mantida recurso improvido.” (TJSP – AI 0023372-27.2013.8.26.0000 – Jaú – 24ª CDPriv. – Rel. Sérgio Rui – DJe 22.03.2013)

**2214 – Sucessão patrimonial – despersonalização jurídica – responsabilidade direta dos sócios – configuração**

“Agravo de petição. Sucessão patrimonial. Execução fiscal. Despersonalização jurídica da executada. Responsabilização direta dos sócios. Arts. 4º, V e § 2º, da Lei nº 6.830/1980, 50 e 1.080 do CC/2002. Há muito tempo, juridicamente, ampliou-se as hipóteses de responsabilização dos sócios das sociedades por cotas de responsabilidade limitada por além daquelas previstas na Lei reguladora da figura jurídica. Sob o pálio legislativo, os tribunais pátrios têm compreendido que o sócio responde pelas dívidas fiscais da sociedade, caso esta não tenha bens para garantir a execução judicial, máxime quando identificadas ações do devedor tendentes a fraudar a execução. Trata-se de aplicação do princípio da despersonalização da pessoa jurídica.” (TRT 23ª R. – AP 0086600-67.2007.5.23.0081 – 1ª T. – Rel. Des. Osmair Couto – DJe 06.05.2014)

**2215 – Sucessão patrimonial – responsabilidade solidária – reconhecimento – possibilidade**

“Agravo de petição. Sucessão patrimonial. Diversamente do que ocorre na fase de conhecimento, na qual são aplicáveis as disposições contidas nos arts. 10 e 448 da CLT, o instituto da sucessão na execução está calcada pura e simplesmente na responsabilidade patrimonial que se transmite ao adquirente dos bens do executado. Com efeito, se, nos termos do art. 591 do CPC, ‘o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei’, eventual alienação em massa desse acervo de ‘bens presentes’ atrairá a respectiva persecução em mãos de quem quer que estejam, convertendo o adquirente em sucessor na dívida judicial pela qual o acervo transferido respondia. Assim, é curial para a caracterização da sucessão na execução a prática de negócio jurídico por meio do qual o sucedido transfere a propriedade do patrimônio ao sucessor. Na hipótese, restou provada a sucessão patrimonial, porquanto a ora agravante (JBS S.A.) adquiriu imóvel em que as outras reclamadas desenvolviam suas atividades, estando em pleno funcionamento atualmente, explorando a mesma atividade econômica das demais executadas, razão pela qual mantém-se a sentença que reconheceu a responsabilidade solidária da empresa JBS S.A.” (TRT 23ª R. – Ap 0020000-59.2010.5.23.0081 – 1ª T. – Rel. Des. Roberto Benatar – DJe 13.03.2014)

**2216 – Sucessão patrimonial – sociedade – municipalidade – doação – negócio jurídico – observação**

“Apelações cíveis. Embargos de terceiro. Ação de execução. Sentença de improcedência. Doação modal. Promessa de doação. Imóvel público desafetado por lei municipal. Polo de estímulo ao desenvolvimento do município. Donatária que cumpriu as condições estipuladas. Direito conquistado à doação. Sucessão patrimonial da sociedade pelos sócios. Cessão de direitos aos embargantes, com indicação à doação cumprida pela municipalidade. Parti-

cipação de funcionária do Poder Judiciário no negócio. Atuação funcional na unidade judiciária onde em curso a execução contra os cedentes. Dever de cuidado no negócio jurídico que não inspira ignorância e boa-fé. Reconhecimento da fraude em execução mantido. Vícios que precedem a doação. Embargantes. Recurso não provido. Provido o recurso do embargado em parte para majorar a verba honorária.” (TJSP – Ap 0319473-50.2010.8.26.0000 – Macatuba – 34ª CDPriv. – Rel. Hélio Nogueira – DJe 13.01.2014)

# Proporcionalidade e Igualdade de Tratamento na Exclusão de Sócio por Falta Grave na Sociedade Limitada\*

**LUIS FELIPE SPINELLI**

Doutor em Direito Comercial pela USP, Mestre em Direito Privado pela UFRGS, Especialista em Direito Empresarial pela UFRGS, Advogado.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Proporcionalidade; 2 Igualdade de tratamento; Considerações finais; Referências.

## INTRODUÇÃO

O descumprimento de deveres de sócio (sejam tais deveres estabelecidos pela lei – ou, de um modo mais amplo, deveres impostos pelo ordenamento jurídico –, sejam tais deveres estabelecidos pelo contrato – expressa ou tacitamente) pode levar à exclusão do quotista faltoso. No ordenamento jurídico brasileiro em vigor, a exclusão de sócio por falta grave (ou ato de inegável gravidade) na sociedade limitada, que é relevante mecanismo de defesa da sociedade (e, mediatamente, dos demais sócios), pode se operar judicial (art. 1.030, *caput* c/c o art. 1.085 do Código Civil) ou extrajudicialmente (art. 1.085 do CC) – isso sem contar a possibilidade de exclusão judicial ou extrajudicial do sócio remisso (CC, arts. 1.004 e 1.058).

E é importante ter em mente que os deveres que recaem sobre os sócios, *in concreto*, e a eventual exclusão por cometimento de falta grave devem ser ponderados de acordo com os princípios da proporcionalidade e da igualdade de tratamento, tema objeto deste ensaio.

Os princípios da proporcionalidade e da igualdade de tratamento são tidos como estruturantes do direito societário, limitando o exercício de direitos (subjettivos e potestativos) e permitindo coibir os seus desvios, funcionando, assim, como mecanismos de proteção dos sócios (tanto da minoria

---

\* O presente ensaio tem origem na tese de doutorado intitulada “A exclusão de sócio por falta grave na sociedade limitada: fundamentos, pressupostos e consequências”, apresentada e defendida junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Professor Doutor Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, a quem agradeço por todo o auxílio.

quanto da maioria)<sup>2</sup>. E, neste sentido, também devem ser aplicados no caso de exclusão de sócio por falta grave.

## 1 PROPORCIONALIDADE

O *princípio da proporcionalidade*, de acordo com o uso corrente, objetiva inibir e neutralizar o abuso do poder, exigindo, no nosso caso, que a exclusão seja remédio compatível com a falta cometida (i.e., que a medida não seja excessiva)<sup>3-4</sup>.

- 2 ADAMEK, Marcelo Vieira von. Anotações sobre a exclusão de sócios por falta grave no regime do Código Civil. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos – Liber amicorum* Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 185-215, p. 191; FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Affectio societatis*: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de “fim social”. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 27-68, p. 49; e ADAMEK, Marcelo Vieira von. Abuso de minoria em direito societário (abuso das posições subjetivas minoritárias). Tese de Doutorado em Direito. São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 86, 2010. 436 p. Ainda: “*El estatuto de los socios de las asociaciones y sociedades está regido por los principios de igualdad y proporcionalidad, alteradas en ocasiones por reglas de tutela de las minorías o que establecen privilegios*” (PERIS, Juan Ignacio Ruiz. *Igualdad de trato en el derecho de sociedades*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. p. 144).
- 3 “ADMINISTRATIVO – RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDOR PÚBLICO – DEMISSÃO POR ATO DE IMPROBIDADE – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – PENA MENOS SEVERA – O órgão do Ministério Público, que oficiou na instância de origem como *custos legis* (art. 10 da Lei nº 1.533/1951), tem legitimidade para recorrer da decisão proferida em mandado de segurança. Embora o Judiciário não possa substituir-se à Administração na punição do servidor, pode determinar a esta, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, a aplicação de pena menos severa, compatível com a falta cometida e a previsão legal. Este, porém, não é o caso dos autos, em que a autoridade competente, baseada no relatório do processo disciplinar, concluiu pela prática de ato de improbidade e, em consequência, aplicou ao seu autor a pena de demissão, na forma dos arts. 132, inciso IV, da Lei nº 8.112/1990, e 11, inciso VI, da Lei nº 8.429/1992. Conclusão diversa demandaria exame e reavaliação de todas as provas integrantes do feito administrativo, procedimento incomportável na via estreita do *writ*, conforme assentou o acórdão recorrido. Recurso ordinário a que se nega provimento.” (STF, RMS 24901/DF, Rel. Min. Carlos Britto, 1ª T., J. 26.10.2004)
- 4 Empregamos, aqui, o termo “princípio da proporcionalidade” de acordo com seu uso corrente pela jurisprudência e doutrina (inclusive por parte da doutrina societária ao tratar da exclusão de sócio), sendo que, muitas vezes, “proporcionalidade” e “razoabilidade” são empregados como sinônimos. Todavia, reconhecemos que existe discussão, em primeiro lugar, sobre se a proporcionalidade (e a razoabilidade) seria um princípio ou se seria uma regra ou um postulado normativo aplicativo. Mas, além disso, questiona-se o próprio sentido de proporcionalidade por nós utilizado. Isso porque a proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) é um método de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais empregada, especialmente, nos casos em que um ato estatal, talhado a promover a realização de um direito fundamental ou outro interesse coletivo, ocasiona a restrição a outros direitos fundamentais; seria, assim, uma forma de controle sobre se os meios utilizados pelo Poder Público são legítimos à realização dos fins buscados (e, para tal controle, a proporcionalidade é dividida em três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Já a proibição do excesso (*Übermaßverbot*) é o controle da satisfação da garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais (uma vez que os direitos fundamentais não podem ser atingidos no seu núcleo essencial) – do mesmo modo como se proíbe que tais direitos sejam protegidos aquém do necessário (*Untermaßverbot*). Por fim, a razoabilidade (*Zumutbarkeit*), entre outras acepções, exige que a medida adotada seja equivalente ao fato motivador da medida. Dessa forma, levando-se em consideração a melhor doutrina de teoria do direito, talvez fosse mais adequado fazermos referência, em nosso trabalho, à (regra ou postulado da) *razoabilidade*. Sobre o tema, em quem nos baseamos para analisar a questão, ver: ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 176-188; ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, v. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999; ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 173 e ss.; SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e razoável. *Revista dos Tribunais*, a. 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002; SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Direitos*

Nesse sentido, a exclusão de sócio por descumprimento de seus deveres é considerado remédio extremo, *ultima ratio*, somente podendo incidir em caso de falta “grave” que traga ou que possa trazer algum dano à sociedade – mesmo porque o direito à participação do sócio na sociedade da qual faz parte (e, logicamente, o seu próprio direito de propriedade às quotas sociais) apenas pode ser alterado ou suprimido sem o seu consentimento quando o interesse social for tão relevante a depender de tal medida. E isso restou positivado pelo nosso Código Civil (*vide* arts. 1.030 e 1.085) do mesmo modo que se dá em outros países: o art. 2.286 do *Codice Civile* italiano (ao regram a sociedade simples – e em nome coletivo e em comandita simples) requer *gravi inadempienze*, enquanto que o § 140 do *Handelsgesetzbuch* alemão (ao regram a sociedade em nome coletivo e aplicável às sociedades em comandita simples) exige *wichtiger Grund*.<sup>5</sup>

*fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011 (especialmente Capítulos 2 e 4).

- 5 Cf. ADAMEK, Marcelo Vieira von. Anotações sobre a exclusão de sócios por falta grave no regime do Código Civil. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). Op. cit., p. 188-189, 191-193; ADAMEK, Marcelo Vieira von. Abuso de minoria em direito societário (abuso das posições subjetivas minoritárias). Tese de Doutorado em Direito. São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 308-309, 2010. 436 p.; FRANÇA, Erasmo Valladolid Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Affectio societatis*: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de “fim social”. In: FRANÇA, Erasmo Valladolid Azevedo e Novaes. Op. cit., p. 49. Também assim defendendo, ainda que não expressamente, entre outros: ABRÃO, Nelson. *Sociedade por quotas de responsabilidade limitada*. 7. ed. atual. por Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 184, 186-187; ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Sociedade de responsabilidade limitada*. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 212, 218; BARBOSA, Henrique Cunha. *A exclusão do acionista controlador na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 76; BERALDO, Leonardo de Faria. Da exclusão de sócio nas sociedades limitadas. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Direito societário na atualidade*: aspectos polêmicos. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 181-231, p. 198-199; CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao código civil (arts. 1.052 a 1.195)*. São Paulo: Saraiva, v. 13, 2003. p. 310-311; COMPARATO, Fábio Konder. Exclusão de sócio nas sociedades por cotas de responsabilidade limitada. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 16, n. 25, p. 47, 1977; COMPARATO, Fábio Konder. Exclusão de sócio, independentemente de específica previsão legal ou contratual. In: \_\_\_\_\_. *Ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 131-149, p. 138; CRISTIANO, Romano. *Sociedades limitadas de acordo com o código civil*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 376; FIALDINI FILHO, Pedro Sérgio. Inovações do Código Civil de 2002 em relação à dissolução parcial da sociedade limitada por justa causa. In: WALD, Arnoldo; FONSECA, Rodrigo Garcia da (Coord.). *A empresa no terceiro milênio*: aspectos jurídicos. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 105-118, p. 107; GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 285; PAPINI, Roberto. *Sociedade anônima e mercado de valores mobiliários*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 337; PROENÇA, José Marcelo Martins. A ação judicial de exclusão de sócio nas sociedades limitadas – legitimidade processual. In: ADAMEK, Marcelo Vieira von (Coord.). *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos* – Liber Amicorum Prof. Dr. Erasmo Valladolid Azevedo e Novaes França. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 169-184, p. 173; RIBEIRO, Renato Ventura. *Exclusão de sócios nas sociedades anônimas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 35, 175, 179, 331; TOKARS, Fábio. *Sociedades limitadas*. São Paulo: LTr, 2007. p. 362; VIO, VIO, Daniel de Ávila. *A exclusão de sócios na sociedade limitada de acordo com o Código Civil de 2002*. Dissertação de Mestrado em Direito Comercial. São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008. p. 124-125; ZANETTI, Robson. *Manual da sociedade limitada*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 260. Na Itália: ACQUAS, Brunello. *L'esclusione del socio nelle società*. Milano: Giuffrè, 2008. p. 48-49; BOLLINO, Giuseppe. Le cause di esclusione del socio nella società di persone e nelle cooperative (Parte II). *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, v. 90, fascicolo 7-8, p. 556-559, jul./ago. 1992; DI SABATO, Franco. *Diritto delle società*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2005. p. 133; FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. 4. ed. Torino: UTET, 1976. p. 261; PERRINO, Michele. *Le tecniche di esclusione del socio dalla società*. Milano: Giuffrè, 1997. p. 193-195 – sendo que há quem sustente que, nas sociedades limitadas, diante do disposto no art. 2.473-bis do *Codice Civile*, que dispõe que as hipóteses

Ora, como em qualquer contrato, a resolução por inadimplemento (e a exclusão de sócio por falta grave nada mais é do que a adaptação do instituto da resolução do contrato por inadimplemento ao contrato plurilateral) só resta justificada quando o descumprimento do dever pela parte possui importância minimamente considerável<sup>6</sup>. E diferente não seria no contrato de sociedade...

de exclusão devem estar expressamente estipuladas no contrato social, existiria certa flexibilidade quanto à questão, i.e., não se exigiria que eventual descumprimento do sócio fosse grave para motivar a exclusão (mesmo porque o contrato social poderia estipular condições pessoais para ensejar a exclusão que não necessariamente caracterizariam o descumprimento de qualquer dever), isso sem contar a aceitação à *clausola di riscatto* nas sociedades de responsabilidade limitada, prevendo a possibilidade de exclusão imotivada de sócio (sem necessidade de especificar justa causa) por meio da aquisição das quotas por outro(s) sócio(s): BENUSSI, Alessandro. Considerazioni in ordine all'estromissione forzosa del socio nelle società di capitali: esclusione e riscatto. In: BENAZZO, Paolo; CERA, Mario; PATRIARCA, Sergio. *Il diritto delle società oggi: innovazioni e persistenze*. Torino: UTET, 2011. p. 61-93, p. 77-78; ESPOSITO, Ciro. *L'esclusione del socio nelle società di capitali*. Milano: Giuffrè, 2012. p. 67 e ss. Na Alemanha: BAUMBACH, Adolf; HUECK, Alfred. *GmbHG*. 20. Aufl. München: C. H. Beck, 2013. p. 766; JULA, Rocco. *Der GmbH-Gesellschafter*. 3. Aufl. Berlin: Springer, 2009. p. 196; KÜBLER, Friedrich. *Derecho de sociedades*. Trad. Michèle Klein. 5. ed. rev. y ampl. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 2001. p. 123, 161, 401; RAISER, Thomas; VEIL, Rüdiger. *Recht der Kapitalgesellschaften*. 5. Aufl. München: Franz Vahlen, 2010. p. 435, 437; SCHMIDT, Karsten. *Gesellschaftsrecht*, B. I. 4. Aufl. Köln: Carl Heymanns, 2002. p. 1.036, 1.061, 1.461-1.462; WIEDEMANN, Herbert. *Gesellschaftsrecht*, B. II. München: Beck, 2004. p. 399, 405-406; WINDBICHLER, Christine. *Gesellschaftsrecht*. 22. Aufl. München: C. H. Beck, 2009. p. 163, 247. Ainda: na Argentina, o art. 91 da *Ley 19.550* também fala em grave descumprimento das obrigações sociais como causa a justificar a exclusão; falando expressamente da proporcionalidade, ver: VERÓN, Alberto Víctor. *Sociedades comerciales*. Buenos Aires: Astrea, t. 2, 1998. p. 153 (“*Es necesario que el incumplimiento sea de una determinada entidad o gravedad para que pueda operar como causal de exclusión, so pena de incurrir en desproporcionalidad entre causa y efecto.*”). Na Espanha, ainda que não tenha restado positivado, também se entende que os membros somente podem ser excluídos do ente coletivo quando exista uma causa grave de exclusão (o que relativiza, inclusive, as causas legais de eliminação de sócio): SANTAS, Francisco Javier Framiñán. *La exclusion del socio en la sociedad de responsabilidad limitada*. Granada: Comares, 2005. p. 19 e ss., 162-163; CODINA, Joaquim Castañer; COSTA, Viviana Colomà; PARRAMON, Cristina Roset. *Todo sociedades de responsabilidad limitada*. Valencia: Kluwer, 2012. p. 179, 1.011. Já nas sociedades por quotas em Portugal, o art. 241º do Código das Sociedades Comerciais permite a exclusão extrajudicial nas hipóteses expressamente previstas em lei (art. 204º: sócio remisso; art. 212º: sócio que não efetua as prestações suplementares que lhe cabem; e art. 214º: abuso de informações que prejudique injustamente o ente coletivo) ou quando o contrato estabeleça hipóteses ensejadoras de exclusão nos casos relacionados à sua pessoa ou ao seu comportamento; por sua vez, o art. 242º permite a exclusão judicial nas hipóteses em que o sócio, com o seu comportamento desleal ou que perturbe gravemente o funcionamento do ente coletivo, cause ou possa causar prejuízos relevantes à sociedade. Por outro lado, nas sociedades civis portuguesas, o sócio pode ser excluído, além de outras hipóteses determinadas, “quando lhe seja imputável violação grave das obrigações para com a sociedade” (Código Civil português, art. 1003º, a), como também sugere o art. 186º, 1, a, do Código das Sociedades Comerciais ao tratar da exclusão de sócio nas sociedades em nome coletivo (que especifica as hipóteses de exclusão ao tratar da proibição de concorrência e da destituição da gerência com fundamento em justa causa consistente em fato culposo suscetível de ocasionar prejuízo à sociedade) (cf. NUNES, A. J. Avelãs. *O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais*. 1. ed. Reimpressão da ed. de 1968. Coimbra: Almedina, 2002. p. 169 e ss. – bem lecionando que não é toda e qualquer falta que legitima a exclusão). E a jurisprudência brasileira também se manifesta, de modo expresso, neste sentido: TJRS, Agravo de Instrumento nº 70023269012, Rel. Des. Leo Lima, 5ª C.Cív., J. 23.04.2008; TJSP, Apelação nº 0002402-02.2009.8.26.0564, Rel. Des. James Siano, 5ª C.D.Priv., J. 25.05.2011 (cuja sentença de primeiro grau, confirmada pelo TJSP, ao negar o pedido de exclusão de sócio que teria, entre outros fundamentos, tomado a decisão de patrocinar uma corrida com a distribuição de brindes – no caso, mortadelas –, assim decidiu: “[...] Não são alguns quilos de mortadela que justificam uma penalidade como exclusão dos quadros societários”); STJ, REsp 917531/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., J. 17.11.2011.

6 Cf. GOMES, Orlando. *Contratos*. 25. ed. atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 173; ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos

E “*falta grave* é [...] apenas aquela que objetivamente tenha essa agudeza (de ‘inegável gravidade’), e não a que, discricionária ou arbitrariamente, assim a pretenda qualificar a maioria”<sup>7</sup>.

Logo, a exclusão pela prática de falta grave não pode ser utilizada contra sócio que não cometeu falta qualificada como tal<sup>8</sup>. Existe a necessidade de equivalência entre a falta cometida pelo sócio (cuja gravidade deve ser avaliada não só pela própria infração perpetrada, mas também pelos seus efeitos)<sup>9</sup> e a medida adotada pela sociedade (no nosso caso, a sua exclusão), ou seja: não se pode querer excluir o quotista (medida drástica) por se apropriar de uma mera caneta ou de um bloco de notas da sociedade (conduta que, mesmo que ilícita, é insignificante). O próprio Código Civil assim positivou, reconhecendo que a exclusão é medida extrema a ser adotada em situações extremas:

A ideia de proporcionalidade (razoabilidade e adequação dos meios aos fins) [...] norteia as exigências [...] de que a exclusão esteja calcada apenas em falta grave qualificada, e não qualquer falta, e que, na medida do possível e daquilo que possa ser exigido dos demais sócios em concreto (o que depende da estrutura real da sociedade), tenham precedência meios de sancionamento menos intensos, desde que capazes de efetivamente eliminar o problema verificado no âmbito interno, restando a exclusão como *ultima ratio*.<sup>10</sup>

Assim, em sendo a exclusão de sócio por falta grave na sociedade limitada (bem como nas outras espécies societárias, logicamente) a última medida a ser tomada, tem-se que cede espaço para outros mecanismos mais brandos que, objetivamente, consigam extirpar o problema do seio da sociedade de modo efetivo (como, e.g., a suspensão do direito de voto ou a destituição do cargo de administrador: a grande questão é que cada medida deve ser analisada de acordo com as circunstâncias do caso concreto a fim de que se verifique qual a melhor forma para lidar com o descumprimento de um dever por parte do sócio); nesse sentido, meios mais suaves possuem primazia sobre a exclusão para a solução de eventual controvérsia<sup>11</sup>.

---

Tribunais, 2004. p. 96 ss.. COMPARATO. Exclusão de sócio, independentemente de específica previsão legal ou contratual. In: Op. cit., p. 138.

7 ADAMEK. Anotações sobre a exclusão de sócios por falta grave no regime do Código Civil. In: Op. cit., p. 189, grifo do autor. Igualmente: VIO. *A exclusão de sócios na sociedade limitada de acordo com o Código Civil de 2002*. Dissertação de Mestrado em Direito Comercial. São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008. p. 124-125.

8 Idem, p. 189.

9 Cf. VERÓN. Op. cit., p. 153.

10 ADAMEK. Anotações sobre a exclusão de sócios por falta grave no regime do Código Civil. In: Op. cit., p. 192-193.

11 Idem, p. 188, 193; ADAMEK. Abuso de minoria em direito societário (abuso das posições subjetivas minoritárias). Tese de Doutorado em Direito. São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,



Mas, aqui, não podemos fazer com que, sob o argumento de desrespeito ao princípio da proporcionalidade, ataque-se o juízo de conveniência e oportunidade que pauta as deliberações sociais sobre exclusão de sócio, e nem exigir que se imponha um ônus, novas obrigações ou limitações a direitos da sociedade<sup>12</sup>. Da mesma forma, a sociedade não pode impor medidas que levem à privação de direitos ou à imposição de novos ônus ou obrigações sociais aos seus membros (como a supressão do direito de fiscalização ou a realização de exclusão parcial); mas é claro que nada impede que a sociedade e o sócio acordem, respeitados os limites legais, as medidas que considerem mais adequadas<sup>13</sup>.

Ainda, é importante referir que a caracterização da falta grave depende da concorrência de mais de uma falta: é suficiente o cometimento de uma falta considerada grave para que o sócio seja excluído; mesmo assim, é possível que ocorra a concorrência de faltas graves e isso, logicamente, pode ser levado em consideração pelos sócios quando da deliberação sobre a exclusão. De qualquer forma, até pode ocorrer que determinada falta não seja considerada grave o suficiente para ensejar a exclusão; todavia, a prática de uma série de pequenas faltas pode fazer com que seja necessária a tomada da medida extrema: o conjunto de atos é grave o suficiente para justificar a exclusão do sócio<sup>14</sup>.

Por fim, cumpre frisar que a gravidade necessária para caracterizar a falta que pode ensejar a exclusão de sócio – com a ressalva da hipótese do sócio remisso, cuja gravidade já é predeterminada pelo art. 1.004 do Código Civil<sup>15</sup> – somente pode ser verificada *in concreto*, analisando-se todas as circunstâncias de cada caso.

---

2010. p. 309; FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Affectio societatis*: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de “fim social”. In: Op. cit., p. 49; VIO. *A exclusão de sócios na sociedade limitada de acordo com o Código Civil de 2002*. Dissertação de Mestrado em Direito Comercial. São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008. p. 124-125; SANTAS. Op. cit., p. 24, 162 e ss.; PERRINO. Op. cit., p. 173-174; BAUMBACH; HUECK. Op. cit., p. 315-316, 766; JULA. Op. cit., p. 196; KÜBLER. Op. cit., p. 123, 161; RAISER; VEIL. Op. cit., p. 437; SCHMIDT. Op. cit., p. 1.036, 1.061, 1.461-1.462; WIEDEMANN. *Gesellschaftsrecht*, B. II..., p. 399, 405-406; WINDBICHLER. *Gesellschaftsrecht*..., p. 163, 247. Em sentido semelhante: PINTO JÚNIOR, Mário Engler. Exclusão de acionista. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, a. 23, n. 54, p. 87-88, abr./jun. 1984.

12 Assim, por exemplo, o sócio remisso não pode se opor à exclusão pelo fato de a sociedade ter, como alternativa, a cobrança do valor devido; não é preciso que o ente coletivo, antes de realizar a exclusão, reclame judicialmente o cumprimento das obrigações sociais (cf. SANTAS. Op. cit., p. 164-165).

13 Idem, p. 163-167.

14 Ver: JULA. Op. cit., p. 342: “*Auch eine Vielzahl von kleineren Verstößen können in ihrer Gesamtheit einen Ausschluss rechtfertigen. Es kann nicht oft genug betont werden, dass es immer eine Frage des Einzelfalls ist, ob der geltend gemachte Grund wirklich ausreicht, um den Ausschluss zu rechtfertigen*”.

15 Segundo Avelãs Nunes, ao comentar o art. 1003º do Código Civil português, o descumprimento do dever de realizar o capital social subscrito será sempre considerado grave (NUNES. Op. cit., p. 171-172). Caminhando no mesmo sentido: LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades limitadas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

O desrespeito ao princípio da proporcionalidade faz com que seja anulável a deliberação assemblear, tendo em vista a ilicitude do ato (violação a direito individual de sócio) *in concreto*, sem esquecer eventual responsabilização civil, se pertinente. No caso de exclusão judicial, a violação do princípio pode acarretar a improcedência da ação. E é nula a cláusula contratual que autorize a exclusão de membro que tenha cometido alguma falta fútil<sup>16</sup>.

## 2 IGUALDADE DE TRATAMENTO

Rui Barbosa, em seu discurso de paraninfo para os formandos da turma de 1920 da Faculdade do Largo do São Francisco, em São Paulo, ensinou, reafirmando o pensamento aristotélico, que “a regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem”<sup>17</sup>.

É claro que o *princípio da igualdade*<sup>18</sup> incide também sobre o direito societário.

O princípio da igualdade de tratamento (*Gleichbehandlungsgrundsatz*), que é tão pouco trabalhado entre nós<sup>19</sup>, é “princípio geral das associações

---

p. 711. Ver, também: BENUSSI. Considerazioni in ordine all'estromissione forzosa del socio nelle società di capitali: esclusione e riscatto. In: Op. cit., p. 75.

16 BERALDO. Da exclusão de sócio nas sociedades limitadas. In: Op. cit., p. 198-199.

17 BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 7. ed. Guanabara: Elos, 1961. p. 27.

18 De acordo com a melhor doutrina de teoria do direito (cf. ÁVILA. *Teoria dos princípios...*, p. 171-172), a igualdade pode funcionar: (i) como regra (proibindo o tratamento discriminatório), (ii) como princípio (assinalando a igualdade entre os agentes como um fim a ser fomentado) e (iii) como postulado normativo aplicativo (estruturando a aplicação do Direito tendo em vista elementos – critério de distinção e finalidade da diferenciação – e da relação entre eles – congruência do critério diante do fim). E, ao que tudo indica, quando nos referimos à igualdade de tratamento no direito societário com o objetivo de evitar o tratamento discriminatório nos casos de exclusão de sócio, estamos utilizando a igualdade em sua função de regra; todavia, tendo em vista que é largamente utilizada a expressão “princípio da igualdade (de tratamento)” pela doutrina (mesmo a doutrina societária), inclusive quando trata das situações envolvendo a exclusão de sócio, empregaremos, neste trabalho, tal locução.

19 Para uma ampla visão no direito pátrio e estrangeiro do princípio da igualdade de tratamento no direito societário, ver: ADAMEK. Abuso de minoria em direito societário (abuso das posições subjetivas minoritárias). Tese de Doutorado em Direito. São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. p. 87-91. Interessante é que Pontes de Miranda já trabalhava a questão da igualdade entre os membros (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. São Paulo: Borsoi, t. I, 1970. p. 380, 394-396). Também lembrando o princípio da igualdade no direito societário, com base em Pontes

privadas de pessoas<sup>20</sup>, e incide independentemente de qualquer previsão legal, muito embora hoje encontre positividade na Alemanha (no § 53a da *Aktiengesetz*)<sup>21</sup> e na Espanha (*Ley de Sociedades de Capital*, art. 97)<sup>22-23</sup>. No Brasil, existe referência à igualdade de tratamento para os acionistas titulares de ações da mesma classe (art. 109, § 1º, da Lei nº 6.404/1976), enquanto que se infere o princípio, no Código Civil, por meio da interpretação sistemática

- de Miranda, ver: TOMASETTI JUNIOR, Alcides; LOPES, Mauro Brandão. Deliberação arbitrária excludente de membro de sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Abusividade. Ilícitude. Nulidade. *Revista dos Tribunais*, a. 84, v. 714, p. 60 e ss., abr. 1995. Trabalhando a igualdade entre os acionistas, especialmente com base no art. 109, § 1º, da LSA, ver: TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, v. I, 1979. p. 279-280. Ao comentar o art. 44, § 4º, da Lei das S.A. (que dispõe que, caso o resgate ou a amortização não abarque a totalidade das ações de uma mesma classe, devem ser sorteadas as ações, entre as que integram a mesma classe, a serem resgatadas ou amortizadas), José Waldecy Lucena, por exemplo, afirma que tal regra positiva o princípio da igualdade entre os acionistas, o qual tem influência sobre todas as sociedades (LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades anônimas*. Rio de Janeiro: Renovar, v. I, 2009. p. 449-450); no mesmo sentido, ver: PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. *Sociedades por ações*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1972. p. 183-184. E Edmar Andrade Filho faz referência a tal princípio ao tratar da exclusão de sócio: ANDRADE FILHO. Op. cit., p. 207-209; ver, também: ADAMEK. Anotações sobre a exclusão de sócios por falta grave no regime do Código Civil. In: Op. cit., p. 191-192.
- 20 “*Allgemeiner Rechtsgrundsatz für privatrechtliche Personenzusammenschlüsse.*” (BAUMBACH; HUECK. Op. cit., p. 316). Ver, também: CAEIRO, António. A exclusão estatutária do direito de voto nas sociedades por quotas. In: \_\_\_\_\_, *Temas de direito das sociedades*. Coimbra: Almedina, 1984. p. 9-160, p. 72, nota de rodapé; CUNHA, Paulo Olavo. *Direito das sociedades comerciais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 66-67.
- 21 “§ 53a. *Gleichbehandlung der Aktionäre. Aktionäre sind unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln.*” Em tradução livre: “§ 53a. Tratamento igualitário dos acionistas. Os acionistas, nas mesmas condições, são tratados de forma igual”. De qualquer modo, por se tratar de princípio central do direito societário, ele possui eficácia ainda que inexistia previsão legal expressa; assim, doutrina e jurisprudência entendiam que, mesmo antes da positividade, já incidia nas sociedades anônimas e que, mesmo que não positivado para as sociedades de pessoas e para a sociedade limitada, sobre estas incide (e faz-se referência a diversos dispositivos da *GmbH-Gesetz* que trariam tal princípio). Sobre o tema, na Alemanha: BAUMBACH; HUECK. Op. cit., p. 316-317; RAISER; VEIL. Op. cit., p. 80-83, 397-398; SCHMIDT, Karsten. *Gesellschaftsrecht*, B. I..., p. 462-465, 798-799; WIEDEMANN, Herbert. *Gesellschaftsrecht*, B. I..., 1980, p. 427-431; ADAMEK. Anotações sobre a exclusão de sócios por falta grave no regime do Código Civil. In: Op. cit., p. 191, nota de rodapé; ADAMEK. Abuso de minoria em direito societário (abuso das posições subjetivas minoritárias). Tese de Doutorado em Direito. São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. p. 88-89. Também sobre o tema no Direito alemão (além de tratar da questão em outros ordenamentos jurídicos – França, Inglaterra, Holanda, Áustria e Suíça), trabalhando a matéria no âmbito das sociedades de capital (o que inclui a sociedade limitada), remetemos a VERSE, Dirk A. *Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Recht der Kapitalgesellschaften*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.
- 22 “*Artículo 97. Igualdad de trato. La sociedad deberá dar un trato igual a los socios que se encuentren en condiciones idénticas.*” E é importante referir que o dispositivo legal é aplicável tanto às sociedades por ações quanto às sociedades limitadas. Na Espanha, sobre o tratamento igualitário no direito societário, ver: CODINA; COSTA; PARRAMON. Op. cit., p. 204; PERIS. Op. cit. (também salientando que se trata de princípio implícito do ordenamento jurídico e que não precisa estar positivado para que se constate sua incidência).
- 23 Em Portugal, vários dispositivos do Código das Sociedades Comerciais que disciplinam as sociedades anônimas, fazem referência ao tratamento igualitário (especialmente o art. 321º, que, ao cuidar da aquisição das ações próprias, dispõe que “as aquisições e as alienações de ações próprias devem respeitar o princípio do igual tratamento dos accionistas, salvo se a tanto obstar a própria natureza do caso”), estando implícito a muitos institutos e outras regras, já se tendo dito que se trata de um princípio geral (cf. CORDEIRO, António Menezes. *Manual de direito das sociedades*: Das sociedades em especial. 2. ed. Coimbra: Almedina, v. II, 2007. p. 575-577). E, de fato, entende-se que a igualdade de tratamento é princípio fundamental (basilar) do direito societário (dizendo respeito a todos os sócios, e em especial aos acionistas) (cf. CUNHA. Op. cit., p. 66-67). Ver, também: CAEIRO. Op. cit., p. 72, nota de rodapé; NUNES. Op. cit., p. 275. Na Itália também se fala do princípio da igualdade, ainda que ausente a sua previsão legal: FERRI. Op. cit., p. 292-293; D'ATTORRE, Giacomo. *Il principio di eguaglianza tra soci nelle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 2007.

de várias regras (arts. 1.004, 1.007, 1.008, 1010, § 2º, 1.013, 1.023, 1.055, § 1º, 1.072, *caput*, 1.081, § 1º, 1.094, VI e VII)<sup>24</sup>.

Sustenta-se que o princípio da igualdade de tratamento no âmbito societário tem sua origem no princípio constitucional da isonomia (Constituição Federal, art. 5º, *caput*), embora com ele não se confunda. É importante salientar que a transposição direta da ideia de isonomia para as relações jurídicas privadas não é possível e exige adaptações, uma vez que na esfera privada vige o princípio da autonomia privada, o qual permite que os particulares criem posições que não sejam igualitárias, desde que respeitados certos limites, é claro<sup>25</sup>.

No âmbito das associações de pessoas, salvo consentimento, não teria lógica e não seria lícito, tendo em vista a comunhão de escopo, que alguém ingressasse em um ente coletivo (no nosso caso, uma sociedade) e fosse tratado de modo discriminatório, diferente dos demais. Assim, todos os sócios devem ser tratados de modo igual quando existentes as mesmas condições (circunstâncias fáticas). Proibida está a diferenciação injustificada (o tratamento arbitrário) entre os sócios, inclusive (mas não só) por parte das deliberações sociais. Mas é lógico que existem situações (previstas na lei, no estatuto/contrato ou decorrente das circunstâncias) objetivas (que criam uma medida proporcional de igualdade – *proportionaler Gleichheitsmaßstab* –, como a divisão dos lucros e o poder de voto, que são proporcionais à participação no capital social, ou mesmo a necessidade de deter participação mínima no capital social para o exercício de determinados direitos, como

24 Cf. ADAMEK. Abuso de minoria em direito societário (abuso das posições subjetivas minoritárias). Tese de Doutorado em Direito. São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. p. 89.

25 Cf. ADAMEK. Anotações sobre a exclusão de sócios por falta grave no regime do Código Civil. In: Op. cit., p. 191, nota de rodapé; ADAMEK. Abuso de minoria em direito societário (abuso das posições subjetivas minoritárias). Tese de Doutorado em Direito. São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. p. 87. Fazendo referência ao art. 5º da Constituição Federal para fundamentar a incidência do princípio da igualdade no direito societário, ver: TOMASETTI JUNIOR; LOPES. Deliberação arbitrária excludente de membro de sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Op. cit., p. 60 e ss. Herbert Wiedemann assim anota: "Para estabelecer claramente a diferença com relação ao princípio de isonomia, fala-se, no direito privado, em princípio da igualdade de tratamento ou em preceito (*Gebot*) da igualdade de tratamento. Com isto, simplesmente chama-se à consciência [o fato de] que a aplicação do princípio da isonomia em direito privado requer especial fundamentação, uma vez que o cidadão, em face do princípio da autonomia privada dos negócios jurídicos, está fundamentalmente autorizado a dispor de suas relações livremente (*unkontrolliert*) e, com isso, também arbitrariamente (*willkürlich*). O conteúdo do preceito da igualdade de tratamento em direito privado é assim formulado como o do princípio da isonomia constitucional; aplica-se o dever platônico-aristotélico do *suum cuique*, não o princípio da *égalité* da Revolução Francesa" (WIEDEMANN. *Gesellschaftsrecht*, B. I..., p. 428, tradução livre de Erasmo Valladão A. e N. França, extraída de ADAMEK. Abuso de minoria em direito societário (abuso das posições subjetivas minoritárias). Tese de Doutorado em Direito. São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. p. 87, nota de rodapé). Muito se discute sobre o fundamento da igualdade de tratamento no direito societário; sobre o tema, entre outros, ver: VERSE. Op. cit., p. 67 e ss.; PERIS. Op. cit., p. 25 e ss. (trabalhando questões relacionadas ao princípio da igualdade e sua aplicação no âmbito das relações privadas), 107 e ss. (analisando, especificamente, a igualdade de tratamento na esfera societária); D'ATTORRE. Op. cit., p. 15 e ss.

o previsto no art. 1.066, § 2º, do Código Civil) ou subjetivas (bom exemplo é o do sócio controlador, sobre o qual incidem deveres mais fortes, como resta positivado nos arts. 116 e 117 da LSA), que permitem ou exigem o tratamento diferenciado entre os sujeitos<sup>26</sup>.

O tratamento igualitário dos sócios é, evidentemente, uma condição para o próprio funcionamento do ente coletivo<sup>27</sup>. E mais: não pode tal princípio ser renunciado de modo geral pelo quotista, somente assim podendo fazer no caso específico (*in concreto*); nesse sentido, o desvio com a concordância do sócio é permitido, tendo em vista a necessidade de respeito à liberdade contratual (autonomia privada), podendo-se, então, criar (originalmente ou por alteração contratual, desde que com a concordância dos membros afetados) direitos e obrigações diferentes entre os sócios (e desde que respeitadas as normas de ordem pública do tipo societário e que isso não conduza à arbitrariedade)<sup>28</sup>.

Aplicando o princípio da igualdade de tratamento no caso de exclusão de sócios, tem-se, em primeiro lugar, que, com a exclusão do membro faltoso pode restar resguardada a isonomia entre todos os sócios. Explica-se: a princípio, não é igualitário manter o sócio faltoso e os quotistas que cumprem os seus deveres na sociedade enquanto ela durar. “Caso contrário, o próprio princípio da isonomia seria lesado, dando-se ao sócio inadimplente um tratamento privilegiado, admitindo que ele possa não prestar a colaboração devida”<sup>29</sup>.

Mas, além disso, o princípio da igualdade impõe que um sócio não pode ser excluído da sociedade, sob a alegação de que tenha cometido uma falta grave, se conduta semelhante (ou, pior, se condutas mais graves) cometida por outro quotista é tolerada, aceita ou incentivada na esfera so-

26 Desenvolvido com base em: ADAMEK. Anotações sobre a exclusão de sócios por falta grave no regime do Código Civil. In: Op. cit., p. 191, nota de rodapé; Abuso de minoria em direito societário (abuso das posições subjetivas minoritárias). Tese de Doutorado em Direito. São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. p. 87-90; PONTES DE MIRANDA. Op. cit., p. 934; BAUMBACH; HUECK. Op. cit., p. 316-317; RAISER; VEIL. Op. cit., p. 80-81, 397; SCHMIDT. *Gesellschaftsrecht*, B. I..., p. 462-464, 798-799; WIEDEMANN. *Gesellschaftsrecht*, B. I..., p. 427; PERIS. Op. cit., p. 107 e ss.; CAEIRO. A exclusão estatutária do direito de voto nas sociedades por quotas. In: Op. cit., p. 72, nota de rodapé; CUNHA. Op. cit., p. 66; NUNES. Op. cit., p. 275; FERRI. Op. cit., p. 292-293.

27 FSTRICH, Lorenz. Raciocínio jurídico funcional a exemplo do direito societário. Trad. de Nilson Lautenschleger Jr. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 44, n. 140, p. 77, out./dez. 2005.

28 BAUMBACH; HUECK. Op. cit., p. 317; FSTRICH. Raciocínio jurídico funcional a exemplo do direito societário. Trad. de Nilson Lautenschleger Jr. Op. cit., p. 57; SCHMIDT. *Gesellschaftsrecht*, B. I..., p. 462-464; SCHMIDT. *Gesellschaftsrecht*, B. II..., p. 1.038; CAEIRO. A exclusão estatutária do direito de voto nas sociedades por quotas. In: Op. cit., p. 72, nota de rodapé; PERIS. Op. cit., p. 121.

29 LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Exclusão extrajudicial de sócio em sociedade por quotas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, a. 34, n. 100, p. 94, out./dez. 1995. Em certo sentido, ver, também: NUNES. Op. cit., p. 275; e ANDRADE FILHO. Op. cit., p. 208-209.

cietária. Da mesma forma, não se pode admitir que um sócio seja excluído quando a falta grave tenha origem em vários sócios, sendo que não se busca a exclusão de todos eles, salvo se a imputação da responsabilidade for preponderante a um quotista. E, igualmente, em uma sociedade com dois sócios (ou dividida em dois grupos), não se pode querer excluir um deles se ambos os membros (ou grupos) são responsáveis na mesma extensão pela falta grave ou se não se constata quem agiu de modo abusivo: aqui, a alternativa a ser adotada é a dissolução total, sendo a exclusão autorizada somente se os fatos ensejadores puderem ser imputados (de modo exclusivo ou preponderante) a um sócio<sup>30</sup>. Assim, do mesmo modo como o comportamento dos sócios e as demais circunstâncias *in concreto* nos dizem quais deveres recaem sobre eles e qual a sua intensidade, tem-se que deve ser levado em conta, consoante o princípio do tratamento igualitário, o comportamento dos demais quotistas, pois não se pode tratar os sócios que se encontram na mesma situação de modo desigual. Não se pode aceitar que diferenciações injustificadas sejam realizadas quando da apreciação da falta grave<sup>31-32-33-34</sup>:

- 
- 30 Seguindo precedentes do Supremo Tribunal Federal da Alemanha, sustenta-se que não se pode admitir a exclusão de sócio quando, em uma sociedade composta por dois membros (ou dois grupos), ambos os lados dão causa para tal medida. Assim, seria despropositado autorizar a um sócio afastar o outro e continuar conduzindo o ente coletivo sozinho. A solução é a dissolução total (cf. BAUMBACH; HUECK. Op. cit., p. 765; RAISER; VEIL. Op. cit., p. 438; KÜBLER. Op. cit., p. 401; WOLF, Martin. Abberufung und Ausschluß in der Zweimann-GmbH. *Zeitschrift für Unternehmens – und Gesellschaftsrecht*, B. 27, p. 95-96, jan. 1998; ADAMEK. Anotações sobre a exclusão de sócios por falta grave no regime do Código Civil. In: Op. cit., p. 191-192; ADAMEK. Abuso de minoria em direito societário (abuso das posições subjetivas minoritárias). Tese de Doutorado em Direito. São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. p. 88, 348-349).
  - 31 Cf. ADAMEK. Anotações sobre a exclusão de sócios por falta grave no regime do Código Civil. In: Op. cit., p. 191-192; ADAMEK. Abuso de minoria em direito societário (abuso das posições subjetivas minoritárias). Tese de Doutorado em Direito. São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. p. 88, 308, 348-349; PONTES DE MIRANDA. Op. cit., p. 394-395; BAUMBACH; HUECK. Op. cit., p. 482, 765; KÜBLER. Op. cit., p. 401; RAISER; VEIL. Op. cit., p. 438; PERIS. Op. cit., p. 102-104, 358-360.
  - 32 Em certo sentido, Tullio Ascarelli assim já lecionava quando, ao trabalhar a inaplicabilidade da *exceptio inadimpleti contractus* no contrato plurilateral, asseverava ser “obviamente ilícito pedir o adimplemento de um entre os sócios sem pedir simultaneamente (também judiciariamente) o dos demais” (cf. ASCARELLI, Tullio. O contrato plurilateral. In: \_\_\_\_\_. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 255-312, p. 289). Também fazendo referência a Tullio Ascarelli, ver: REQUIÃO, Rubens. A preservação da sociedade comercial pela exclusão do sócio. Tese apresentada para o concurso à Cátedra de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná. Curitiba, 1959. p. 78-79.
  - 33 Alcides Tomasetti Junior e Mauro Brandão Lopes trabalham o princípio da igualdade de tratamento no âmbito do direito societário ao afirmarem, em parecer, que a exclusão de determinado sócio, além de outras questões, não pode ser arbitrária, não pode desrespeitar o procedimento de deliberação (método assemblear) e nem trazer evidente diminuição patrimonial, especialmente diante do modo de apuração dos haveres (e da forma de pagamento) (TOMASETTI JUNIOR; LOPES. Op. cit., p. 60 e ss.).
  - 34 Alberto Verón, na Argentina, sustenta que o sócio excluindo não pode alegar, em sua defesa, a *exceptio inadimpleti contractus*, uma vez que não se aplica aos contratos plurilaterais. Assim, “*la culpa de uno [sócio] no cancela la del otro, y el conjunto de los otros socios es el organo adecuado para decidir cuál y cuándo la separación coactiva viene a ser conveniente*” (VERÓN. Op. cit., p. 166).

“Falta grave” é conceito legal indeterminado que deve ser concretizado à luz da realidade específica da sociedade. É preciso, pois, em cada caso, avaliar o comportamento dos demais sócios: se todos eles são igualmente responsáveis por dada conduta e sobre o excluindo não repousa falta claramente preponderante, não se admite a exclusão arbitrária de um ou alguns deles em benefício dos demais, igualmente responsáveis – até porque, neste particular, ser, ou não, maioria não é critério de desempate ou de abono de conduta.<sup>35</sup>

Isso sem contar que algumas das situações descritas, além do princípio da igualdade, podem ensejar a invocação do *tu quoque* (ou, talvez, do *venire contra factum proprium*) (CC, art. 187).

E, tendo em vista que a igualdade deve ser analisada de acordo com o caso concreto, tem-se que, se determinado sócio não foi excluído ao praticar determinado ato, isso não significa que, automaticamente, outro quotista que realizou o mesmo ato não será eliminado. Assim, por exemplo, não se pode excluir um sócio por ser ele remisso enquanto não se confere o mesmo tratamento a outro sócio remisso; diferente é a situação, contudo, em que se busca excluir um sócio remisso que não possui bens disponíveis a suportar eventual processo de execução, enquanto que se executa judicialmente outro sócio inadimplente e que possui bens suficientes para aportar os recursos referentes à participação subscrita no capital social<sup>36</sup>. Da mesma forma, *v.g.*, a posição que a sociedade passou ou deixou de ocupar no mercado também pode ser relevante ao definir as razões que fizeram com que um determinado sócio não fosse excluído, em determinado período, pela prática de concorrência enquanto que outro, posteriormente, o foi.

Isso tudo é importante também porque a relação custo-benefício da exclusão de um quotista (o julgamento da conveniência e oportunidade)

35 ADAMEK. Anotações sobre a exclusão de sócios por falta grave no regime do Código Civil. In: Op. cit., p. 192.

36 Nesse sentido, Adolf Baumbach e Alfred Hueck sustentam que, existindo mais de um sócio inadimplente, não necessariamente o processo de exclusão deve se operar em relação a todos, e o dever de igualdade de tratamento não obsta o interesse no aporte de capital, sendo que, desde que existam razões objetivas, sejam tomadas medidas diferentes para cada um dos quotistas: que um seja excluído, que outro seja cobrado e, ainda, que se aguarde que um terceiro tenha condições financeiras para realizar o pagamento; contrariamente, o tratamento desigual de modo arbitrário não é permitido (BAUMBACH; HUECK. Op. cit., p. 482: “Sind mehrere Gesellschafter säumig, muss Ges [Gesellschaft] Kaduzierung nicht notwendig, gegen alle betreiben. Gleichbehandlungspflicht [...] steht dem nicht entgegen, soweit sachlicher Grund, Interesse an Kapitalaufbringung, unterschiedliches Vorgehen rechtfertigt, zB [zum Beispiel] bei einem Kaduzierung, bei anderem Zahlungsklage, bei dritten Zuwarten auf in Aussicht stehende Zahlungsfähigkeit. Dagegen ist willkürliche Ungleichbehandlung unzulässig.”). Plínio Paulo Bing leciona que, na análise das alternativas colocadas à sociedade diante do quotista remisso (cobrança/execução, exclusão ou redução do valor de sua participação ao montante realizado), cumpre à pessoa jurídica analisar a opção menos onerosa, inclusive diante da condição econômica do devedor (BING, Plínio Paulo. *Sociedade limitada*. Porto Alegre: Safe, 2006. p. 97). Por fim, afirmando que a sociedade seria livre para decidir se exclui um sócio remisso e não exclui outro, dando a entender que a sociedade teria ampla discricionariedade, ver: NUNES. Op. cit., p. 106, nota de rodapé.

não é constante, mas sim mutável no tempo. A tolerância a determinado comportamento dos sócios durante certo período e tendo em vista específicas circunstâncias não significa que tal comportamento seja admitido para todo o sempre<sup>37</sup>. Inclusive, o tempo pode alterar o teor dos deveres dos sócios.

Pelo exposto, devem ser analisadas todas as particularidades do caso. Nesse sentido: a relação entre os sócios foi alterada? Qual a situação individual de cada um dos quotistas? Em qual circunstância se deu o ingresso de determinado sócio? Quais as peculiaridades da falta cometida pelo sócio que acabou por ensejar a sua exclusão? Por quais motivos se admite que determinado membro pratique certos atos? O posicionamento da sociedade no mercado mudou? Entendemos que todas essas circunstâncias devem ser averiguadas para que possa, efetivamente, ser concretizado o princípio da igualdade. A igualdade do tratamento (o tratamento equivalente entre os sócios) pressupõe a igualdade das circunstâncias relevantes<sup>38</sup>.

Por isso é importante (é recomendável) que os sócios, ao deliberarem sobre a exclusão extrajudicial ou a promoção da ação judicial de exclusão, bem delimitem as circunstâncias do caso concreto, quais elementos foram levados em consideração e o que o diferencia de casos anteriores, se existirem.

Ainda, a igualdade de tratamento tutela a legítima confiança dos sócios. Isso porque, quando a sociedade tolera determinado comportamento sem que exclua o quotista que pratica tais atos, isso orienta o comportamento dos demais: os sócios têm a segurança de que, a princípio, a prática de atos semelhantes não ensejará a exclusão deles.

Finalmente, cumpre frisar que o desrespeito ao princípio da igualdade de tratamento é causa de anulação da deliberação social que excluir determinado membro, tendo em vista a ilicitude do ato (violação de direito individual de sócio) *in concreto*<sup>39</sup>, bem como eventual responsabilização

---

37 Cf. ESPOSITO. Op. cit., p. 188.

38 “Puede verse como el trato igual a los socios solamente se reconoce cuando se encuentren en situaciones idénticas lo que si, por un lado, resulta lógico (no puede tratarse igual a socios que se encuentren en situación desigual), por otro añade complejidad al cumplimiento y respeto del principio dado que se aplicación dependerá de que se estime esa identidad situacional, lo que puede no resultar fácil en ocasiones mientras que otras veces dará lugar a interpretaciones en exceso restrictivas (ya que ‘identidad’ significa igualdad en todos los extremos).” (CODINA; COSTA; PARRAMON. Op. cit., p. 204). Ver, também: CAEIRO. A exclusão estatutária do direito de voto nas sociedades por quotas. In: Op. cit., p. 72, nota de rodapé. E assim, inclusive, dispõe o § 53a da *Aktiengesetz* alemã e o art. 97 da *Ley de Sociedades de Capital* espanhola – sendo devidamente comentados pela doutrina.

39 ADAMEK. Abuso de minoria em direito societário (abuso das posições subjetivas minoritárias). Tese de Doutorado em Direito. São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. p. 91 (falando



civil, se for o caso<sup>40</sup>. Já na hipótese de exclusão judicial, a violação de tal princípio pode acarretar a improcedência da ação judicial. Por outro lado, nula é a cláusula que prevê a exclusão de um sócio que descumpra determinados deveres, mas não comine com a exclusão o descumprimento de idênticos deveres por outro membro<sup>41</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A exclusão de sócio por falta grave é importante mecanismo de tutela da sociedade. Todavia, não se pode esquecer que os sócios também devem ser protegidos, especialmente para evitar (ou combater) exclusões arbitrárias. Nesse sentido, os princípios da proporcionalidade e da igualdade de tratamento são relevantes instrumentos de proteção dos sócios, na medida em que coíbem a exclusão imotivada ou calcada em motivos fúteis, bem como impedem a exclusão com base discriminatória.

Muitos são os casos envolvendo a exclusão de sócio por falta grave na sociedade limitada no país. E muito se debate sobre a matéria. Mas, por incrível que pareça, raramente é feita a análise sobre como a exclusão do sócio que comete determinada falta grave deve respeitar os princípios da proporcionalidade e da igualdade de tratamento. Esperamos, assim, com este ensaio, ter contribuído para o estudo e desenvolvimento da matéria, traçando alguns parâmetros para a melhor compreensão da disciplina da exclusão de sócios, especialmente de mecanismos de tutela dos quotistas.

## REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. *Sociedade por quotas de responsabilidade limitada*. 7. ed. atual. por Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2000.

ACQUAS, Brunello. *L'esclusione del socio nelle società*. Milano: Giuffrè, 2008.

---

em anulação da deliberação); PONTES DE MIRANDA. Op. cit., p. 394-395 (referindo-se à invalidação do ato); TOMASETTI JUNIOR; LOPES. Op. cit., p. 60 e ss. (falando em nulidade da deliberação). E lembra Marcelo Adamek, em nota de rodapé, que no direito acionário suíço o desrespeito ao princípio da igualdade de tratamento é causa expressa de anulação da deliberação social (OR, art. 706,2 (3)), sendo que na Alemanha a mesma solução é pacífica; sobre o tema: BAUMBACH; HUECK. Op. cit., p. 317; RAISER; VEIL. Op. cit., p. 83, 398; SCHMIDT. *Gesellschaftsrecht*, B. I..., p. 465, 799. Também fazendo referência a que as deliberações em desconformidade com o princípio da igualdade são passíveis de anulação, tratando do direito alemão, ver: CAEIRO. Op. cit., p. 72, nota de rodapé.

40 ADAMEK. Abuso de minoria em direito societário (abuso das posições subjetivas minoritárias). Tese de Doutorado em Direito. São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. p. 91.

41 CODINA; COSTA; PARRAMON. Op. cit., p. 1.016 (bem distinguindo o teor da referida cláusula em relação à cláusula que prevê a exclusão de determinado sócio por descumprimento de obrigações somente imputáveis a este membro – como é o caso de somente este sócio assumir prestações acessórias).

ADAMEK, Marcelo Vieira von. Anotações sobre a exclusão de sócios por falta grave no regime do Código Civil. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos – Liber amicorum* Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. Abuso de minoria em direito societário (abuso das posições subjetivas minoritárias). Tese de Doutorado em Direito. São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. 436 p.

ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Sociedade de responsabilidade limitada*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

ASCARELLI, Tullio. O contrato plurilateral. In: \_\_\_\_\_. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, v. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARBOSA, Henrique Cunha. *A exclusão do acionista controlador na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 7. ed. Guanabara: Elos, 1961.

BAUMBACH, Adolf; HUECK, Alfred. *GmbHG*. 20 Aufl. München: C. H. Beck, 2013.

BENUSSI, Alessandro. Considerazioni in ordine all'estromissione forzosa del socio nelle società di capitali: esclusione e riscatto. In: BENAZZO, Paolo; CERA, Mario; PATRIARCA, Sergio. *Il dirrito delle società oggi: innovazioni e persistenze*. Torino: UTET, 2011.

BERALDO, Leonardo de Faria. Da exclusão de sócio nas sociedades limitadas. In: \_\_\_\_\_. (Org.). *Direito societário na atualidade: aspectos polêmicos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BING, Plínio Paulo. *Sociedade limitada*. Porto Alegre: Safe, 2006.

BOLLINO, Giuseppe. Le cause di esclusione del socio nella società di persone e nelle cooperative (Parte II). *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, v. 90, fascicolo 7-8, p. 537-595, jul./ago. 1992.

CAEIRO, António. A exclusão estatutária do direito de voto nas sociedades por quotas. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito das sociedades*. Coimbra: Almedina, 1984.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao código civil (arts. 1.052 a 1.195)*. São Paulo: Saraiva, v. 13, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. Exclusão de sócio nas sociedades por cotas de responsabilidade limitada. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 16, n. 25, p. 39-48, 1977.

\_\_\_\_\_. Exclusão de sócio, independentemente de específica previsão legal ou contratual. In: \_\_\_\_\_. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CODINA, Joaquim Castañer; COSTA, Vivianna Colomà; PARRAMON, Cristina Roset. *Todo sociedades de responsabilidad limitada*. Valencia: Kluwer, 2012.

CORDEIRO, António Menezes. *Manual de direito das sociedades: Das sociedades em especial*. 2. ed. Coimbra: Almedina, v. II, 2007.

CRISTIANO, Romano. *Sociedades limitadas de acordo com o código civil*. São Paulo: Malheiros, 2008.

CUNHA, Paulo Olavo. *Direito das sociedades comerciais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

D'ATTORRE, Giacomo. *Il principio di eguaglianza tra soci nelle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 2007.

DI SABATO, Franco. *Diritto delle società*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2005.

ESPOSITO, Ciro. *L'esclusione del socio nelle società di capitali*. Milano: Giuffrè, 2012.

FASTRICH, Lorenz. Raciocínio jurídico funcional a exemplo do direito societário. Trad. de Nilson Lautenschleger Jr. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 44, n. 140, p. 52-85, out./dez. 2005.

FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. 4. ed. Torino: UTET, 1976.

FIALDINI FILHO, Pedro Sérgio. Inovações do Código Civil de 2002 em relação à dissolução parcial da sociedade limitada por justa causa. In: WALD, Arnoldo; FONSECA, Rodrigo Garcia da (Coord.). *A empresa no terceiro milênio: aspectos jurídicos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Affectio societatis: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de "fim social"*. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa*. São Paulo: Malheiros, 2009.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 25. ed. atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

- JULA, Rocco. *Der GmbH-Gesellschafter*. 3 Aufl. Berlin: Springer, 2009.
- KÜBLER, Friedrich. *Derecho de sociedades*. Trad. Michèle Klein. 5. ed. rev. y ampl. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 2001.
- LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Exclusão extrajudicial de sócio em sociedade por quotas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, a. 34, n. 100, p. 85-97, out./dez. 1995.
- LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades limitadas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Das sociedades anônimas*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 1, 2009.
- NUNES, A. J. Avelãs. *O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais*. 1. ed. Reimpressão da ed. de 1968. Coimbra: Almedina, 2002.
- PAPINI, Roberto. *Sociedade anônima e mercado de valores mobiliários*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. *Sociedades por ações*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1972.
- PERIS, Juan Ignacio Ruiz. *Igualdad de trato en el derecho de sociedades*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- PERRINO, Michele. *Le tecniche di esclusione del socio dalla società*. Milano: Giuffrè, 1997.
- PINTO JÚNIOR, Mário Engler. Exclusão de acionista. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, a. 23, n. 54, p. 83-89, abr./jun. 1984.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. São Paulo: Borsoi, t. I, 1970.
- PROENÇA, José Marcelo Martins. A ação judicial de exclusão de sócio nas sociedades limitadas – legitimidade processual. In: ADAMEK, Marcelo Vieira von (Coord.). *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos – Liber Amicorum Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- RIBEIRO, Renato Ventura. *Exclusão de sócios nas sociedades anônimas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- RAISER, Thomas; VEIL, Rüdiger. *Recht der Kapitalgesellschaften*. 5 Aufl. München: Franz Vahlen, 2010.
- REQUIÃO, Rubens. A preservação da sociedade comercial pela exclusão do sócio. Tese apresentada para o concurso à Cátedra de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná. Curitiba, 1959.
- SANTAS, Francisco Javier Framiñán. *La exclusion del socio en la sociedad de responsabilidad limitada*. Granada: Comares, 2005.

SCHMIDT, Karsten. *Gesellschaftsrecht*, B. I. 4 Aufl. Köln: Carl Heymanns, 2002.

\_\_\_\_\_. *Gesellschaftsrecht*, B. II. 4 Aufl. Köln: Carl Heymanns, 2002.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, a. 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, v. I, 1979.

TOKARS, Fábio. *Sociedades limitadas*. São Paulo: LTr, 2007.

TOMASETTI JUNIOR, Alcides; LOPES, Mauro Brandão. Deliberação arbitrária excludente de membro de sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Abusividade. Ilicitude. Nulidade. *Revista dos Tribunais*, a. 84, v. 714, p. 56-77, abr. 1995.

VERÓN, Alberto Víctor. *Sociedades comerciales*. Buenos Aires: Astrea, t. 2, 1998.

VERSE, Dirk A. *Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Recht der Kapitalgesellschaften*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.

VIO, Daniel de Ávila. *A exclusão de sócios na sociedade limitada de acordo com o Código Civil de 2002*. Dissertação de Mestrado em Direito Comercial. São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

WIEDEMANN, Herbert. *Gesellschaftsrecht*, B. I. München: Beck, 1980.

\_\_\_\_\_. *Gesellschaftsrecht*, B. II. München: Beck, 2004.

WINDBICHLER, Christine. *Gesellschaftsrecht*. 22 Aufl. München: C. H. Beck, 2009.

WOLF, Martin. Abberufung und Ausschluß in der Zweimann-GmbH. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, B. 27, p. 91-115, jan. 1998.

ZANETTI, Robson. *Manual da sociedade limitada*. Curitiba: Juruá, 2007.

# Registro de Empresa

**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO**

Doutor em Direito.

RESUMO: Texto base para a aula de Direito Empresarial no Curso de Ciências Contábeis da UFMT, *Campus Rondonópolis*.

PALAVRAS-CHAVE: Registro; empresa.

ABSTRACT: Basic text for the class of Business Law in Accounting Course UFMT, *Campus Rondonópolis*.

KEYWORDS: Record; business.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem em vista a análise do capítulo 3 do *Manual de direito comercial*, de Fábio Ulhoa Coelho, referente aos registros de empresas.

As pretensões são apenas expositivas e de introdução dos conhecimentos para os alunos de ciências contábeis.

A bibliografia complementar disponível na Internet é composta de textos legais e de artigos a respeito do tema cuja autoria será disponibilizada nas notas respectivas.

Ressalte-se que o termo “Internet” foi trazido para o nosso idioma no século XX e é utilizado por autores como Fábio Ulhoa Coelho na forma a seguir: *internete*<sup>1</sup>.

## ÓRGÃOS DO REGISTRO DE EMPRESA

O art. 967 do Código Civil obriga ao empresário a sua inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede antes do início de sua atividade.

---

1 COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial* – Direito de empresa. São Paulo: Saraiva, 2014.

A Lei nº 8.934, de 1994, dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins<sup>2</sup>. Ressalte-se que a referida lei, mesmo sendo de 1994, não foi revogada e continua em vigência<sup>3</sup>.

O Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins subordina-se às normas gerais prescritas na Lei nº 8.934 e é exercido em todo o território nacional, de forma sistêmica, por órgãos federais e estaduais com as seguintes finalidades:

- I – dar garantia, publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos das empresas mercantis, submetidos a registro na forma da lei;
- II – cadastrar as empresas nacionais e estrangeiras em funcionamento no País e manter atualizadas as informações pertinentes;
- III – proceder à matrícula dos agentes auxiliares do comércio, bem como ao seu cancelamento.

Os atos das firmas mercantis individuais e das sociedades mercantis serão arquivados no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, independentemente de seu objeto, salvo as exceções previstas em lei.

Foi instituído também o Número de Identificação do Registro de Empresas (NIRE), o qual será atribuído a todo ato constitutivo de empresa, devendo ser compatibilizado com os números adotados pelos demais cadastros federais, na forma de regulamentação do Poder Executivo.

Os serviços do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins serão exercidos, em todo o território nacional, uniforme, harmônica e interdependentemente, pelo Sistema Nacional de Registro de Empresas Mercantis (Sinrem), composto pelo Departamento Nacional de Registro do Comércio – órgão central – Sinrem – e pelas Juntas Comerciais.

#### **DEPARTAMENTO NACIONAL DE REGISTRO DO COMÉRCIO – DNRC<sup>4</sup>**

O Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC) é órgão integrante do Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo. Suas finalidades são amplas e podem ser descritas a partir do texto legal.

---

2 Brasil. Lei do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8934.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8934.htm)>. Acesso em: 22 maio 2014.

3 Brasil. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm)>, art. 2º. Acesso em: 13 maio 2014.

4 Brasil. Lei do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8934.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8934.htm)>. Acesso em: 22 maio 2014.

Inicialmente, o DNRC visa a supervisionar e coordenar, no plano técnico, os órgãos incumbidos da execução dos serviços de Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins.

Em seguida, objetiva estabelecer e consolidar, com exclusividade, as normas e diretrizes gerais do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins.

Também é sua finalidade solucionar dúvidas ocorrentes na interpretação das leis, regulamentos e demais normas relacionadas com o registro de empresas mercantis, baixando instruções para esse fim.

O DNRC visa a prestar orientação às Juntas Comerciais para solucionar consultas e para a observância das normas legais e regulamentares do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins.

Outra finalidade do DNRC é a de exercer ampla fiscalização jurídica sobre os órgãos incumbidos do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, representando para os devidos fins às autoridades administrativas contra abusos e infrações das respectivas normas e requerendo tudo o que se afigurar necessário ao cumprimento dessas normas.

Além disso, o DNRC tem como objetivo o estabelecimento de normas procedimentais de arquivamento de atos de firmas mercantis individuais e sociedades mercantis de qualquer natureza.

Trabalha o DNRC para promover ou providenciar, supletivamente, as medidas tendentes a suprir ou corrigir as ausências, falhas ou deficiências dos serviços de Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins.

O DNRC presta colaboração técnica e financeira às juntas comerciais para a melhoria dos serviços pertinentes ao Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins.

Outra finalidade do DNRC é a de organizar e manter atualizado o cadastro nacional das empresas mercantis em funcionamento no País, com a cooperação das juntas comerciais.

O DNRC também tem por finalidade instruir, examinar e encaminhar os processos e recursos a serem decididos pelo Ministro de Estado da Indústria, do Comércio e do Turismo, inclusive os pedidos de autorização para nacionalização ou instalação de filial, agência, sucursal ou estabelecimento no País, por sociedade estrangeira, sem prejuízo da competência de outros órgãos federais.



Finalmente, o DNRC objetiva promover e efetuar estudos, reuniões e publicações sobre assuntos pertinentes ao Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins. Para o cumprimento do disposto neste artigo, o Departamento Nacional de Registro do Comércio – DNRC, considerando as suas finalidades, poderá constituir comissões integradas por servidores dos órgãos que compõem o Sinrem.

## **JUNTAS COMERCIAIS**

Haverá uma junta comercial em cada unidade federativa, com sede na capital e jurisdição na área da circunscrição territorial respectiva.

As juntas comerciais subordinam-se administrativamente ao governo da unidade federativa de sua jurisdição e, tecnicamente, ao DNRC, nos termos desta lei. Já a Junta Comercial do Distrito Federal é subordinada administrativa e tecnicamente ao DNRC.

As juntas comerciais poderão desconcentrar os seus serviços, mediante convênios com órgãos públicos e entidades privadas sem fins lucrativos, preservada a competência das atuais delegacias<sup>5</sup>.

Às juntas comerciais incumbe executar os serviços de registro, ou seja, a matrícula e seu cancelamento dos leiloeiros, tradutores públicos e intérpretes comerciais, trapicheiros e administradores de armazéns-gerais.

Também compete às juntas comerciais o arquivamento dos documentos relativos à constituição, alteração, dissolução e extinção de firmas mercantis individuais, sociedades mercantis e cooperativas; dos atos relativos a consórcio e grupo de sociedade de que trata a Lei nº 6.404, de 15.12.1976; dos atos concernentes a empresas mercantis estrangeiras autorizadas a funcionar no Brasil; das declarações de microempresa; e de atos ou documentos que, por determinação legal, sejam atribuídos ao Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins ou daqueles que possam interessar ao empresário e às empresas mercantis.

Compete às juntas comerciais a autenticação dos instrumentos de escrituração das empresas mercantis registradas e dos agentes auxiliares do comércio, na forma da lei própria.

Às juntas comerciais também competem a elaboração da tabela de preços de seus serviços, observadas as normas legais pertinentes; o proces-

---

5 Desconcentrar é distribuir as competências entre órgãos de uma mesma pessoa jurídica. Seu objetivo é distribuir ou diminuir uma grande quantidade de atribuições para melhorar o seu desempenho.

samento da habilitação e a nomeação dos tradutores públicos e intérpretes comerciais; a elaboração dos respectivos Regimentos Internos e suas alterações, bem como as resoluções de caráter administrativo necessárias ao fiel cumprimento das normas legais, regulamentares e regimentais; a expedição das carteiras de exercício profissional de pessoas legalmente inscritas no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins; e, finalmente, o assentamento dos usos e práticas mercantis.

A estrutura básica das juntas comerciais será composta pelos seguintes órgãos:

- I – Presidência, como órgão diretivo e representativo;
- II – Plenário, como órgão deliberativo superior;
- III – Turmas, como órgãos deliberativos inferiores;
- IV – Secretaria-Geral, como órgão administrativo; e,
- V – Procuradoria, como órgão de fiscalização e de consulta jurídica.

As juntas comerciais poderão contar com uma assessoria técnica, competente para preparar e relatar os documentos a serem submetidos à sua deliberação, cujos membros deverão ser bacharéis em Direito, Economistas, Contadores ou Administradores.

As juntas comerciais, por seu plenário, poderão resolver pela criação de delegacias, órgãos locais do registro do comércio, nos termos da legislação estadual respectiva.

O Plenário das juntas comerciais será composto de Vogais e respectivos suplentes, sendo constituído pelo mínimo de onze e no máximo de vinte e três Vogais.

Os Vogais e respectivos suplentes serão nomeados no Distrito Federal, pelo Ministro de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, e nos Estados, salvo disposição em contrário, pelos governos dessas circunscrições, entre brasileiros que estejam em pleno gozo dos direitos civis e políticos; não estejam condenados por crime cuja pena vede o acesso a cargo, emprego e funções públicas, ou por crime de prevaricação, falência fraudulenta, peita ou suborno, concussão, peculato, contra a propriedade, a fé pública e a economia popular; sejam, ou tenham sido, por mais de cinco anos, titulares de firma mercantil individual, sócios ou administradores de sociedade mercantil, valendo como prova, para esse fim, certidão expedida pela junta comercial; e que estejam quites com o serviço militar e o serviço eleitoral.

Qualquer pessoa poderá representar fundamentamente à autoridade competente contra a nomeação de vogal ou suplente, contrária aos preceitos desta lei, no prazo de quinze dias, contados da data da posse.

Os Vogais e respectivos suplentes serão escolhidos da seguinte forma: I – a metade do número de vogais e suplentes será designada mediante indicação de nomes, em listas tríplexes, pelas entidades patronais de grau superior e pelas Associações Comerciais, com sede na jurisdição da junta; II – um Vogal e respectivo suplente representando a União, por nomeação do Ministro de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; III – quatro vogais e respectivos suplentes representando a classe dos advogados, a dos economistas, a dos contadores e a dos administradores, todos mediante indicação, em lista tríplex, do Conselho Seccional ou Regional do Órgão Corporativo dessas categorias profissionais; IV – os demais vogais e suplentes serão designados, no Distrito Federal, por livre escolha do Ministro de Estado da Indústria, do Comércio e do Turismo; e, nos Estados, pelos respectivos governadores.

Os Vogais receberão remuneração por presença, de acordo com a legislação do Estado a que pertencer a Junta Comercial ou com a legislação do Distrito Federal.

O Vogal será substituído por seu suplente durante os impedimentos e, no caso de vaga, até o final do mandato.

São incompatíveis para a participação no colégio de Vogais da mesma Junta Comercial os parentes consanguíneos e afins até o segundo grau e os sócios da mesma empresa.

Em caso de incompatibilidade, serão seguidos, para a escolha dos membros, sucessivamente, os critérios da precedência na nomeação, da precedência na posse ou do membro mais idoso.

O mandato do Vogal e do respectivo suplente será de 4 (quatro) anos, permitida apenas uma recondução.

O Vogal ou o seu suplente perderá o mandato se faltar a mais de três sessões consecutivamente ou a doze sessões no mesmo ano de modo alternado. Também perderá seu mandato por conduta incompatível com a dignidade do cargo.

Na sessão inaugural do Plenário das Juntas Comerciais, serão distribuídos os Vogais por turmas de três membros cada uma, excluídos o presidente e o vice-presidente.

O Plenário é competente para julgar os processos em grau de recurso, nos termos previstos no regulamento da Lei nº 8.934.

As sessões ordinárias do Plenário e das Turmas efetuar-se-ão com a periodicidade e de modo determinado no regimento da Junta Comercial; e as extraordinárias, sempre justificadas, por convocação do presidente ou de dois terços dos seus membros.

Compete às Turmas julgar, originariamente, os pedidos relativos à execução dos atos de registro.

O presidente e o vice-presidente serão nomeados, em comissão, no Distrito Federal, pelo Ministro de Estado da Indústria, do Comércio e do Turismo e, nos Estados, pelos governadores dessas circunscrições, dentre os membros do colégio de Vogais.

Competem ao presidente a direção e a representação geral da Junta. É de sua competência também dar posse aos Vogais, convocar e dirigir as sessões do Plenário, superintender todos os serviços e velar pelo fiel cumprimento das normas legais e regulamentares.

O vice-presidente substituirá o presidente em suas faltas ou impedimentos e efetuará a correção, a correção permanente dos serviços, na forma do regulamento da Lei nº 8.934.

O secretário-geral será nomeado, em comissão, no Distrito Federal, pelo Ministro de Estado da Indústria, do Comércio e do Turismo, e, nos Estados, pelos respectivos governadores, dentre brasileiros de notória idoneidade moral e com especialização em direito comercial.

A secretária-geral executará os serviços de registro e de administração da Junta.

As Procuradorias serão compostas de um ou mais procuradores e chefiadas pelo procurador que for designado pelo governador do Estado.

A Procuradoria tem como função a fiscalização e a promoção do fiel cumprimento das normas legais e executivas, oficiando, internamente, por sua iniciativa ou mediante solicitação da presidência, do Plenário e das Turmas. Além disto, atuará externamente, em atos ou feitos de natureza jurídica, inclusive os judiciais, que envolvam matéria do interesse da Junta.

## **FUNÇÕES DAS ENTIDADES**

O Departamento Nacional de Registro do Comércio tem funções supervisoras, orientadoras, coordenadoras e normativas, no plano técnico; e su-

pletiva, no plano administrativo. Já as Juntas Comerciais, na qualidade de órgãos locais, detêm funções executora e administradora dos serviços de registro.

O Decreto nº 1.800, de 30.01.1996, regulamenta a Lei nº 8.934. Pelo seu texto, o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins será exercido em todo o território nacional, por órgãos federais e estaduais, com as finalidades de dar garantia, publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos das empresas mercantis, submetidos a registro na forma da lei.

Além disto, o registro público de empresas mercantis cadastra as empresas mercantis nacionais e estrangeiras em funcionamento no País e mantém atualizadas as informações pertinentes. Matricular ou cancela os agentes auxiliares do comércio.

## CONCLUSÃO

A partir do propósito inicial de trazer informações ao leitor a partir da bibliografia proposta, este trabalho reflete as leituras acerca do tema na obra indicada e nos artigos disponíveis na Internet.

## REFERÊNCIAS

BEZERRA, Marcela Gomes. Registro de empresas. Disponível em: <[http://academico.direito-rio.fgv.br/wiki/Registro\\_de\\_empresas](http://academico.direito-rio.fgv.br/wiki/Registro_de_empresas)>. Acesso em: 13 maio 2014.

BRASIL. Constituição Federal, de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 13 maio 2014.

\_\_\_\_\_. Código Civil, Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 13 maio 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.934, de 18.11.1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8934.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8934.htm)>. Acesso em: 13 maio 2014.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 1.800, de 30.01.1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D1800.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1800.htm)>. Acesso em: 13 maio 2014.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 8.001, de 10.05.2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8001.htm)>. Acesso em: 13 maio 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial – Direito de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2014.

# Considerações Gerais acerca do Protesto de Títulos e Outros Documentos de Dívida

### ANA CLAUDIA REDECKER

Advogada, Professora da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) e da Escola Superior de Magistratura (Ajuris) de Direito Empresarial, Mestre em Direito e Doutorado em Ciências Jurídico-Econômicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

### CARLA DAIANE HENRIQUES PEDROSO

Graduada em Direito pela PUCRS, Especializanda em Direito Tributário e Direito Processual Civil pela PUCRS, Advogada em Porto Alegre/RS.

**RESUMO:** O presente artigo trata dos títulos de crédito e outros documentos de dívida, passíveis de protesto extrajudicial e suas características, passando pelo procedimento adotado pelos tabelionatos de protesto, de modo a demonstrar em que situações ocorre o uso indevido do protesto e o dever de indenizar.

**PALAVRAS-CHAVE:** Protesto; títulos de crédito; documentos de dívida; responsabilidade e tabelionatos de protesto.

**ABSTRACT:** The present article deals with credit instruments and other debt documents, subject to extrajudicial protest and its characteristics, considering the procedure adopted by the notary's office, in order to demonstrate situations where the misuse of the protest occurs and the duty to indemnify.

**KEYWORDS:** Protest; credit instruments; debt documents; responsibility and notarial protest.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Protesto de títulos e outros documentos de dívida; 1.1 Títulos de crédito; 1.1.1 Literalidade; 1.1.2 Autonomia; 1.1.2.1 Abstração; 1.1.2.2 Princípio da Inoponibilidade; 1.1.3 Cartularidade; 1.1.4 Independência; 1.1.5 Circulação; 1.1.6 Formalismo ou rigor cambiário; 1.1.7 Solidariedade cambiária; 1.1.8 Executividade; 1.2 Outros documentos de dívida; 2 Procedimento; 2.1 Pedido; 2.2 Intimação; 2.3 Lavratura; 3 Efeitos do protesto; 3.1 Uso indevido do protesto; 3.2 Responsabilidade civil; Conclusão; Referências.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo trata do protesto extrajudicial, regido pela Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997. Destarte, não será objeto deste estudo o protesto judicial, disposto no art. 867<sup>1</sup> do Código de Processo Civil.

---

1 Art. 867 do CPC: "Todo aquele que desejar prevenir responsabilidade, prover a conservação e ressalva de seus direitos ou manifestar qualquer intenção de modo formal, poderá fazer por escrito o seu protesto, em petição dirigida ao juiz, e requerer que do mesmo se intime a quem de direito".

Partimos de um panorama geral acerca do protesto de títulos de crédito e outros documentos de dívida, especificando-os separadamente, de modo a proporcionar melhor entendimento do tema abordado.

Seguimos analisando as peculiaridades dos títulos de crédito, bem como dos outros documentos de dívida, sob a ótica do entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Passamos também pelo procedimento ao qual é submetido o protesto, dividindo-o em três partes e explicando o que ocorre em cada uma delas, quais sejam: pedido, intimação e lavratura.

Referimos também os efeitos do protesto, demonstrando os prejuízos que o uso indevido deste acarreta na vida pessoal do suposto devedor e o dever de indenizar daqueles que são civilmente responsáveis pelos prejuízos causados.

Cotejamos alguns temas abordados na Lei nº 9.492/1997 e no Código Civil de 2002, analisando questões controversas com o objetivo de deixar o leitor atualizado com o entendimento que tem sido adotado pelos Tribunais.

Por fim, demonstraremos o dever de indenizar daqueles que são responsáveis civilmente pelos prejuízos causados às vítimas dos protestos indevidamente lavrados.

## 1 PROTESTO DE TÍTULOS E OUTROS DOCUMENTOS DE DÍVIDA

De acordo com o art. 1º da Lei nº 9.492/1997, o “protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida”.

Tendo em vista que o protesto pode se dar: por falta de aceite<sup>2</sup>, por falta de pagamento<sup>3</sup> e por falta de devolução<sup>4</sup>, afirmam alguns autores que a definição legal de protesto não é exata<sup>5</sup>.

---

2 O protesto por falta de aceite é aquele realizado antes do vencimento com o objetivo de comprovar a recusa do aceite pelo sacado de letra de câmbio ou duplicata e, assim, gerar o vencimento antecipado do título e garantir o direito de ação contra os obrigados de regresso (endossantes e avalistas) (art. 21, § 1º, da Lei nº 9.492/1997).

3 Depois do vencido o título, o protesto sempre será tirado por falta de pagamento (art. 21, § 2º, da Lei nº 9.492/1997).

4 O protesto por falta de devolução deve ser utilizado quando remetida a duplicata ao devedor/sacado e este não a devolve. Este protesto não é muito utilizado. Em regra, o credor, neste caso, utiliza o protesto por indicações do portador, que é aquele realizado quando remetida a duplicata ao comprador e ele não manifesta o aceite, a sua recusa, nem tampouco devolve o título ao credor dentro do prazo legal previsto no art. 7º da Lei nº 5.474/1968. Possui os mesmos objetivos do protesto por falta de aceite (art. 21, § 3º, da Lei nº 9.492/1997).

5 Nesse sentido COSTA, Wille Duarte. *Títulos de crédito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 223; TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: títulos de crédito*. São Paulo: Atlas, v. 2, 2009. p. 152.

Face ao que antecede mais adequada é a definição de protesto proposta por Fábio Ulhoa Coelho<sup>6</sup>, *in verbis*: “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”.

Protesto é, assim, um ato solene e extrajudicial, que goza de presunção relativa do fato demonstrado, pois não cria direitos e não deve ser confundido com um meio de cobrança<sup>7</sup>. Pode ser um ato facultativo ou obrigatório.

Ato facultativo quando o credor tem a opção de protestar ou não, ou seja, trata-se de livre escolha, adquirindo assim função simplesmente probatória. Ato obrigatório quando o credor precisa protestar o título para conservar direitos com viés probatório, pois se torna imprescindível a apresentação deste como meio de prova.

Na doutrina é corrente o entendimento de que

o protesto possui dupla função: de garantir o direito de regresso do credor contra os coobrigados, para os quais a obrigação de pagamento surge a partir da lavratura do protesto, na forma do disposto nos arts. 43<sup>8</sup> e 44<sup>9</sup> da Lei Uniforme de Genebra (Decreto nº 57.663/1966), e de cobrança, ou “execução forçada”, nas palavras de Pedro Vieira da Mota<sup>10</sup>, em face de o devedor, na medida em que incumbe ao tabelião, antes da lavratura do protesto, fazer intimar o devedor para que honre a obrigação mencionada no título.

---

6 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial* – Direito de empresa. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2007. p. 424.

7 TOMAZETTE, Marlon. Op. cit., p. 153.

8 Art. 43 da LUG: “O portador de uma letra pode exercer os seus direitos de ação contra os endossantes, sacador e outros coobrigados: No vencimento: Se o pagamento não foi efetuado. Mesmo antes do vencimento: 1 – Se houver recusa total ou parcial do aceite; 2 – Nos casos de falência do sacado, quer ele tenha aceite, quer não, de suspensão de pagamentos do mesmo, ainda que não constatada por sentença, ou de ter sido promovida, sem resultado, execução dos seus bens; 3 – Nos casos de falência do sacador de uma letra não aceitável”.

9 Art. 44 da LUG: “A recusa de aceite ou de pagamento deve ser comprovada por um ato formal (protesto por falta de aceite ou falta de pagamento). O protesto por falta de aceite deve ser feito nos prazos fixados para apresentação ao aceite. Se, no caso previsto na alínea 1 do artigo 24, a primeira apresentação da letra tiver sido feita no último dia do prazo, pode fazer-se ainda o protesto no dia seguinte. O protesto por falta de pagamento de uma letra pagável em um dia fixo ou a certo termo de data ou de vista deve ser feito num dos dois dias úteis seguintes àquele em que a letra é pagável. Se se trata de uma letra pagável à vista, o protesto deve ser feito nas condições indicadas na alínea precedente para o protesto por falta de aceite. O protesto por falta de aceite dispensa a apresentação a pagamento e o protesto por falta de pagamento. No caso de suspensão de pagamento do sacado, quer seja aceitante, quer não, ou no caso de lhe ter sido promovida, sem resultado, execução dos bens, o portador da letra só pode exercer o seu direito de ação após apresentação da mesma ao sacado para pagamento e depois de feito o protesto. No caso de falência declarada do sacado, quer seja aceitante, quer não, bem como no caso de falência declarada do sacador de uma letra não aceitável, a apresentação da sentença de declaração de falência é suficiente para que o portador da letra possa exercer o seu direito de ação”.

10 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *Temas de direito civil-empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 384.



Oportuno destacar que o protesto é baseado na declaração unilateral do credor de um título de crédito ou documento de dívida. Nesse sentido, não há exclusividade conferida aos títulos de crédito, o protesto também poderá ser usado para provar a falta de pagamento em relação a qualquer documento de dívida, porém tal protesto só poderá ser realizado após o vencimento da obrigação, uma vez que só então ela é exigível<sup>11</sup>. Isso diferentemente do que pode ocorrer no caso do protesto por falta de aceite ou por falta de devolução do título.

Na sequência, buscando melhor compreensão do leitor, iremos abordar algumas características pertinentes aos títulos de crédito e a outros documentos de dívida.

## 1.1 TÍTULOS DE CRÉDITO

O Código Civil, no art. 887, define título de crédito como “documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido, somente produzindo efeito quando preencher os requisitos da lei”.

No art. 889 do CC<sup>12</sup> e seus parágrafos constam os requisitos que devem estar contidos nos denominados títulos de crédito atípicos, pois todos os títulos típicos possuem uma lei específica que os regulamenta e fixa os seus requisitos.

Os títulos de crédito possuem características/princípios que lhe são inerentes, cujo rol varia entre os doutrinadores. Segundo lição de Rizzardo<sup>13</sup> são elas: literalidade, autonomia, cartularidade, independência, abstração, inoponibilidade das exceções, circulação, formalismo, solidariedade e executividade.

### 1.1.1 Literalidade

De acordo com a literalidade, somente pode ser exigido o que constar expressamente do título. Para Fábio Ulhoa<sup>14</sup>, o que não se encontra ex-

---

11 TOMAZETTE, Marlon. Op. cit., p. 153.

12 Art. 889 do CC: “Deve o título de crédito conter a data da emissão, a indicação precisa dos direitos que confere e a assinatura do emitente. § 1º É à vista o título de crédito que não contenha indicação de vencimento. § 2º Considera-se lugar de emissão e de pagamento, quando não indicado no título, o domicílio do emitente. § 3º O título poderá ser emitido a partir dos caracteres criados em computador ou meio técnico equivalente e que constem da escrituração do emitente, observados os requisitos mínimos previstos neste artigo”.

13 RIZZARDO, Arnaldo. *Títulos de crédito*: Lei nº 10.046, de 10 de janeiro de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 6.

14 COELHO, Fábio Ulhoa apud RIZZARDO, Arnaldo. *Títulos de crédito*: Lei nº 10.046, de 10 de janeiro de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2006.. p. 13.

pressamente consignado no título de crédito não produz consequência nas relações jurídico-cambiais.

Nesse sentido:

[...] a execução apoia-se em título de crédito e a sentença considerou que a inclusão do então embargante era indevida, diante da prova dos autos, competência das instâncias ordinárias, eis que a “nota promissória é um título de crédito com característica literal”, e o embargante em nenhum momento se obrigou pelo título constante da demanda executória, pelo que não pode ser erigida a condição de devedor solidário, eis que a execução não pode extrapolar as pessoas dos emitentes, seja ele o principal, seja ele o seu garante. (REsp 82.578/GO, DJ 30.09.1996, p. 36641)

[...] (1) Por gozarem os títulos de crédito de literalidade, eventual quitação destes, no caso, da nota promissória, deve necessariamente constar no próprio contexto da cártula ou eventualmente em documento que inequivocamente possa retirar-lhe a exigibilidade, liquidez e certeza. Outrossim, qualquer questão relacionada a sua cobrança indevida deve ser demonstrada por meio documental. Sob esse prisma, pois, descabida a produção de prova testemunhal para comprovar a quitação da dívida, conforme, inclusive, reconhecido pelas instâncias ordinárias, até mesmo porque inexistente qualquer início de prova por escrito, e sendo descabida a produção de prova testemunhal dada a literalidade do título executado, perfeitamente cabível o julgamento antecipado da lide com a extinção do processo. (REsp 707.460/MS; DJ 07.11.2005, p. 305)

### 1.1.2 Autonomia

A característica da autonomia confere ao credor a segurança jurídica de que aqueles que validamente se obrigaram no título não poderão se eximir de efetuar o pagamento em razão de eventuais problemas contidos nos títulos, *v.g.*, assinatura falsa, assinatura de pessoas sem capacidade para se obrigar. Para Rizzardo<sup>15</sup>, quem firma um título de crédito obriga-se a pagar a soma nele contida, não importando a sua origem ou outras questões que se apresentem no título, pois qualquer pessoa que adquire a condição de credora de um título de crédito adquire um direito novo, como se fosse o credor originário.

Desse princípio decorrem outros subprincípios ou características: abstração e o princípio da inoponibilidade das exceções ao terceiro de boa-fé.

Nesse sentido:

---

15 RIZZARDO, Arnaldo. Op. cit., p. 14.

É princípio assente no direito cambial a autonomia dos títulos de crédito. Disso decorre a afirmativa de que as defesas de ordem pessoal (tal como o caso de pagamento da dívida originária) somente podem ser aduzidas, em regra, frente ao emitente. Em que pese a existência de recibo de pagamento acostado ao feito, não há como se afirmar a inquestionável relação dos valores lá consignados com as cifras presentes nos títulos impugnados. Ademais, também se mostra impossibilitada, *a priori*, a conferência da assinatura lá posta. Da mesma forma, descabe reconhecer a tese de que o portador agiu de má-fé, ou que tenha ocorrido conluio entre credor originário e endossatário, uma vez que não existem elementos comprobatórios suficientes nos autos. *Registre-se que os títulos de crédito gozam de autonomia, sendo que para provar a quitação se deve registrar anotação correspondente no próprio título, ou se realizar o resgate pelo sacado ou, ao menos, firmar documento hábil a demonstrar, de modo inequívoco, que o pagamento se deu em favor do credor legítimo, com vinculação expressa aos títulos.* Apelação desprovida. (TJRS, Apelação Cível nº 70037016482, J. 01.11.2011 – grifamos)

### 1.1.2.1 Abstração

Pelo princípio da abstração, o título se desvincula do negócio que motivou a sua emissão quando colocado em circulação<sup>16</sup>. Ocorrerá a abstração independentemente de o título ser abstrato ou causal, ou seja, tanto o cheque (abstrato – pois não é necessária a referência ao negócio que motiva a sua emissão) quanto a duplicata (causal – emissão obrigatoriamente vinculada a um contrato de compra e venda ou de prestação de serviços), quando colocados em circulação, abstraem-se do negócio que motivou a sua emissão.

Nesse sentido:

Alegação de conluio entre endossante e endossatário que não restou minimamente comprovada. Execução de nota promissória. *Observância dos princípios da abstração e da inoponibilidade das exceções pessoais. Impossibilidade de discussão acerca da causa subjacente nesses autos. Eventual questionamento relativo a desacordo havido entre a parte emitente do título e o endossante originário deve ser veiculado em ação própria.* Ademais, a alegação de quitação do contrato firmado com o endossante foi efetuada somente nas razões de apelo, tratando-se de inovação, o que é vedado pelo art. 264 do CPC. A juntada de documentos após a prolação de sentença é admitida somente em casos excepcionais, quais sejam, quando se tratar de documento novo ou quando a parte provar que deixou de proceder na juntada por motivo de força maior. Excepcionalidade não caracterizada. Do-

---

16 Idem, p. 18.

cumentos apresentados com as razões de apelação, que não merecem ser conhecidos. Sentença confirmada. Negaram provimento à apelação. (TJRS, Apelação Cível nº 70031903321, J. 16.02.2012 – grifamos)

[...] 3. A causalidade da duplicata reside apenas na sua origem, mercê do fato de somente poder ser emitida para a documentação de crédito nascido de venda mercantil ou de prestação de serviços. Porém, a duplicata mercantil é título de crédito, na sua generalidade, como qualquer outro, estando sujeita às regras de direito cambial, nos termos do art. 25 da Lei nº 5.474/1968, ressaíndo daí, notadamente, os princípios da cartularidade, abstração, autonomia das obrigações cambiais e inoponibilidade das exceções pessoais a terceiros de boa-fé. (REsp 261.170/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Julgado em 04.08.2009, DJe 17.08.2009). 4. Agravo regimental não provido. (AgRg-REsp 825378/RS; J. 01.09.2011)

### ***1.1.2.2 Princípio da Inoponibilidade***

De acordo com o princípio da inoponibilidade das exceções pessoais frente ao terceiro de boa-fé, não podem ser opostos ao terceiro de boa-fé problemas relacionados à validade ou não do negócio que motivou a emissão do título: ou seja, problemas relacionados ao negócio que motivou a emissão ou circulação do título somente podem ser alegados entre as partes que participaram do referido negócio.

Ressalta-se que defeito de forma do título e falta de requisito essencial não são exceções baseadas nas relações pessoais do devedor com os obrigados anteriores, conforme se baseia o princípio da inoponibilidade, e podem ser utilizados pelo devedor para se escusar do pagamento do título.

Nesse sentido:

Apelação cível. Embargos à execução. Incabível denunciação à lide em sede de embargos de devedor. Não há irregularidade formal na emissão de nota promissória em branco. Entendimento jurisprudencial que admite, na hipótese, tenha o emitente outorgado mandato ao portador para posterior preenchimento da cártula. Somente seu preenchimento abusivo é que poderia levá-la à nulidade, o que não restou provado nos autos. Circulação dos títulos de crédito. Não pode o emitente do título invocar, contra terceiro de boa-fé, exceções que teria frente àquele em favor de quem emitiu o título. Princípio da inoponibilidade das exceções. O cheque é ordem de pagamento à vista e a ele se aplicam as regras cambiárias de independência e autonomia, cumprindo ao emitente o ônus da prova de fatos modificativos ou extintivos ao direito do credor. Ausente qualquer causa capaz de macular a emissão da cártula. Pagamento mal feito. Ineficaz o suposto pagamento feito pelo apelante a quem não era o verdadeiro credor do título. Recurso adesivo. Sa-

nado erro material constante do dispositivo da sentença. Inversão dos ônus sucumbenciais. Apelo desprovido; recurso adesivo provido. (TJRS, Apelação Cível nº 70001086263, J. 28.04.2004)

[...] 3. Em se tratando de título de crédito, o terceiro de boa-fé exercita um direito próprio, em vista que a firma do emissor expressa sua vontade unilateral de obrigar-se a essa manifestação, não sendo admissível que venha a defraudar as esperanças que desperta em sua circulação. Ademais, a inoponibilidade das exceções fundadas em direito pessoal do devedor contra o credor constitui a mais importante afirmação do direito moderno em favor da segurança da circulação e negociabilidade dos títulos de crédito. [...]. (REsp 1124709/TO, J. 18.06.2013 – grifamos)

### 1.1.3 Cartularidade

Quanto à cartularidade, este princípio diz respeito à forma como o título de crédito se exterioriza. Deve estar representado por um documento, no qual constarão todos os requisitos exigidos por lei para que se torne válido (formalismo ou rigor cambiário). Não é possível falar-se em título de crédito oral, pois é necessária a existência de documento escrito, palpável. Bem como deve ser, em regra, apresentado o título no original, a fim de atestar que o mesmo efetivamente não se encontra mais em circulação.

Nesse sentido:

[...] a exigência da via original do título executivo extrajudicial como requisito à propositura do processo de execução visa atender duas finalidades: primeiro, certifica a autenticidade do título, e, segundo, afasta a possibilidade de ter a cópia circulado. (REsp 337.822/RJ, DJ 08.04.2002, p. 213)

[...] paga mal o sacado que se satisfaz com a quitação em separado fornecida pelo sacador, sem dele exigir a devolução da cópia. (REsp 1534/SC, DJ 26.03.1990, p. 2175)

[...] em se tratando de título passível de circular, deve ser apresentado no original. Não se inutiliza a execução, entretanto, se, trazidas cópias, contra cuja fidelidade nada se argüi, o original é juntado com a impugnação dos embargos, afastando o risco de endosso. (REsp 73544/CE, DJ 29.10.1996, p. 41642)

A aplicação do princípio da cartularidade, no entanto, tem sido mitigada, admitindo-se, em determinadas hipóteses, a não apresentação do título original. Nesse sentido:

[...] 4. É possível o prosseguimento da execução com a cópia da nota promissória quando o título original, juntado com a petição inicial, foi extraviado no curso do processo e não há impugnação quanto à sua existência ou au-

tenticidade. [...]. (REsp 878944/DF, Transitado em Julgado em 2 de outubro de 2008)

Modernamente, todavia, em face da evolução tecnológica, há uma tendência à desmaterialização dos títulos mediante a utilização do chamado título eletrônico criado a partir de caracteres gerados em computador. Doutrina e jurisprudência entendem que não há maiores diferenças entre os títulos de crédito cartulares e os títulos de crédito eletrônicos, devendo ser mantido o princípio da cartularidade. Nesse sentido:

1. As duplicatas virtuais – emitidas e recebidas por meio magnético ou de gravação eletrônica – podem ser protestadas por mera indicação, de modo que a exibição do título não é imprescindível para o ajuizamento da execução judicial. Lei nº 9.492/1997. 2. Os boletos de cobrança bancária vinculados ao título virtual, devidamente acompanhados dos instrumentos de protesto por indicação e dos comprovantes de entrega da mercadoria ou da prestação dos serviços, suprem a ausência física do título cambiário eletrônico e constituem, em princípio, títulos executivos extrajudiciais. 3. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1024691/PR, DJe 12.04.2011)

#### 1.1.4 Independência

Diferente das características anteriores, a independência não é uma característica de todos os títulos de crédito, pois os “títulos independentes” são regulados pela lei, de forma a se bastarem a si mesmos. Segundo Rizzardo<sup>17</sup>, não se integram, não surgem nem resultam de nenhum outro documento. É o caso da letra de câmbio, da nota promissória e do cheque. Em contrapartida, temos os títulos de crédito que revelam dependência de elementos externos, *v.g.*, duplicata, cédulas de crédito rural, industrial, etc.

Inexiste cerceamento de defesa quando oportunizada a produção das provas requeridas, em especial perícia técnica e testemunhal. II – *A nota promissória, como promessa de pagamento, não exige condições ou referência a negócio subjacente, do que exsurtem os princípios da autonomia, abstração e independência.* Todavia, estando tal título vinculado a um contrato, não se pode arredar o direito de ampla defesa, podendo o devedor, quando acionado, arguir defesas ou exceções fundadas no negócio original, máxime quando o título não foi posto em circulação. [...] Apelo desprovido. Unânime. (TJRS, Apelação Cível nº 70056251051, J. 19.12.2013 – grifamos)

---

17 *Idem*, p. 17.

### 1.1.5 Circulação

É próprio dos títulos de crédito passar de uma pessoa para outra, característica essa denominada de circulação. As riquezas transferem-se em uma constante mobilização. Essa transferência se dá por endosso ou cessão. Em princípio, todos os títulos de crédito são transferíveis por endosso.

Desde já traçamos a diferença entre endosso e cessão: o endosso é a transferência do título pelas regras do direito cambiário e a cessão é a transferência do título pelas regras do direito civil.

O título que contiver a cláusula “à ordem”, regra geral, é transferido por endosso, enquanto que o título que contiver a cláusula “não à ordem” é transferido com efeitos de cessão civil de crédito (art. 15, LUG; e § 1º do art. 17 da Lei nº 7.357/1985)<sup>18</sup>.

Efetuada a circulação do título, todos os direitos nele inseridos são transferidos para o endossatário, destacando-se, além do recebimento do crédito, as medidas asseguradas para sua efetivação, como a execução, o protesto e a ação de ressarcimento. Nesse diapasão, o art. 893 do CC versa que “a transferência do título de crédito implica a de todos os direitos que lhe são inerentes”.

Existem várias espécies de endosso; contudo, entendemos que apenas o endosso-procuração (endosso-mandato) e o endosso caução (endosso-pe-nhor) merecem destaque para o tema em análise.

O endosso-mandato, regulado pelos arts. 18 da LUG<sup>19</sup>, e 917 do CC<sup>20</sup>, nas palavras de Tomazette<sup>21</sup>, “é uma espécie peculiar de endosso, uma vez que não visa à transferência da propriedade do título. Quem faz um endosso-mandato não quer deixar de ser credor, quer apenas constituir um procurador para praticar, por ele, os atos necessários para o recebimento

18 Nesse sentido: COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., p. 408.

19 Art. 18 da LUG: “Quando o endosso contém a menção ‘valor a cobrar’ (*valeur en recouvrement*), ‘para cobrança’ (*pour encaissement*), ‘por procuração’ (*par procuration*), ou qualquer outra menção que implique um simples mandato, o portador pode exercer todos os direitos emergentes da letra, mas só pode endossá-la na qualidade de procurador. Os co-obrigados, neste caso, só podem invocar contra o portador as exceções que eram oponíveis ao endossante. O mandato que resulta de um endosso por procuração não se extingue por morte ou sobrevinda incapacidade legal do mandante” (No tradução original consta “mandatário”, contudo, foi uma tradução defeituosa, pois o correto é “mandante”).

20 “Art. 917. A cláusula constitutiva de mandato, lançada no endosso, confere ao endossatário o exercício dos direitos inerentes ao título, salvo restrição expressamente estatuída. § 1º O endossatário de endosso-mandato só pode endossar novamente o título na qualidade de procurador, com os mesmos poderes que recebeu. § 2º Com a morte ou a superveniente incapacidade do endossante, não perde eficácia o endosso-mandato. § 3º Pode o devedor opor ao endossatário de endosso-mandato somente as exceções que tiver contra o endossante.”

21 TOMAZETTE, Marlon. Op. cit., p. 112.

do crédito”. Ou seja, exatamente como o nome sugere, é estipulado um procurador para representar o credor em determinada situação, ocorrendo dessa maneira uma relação de outorga de obrigações, sendo que o representante, ora outorgado, não tem vantagens nem tampouco é beneficiado com a transferência do crédito, pois apenas cumpre com o que fora combinado, de modo a facilitar a prática de alguns atos que só poderiam ser exercidos pelo proprietário do título. Desta forma, o outorgado, quando agir em conformidade com os poderes conferidos, sem culpa ou dolo, não poderá ser responsabilizado pelos eventuais danos causados pelos atos praticados em decorrência do mandato recebido. Nesse sentido:

1. Conforme a firme jurisprudência deste Tribunal Superior, em regra, a *instituição financeira que recebe título de crédito por endosso-mandato não é responsável pelos efeitos de eventual protesto indevido, salvo se exceder os poderes do mandato, agir de modo negligente* ou, caso alertada sobre falha do título, levá-lo a protesto, o que não ocorreu no caso. 2. *In casu*, observa-se que o Tribunal de origem afastou a responsabilidade da instituição financeira, com base no documento de fl. 77 dos autos, sob o entendimento de que o banco não agiu com excesso na execução de seus poderes. Desse modo, a inversão do que foi decidido pelo Tribunal de origem demandaria, necessariamente, o reexame do acervo fático-probatório contido nos autos, providência que desafia o enunciado da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg-AREsp 406400/SC, DJe 09.12.2013 – grifamos)

[...] 2. “Só responde por danos materiais e morais o endossatário que recebe título de crédito por endosso-mandato e o leva a protesto se extrapola os poderes de mandatário ou em razão de ato culposo próprio, como no caso de apontamento depois da ciência acerca do pagamento anterior ou da falta de higidez da cártula” (REsp 1.063.474/RS, rito do art. 543-C do CPC). 3. Responsabilidade objetiva e solidária do mandante (comitente), mesmo na hipótese de culpa exclusiva do endossatário-mandatário, por força do disposto no art. 932, inciso III, do CCB/2002. Doutrina e jurisprudência sobre o tema. 4. Aplicação do princípio da boa-fé objetiva na fase pós-contratual. [...]. (REsp 1387236/MS; J. 26.11.2013)

Ainda menciona o autor<sup>22</sup> que tal endosso não se presume, pois, caso o objetivo seja a constituição de um procurador, ele deverá explicitar essa intenção no próprio documento cuja posse está sendo transferida, por

---

22 Idem, p. 113.



uma cláusula que traduza essa ideia, valendo-se, portanto, do mandato em preto<sup>23</sup>.

O endosso-caução é aquele cujo objetivo é transferir o título como garantia de uma obrigação do endossante com o endossatário (art. 19 da LUG<sup>24</sup>, e art. 918 do CC<sup>25</sup>). É lícito ao endossatário de endosso-caução proceder a nova transferência do título, mas essa só poderá caracterizar um endosso-mandato. Conforme leciona Marlon Tomazette<sup>26</sup> “feito o endosso-caução ou pignoratício, surgem dois sujeitos no título: o endossante pignoratício e o endossatário-pignoratício, cada um com uma situação diferente em relação ao título”.

O endossante-pignoratício permanece proprietário do título, ou seja, credor do título, mas devedor do endossatário-pignoratício por outra obrigação em face da qual foi transferido o título em garantia. Assim, efetuada a quitação desta obrigação, o endossatário-pignoratício deverá devolver o título dado em garantia. Não obstante, o endossatário-pignoratício, como possuidor legítimo do título, é detentor de todos os direitos decorrentes do título, exceto a transferência da sua propriedade, podendo, *v.g.*, apresentar o título para pagamento, levar o título a protesto, ou seja, poderá praticar todos os atos necessários à defesa e conservação do título. E, por agir em nome e em proveito próprio, assume todos os riscos das suas ações, ou seja, se causar um dano a alguém no exercício dos direitos inerentes ao título, é ele quem irá responder pela indenização<sup>27</sup>. Nesse sentido:

[...] 2. A instituição financeira que recebe títulos via endosso caução, diferentemente do endosso mandato, responde pelos danos causados em decorrência de protesto indevido. Incidência da Súmula nº 83/STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação de multa. (AgRg-AREsp 118369/SC, DJe 18.03.2014)

23 Mandato em preto é aquele em que o endossante indica a quem está sendo transferido o título, isto é, é mencionado o endossatário do título.

24 Art. 19 da LUG: “Quando o endosso contém a menção ‘valor em garantia’, ‘valor em penhor’ ou qualquer outra menção que implique uma caução, o portador pode exercer todos os direitos emergentes da letra, mas um endosso feito por ele só vale com endosso a título de procuração. Os coobrigados não podem invocar contra o portador as exceções fundadas sobre as relações pessoais deles com o endossante, a menos que o portador, ao receber a letra, tenha procedido conscientemente em detrimento do devedor”.

25 “Art. 918. A cláusula constitutiva de penhor, lançada no endosso, confere ao endossatário o exercício dos direitos inerentes ao título. § 1º O endossatário de endosso-penhor só pode endossar novamente o título na qualidade de procurador. § 2º Não pode o devedor opor ao endossatário de endosso-penhor as exceções que tinha contra o endossante, salvo se aquele tiver agido de má-fé.”

26 Nesse sentido: COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., p. 479; TOMAZETTE, Marlon. Op. cit., p. 115.

27 TOMAZETTE, Marlon. Op. cit., p. 115-116.

### 1.1.6 Formalismo ou rigor cambiário

O formalismo é a própria essência do título de crédito, pois somente preenchendo os requisitos legais é que o título será considerado válido. De acordo com Arnaldo Rizzardo<sup>28</sup>, para a própria finalidade da certeza e liquidez, faz-se necessária a sua obediência no preenchimento dos requisitos legais obrigatórios. Ausente algum dos requisitos legais obrigatórios ou necessários, não deverá ser efetuado o aponte do título, sob pena de o tabelião responder pelos prejuízos causados ao devedor (art. 9<sup>o</sup><sup>29</sup> combinado com o art. 38<sup>o</sup> da Lei nº 9.492/1997).

A existência dos requisitos legais obrigatórios é necessária para validade do título, contudo, a lei prevê que o preenchimento destes pode ser feito pelo credor de boa-fé antes da cobrança ou do protesto (Súmula nº 387<sup>31</sup> do STF), ou seja, a cambial emitida incompleta é passível de complementação pelo credor de boa-fé desde que seja feita antes da cobrança ou do protesto, pois se entende que este está munido de presumível mandato tácito do devedor.

Nesse sentido:

1. *A ausência da indicação da data de emissão da nota promissória torna-a inexigível como título executivo extrajudicial por se tratar de requisito formal essencial.* Precedentes. 2. A circunstância de ser incontroversa a data de emissão pelas partes não supre a exigência legal do seu preenchimento para viabilidade da ação de execução, mantendo-se abertas as vias ordinárias. 3. Precedentes específicos desta Corte. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg-REsp 1229253/SP, DJe 26.02.2013 – grifamos)

### 1.1.7 Solidariedade cambiária

O valor constante do título pode ser garantido por várias pessoas, ou seja, várias pessoas podem assumir a dívida contida em título de crédito

---

28 RIZZARDO, Arnaldo. Op. cit., p. 21.

29 “Art. 9º Todos os títulos e documentos de dívida protocolizados serão examinados em seus caracteres formais e terão curso se não apresentarem vícios, não cabendo ao Tabelião de Protesto investigar a ocorrência de prescrição ou caducidade. Parágrafo único. Qualquer irregularidade formal observada pelo Tabelião obstará o registro do protesto.”

30 “Art. 38. Os Tabeliães de Protesto de Títulos são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou Escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso.”

31 Súmula nº 387 do STF: “A cambial emitida ou aceita com omissões, ou em branco, pode ser completada pelo credor de boa-fé antes da cobrança ou do protesto”.

mediante a aposição de suas assinaturas no documento (saque, emissão, aceite, endosso, aval e intervenção)<sup>32</sup>.

Desta forma, todos os que lançarem suas firmas no título são solidariamente responsáveis pelo pagamento da cártula, posto que é inerente aos títulos de crédito a possibilidade de se procurar o recebimento junto a qualquer um dos devedores comuns (obrigados de regresso ou coobrigados). Estamos diante de uma solidariedade especial, com definição própria, pois, diferente do direito civil, no direito cambiário não é qualquer um que assume conjuntamente a obrigação em partes iguais, ou seja, o credor cujo crédito está representado por um título de crédito pode exigir de um, alguns ou de todos os devedores toda a obrigação constante do documento. Efetuado o pagamento, nasce o direito de regresso frente aos devedores anteriores, pois, quando o pagamento é feito por determinado devedor, extingue a obrigação de todos os devedores posteriores a ele, não havendo mais como se cogitar de cobrança desses codevedores posteriores<sup>33</sup>.

Nesse sentido:

Preliminar I – O endossante de duplicata mercantil tem legitimidade para figurar no polo passivo da demanda para discutir causas originárias de protesto, por encontrar-se vinculado aos riscos inerentes do próprio título causal, figurando hipótese de solidariedade passiva com o endossatário. Por outro lado, demonstrado que o protesto só restou cancelado após a citação do réu na demanda cautelar conexa a ação indenizatória, resta evidenciado o interesse de agir da parte autora para ambos os feitos. Preliminares afastadas. Mérito II – [...] Havendo adimplemento diretamente para o credor originário, incumbia a ele, endossante do título, notificar o endossatário para evitar protesto ou exigência de débito quitado. O protesto de duplicata mercantil posterior ao adimplemento representa ato ilícito passível de indenização, respondendo o credor originário e endossante pelos danos causados. [...]. (Apelação Cível nº 70029043742, J. 30.06.2010)

### 1.1.8 Executividade

A executividade do título consiste na certeza do *quantum debeatur*, tornando-se mais célere o processo, tendo em vista que pode ser executado diretamente, sem necessidade de que haja uma prévia ação de conhecimento.

---

32 TOMAZETTE, Marlon. Op. cit., p. 22.

33 Idem, p. 23.

A observância do prazo prescricional dos títulos é de responsabilidade do credor do título, pois não é considerado requisito formal que deva impedir o aponte do título pelo funcionário do tabelionato de protestos.

Destarte, lavrado o protesto de título prescrito, este é considerado irregular e poderá acarretar a responsabilização do credor, conforme sedimentado na jurisprudência a seguir transcrita:

Transcorridos os prazos de apresentação e prescrição da ação cambiária, o portador não mais poderá encaminhar o cheque a protesto, diante da perda da executividade do título e, conseqüentemente, do caráter de título de crédito passível de ser protestado. [...]. (Apelação Cível nº 70055617146, J. 14.08.2013)

1. O protesto tem por finalidade precípua comprovar o inadimplemento de obrigação originada em título ou outro documento de dívida. 2. Não se pode exigir o pronto cumprimento – e, portanto, não se pode falar em prova de inadimplemento – de uma dívida que não se revista das características de certeza, liquidez e exigibilidade. 3. O cheque prescrito não se reveste das características de certeza e exigibilidade. 4. A expressão “outros documentos de dívida” a que alude o art. 1º da Lei nº 9.492/1997 apenas abrange aqueles documentos representativos de dívidas líquidas, certas e exigíveis. 5. Recurso especial conhecido e desprovido. (REsp 1256566/MS, DJe 01.04.2014)

## 1.2 OUTROS DOCUMENTOS DE DÍVIDA

A parte final do art. 1º da Lei nº 9.492/1997 já foi objeto de muita discussão entre os doutrinadores em razão da ausência de definição no corpo da lei do que seriam os outros documentos de dívida.

Entendemos que quaisquer documentos portadores de seus requisitos atestadores da liquidez e certeza são protestáveis, *v.g.*, as faturas de cartões de crédito, aquelas de prestação de serviços, os contratos de financiamento, direitos relativos às sociedades, etc. Nesse sentido:

Da prova dos autos – documental e oral – exsurge a existência de relação negocial entre as partes litigantes. E o art. 1º da Lei de Protestos autoriza o protesto de documentos de dívida, com a finalidade de formalizar e provar a inadimplência e descumprimento da obrigação originária. *Contudo, o protesto será cabível quando a obrigação expressa no documento for líquida, certa e exigível, situação não evidenciada no caso concreto.* As partes avençaram que o pagamento pela execução da obra, construção de casa de alvenaria, se daria na medida da liberação de valores mutuados ao autor pela Caixa Econômica Federal, constando nos autos ajuste de contas que não aborda a prestação de serviço discriminada nas notas fiscais que deram origem à emissão dos boletos. Segundo o contrato, os serviços descritos es-

tão englobados no total da obra, não sendo possível apurar a existência de saldo em separado a ser pago pelo autor. Sustação definitiva dos protestos que se impõe. Apelo do autor provido, por maioria. (TJRS, Apelação Cível nº 70058821562, J. 24.04.2014 – grifamos)

Nessa condição se encontra o boleto bancário. Papel atípico que surgiu com o advento da informatização, quando empresas e instituições bancárias se interligaram, passando a transacionarem por computador, via *on-line*.

Acerca dos protestos de boletos bancários, há divergência na doutrina e na jurisprudência. Alguns não admitem que os boletos bancários sejam levados a protesto porque não estão revestidos dos requisitos capazes de lhes dar presunção de certeza, liquidez e exigibilidade da obrigação, salvo se revestidos de determinadas formalidades, *in verbis*:

I – Nos termos da jurisprudência desta Corte, a comprovação de que a duplicata foi remetida para aceite e injustificadamente retida pelo sacado é pressuposto necessário à extração do protesto por indicação. II – *Nesses termos não é de se admitir o protesto por indicação dos boletos bancários relativos à venda mercantil quando não haja prova de que as duplicatas correspondentes tenham sido injustificadamente retidas.* [...] (REsp 953192/SC; DJe 17/12/2010 – grifamos)

Destarte é admissível o protesto por indicação dos boletos bancários relativos à venda mercantil desde que haja prova de que as duplicatas correspondentes tenham sido injustificadamente retidas.

Nesse sentido:

[...] 3. O acórdão recorrido acompanha o entendimento mais recente da Segunda Seção, de que *é possível o protesto por indicação de boleto bancário devidamente acompanhado da comprovação da realização do negócio jurídico e da entrega das mercadorias, em substituição à duplicata emitida eletronicamente.* Precedentes. 4. Mantida a decisão que entendeu pela inexistência de ato ilícito, fica prejudicada a análise do pedido de condenação ao pagamento de indenização por danos morais. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg-AREsp 3634/GO, DJe 11.06.2013 – grifamos)

## 2 PROCEDIMENTO

O protesto extrajudicial, também chamado de cambiário, independente de autorização judicial, é exercido fora do juízo, e, nas palavras de Luiz Emydio F. da Rosa Jr.<sup>34</sup>,

---

34 ROSA JÚNIOR, Luiz Emydio Franco da. *Titulos de crédito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 382.

é ato unitário, porque deve ser realizado em um único momento e, quando efetuado em relação a devedor principal, não necessita ser reeditado no que concerne ao sacador, endossantes e respectivos avalistas. [...] O protesto não é meio de cobrança nem meio de coação, como utilizado na prática por alguns credores, principalmente as instituições financeiras, para que o devedor cambiário sofra os reflexos do descrédito.

Usando como ponto de partida a Lei nº 9.492/1997, que define competência e regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida, destacamos que as questões pertinentes ao procedimento a ser adotado para lavratura de um protesto estão dispostas a partir do art. 9<sup>o</sup><sup>35</sup> do referido diploma legal.

Podemos resumir em três os passos de um protesto: pedido, intimação e lavratura.

## 2.1 PEDIDO

O tabelião não age de ofício, precisa ser provocado pelo interessado, assim, havendo um único tabelionato de protesto, o pedido poderá ser dirigido diretamente a ele, caso contrário, o pedido deverá se sujeitar à distribuição (art. 7<sup>o</sup> da Lei nº 9.492/1997).

O pedido deve ser instruído com o título ou documento de dívida original; salvo no caso de protesto por falta de devolução em que se admite a apresentação da triplicata ou da segunda via da letra de câmbio. No caso da duplicata também se admite o protesto por indicações ao negócio que motivou a sua emissão.

O tabelião de protesto é responsável por examinar os títulos e documentos de dívida protocolizados em seus caracteres formais que somente terão curso se não apresentarem vícios (art. 9<sup>o</sup> da Lei nº 9.492/1997). Ressalta-se, no entanto, que nesse exame não é necessária a verificação da ocorrência de prescrição ou caducidade dos títulos. Essa análise é incumbida ao apresentante do título, que poderá ser responsabilizado pela sua negligência. Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO, CANCELAMENTO DE PROTESTO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

---

35 “Art. 9º da Lei nº 9.492/1997: “Todos os títulos e documentos de dívida protocolizados serão examinados em seus caracteres formais e terão curso se não apresentarem vícios, não cabendo ao Tabelião de Protesto investigar a ocorrência de prescrição ou caducidade. Parágrafo único: Qualquer irregularidade formal observada pelo Tabelião obstará o registro do protesto”.

– ÔNUS DA PROVA – CASO CONCRETO – *CHEQUE PRESCRITO* – *PROTESTO ABUSIVO* – DANO MORAL CARACTERIZADO – INDENIZAÇÃO DEVIDA – DANO MORAL *IN RE IPSA*, QUE, PORTANTO, INDEPENDE DE PROVA – SUCUMBÊNCIA – Com o provimento do apelo, impõe-se a inversão dos ônus da sucumbência. Deram provimento ao recurso. Unânime. (TJRS, Apelação Cível nº 70057117699, J. 12.03.2014 – grifamos)

Na lição de Julio Barreto<sup>36</sup>, “nem mesmo no caso de o devedor comparecer ao Cartório de Protestos e apresentar defesa que demonstre ser indevida a quantia mencionada no título, ainda que por prescrição ou decadência, poderá o tabelião furtar-se à lavratura do protesto”.

O tabelião, antes de realizar o aponte do título, deve conferir se está correto o lugar do protesto, pois a efetivação do protesto em lugar distinto do determinado pela lei corresponde a ato anulável, além de ensejar a responsabilidade civil do apresentante e do tabelião de protesto pelos danos causados pela irregularidade cometida<sup>37</sup>. Assim, não constando do título o lugar designado para pagamento, este lugar corresponderá ao endereço do devedor (subscritor da nota promissória, sacado da letra de câmbio – parágrafo único do art. 28 do Decreto nº 2.044/1908, e da duplicata – art. 13, § 3º, da Lei nº 5.474/1968).

## 2.2 INTIMAÇÃO

A intimação será dirigida ao emitente do título e também às pessoas indicadas pelo apresentante como responsáveis pelo pagamento, aceite ou devolução, conforme o caso, contendo nome e endereço do devedor, elementos de identificação do título ou documento de dívida, prazo limite para cumprimento da obrigação no tabelionato, bem como número do protocolo e valor a ser pago (art. 14 da Lei nº 9.492/1997).

Nesse sentido:

1. Nos termos da Lei nº 9.492/1997, a fase preliminar em cartório de protesto, iniciada com a protocolização do título ou documento de dívida pelo credor, não gera, imediatamente, a lavratura do protesto, a qual será realizada em momento posterior, franqueada ao devedor a possibilidade de pagar a dívida ou pedir judicialmente a sustação. 2. “*Nas hipóteses em que a notificação é feita diretamente no endereço indicado pelo apresentante, seja por portador do tabelionato, seja por correspondência registrada com aviso de*

36 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. Op. cit., p. 387.

37 ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio Franco da. Op. cit., p. 393.

recebimento, como é usual, não há qualquer publicidade do apontamento do título para protesto” (REsp 1.017.970/DF, Rel<sup>a</sup> Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, J. 26.08.2008). 3. Nessas circunstâncias, em regra, não tendo sido efetivamente lavrado ou registrado o protesto do título, descabe indenização por dano moral. 4. Recurso especial provido. (REsp 1005752/PE, DJe 02.08.2012 – grifamos)

Tomazette<sup>38</sup> faz a ressalva de que, em princípio, tal intimação não precisa ser pessoal, sendo suficiente a entrega do aviso no endereço indicado (art. 14, § 1º, da Lei nº 9.492/1997). Todavia, para fins de pedido de falência, o STJ se manifestou no sentido de que é essencial a identificação da pessoa que recebeu a intimação, afirmando que a gravidade de tal protesto exige uma certeza maior de que a intimação foi efetivamente realizada (STJ, Súmula nº 361<sup>39</sup>).

Excepcionalmente, quando esgotadas as possibilidades de intimação pessoal, a intimação poderá ser feita por edital (art. 15<sup>40</sup> da Lei nº 9.492/1997).

Acerca do prazo, reza o art. 12 da Lei nº 9.492/1997 que “o protesto será registrado dentro de três dias úteis contados da protocolização do título ou documento de dívida”, prazo esse que, de acordo com o parágrafo primeiro do referido artigo, exclui-se o dia da protocolização e se inclui o dia do vencimento. Nos termos do art. 13 da Lei nº 9.492/1997, “quando a intimação for efetivada excepcionalmente no último dia do prazo ou além dele, por motivo de força maior, o protesto será tirado no primeiro dia útil subsequente”.

Luiz Emygdio F. da Rosa Jr.<sup>41</sup>, Waldirio Bulgarelli<sup>42</sup> e Gladston Mamede<sup>43</sup> entendem, no entanto, que se deve conferir ao devedor o prazo de 3 (três) dias a contar da sua intimação e não da protocolização do título, a fim de que tenha tempo hábil para tomar as medidas cabíveis, inclusive requerer a sustação do protesto.

38 TOMAZETTE, Marlon. Op. cit., p. 155.

39 Súmula nº 361 do STJ: “A notificação do protesto, para requerimento de falência de empresa devedora, exige a identificação da pessoa que a recebeu”.

40 “Art. 15. A intimação será feita por edital se a pessoa indicada para aceitar ou pagar for desconhecida, sua localização incerta ou ignorada, for residente ou domiciliada fora da competência territorial do Tabelionato, ou, ainda, ninguém se dispuser a receber a intimação no endereço fornecido pelo apresentante. § 1º O edital será afixado no Tabelionato de Protesto e publicado pela imprensa local onde houver jornal de circulação diária. § 2º Aquele que fornecer endereço incorreto, agindo de má-fé, responderá por perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções civis, administrativas ou penais.”

41 ROSA JR. Luiz Emygdio F. da. Op. cit., p. 399.

42 BULGARELLI, Waldirio. *Títulos de crédito*. São Paulo: Atlas, 1998. p. 195.

43 MAMEDE, Gladston. *Títulos de crédito*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 163.



## 2.3 LAVRATURA

Caso haja a satisfação da dívida no prazo concedido ao devedor, o procedimento não será concluído. Também poderá não ser concluído o procedimento, findo o prazo de 3 (três) dias, se, notificado o devedor, adotar alguma medida judicial para evitar a lavratura do protesto e o devedor obter liminar visando à sustação do protesto<sup>44</sup> (art. 17, §§ 2º e 3º, da Lei nº 9.492/1997). O devedor pode obter a liminar de duas formas: uma é ingressar com uma ação cautelar de sustação de protesto e, obtida a liminar, no prazo de 30 (trinta) dias, interpor a ação declaratória de nulidade de obrigação (ação principal). Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – CAUTELAR – SUSTAÇÃO DE PROTESTO DE TÍTULOS – LIMINAR – INDEFERIMENTO – A postulação para que o credor seja impedido de levar a protesto títulos referentes à dívida impaga, formulada de forma genérica, e ausentes as causas autorizadas de sustação de protesto, constitui ofensa ao exercício do direito do credor. Agravo de instrumento desprovido. (TJRS, Agravo de Instrumento nº 70059520916, J. 05.06.2014)

A outra forma seria ingressar com a ação declaratória de nulidade de obrigação com pedido de antecipação de tutela e liminar. Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE NEGÓCIO JURÍDICO C/C DANOS MORAIS E MATERIAIS E PEDIDO LIMINAR – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – SUSTAÇÃO DE PROTESTOS – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 273 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – Para o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela, deverá a parte autora comprovar ter reunido os pressupostos ditados pela lei de regência (art. 273 do Código de Processo Civil). Não tendo as alegações, correto o indeferimento do pedido. Existência de outros protestos que não só os ora impugnados. Manutenção da decisão recorrida. Precedentes deste colegiado. Negado seguimento ao agravo de instrumento. (TJRS, Agravo de Instrumento nº 70060012978, J. 06.06.2014)

Ressalta-se que, nas hipóteses de ser cassada a liminar, de não interposição da ação declaratória de nulidade de obrigação no prazo de 30

---

44 A sustação do protesto somente pode ser obtida a partir de uma ação judicial, baseada em cognição sumária: cautelar atípica, ou, ainda, por meio de uma antecipação de tutela em uma ação de conhecimento. O devedor, para obter a medida, deverá demonstrar: *fumus boni juris* (consiste em demonstrar a plausibilidade do direito invocado) e o *periculum in mora* (consiste na existência de um dano potencial que se quer evitar com a demora).

(trinta) dias a contar da obtenção da liminar, ou de improcedência da ação declaratória de nulidade de obrigação, o protesto será lavrado.

Transcorrido o prazo sem que o devedor efetue o cumprimento da obrigação ou adote alguma medida judicial, o tabelião irá lavar o protesto, atestando o fato que se queria provar, mediante o registro em um livro, bem como no instrumento do protesto a ser entregue ao apresentante.

Dispõe o art. 22 da Lei nº 9.492/1997 que o registro do protesto e seu instrumento deverão conter:

- I – data e número da protocolização;
- II – nome do apresentante e endereço;
- III – reprodução ou transcrição do documento ou das indicações feitas pelo apresentante e declarações nele inseridas;
- IV – certidão das intimações feitas e das respostas eventualmente oferecidas;
- V – indicação dos intervenientes voluntários e das firmas por eles honradas;
- VI – a aquiescência do portador ao aceite por honra;
- VII – nome, número do documento de identificação do devedor e endereço;
- VIII – data e assinatura do Tabelião de Protesto, de seus substitutos ou de Escrevente autorizado.

Parágrafo único. Quando o Tabelião de Protesto conservar em seus arquivos gravação eletrônica da imagem, cópia reprográfica ou micrográfica do título ou documento de dívida, dispensa-se, no registro e no instrumento, a sua transcrição literal, bem como das demais declarações nele inseridas.

O momento da lavratura do protesto pode ser considerado como o mais importante de todo o procedimento, pois é a partir deste que é classificado como inadimplente o devedor do título apontado.

Além do mais, ressalta Julio Barreto<sup>45</sup> que o protesto deve ser lavrado por funcionário público e acompanhado de rígida solenidade, única forma de conferir certeza à declaração de que o título não foi pago, a qual, de outro modo, seria aposta pelo próprio credor e em seu próprio benefício, hipótese evidentemente desaconselhável por sujeitar o nascimento das obrigações de regresso a ato do próprio credor, principal interessado.

---

45 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. Op. cit., p. 383.

Ainda assim, mesmo o protesto acompanhado de rígida solenidade, verifica-se a realização de protestos indevidos, uma vez que, nas palavras de Julio Barreto<sup>46</sup>, a eficaz coerção proporcionada pela lavratura do protesto e lançamento do nome do devedor no cadastro de títulos protestados levou credores inescrupulosos a se utilizarem deste recurso para obrigar terceiros ao pagamento de dívidas que nem sempre correspondem àquelas nele mencionadas.

Diante disso, podemos chegar à conclusão de que o protesto pode ser lavrado de forma abusiva, o que gera o direito de indenização para aquele que sofre os seus efeitos indevidamente.

### 3 EFEITOS DO PROTESTO

Diversos são os efeitos do protesto, causados no mundo jurídico pela prova da falta de pagamento ou de cumprimento de obrigação. Cada tipo de protesto terá efeitos distintos, sobre os quais passamos a discorrer.

Sendo o protesto por falta de aceite, o efeito está relacionado à possibilidade de cobrança antecipada dos devedores indiretos (sacador, endossantes e respectivos avalistas). Importante destacar que o protesto por falta de aceite só pode ser realizado até o vencimento do título e sempre produzirá efeito em relação à interposição de ação cambial.

Demonstra-se formalmente que o sacado não assumiu a obrigação de pagar o título, o que denota também sua intenção de não pagá-lo no vencimento.

Destaca Tomazette<sup>47</sup> que o credor não precisará mais esperar o vencimento para cobrar o título, uma vez que a recusa do aceite gera o vencimento antecipado da letra de câmbio (LUG, art. 43<sup>48</sup>).

Em relação ao sacado da letra de câmbio, o protesto não produz quaisquer efeitos, tendo em vista que o aceite não é uma obrigação dele, pois o sacado dá o aceite se quiser; caso não o faça, ele não pode ter nenhuma punição para tanto. Em relação à duplicata, por ser um título causal, diferentemente do que se verifica na letra de câmbio, a recusa do aceite

---

46 Idem, p. 392.

47 TOMAZETTE, Marlon. Op. cit., p. 158.

48 Art. 43 da LUG: "O portador de uma letra pode exercer os seus direitos de ação contra os endossantes, sacador e outros co-obrigados: No vencimento: Se o pagamento não foi efetuado. Mesmo antes do vencimento: 1 – Se houver recusa total ou parcial do aceite; 2 – Nos casos de falência do sacado, quer ele tenha aceite, quer não, de suspensão de pagamentos do mesmo, ainda que não constatada por sentença, ou de ter sido promovida, sem resultado, execução dos seus bens; 3 – Nos casos de falência do sacador de uma letra não aceitável".

deve ser fundamentada (art. 8º – compra e venda; e art. 21 – prestação de serviços, ambos da Lei nº 5.474/1968). O art. 15 da Lei nº 5.474/1968 elenca os requisitos e as orientações referentes ao processo para execução da duplicata, em especial da duplicata e triplicata não aceita:

Art. 15. A cobrança judicial de duplicata ou triplicata será efetuada de conformidade com o processo aplicável aos títulos executivos extrajudiciais, de que cogita o Livro II do Código de Processo Civil, quando se tratar:

I – de duplicata ou triplicata aceita, protestada ou não;

II – *de duplicata ou triplicata não aceita, contanto que, cumulativamente:*

a) *haja sido protestada;*

b) *esteja acompanhada de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria; e*

c) *o sacado não tenha, comprovadamente, recusado o aceite, no prazo, nas condições e pelos motivos previstos nos arts. 7º e 8º desta Lei.*

§ 1º Contra o sacador, os endossantes e respectivos avalistas caberá o processo de execução referido neste artigo, quaisquer que sejam a forma e as condições do protesto.

§ 2º *Processar-se-á também da mesma maneira a execução de duplicata ou triplicata não aceita e não devolvida, desde que haja sido protestada mediante indicações do credor ou do apresentante do título, nos termos do art. 14, preenchidas as condições do inciso II deste artigo.*

(grifamos)

Tratando-se de protesto por falta de pagamento, os efeitos variam de sujeito para sujeito. O protesto não é necessário para instruir a ação de execução contra o devedor principal e seu(s) avalista(s), mas é necessário para executar os obrigados indiretos (sacador, endossantes e respectivos avalistas). Em relação aos devedores indiretos, estes não assumem a obrigação de pagar diretamente, mas garantem que o título será pago pelo sacado/aceitante/devedor, tornando-se devedores apenas se este não cumprir com a sua obrigação de pagar.

Nesse sentido:

[...] 2. Em razão do não pagamento das duplicatas, a empresa embargante, através do contrato particular de confissão de dívida, reconheceu ser devedora do valor de R\$ 7.426,16, dívida representada por nota promissória, na qual o embargante Pedro figurou como avalista. 3. Não há falar em direito de regresso contra o avalista da nota promissória, a qual representa o débito reconhecido através da confissão de dívida, *tampouco se mostra necessário o*

*protesto para se promover a execução contra o avalista.* Isso porque, no caso dos autos, tem-se uma *ação direta contra o garante e o devedor principal*, e não uma ação regressiva. 4. A *causa debendi* do título executivo (nota promissória) é a dívida reconhecida pelos embargantes através do contrato de confissão de dívida, não possuindo qualquer vinculação com o contrato de *factoring*. 5. Ausente comprovação da alegada coação quando da celebração da confissão de dívida e da emissão da nota promissória. Apelação desprovida. (TJRS, Apelação Cível nº 70047023080, J. 03.05.2012 – grifamos)

APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE – NOTA PROMISSÓRIA – REGRESSO CONTRA O ENDOSSANTE – PROTESTO – I – Para que o credor possa buscar o direito de regresso contra o endossante da nota promissória, deve cumprir ao disposto nos arts. 32 e 28 do Decreto nº 2.044, ou seja, levar os títulos a protesto em tempo útil e de forma regular. II – Entretanto, no caso dos autos não houve o atendimento dos requisitos pela exequente. III – Sentença e sucumbência mantida. Negaram provimento ao recurso. (TJRS, Apelação Cível nº 70037226610, J. 29.09.2011)

Para Rubens Requião<sup>49</sup>, o protesto constitui elemento fundamental para o exercício do direito de regresso. Sem ele, dado o formalismo do direito cambiário, não é possível o detentor exercer seu direito contra os obrigados regressivos.

O protesto por falta de pagamento só produzirá efeito se for tempestivo, ou seja, dentro do prazo legal fixado para cada título em espécie (letra de câmbio e nota promissória: art. 28<sup>50</sup> do Decreto nº 2.044/1908<sup>51</sup>; duplicata: § 4º do art. 13 da Lei nº 5.474/1968, e cheque: art. 33 da Lei nº 7.357/1985<sup>52</sup>).

Contudo, não podemos deixar de mencionar que o protesto feito depois do prazo será válido, porém, não será suficiente para a cobrança dos

49 REQUIÃO. Rubens. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2003. p. 436.

50 “Art. 28 do Decreto nº 2.044/2008: “A letra que houver de ser protestada por falta de aceite ou de pagamento deve ser entregue ao oficial competente, no primeiro dia útil que se seguir ao da recusa do aceite ou ao do vencimento, e o respectivo protesto, tirado dentro de três dias úteis. Parágrafo único. O protesto deve ser tirado do lugar indicado na letra para o aceite ou para o pagamento. Sacada ou aceita a letra para ser paga em outro domicílio que não o do sacado, naquele domicílio deve ser tirado o protesto.”

51 Marlon Tomazette (op. cit., p. 160) entende que o prazo para realização do protesto da letra de câmbio e da nota promissória é aquele fixado no art. 53 da LUG, que estabelece o prazo para apresentação do título no tabelionato, que é de dois dias úteis após o vencimento do título em relação aos títulos com vencimento em dia certo, a certo termo da data e a certo termo da vista.

52 O protesto do cheque é facultativo, pois a declaração do banco aposta no cheque comprova o inadimplemento da obrigação e substitui a necessidade da realização do protesto.

devedores indiretos, detalhe de suma importância, indispensável à segurança jurídica do credor.

O Código Civil contraria esta Súmula nº 153 do STF ao prescrever, no art. 202, III<sup>53</sup>, que o protesto cambial é causa de interrupção da prescrição. Nesse sentido:

RESPONSABILIDADE CIVIL – PROTESTO DE CHEQUE – FACULTATIVO – ART. 48 DA LEI Nº 7.357/1985 – O protesto facultativo não está limitado pelo prazo estabelecido no art. 48 da Lei nº 7.357/1985, razão por que se constitui exercício regular de direito, a fim de constituir prova oficial da mora. *O protesto cambial é causa de interrupção da prescrição, art. 202, III, do CC.* Abuso de direito não configurado. Negado seguimento ao recurso de apelação. (TJ/RS, Apelação Cível nº 70045268430, J. 03.05.2012 – grifamos)

Tomazette<sup>54</sup> ressalta que, para produção de tal efeito, não existe prazo previsto em lei. Enquanto não consumada a prescrição, o protesto poderá ter o condão de interrompê-la.

Temos também como um dos efeitos do protesto a permissão do pedido de falência do devedor empresário, desde que atendidos os demais requisitos do art. 94, I, da Lei nº 11.101/2005<sup>55</sup>.

Por fim, o mais importante: a inscrição em cadastro de inadimplentes, instituto de extrema magnitude na economia, pois estamos diante de um dos meios mais utilizados para aferir confiabilidade à pessoa que recebe o crédito, ou seja, a análise do histórico pregresso desta pessoa. Parte-se da premissa de que quem não honrou determinada obrigação, teoricamente, tem mais chances de não vir a honrar novamente; nas palavras de Tomazette<sup>56</sup>, embora tal fato não seja uma verdade absoluta, é um parâmetro que se usa no dia a dia.

Razão pela qual o prejuízo é muito maior àqueles que sofrem o protesto indevido, pois a inadimplência, nesse caso, é constatada por uma prova dotada de fé pública, gerando a inscrição do nome do devedor nesses cadastros de inadimplentes, restringindo, portanto, o crédito da pessoa no mercado.

---

53 Art. 202, III, do CC: “A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á: [...] III – por protesto cambial”.

54 TOMAZETTE, Marlon. Op. cit., p. 161.

55 Art. 94, I, da Lei nº 11.101/2005: “Será decretada a falência do devedor que: I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários mínimos na data do pedido de falência”.

56 TOMAZETTE, Marlon. Op. cit., p. 161.

Nesse sentido, elencamos uma seleção de decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que condena ao pagamento de danos morais aqueles responsáveis pela inscrição de supostos devedores no rol de inadimplentes:

De acordo com os documentos acostados nos autos, o banco/recorrente não tem legitimidade para figurar no pólo passivo da demanda com relação à duplicata 55341, em virtude da “cobrança direta”, recebido por endosso-mandato. No que tange a duplicata 55344, recebida através de “operação de desconto”, por endosso-translativo, reconhecida a legitimidade do banco/recorrente, *devendo ser mantida a sentença que declarou a nulidade da duplicata e determinou a sustação dos efeitos do protesto. Pagamento de indenização ao réu por danos morais, em razão do protesto indevido.* Julgado extinto o feito com relação à duplicata 55341. Por maioria, deram parcial provimento, vencido o Relator. (TJRS, Apelação Cível nº 70048309181, J. 21.06.2012 – grifamos)

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE CANCELAMENTO DE PROTESTO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PROTESTO EQUIVOCADO – USO INDEVIDO DE CPF DO AUTOR – *Caracterizada a desídia e negligência da recorrente ao ter registrado o CPF do autor, com o nome de terceiro efetivamente devedor, junto ao Tabelionato de Protesto de Títulos, acarretando a indevida restrição de crédito, o que implica dever de indenizar os danos morais causados ao autor.* Irrelevante se o nome do autor não consta das certidões positivas de protesto, quando o seu CPF está vinculado ao protesto de títulos, o que, por si, teve efeito imediato a restrição de crédito do nome e CPF do autor no comércio, devidamente comprovada no processo. *Quantum* indenizatório mantido. Apelação desprovida. (TJRS, Apelação Cível nº 70039707658, J. 26.10.2011 – grifamos)

Diante das decisões supracitadas, podemos notar que é devida a indenização decorrente do protesto indevido, seja porque o pretenso devedor nunca foi inadimplente ou porque já efetuou o pagamento da sua dívida, porém, os efeitos do protesto continuaram agindo e causando diversos prejuízos que ultrapassam a medida de “mero dissabor”.

Além do mais, deparamo-nos com situações em que o protesto foi lavrado tendo como base dados equivocados, deixando clarividentes os absurdos que acontecem no dia a dia do tabelionato de protestos, levando pessoas inocentes ao cadastro de inadimplentes.

Nesse sentido:

APELAÇÕES CÍVEIS E RECURSO ADESIVO – ENSINO PARTICULAR – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE TÍTULO CUMULADA COM PEDIDO

DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – DÍVIDA QUITADA – LEVANTAMENTO DO PROTESTO – INTIMAÇÃO ENVIADA PARA ENDEREÇO DISTINTO – DANO MORAL CARACTERIZADO – QUANTUM INDENIZATÓRIO – ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM REJEITADA [...] 3. O dever de proceder ao cancelamento do registro cabe ao devedor que paga o débito, desde que este detenha a documentação necessária para tanto, fornecida oportunamente pela credora. Inteligência do art. 2º da Lei nº 6.690/1979. 4. *Caso em que as rés indicaram equivocadamente o endereço do autor, o que implicou a intimação dele por meio de edital, modo sabidamente ficto de cientificação.* Assim, por não ter ciência efetiva do apontamento dos títulos, o autor não poderia tomar as providências necessárias, a fim de cancelar o protesto. 5. *A parte autora logrou comprovar os fatos articulados na exordial, no sentido de que a manutenção do protesto, que culminou com sua inscrição no rol de inadimplentes indevidamente foi irregular, havendo a falha na prestação do serviço.* 6. Comprovada a falha na prestação do serviço, deve ser responsabilizada a parte-ré pela manutenção indevida do nome do autor nos órgãos de proteção ao crédito. Conduta abusiva da apelada na qual assumiu o risco de causar lesão ao apelante, mesmo os de ordem extrapatrimonial, daí ensejando o dever de indenizar. [...]. (TJRS, Apelação Cível nº 70054609524, J. 26.06.2013 – grifamos)

Sendo assim, resta evidente a falta de cautela daquele que lavra o protesto, e, muitas vezes, a má-fé daquele que se diz credor. Nesse caso, faz-se necessária uma mudança pontual no procedimento para que não sejam comuns os casos de protestos indevidos.

### 3.1 USO INDEVIDO DO PROTESTO

Tomazette<sup>57</sup> define protesto indevido como sendo aquele “irregular sob o ponto de vista formal, ou mesmo aquele protesto por falta de pagamento se a dívida inexistente. Nesses casos, o prejuízo causado ao devedor deverá ser indenizado, na medida em que não ocorre o exercício regular do direito”.

Salienta Julio Barreto<sup>58</sup> que há muito tempo os empresários veem-se compelidos a pagar o que não devem apenas para evitar a lavratura do protesto de um título em que figuram como devedores sem o serem efetivamente. Nesse sentido, complementa o autor:

Não há dúvidas, portanto, de que a apresentação de títulos a protesto constitui direito subjetivo do seu titular passível assim de abuso como todos os

57 Idem, p. 170.

58 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. Op. cit., p. 380.



demais, sempre que o seu exercício não observar os valores que o compõem. É a identificação desses valores que define as hipóteses de abuso.

O caráter de “execução forçada” do protesto legitima forma de cobrança mais gravosa do que a que é feita por meio de um processo judicial, na medida em que gravíssimas consequências são impostas ao devedor pelo protesto, sem, contudo, garantir-lhe o contraditório, a ampla defesa e, com isto, o prévio e necessário devido processo legal<sup>59</sup>. Diante disso, chamamos atenção ao aumento do rol de potenciais “devedores protestados”, de modo que o protesto perde a sua função e sentido, passando a ser visto como instrumento nocivo e ineficaz, uma vez que foi criado com a intenção de punir os maus pagadores de fato e não deve ser usado como gerador de prováveis maus pagadores.

Além dos casos de utilização abusiva do protesto já referidas, existem aqueles casos em que o aponte tem o objetivo de compelir o devedor a pagar a dívida (coação moral para que o devedor efetue o pagamento do título), e é nesse sentido que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul tem se manifestado da seguinte forma:

APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL – PROTESTO INDEVIDO – CHEQUE PRESCRITO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DEVIDA – QUANTUM REDUZIDO – 1. Expirados os prazos para a apresentação do cheque, conforme arts. 33 e 59 da Lei nº 7.357/1985, o credor não mais se encontra legitimado ao protesto, *que se revela abusivo*, notadamente quando já adveio a prescrição executiva do título. *O ato de protestar a letra de câmbio, por falta de aceite, sacada em razão de débito inicialmente materializado em cheque prescrito, tem como único respaldo a tentativa ilegal de forçar o adimplemento, quando o beneficiário do título deveria ter utilizado os meios regulares de cobrança para a satisfação de seu crédito. Conduta abusiva ensejadora do reconhecimento de danos morais.* 2. Revela-se adequada a redução do valor fixado a título de dano moral para R\$ 3.000,00, patamar adotado por este Colegiado em situações análogas. Quantia assegura o caráter repressivo e pedagógico da indenização e, também, não pode ser considerada elevada bastante a configurar enriquecimento sem causa da parte autora. Precedentes. Deram parcial provimento à apelação. (TJRS, Apelação Cível nº 70042830802, J. 22.06.2011 – grifamos)

[...] APELO DO RÉU – PROTESTO INDEVIDO – NULIDADE DAS DUPLICATAS – *Tendo as duplicatas sido criadas sem a estrita observância dos requisitos legais, torna-se inválido o protesto, uma vez que utilizado como meio coercitivo de cobrança. Daí por que se reconhece a nulidade dos protestos.*

---

59 Idem, p. 388.

Sentença mantida. Agravo retido improvido. Apelo do autor não conhecido. Hipótese em que se nega seguimento à apelação da parte-ré. Agravo interno desprovido. (TJRS, Agravo nº 70043021542, J. 30.06.2011 – grifamos)

Nesse caso, faz-se necessária a criação de uma medida punitiva que realmente vise acabar com o uso indevido do protesto para aqueles que se valem do protesto como mero meio coercitivo de cobrança, quando na verdade a finalidade do instituto é outra, conforme demonstrado no decorrer do artigo.

Apenas a condenação à indenização de valores não tem sido o suficiente, pois o uso indevido do protesto como forma de coibir os devedores a pagar continua sendo prática costumeira no âmbito empresarial.

### 3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL

Havendo protesto indevido, aquele que for o responsável pelo apontamento deverá responder pelos danos que causar.

Cumprе destacar que existe uma corrente doutrinária que entende que o Estado deve ser responsabilizado a indenizar em determinadas circunstâncias com base no dispositivo constitucional<sup>60</sup>, que dispõe que “os serviços notariais e de registro público são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público”. Nesse sentido:

[...] 1. RESPONSABILIDADE CARTORÁRIA – A jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que, em se tratando de atividade cartorária exercida à luz do art. 236 da Constituição Federal, a responsabilidade é objetiva, tanto do Estado como do serventuário titular de cartório e registro extrajudicial. *In casu*, restou evidenciada a deficiência na prestação do serviço, haja vista a inobservância pelo tabelião, ao efetivar o protesto, de exigências legais, bem como por sua desatenção ao proceder à identificação da pessoa que levou o título a aponte. Deste modo, considerando que o protesto mostrou-se indevido e que o réu agiu com culpa quando de sua lavratura, bem como que desta situação decorreu o ajuizamento de demanda injustificada em face do autor, tenho como evidente a obrigação de reparação pelos constrangimentos e transtornos sofridos por este último. 2. Responsabilidade do Estado. O art. 236, *caput*, estabelece que os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. *Ora, consideran-*

---

60 Art. 236 da CF/1988: “Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. § 1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos e definirá a fiscalização dos seus atos pelo Poder Judiciário. § 2º Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro. § 3º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses”.

do que tais serviços exercem suas funções por delegação do Poder Público, deve-se responsabilizar subsidiariamente o Estado pelos danos causados por notários e oficiais. 3. Dano moral. Dano *in re ipsa*. A indicação indevida do nome do autor em instrumento de protesto, a qual levou ao ajuizamento de demanda contra si, é causa idônea a ensejar danos morais, porquanto a parte foi submetida a transtornos e constrangimentos desnecessários em razão de ato por ele não praticado, o que se afigura dano moral *in re ipsa*. 4. *Quantum indenizatório*. A indenização por dano moral deve representar para a vítima uma satisfação capaz de amenizar de alguma forma o sofrimento impingido. A eficácia da contrapartida pecuniária está na aptidão para proporcionar tal satisfação em justa medida, de modo que não signifique um enriquecimento sem causa para a vítima e produza impacto bastante no causador do mal a fim de dissuadi-lo de novo atentado. Ponderação que recomenda a redução do montante indenizatório fixado no Juízo *a quo*. 5. Juros moratórios. Na hipótese de reparação por dano moral, cabível o início da contagem a partir da fixação do *quantum indenizatório*, ou seja, a contar do julgamento no qual foi arbitrado o valor da condenação. Tal posicionamento não afronta o verbete da Súmula nº 54 do STJ. Ao revés, harmoniza-se com o entendimento do e. Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual a indenização em casos relativos à responsabilidade civil deve ser fixada de forma equitativa. 6. Correção monetária. A correção monetária não constitui um acréscimo, e sim mera atualização da moeda, razão pela qual deve incidir a partir da fixação do *quantum* devido, é dizer, a partir do julgamento. Afastada preliminar. Deram parcial provimento aos apelos. Unânime. (TJRS, Apelação Cível nº 70021280052, J. 08.10.2008 – grifamos)

Merece destaque a responsabilização do tabelião de protesto por ato perpetrado por seu substituto, pois foi sábio o legislador ao prever essa questão, uma vez que o substituto está ali para fazer as vezes do tabelião e, igualmente, deverá responder pelos erros do quais for o causador.

Nesse sentido, dispõe o art. 38 da Lei de Protestos: “Os Tabeliões de Protesto de Títulos são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou Escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso”.

Contudo, há que se mencionar sobre a necessidade da prova, pois a indenização somente é devida desde que, de fato, haja lesão a terceiro, ou seja, que seja demonstrado o efetivo prejuízo econômico sofrido.

De acordo com José Paulo Leal Ferreira Pires<sup>61</sup>, o art. 33 do Decreto nº 2.044/2008 continha uma regra bem mais severa que a atual, na medida

61 PIRES, José Paulo Leal Ferreira; PIRES, Ieda Maria Ferreira. *Comentários à nova lei de protesto cambial e documentos de dívida*: Lei nº 9.492, de 10.09.1997. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 62.

em que se reportava até mesmo à responsabilidade penal dos oficiais titulares, porém, limitando a responsabilidade civil apenas à hipótese de que o oficial notarial, sem que houvesse motivo de força maior, deixasse de escoar *in albis* o tríduo legal ou de lavar-se o protesto cambial de forma irregular.

De outra banda, para Tomazette<sup>62</sup>, não há que se cogitar de responsabilidade do tabelião, porquanto ele apenas formaliza o protesto; quem o faz é o próprio apresentante. Excepcionalmente no caso de defeito na prestação do serviço, o tabelião será responsabilizado pelos danos causados pessoalmente ou por seus subordinados. Nesse caso, a responsabilidade não será pelo protesto em si, mas pela falha na prestação do serviço.

Ainda, sobre responsabilidade civil, cumpre mencionar que o Projeto do Novo Código Comercial (PL 1.572/2011), em seu art. 288, dispõe:

Artigo 288. O protesto de título regularmente tirado não dará ensejo à indenização por danos morais.

Parágrafo único. Se, apesar da regularidade na tirada do protesto pelo Tabelião, o pedido for indevido, ainda assim não ensejará indenização por danos morais em favor do empresário que tiver outros títulos protestados.

Nesse caso, partindo do entendimento que o *caput* do artigo, ao abordar a expressão “regularmente tirado”, refere-se a evitar prejuízos ao devedor, inclusive no que tange à inscrição do mesmo no rol de inadimplentes, este está de acordo com a tese defendida ao longo do artigo.

Porém, caso haja prejuízos ao devedor, divergimos do entendimento adotado pela proposta do Novo Código Comercial, uma vez que se tornarão inócuos os argumentos anteriormente expostos no sentido de salientar as irregularidades advindas de protestos indevidos.

Diante disso, e por nos parecer a maneira mais adequada, o entendimento de que é devida a indenização por danos morais àqueles que sofrem com o apontamento indevido, colacionamos jurisprudência nesse sentido:

*O protesto, sem existência de dívida, de título em nome do consumidor, implica-lhe prejuízos, indenizáveis na forma de reparação por danos morais, sendo estes, segundo a majoritária jurisprudência, presumíveis, prescindindo prova objetiva. 2. Valor a ser reparado. Critérios de fixação. Majoração. 3. Juros de mora. Termo de incidência. Súmula nº 362 do STJ. Manutenção. Apelo a que se nega seguimento. Recurso adesivo parcialmente provido. (TJRS, Apelação Cível nº 70049326283, J. 13.07.2012 – grifamos)*

---

62 TOMAZETTE, Marlon. Op. cit., p. 170.

APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PROTESTO DE DUPLICATA EMITIDA SEM CAUSA – INSCRIÇÃO EM CADASTRO RESTRITIVO DE CRÉDITO – PESSOA JURÍDICA – HONRA OBJETIVA – VIOLAÇÃO – DANO MORAL CARACTERIZADO – APELO PROVIDO. (TJRS, Apelação Cível nº 70040569816, J. 12.07.2012 – grifamos)

[...] *O protesto indevido de dívida que já estava quitada impõe à demandada o dever de indenizar os danos morais, que independem de prova efetiva e concreta de sua existência por ser o chamado dano moral puro ou in re ipsa. A existência de inscrições posteriores ao registro ora reconhecido irregular não se presta para afastar o pleito indenizatório. Inaplicabilidade da Súmula nº 385 do STJ. Valor da indenização fixado na origem (R\$ 8.175,00) consoante os parâmetros da Câmara, observados os critérios de proporcionalidade e razoabilidade. Agravo desprovido. (TJRS, Agravo Regimental nº 70049376411, J. 27.06.2012 – grifamos)*

Nesse aspecto, afirmamos que deve prevalecer o entendimento adotado pelos Tribunais no sentido de reparar o dano, a fim de que não sejam abertos precedentes à prática de atos indevidos ou irregulares, impedindo assim a ocorrência de novos prejuízos e injustiças com a sociedade em um todo.

## CONCLUSÃO

O tabelião de protesto de títulos tem a competência para cuidar do protesto de títulos e outros documentos de dívida, sendo responsável tanto por fornecer informações e certidões dos atos praticados quanto por lavrar e registrar o protesto.

A apresentação de título ou outros documentos de dívida para protesto dá início ao procedimento que poderá culminar ou não no seu protesto. No procedimento haverá notificação com o prazo de três dias úteis para que o destinatário adote a providência que entender cabível no caso (inércia, pagamento do título ou sustação judicial do protesto). Ultrapassado o prazo de três dias, sem que tenha havido pagamento ou sustação, o protesto será lavrado e o nome do devedor ficará inscrito em cadastro público permanente, do qual qualquer pessoa poderá pedir certidão pelo prazo de cinco anos.

Assim, considerando os prejuízos financeiros e de imagem irreparáveis para a pessoa em nome de quem foi lavrado o protesto, é imprescindível que o tabelião de protestos faça uma análise pormenorizada do documento que é apresentado para protesto. Inclusive a Lei nº 9.492/1997,

conforme analisado, poderá responsabilizar o tabelião por falha na prestação do serviço.

Embora muito já se tenha discutido sobre a possibilidade de protesto de boletos bancários, que representam outros documentos de dívida, verificamos que a jurisprudência acabou firmando o entendimento de que é possível a realização do protesto destes documentos desde que a obrigação contida no documento seja líquida, certa e exigível, e seja apresentado o comprovante de entrega das mercadorias ou da prestação de serviço, pois essa é uma das maneiras de se evitar que protestos irregulares sejam lavrados.

Ainda, em relação aos efeitos do protesto, entendemos que há necessidade de maior cautela quando da lavratura deste, de modo a evitar o protesto de dívidas inexistentes ou cobrança de devedor diverso do que realmente é ou, ainda, cobrança de dívidas que já foram adimplidas.

Além disso, restou evidente que a prática do uso do protesto utilizado como mero meio de coibir a cobrança é ilegal e irregular, uma vez que acaba forçando o pagamento de débitos indevidos, gerando o enriquecimento ilícito, e tampouco resolve o problema quando o débito é devido, pois aquele que não tem a intenção de pagar seu débito não mudará de conduta ao ser efetuado o aponte do título.

Por fim, concluímos que aquele que efetua o protesto indevido causa dano e tem o dever de indenizar, porquanto a parte foi submetida a transtornos e constrangimentos desnecessários, o que se afigura dano moral *in re ipsa*. A indenização, assim, deve representar para a vítima uma satisfação capaz de amenizar de alguma forma o sofrimento impingido, ou seja, deve proporcionar satisfação em justa medida, de modo que não signifique um enriquecimento sem causa e produza impacto bastante no causador do mal a fim de dissuadi-lo de novo atentado.

## REFERÊNCIAS

- BULGARELLI, Waldirio. *Títulos de crédito*. São Paulo: Atlas, 1998.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial – Direito de empresa*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2007/2013.
- COSTA, Wille Duarte. *Títulos de crédito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *Temas de direito civil-empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- MAMEDE, Gladston. *Títulos de crédito*. São Paulo: Atlas, 2008.

PIRES, José Paulo Leal Ferreira; PIRES, Ieda Maria Ferreira. *Comentários à nova lei de protesto cambial e documentos de dívida: Lei nº 9.492, de 10.09.1997*. São Paulo: Malheiros, 1998.

RIZZARDO, Arnaldo. *Títulos de crédito: Lei nº 10.046, de 10 de janeiro de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2003.

ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio Franco da. *Títulos de crédito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: títulos de crédito*. São Paulo: Atlas, v. 2, 2009.

# Regulação Econômica e Concorrência no Mercado de Biocombustíveis e Bioenergia: Diretivas em Contexto Brasileiro e Norte-Americano

**VINICIUS DINIZ VIZZOTTO**

L.L.M em Análise Econômica do Direito (Bologna/Ghent/Hamburgo), Especialista em Direito Internacional (UFRGS); Advogado, RS.

**RESUMO:** Os mercados de biocombustíveis e bioenergia crescem a passos largos no Brasil, nos Estados Unidos e no mundo, o que os torna verdadeira questão estratégica, considerando principalmente aqueles países que têm potencial territorial, as tecnologias de produção que vêm sendo implementadas e o crescimento sustentável que podem alavancar. As possibilidades que esses mercados descortinam – se devidamente regulados e incentivados – podem dar vantagens econômicas para as nações que investirem no setor de combustíveis renováveis, efetuando um contraponto aos combustíveis fósseis, inclusive em nível mundial. Ao longo do estudo, faz-se uma introdução ao direito da concorrência e da regulação, com foco nas perspectivas americana e brasileira, com aprofundamento acerca das agências responsáveis pela regulação dos setores estudados tanto no Brasil (ANP e ANEEL) como nos EUA (EPA) e (DOE). Ainda, são traçados os panoramas e as perspectivas dos mercados de biocombustíveis no Brasil e Estados Unidos. Por derradeiro, são identificados os principais problemas que incidem nos mercados já citados, com foco no Brasil, com a proposição de sugestões para que se possa alcançar a eficiência e uma competição baseada na livre concorrência.

**PALAVRAS-CHAVE:** Mercado de biocombustíveis; etanol; regulação do mercado; concorrência internacional

**ABSTRACT:** Markets for biofuels and bioenergy are steadily growing in Brazil, USA and the world. As a result they became a true strategic issue for countries like Brazil and USA, considering the vast production of plants cultivated on these countries and that are used in the process as well as the technology that is being implemented and the sustainable development that can be triggered. The possibilities that these markets unveil – if effectively regulated and supported – can bring economic advantages for the countries that will invest in the sector of renewable energy, establishing a counterpoint to fossil combustible, not only locally but even in the world arena. Throughout the study it is established an introduction to competition and regulation law, with focus on the Brazilian and North American perspectives, deepening how local agencies either in Brazil (ANP and ANEEL) and in USA (EPA and DOE) deal with the topic. Also, the perspectives for biocombustible markets in Brazil and USA are presented. Finally, the main regulation gaps and issues are identified on the above mentioned markets, with focus on Brazil, with the proposition of normative suggestion in order to reach efficiency in a competitive market on the field of biocombustibles.

---

1 Artigo entregue como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Internacional Econômico, no segundo semestre de 2012. Atualizações da legislação após este período podem não estar refletidas neste documento.



KEYWORDS: Biofuels; ethanol; market regulation; international competition.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Fundamentos do direito da concorrência e da regulação; 1.1 Agências reguladoras no mundo, no Brasil e nos EUA; 1.2 Histórico da ANEEL, ANP, EPA e DOE; 1.3 O mercado de biocombustíveis no Brasil e Estados Unidos; 2 A regulação dos setores de bioenergia e biocombustíveis: limites e possibilidades; 2.1 Setores dos mercados de bioenergia e biocombustíveis regulados no Brasil e EUA; 2.2 Atuais problemas do mercado de biocombustíveis: propostas de regulação para o Brasil e EUA; Considerações finais; Referências; Apresentações; Documentos.

## INTRODUÇÃO

Para um país desenvolver-se plenamente, ou ao menos no ritmo em que potencialmente deveria, são necessários investimentos maciços em infraestrutura. A questão é pacífica, e, no caso do Brasil, empiricamente<sup>2</sup> comprovada. Estudos demonstram que temos portos ineficientes, estradas mal conservadas, ferrovias obsoletas e falta de energia, o que reflete em perda de competitividade e eficiência, quando comparados com economias de outros países. As dificuldades logísticas, uma das componentes centrais do denominado “custo Brasil<sup>3</sup>”, impedem que o país seja 250 bilhões<sup>4</sup> de reais mais rico. Para a mudança deste panorama são necessárias ações urgentes, que melhor aparelhem setores estratégicos de nossa economia. As medidas tomadas ainda em 2007, consubstanciadas no *Programa de Aceleração do Crescimento (PAC<sup>5</sup>)*, renovado em 2010<sup>6</sup>, sinalizaram a percepção da classe política de que os problemas nacionais da área econômica devem ser

2 Vejam os exemplos da Revista *Veja*, edição nº 2020, de 08.08.2007: (a) na aviação, com o caos aéreo, a capacidade dos aeroportos brasileiros retrocedeu à de 1994; (b) no que tange às ferrovias, a velocidade média dos trens de carga é de 25km/h, igual a de uma Maria-Fumaça; (c) nas rodovias, todo ano morre nas estradas e ruas brasileiras um número superior ao de baixas na Guerra do Iraque; (d) nos portos brasileiros, custa três vezes mais exportar por eles do que pelos chineses e demora mais; (e) a principal fonte do país é a hidrelétrica, sendo que os brasileiros pagam o preço da nuclear.

3 O “custo Brasil” é um termo amplo e genérico, comum entre economistas, empresários, advogados, políticos e outros atores da economia brasileira, e descreve o conjunto de dificuldades estruturais, burocráticas, culturais, institucionais e jurídicas existentes no Brasil para se produzir algum bem. Os principais fatores que influenciam o “custo Brasil”, em rol não exaustivo, abordados por Érik Campos Dominik em entrevista concedida na *Revista Espaço Acadêmico*, podem ser aqui listados: (a) nível da taxa de câmbio e inflação; (b) preço da mão de obra; (c) grau de dificuldade para se obter recursos naturais e insumos; (d) nível da taxa de juros; (e) tamanho do mercado consumidor e efetiva capacidade de consumo; (f) capacidade de entrada no mercado e privatização; (g) tamanho da carga tributária; (h) política de subsídios; (i) nível do risco Brasil; (j) qualidade da infraestrutura de portos, estradas, fretes, energia. Para maiores detalhes sobre o tema, veja-se CASTOR, Belmiro Valverde Jobim. *Custo Brasil: muito além dos suspeitos habituais*. Revista FAE, Curitiba, v. 2, n. 2, maio/ago. 1999, p. 1-6. Disponível em: <[http://www.fae.edu/publicacoes/pdf/revista\\_da\\_fae/fae\\_v2\\_n2/custo\\_brasil\\_muito\\_pdf](http://www.fae.edu/publicacoes/pdf/revista_da_fae/fae_v2_n2/custo_brasil_muito_pdf)>. Acesso em: 4 set. 2007.

4 Revista *Veja*, edição nº 2020, de 08.08.2007.

5 O PAC é um conjunto de medidas do Governo Federal que visa aumentar o nível de desenvolvimento econômico do País, e abarca, entre suas áreas, o campo dos biocombustíveis e da bioenergia. Íntegro programa pode ser acessada em <<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2007/01/22/materia.2007-01-22.1909859633/view>>. Acesso em: 3 set. 2007.

6 Maiores detalhes podem ser acessados em <<http://www.brasil.gov.br/pac/pac-2>>. Acesso em: 15 jan. 2012.

enfrentados em uma perspectiva de curto, médio e longo prazo, em visão ampla e agregadora e ao mesmo tempo objetiva. Em que pese à intenção salutar do Poder Executivo, é necessária uma verdadeira corrida em busca do desenvolvimento, uma vez que as grandes nações do globo, aí incluídos os outros componentes do BRIC<sup>7</sup>, também avançam nestas frentes, apresentando, inclusive, índices superiores de crescimento, em que pese o fato de o Brasil configurar-se como o único BRIC no qual efetivamente ocorreram, nos últimos anos, distribuição de renda e ascensão social, sendo que os efeitos da crise de 2008-2009 não causaram efeito tão grave como aquele ocorrido na Europa e Estados Unidos.

Considerando a capacidade arrecadatória limitada do Estado, torna-se necessário um maior aporte de recursos oriundos do setor privado, a fim de efetivamente concretizar as melhorias necessárias. Além disso, para que os investimentos tenham um retorno qualificado ao destinatário (consumidores, empresários, etc.), são necessárias, também, agências reguladoras que fiscalizem de modo eficaz a qualidade do serviço prestado pelas empresas e que permitam a existência de um mercado saudável, bem como um sistema de defesa de concorrência que puna exemplarmente as condutas que lesem a livre concorrência. Necessário, para isso, regras claras e transparentes e um marco regulatório que atraia empresas e seja efetivamente cumprido, a fim de trazer segurança institucional e jurídica aos investidores e usuários.

Neste cenário de busca por marcos regulatórios estáveis, que coordenem o mercado, porém sem engessá-lo, a fim de não espantar os investidores, surge a questão do mercado de bicombustível, retratado no caso brasileiro principalmente pela cana de açúcar, especificamente em dois setores com influência imediata no setor de infraestrutura: (i) o etanol, biocombustível importante, de caráter renovável, que perpassa transversalmente todas as áreas de infraestrutura antes mencionadas, e que tem criado interesse de investidores dos mais variados matizes<sup>8</sup>; e (ii) o bagaço da cana, um dos subprodutos da cana-de-açúcar que pode produzir a bioenergia, configurando-

---

7 “BRIC” é um acrônimo cunhado pelo grupo Goldman Sachs, para designar os quatro principais países emergentes do mundo: Brasil, Rússia, Índia e China. Trata-se de um estudo que prevê que, em 2050, os países citados terão um papel importantíssimo na economia mundial. Foram utilizadas projeções demográficas e um modelo de acumulação de capital e de crescimento de produtividade, sendo mapeados o Produto Interno Bruto, a renda *per capita* e movimentos de valor das moedas nas economias “BRIC” até 2050. Se as projeções forem corretas, em menos de 40 anos as economias integrantes do BRIC podem ser maiores que o G6 (Estados Unidos da América, Japão, Inglaterra, Alemanha, França e Itália), tomando-se por base o dólar americano. O *paper* original (WILSON, Dominic; PURUSHOTHAMAN, Roopa. *Dreaming With BRICs: The Path to 2050*. Global Economic Paper n. 99, 1st October 2003) pode ser acessado no seguinte endereço: <<http://www2.goldmansachs.com/insight/research/reports/99.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2007.

8 Inclusive George Soros, que estaria investindo cerca de US\$ 900 milhões de dólares na produção do etanol nos próximos cinco anos.

-se como janela de oportunidade viável aos outros investimentos na área, atualmente centrados em hidrelétricas.

O Brasil, detentor do cultivo em grande escala da cana-de-açúcar, pode tornar-se, desde que dadas as condições estruturais, institucionais e legais cabíveis à espécie, sustentável em termos de variação no setor energético (construindo assim usinas alternativas às hidrelétricas), podendo também estabelecer uma alternativa à matriz energética vigente na área dos combustíveis, *i.e.*, substituindo ou contrabalançando-se ao petróleo. Os Estados Unidos, por seu turno, são os maiores produtores de etanol do mundo, tendo produzido 50 bilhões de litros de combustível em 2010. O etanol americano é feito a partir do milho em sua maior parte, em que pese existirem novos estudos levados a cabo por aquele país para a utilização de plantas mais eficiente.

Assim, o objetivo central do presente estudo é estabelecer, ao longo de seu desenrolar, um entreposto valorativo entre os interesses do governo e dos consumidores (coletividade) de um lado, e empresariado/produtores do outro, no âmbito do mercado de bicomcombustíveis (etanol e bioenergia), a fim de se criar um ambiente ao mesmo tempo dinâmico (essencial à atividade empresarial) e sustentável (importante para a manutenção e consumo, a longo prazo, do produto). Estes apontamentos também terão aplicação para a questão americana, levando em conta, em especial, o fato de que o mercado americano, por meio da EPA – Environmental Protection Agency, reconheceu o etanol brasileiro como biocombustível de alta qualidade, por meio do Renewable Fuel Standard (RFS), fato que ocasionou o registro de mais de 100 usinas de cana de açúcar sob os auspícios do referido programa<sup>9</sup>. Desta forma, surge espaço para possibilidades de regulação que alcançará mercados produtores de outros países, existindo, muito provavelmente, interação e eventual conflito entre legislações, em que pese a recente diminuição na produção de etanol no Brasil, refletindo em baixa oferta, o que levou o BNDES, em 2012, a estabelecer linha de apoio no valor de R\$ 4 bilhões de reais para incentivar o aumento da área de plantação do vegetal.

Nesta senda, antes de adentrar no cerne do presente estudo, serão traçadas linhas gerais, em um contexto histórico e legislativo, a respeito do direito da concorrência e do direito da regulação – os quais são áreas interconectadas, como bem observa Ana Maria de Oliveira Nusdeo<sup>10</sup> – com

---

9 Disponível em: <<http://english.unica.com.br/noticias/show.asp?nwsCode=DB1D1299-3567-458B-874F-0B235FB67540>>.

10 NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Agências reguladoras e concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 159-189.

foco nos EUA e Brasil. Após breve histórico das atribuições da ANP – Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, bem como da ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica, faz-se um mergulho no mercado da cana-de-açúcar, estabelecidas as perspectivas no tocante à regulação e fiscalização do mercado de etanol e, indiretamente, de bioenergia. Faz-se similar *approach* em relação ao mercado dos Estados Unidos, em relação à EPA – Agência de Proteção Ambiental e ao DOE – *Department of Energy*, ao atual nível de regulação daquele país. Como o presente trabalho tem natureza essencialmente pragmática, existe parte dedicada exclusivamente à realização de propostas na área de regulação, em ambas as áreas, tendo como objetivo primacial a busca pela eficiência no mercado, evidentes que resguardadas garantias imanentes a um sistema capitalista inscrito em um Estado Democrático de Direito<sup>11</sup>.

É importante realçar, por seu turno, que, para analisar o direito concorrencial em um contexto de *Constituição Econômica*, deve-se seguir uma dupla interface, conforme observa Calixto Salomão Filho:

Qualquer análise do sistema econômico sob a perspectiva do direito concorrencial deve ser, necessariamente, dúplice. Em primeiro lugar é obviamente necessário estudar as regras aplicáveis a particulares ou ao Estado enquanto exerce atividade econômica. Mas isso não é suficiente. Importa, também, analisar a relação entre os poderes estatais típicos (regulamentar e fiscalizatório) e o sistema concorrencial. Isso significa tentar determinar o correto inter-relacionamento entre os dois setores: o setor regulamentado pelo Estado e aquele auto-regulamentado pelo mercado, onde o Estado deve, teoricamente, apenas assegurar o correto funcionamento do sistema e impedir abusos, através da aplicação da legislação concorrencial. É preciso determinar até que ponto a regulamentação é capaz de excluir a aplicação do direito concorrencial e, para aqueles casos em que isso não é possível, até que ponto os princípios concorrenciais podem servir de parâmetro para controle da ação estatal ou da conduta do particular autorizada pelo poder estatal.<sup>12</sup>

São basicamente nestes dois contextos que se estabelecem os grandes ramos do direito concorrencial. Tomando de empréstimo as lições europeias e norte-americanas em auxílio com o atual estado da arte dos avanços brasileiros, tentaremos aplicar no país as lições estrangeiras e nacionais,

---

11 Constituição Federal de 1988: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político; [...]”.

12 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*: as estruturas. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 21.

adequando-as à realidade brasileira do mercado de bioenergia e biocombustíveis.

## 1 FUNDAMENTOS DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA E DA REGULAÇÃO

O foco do presente trabalho é o da regulação econômica de determinados mercados, *in casu*, o mercado de biocombustíveis, com foco no etanol, produto que tem como matéria-prima a cana-de-açúcar e o milho, principalmente. Em que pese tal fato, torna-se necessário traçar um pequeno histórico a respeito do direito da concorrência, também denominado direito antitruste, o qual deve atuar em conjunto e em harmonia com políticas de regulação.

Em perspectiva mundial, uma das primeiras manifestações legislativas no âmbito do direito da concorrência e do antitruste foi o *Sherman Act*, o qual foi aprovado pelo Congresso norte-americano em 1890, como resposta à constante formação de cartéis, iniciada pela *Standard Oil* em 1882, quando criou um dos maiores monopólios daquela pátria. A lei está situada na Seção nº 15 do *United States Code*, sendo que disposições importantes da lei são aquelas situadas em seus §§ 1º e 2º<sup>13</sup>.

Uma decisão importante e histórica a respeito do combate a cartéis foi a que determinou o dissolvimento de uma *holding* que englobava duas empresas rivais do setor de transporte ferroviário, *case* denominado *Northern Securities Co. vs. United States*<sup>14</sup>.

Os Estados Unidos atualmente possuem uma importante Divisão Antitruste<sup>15</sup>, ligada ao Departamento de Justiça, cuja função primordial é “promover o processo competitivo – e a economia americana – por meio da imposição das leis antitruste<sup>16</sup>”. A divisão processa criminalmente quem

---

13 “§ 1º Todo contrato, combinação na forma de cartel, ou conspiração, que restringe a troca ou comércio entre os vários estados, ou com nações estrangeiras, é declarada ilegal. [...] § 2º Toda pessoa que monopoliza, ou tenta monopolizar, ou combinar ou conspirar com qualquer outra pessoa ou pessoas, a monopolizar qualquer parte da troca ou comércio entre os vários estados ou com uma nação estrangeira, é considerado culpado e é punido de forma parecida [...]”. Tradução do autor.

14 Supreme Court of the United States. 193 U.S. 197. Appeal from the Circuit Court of the United States for the District of Minnesota nº 277 Argued: december 14, 15, 1903 – Decided: march 14, 1904. Íntegra da decisão pode ser acessada em: <[http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0193\\_0197\\_ZS.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0193_0197_ZS.html)>.

15 A divisão pode ser acessada em: <<http://www.usdoj.gov/atr/>>. Acesso em: 2 jan. 2012.

16 Segundo o sítio oficial da divisão, “por mais de seis décadas a missão da Divisão Antitruste foi promover o processo competitivo – e a economia americana – por meio da imposição das leis antitruste. As leis antitruste se aplicam a virtualmente todas as indústrias e níveis de negócio, incluindo manufaturas, transportes, distribuição. Elas proíbem uma variedade de práticas que refreiam os negócios, como conspiração para fixação de preços, fusões que reduzem o vigor competitivo de determinados mercados, e atos predatórios desenhados para adquirir ou manter poder monopolista. [...] O objetivo histórico das leis antitruste é proteger a liberdade econômica e oportunidade promovendo a competição no mercado. Competição em um mercado livre beneficia

viola disposições da lei antitruste. Quando não aplicável, a divisão institui uma ação civil, pleiteando uma ordem judicial proibindo violações futuras da lei e requerendo passos para remediar os efeitos anticompetitivos de violações passadas.

Uma das principais funções da divisão, em conjunto com a *Federal Trade Commission*, é emitir guias para a comunidade empresarial, inclusive com manifestações em conjunto sobre diretrizes acerca da indústria da saúde, da propriedade intelectual, de operações internacionais etc., o que acaba por reduzir os custos para os negócios em sua relação com a lei, uma vez que reduz a incerteza sobre os parâmetros de comportamento legal, economizando dinheiro tanto para o setor privado como para o governo, ajudando as companhias a estruturarem suas operações de acordo com o direito, evitando a necessidade de gastos com fases contenciosas.

Em perspectiva europeia, a Alemanha, já em 1897, por meio de seu *Reichsgericht*, regulou os cartéis, tornando a prevenção de concorrência ruínosa questão de interesse público. Em 1973, com a *Bundeskartellamt*<sup>17</sup>, o controle das concentrações iniciou-se, conforme assevera Abel M. Mateus<sup>18</sup>. Em um contexto de União Europeia, devem ser citados os arts. 81 e 82<sup>19</sup> do

---

os consumidores americanos por meio de preços baixos, melhor qualidade e uma ampla possibilidade de escolha. Competição dá aos empresários a oportunidade de competir em preço e qualidade, em um mercado aberto e em um 'campo de jogo' plano, desimpedido por restrições anticompetitivas. Competição também testa e endurece as companhias americanas em casa, melhorando seu desempenho no exterior". A divisão tem parcerias importantes na esfera internacional e com procuradores-gerais dos Estados. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/>>. Acesso em: 18 set. 2007.

17 Disponível em: <<http://www.bundeskartellamt.de/>>. Acesso em: 18 set. 2007.

18 MATEUS, Abel M. A teoria económica e as concentrações na perspectiva da política da concorrência. Disponível em: <<http://www.autoridadedaconcorrencia.pt/Download/Coimbra.pdf>>. Acesso em: 1 ago. 2007.

19 "Artigo 81. 1. São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, designadamente as que consistam em: a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção; b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento; d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos. 2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo. 3. As disposições no nº 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis: – a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas, – a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e – a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que: a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos; b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa. Artigo 82. É incompatível com o mercado comum e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste. Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em: a) Impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra ou de venda: ou outras condições de

tratado que a constituiu, referentes à questão do antitruste. O controle dos atos de concentração econômica tomaram corpo apenas em 1989.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, nos incisos de seu art. 170, os princípios gerais da atividade econômica, entre eles a *livre concorrência*, situada no inciso IV<sup>20</sup>. Para ser concretizado ou ao menos regrado tal princípio, dentro de um contexto de mercado, estabeleceu a lei máxima, em seu art. 173, § 4º, que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Nesta senda, a expressão abuso de poder econômico, ou, mais precisamente, o combate ao abuso do poder econômico, é uma das grandes frentes para se estabelecer uma efetiva concorrência em um contexto de mercado, e a lei é um dos fatores essenciais para se atingir este fim. Mesmo com alguns delineamentos tênues nas Constituições de 1934<sup>21</sup>, de 1937<sup>22</sup> e de 1946<sup>23</sup> – e também por meio do Decreto-Lei nº 869/1938<sup>24</sup> –, foi em 1962, com a criação do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (Cade), por meio da Lei nº 4.137, que começou a tomar forma a atual estrutura concorrencial do país. A citada lei procurou regular a repressão ao abuso do poder econômico, sendo que, após algumas modificações do texto legal, motivadas pelas Leis nº 6.014, de 27 de dezembro de 1973<sup>25</sup>,

---

transacção não equitativas; b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.”

- 20 “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV – livre concorrência; [...]”
- 21 “Art. 115. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica [...]”
- 22 “Art. 135. Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.”
- 23 “Art. 148. A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.”
- 24 O Decreto-Lei nº 869, de 18 de novembro de 1938, definiu os crimes contra a economia popular, especificamente em seus arts. 2º, 3º e 4º.
- 25 Art. 10 da Lei nº 6.014/1973, que modificou a dicção dos arts. 52 e 57 da referida lei.

nº 8.035, de 27 de abril de 1990<sup>26</sup> e nº 8.158, de 8 de janeiro de 1991<sup>27</sup>, ela acabou por ser revogada por meio da Lei nº 8.864/1994.

A consolidação da legislação concorrencial e a efetiva estruturação do denominado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) se deu por meio da Lei nº 8.864, de 11 de junho de 1994 (Lei Antitruste), a qual, conforme seu art. 1º, “dispõe sobre a prevenção e a repressão 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”. Na referida lei são estabelecidos o funcionamento do Cade<sup>28</sup>, da Secretaria de Direito Econômico – SDE<sup>29</sup> (subordinada ao Ministério da Justiça) e da Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, (subordinada ao Ministério da Fazenda e com atribuições recentemente modificadas<sup>30</sup>), as quais atuam em conjunto na prevenção e repressão das condutas anticoncorrenciais. Importante realçar que o Projeto de Lei nº 3.937/2004 foi aprovado em 5 de outubro de 2011, e, conseqüentemente, a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que prevê mudanças no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, foi aprovada.

Além da seara administrativa existem outras normas que abarcam a matéria, de natureza civil (art. 1.127<sup>31</sup> do Código Civil) e de natureza penal, como a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, capítulo II, em especial os arts. 4º ao 7º, além da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, art. 195 (crimes de concorrência desleal). Atualmente existem alguns projetos de lei que versam sobre a temática concorrencial. Os mais específicos são o Projeto de Lei Complementar nº 344/2002, que pretende a aplicação dos instrumentos e dos princípios contidos na Lei nº 8.884/1994 às instituições financeiras, ressalvadas as situações que possam afetar a higidez do sistema financeiro nacional, circunstância em que o Banco Central decidirá sobre os casos de concentração entre instituições financeiras.

Segundo conceito apresentado por Elizabeth Maria Mercier Querido Farina, o objetivo da defesa da concorrência é o de “proteger a força com-

---

26 Art. 4º da Lei nº 8.035/1990, que modificou o art. 43 da Lei nº 4.137/1962.

27 Art. 13 da Lei nº 8.158/1991, que alterou o art. 74 da Lei nº 4.137/1962.

28 Arts. 3º a 12.

29 Art. 14.

30 Veja-se Decreto nº 6.193, de 22 de agosto de 2007, que aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Ministério da Fazenda, em especial o art. 12 e incisos do Anexo I.

31 “Art. 1.147. Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subseqüentes à transferência.”



petitiva que se supõe constituir o mecanismo mais eficaz de alcançar a eficiência produtiva, o vigor da inovação técnica, a criação de novos produtos e o aprendizado”<sup>32</sup>. Este é um dos grandes motivos pelos quais o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência está se reestruturando.

### 1.1 AGÊNCIAS REGULADORAS NO MUNDO, NO BRASIL E NOS EUA

A origem das Agências Reguladoras remonta ao ano de 1834, quando o parlamento inglês criou órgãos com o objetivo de aplicação e concretização de textos legais. Os Estados Unidos, seguindo o exemplo anglo-saxão, criaram em 1887 a *Interstate Commerce Commission*<sup>33</sup>, ligada ao Departamento do Interior. Após o *crack* da Bolsa, em 1929, e a ascensão do Presidente Roosevelt, houve um incremento no surgimento de Agências Reguladoras naquele país. Visando englobar e padronizar os procedimentos junto às agências reguladoras norte-americanas, foi editado o *Administrative Procedure Act*, em 1946. Após este período, entre os anos de 1965-1985, as agências reguladoras foram influenciadas em demasia pelas indústrias dos mercados regulados, sendo que atualmente se busca um ponto de equilíbrio nesta relação. É importante referir que os Estados Unidos possuem mais de um tipo de agência reguladora<sup>34</sup>.

Analisando o contexto norte-americano a respeito da delegação legislativa para as agências reguladoras, José Roberto Pimenta Oliveira é muito feliz ao observar que se trata de uma *solução pragmática*: “reconhece-se que as delegações são necessárias pela proliferação de atividades das agências em setores muito diversos, e que o Congresso não tem os conhecimentos técnicos e a experiência necessária para legislar exaustivamente sobre todas as matérias”<sup>35</sup>.

Na Europa, o fenômeno das agências e órgãos independentes de regulação viceja<sup>36</sup>, considerando o próprio âmbito da Comunidade Europeia,

---

32 Conceito apresentado no Seminário Internacional sobre Direito da Concorrência Conselho da Justiça Federal, em abril de 2005, em palestra denominada “Teoria Econômica: Mercado e Concorrência”.

33 O órgão iniciou como órgão fiscalizador das competições e tarifas da indústria ferroviária, tendo evoluído, mais tarde como órgão de fiscalização da competição intra e intermodal (transporte ferroviário, rodoviário, aéreo e fluvial). Maiores detalhes em VACHAL, Kimberly. *The Interstate Commerce Commission. Past and Present*. North Dakota State University Fargo, North Dakota March, 1993. Disponível em: <<http://ntl.bts.gov/lib/13000/13100/13114/SP111.pdf>>.

34 Basicamente existem agências executivas e independentes nos Estados Unidos. Por limitações temporais e espaciais, não nos debruçaremos com a devida profundidade sobre elas.

35 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *A ANEEL e Serviços de Energia Elétrica*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 334.

36 Basicamente existem agências executivas e independentes nos Estados Unidos. Por limitações temporais e espaciais, não nos debruçaremos com a devida profundidade sobre elas.

sendo que Alexandre dos Santos Aragão sintetiza algumas das características comuns das Agências Reguladoras nos países que foram analisados:

(a) a “independência” de que são dotados consiste na realidade em uma autonomia reforçada em relação ao aparato tradicional da Administração Direta e Indireta; (b) a restrição ao poder de exoneração dos dirigentes dos órgãos ou entidades independentes de regulação não compromete o poder de direção do Governo, sendo este compreendido nos termos das respectivas leis criadoras; (c) todas elas concentram poderes fiscalizatórios, sancionatórios, compõem conflitos e editam regulamentos; e d) os amplos poderes regulamentares que geralmente possuem são admitidos desde que a lei fixe os *standards* em que deverão se desenvolver.<sup>37</sup>

Antes de adentrar no âmbito do direito das Agências Reguladoras, é necessário definir e diferenciar os conceitos de regular e regulamentar. Conforme refere Edmir Neto de Araújo<sup>38</sup>,

regular é termo mais genérico, que abrange regulamentar. No Direito brasileiro, porém, têm significados específicos, sendo regular o ato de sujeitar a regras em geral, mais aproximado do sentido de normatizar, e regulamentar o ato de sujeitar a regulamentos, especificamente, cuja edição é da competência privativa dos Chefes de Executivo, mediante seu ato administrativo característico, que é o Decreto.

Alvaro Augusto Pereira Mesquita vai no mesmo sentido, argumentando que se deve caracterizar bem a diferença entre a *função reguladora ou atividade regulatória* e a *função regulamentar ou regulamentação*. A função reguladora ou regulação estatal é bem mais ampla que a regulamentar, uma vez que engloba, além da função regulamentar, as atividades de fiscalização, de poder de polícia, adjudicatórias, de conciliação, bem como a de subsidiar e recomendar a adoção de medidas pelo poder central no ambiente regulado<sup>39</sup>. Assim, as agências são reguladoras e não regulamentadoras.

Satisfeita a dúvida semântica, um pequeno resgate histórico sobre as agências reguladoras é necessário. No Brasil, a existência de órgãos estatais com função reguladora não é tão nova quanto parece. Apenas a título exemplificativo, pode-se citar o Conselho Nacional de Telecomunicações (Contel) e o próprio Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

---

37 Idem, *ibidem*.

38 Para um maior aprofundamento sobre as agências reguladoras no exterior, vide ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 221-261.

39 MESQUITA, Álvaro Augusto Pereira. O papel e o funcionamento das agências reguladoras no contexto do estado brasileiro. Problemas e soluções. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 42, n. 166, p. 25, abr./jun. 2005.

Em realidade, o surgimento das Agências Reguladoras no Brasil é reflexo do novo panorama administrativo do Estado, o qual demanda a descentralização, bem como exigências de celeridade, eficiência e eficácia fiscalizatória, no dizer de Alexandre de Moraes<sup>40</sup>. Está-se diante de um Estado regulador de uma economia de livre mercado.

Este novo perfil do Estado, como bem esclarece Dinorá Adelaide Musetti Grotti,

impõe a redução das suas dimensões, envolvendo as questões de privatização, terceirização e publicização; a recuperação da sua capacidade financeira e administrativa; a necessidade de fortalecimento de sua função reguladora, fiscalizadora e fomentadora; e o desmonte do Estado produtor, interventor e protecionista; o aumento da governabilidade.<sup>41</sup>

Todo este conjunto de medidas sinaliza a falência do Estado-Empresário – para utilizar a expressão de Luis Roberto Barroso<sup>42</sup> –, em uma mudança operacional em sentido gerencial, sendo que palavras como desburocratização, transparência, *accountability*, ética, profissionalismo, competitividade e enfoque no cidadão passam a ser as pedras de toque da gestão pública.

Marcos legais e institucionais importantes para esta mudança na concepção estatal – de provedor puro e simples para regulador, gerenciador e indutor – são o Programa Nacional de Desestatização (instituído pela Lei nº 8031 de 12 de abril de 1990) e o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado<sup>43</sup>, de 1995, que guiou e orientou a reorganização da Administração Federal, tendo Luiz Carlos Bresser Pereira como um de seus maiores expoentes, que foi o Ministro da Administração federal e da Reforma do Estado – Mare.

A regulação deve seguir alguns princípios básicos. Diogo de Figueiredo Neto efetua um elenco tripartite: (i) competência regulatória (a partir da deslegalização e da adoção de funções híbridas); (ii) independência regulatória (a funcional, a dos agentes e a financeira); e (iii) participação regulatória (pela publicidade e pela processualidade aberta)<sup>44</sup>.

---

40 MORAES, Alexandre de Moraes (Org.). *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 17.

41 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As agências reguladoras. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 06, maio/jun./jul. 2006. Disponível em: [www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br). Acesso em: 10 set. 2007.

42 BARROSO, Luis Roberto. Apontamentos sobre as agências reguladoras. In: *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 17, 109-131.

43 Cópia disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>>.

44 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. A alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático. São Paulo: Renovar, 2003. p. 168.

Atualmente, existem inúmeras agências reguladoras no Brasil, seja em nível municipal, estadual<sup>45</sup> ou federal. No âmbito federal, já foram criadas a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), a Agência Nacional do Petróleo (ANP), a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), a Agência Nacional de Águas (ANA), a Agência Nacional dos Transportes Terrestres (ANTT), a Agência Nacional dos Transportes Aquaviários (ANTAq), Agência Nacional do Cinema (Ancine) e a Agência Nacional da Aviação Civil (Anac)<sup>46</sup>.

A doutrina tem elencado alguns requisitos para que as Agências Reguladoras possam agir plenamente, atingindo assim seu objetivo final, que é regular determinados mercados com o objetivo de tornar eficientes suas estruturas. Gesner Oliveira, *e.g.*, elenca cinco pontos fundamentais para que as agências reguladoras ajam de modo eficaz, quais sejam: (i) *independência*, a fim de que a agência seja órgão de Estado, não de governo, incólume aos influxos políticos; (ii) *transparência*, o que reflete em constante prestação de contas à sociedade, como, por exemplo, publicação dos pareceres técnicos que embasaram a tomada de decisão do órgão; (iii) definição precisa de sua *missão*, para, em um segundo momento, integrar e coordenar agências que tenham pontos de conexão, tais como a ANP e a ANEEL; (iv) recursos humanos com capacitação técnica de alto nível; e (v) criação de incentivos para a concorrência<sup>47</sup>. Na mesma senda, a ABAR publicou livro sobre o tema, do qual resultaram dez sugestões, como nos informa Nivalde Castro<sup>48</sup>.

---

45 Em âmbito estadual, existem, entre outras, as seguintes agências: (i) Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia (Agerba), criada pela Lei nº 7.314, de 19 de maio de 1998, com atribuições no art. 1º; (ii) Agência de Regulação do Ceará (Arce), criada em 30 de dezembro de 1997, por meio da Lei nº 12.786, com atribuições em seu art. 5º; (iii) Agência de Regulação e Controle de Serviços Públicos do Pará (Arcon); (iv) Pernambuco; (v) Agência Reguladora de Serviços Públicos do Rio Grande do Norte (Arsep), criada pela Lei nº 7.463, de 02 de março de 1999, substituída pela Lei nº 7.758/1999, com atribuições nos arts. 2º, 3º e 4º; (vi) Agências no Rio Grande do Sul (Agergs), criada pela Lei nº 10.931, 09 de janeiro de 1997, com atribuições nos arts. 3º e 4º; (vii) Agência Reguladora de Serviços Públicos do Rio de Janeiro (Asep), criada pela Lei nº 2.686, de 14.02.1997, com atribuições nos arts. 2º, 3º e 4º.

46 VIOLIN, Tarso Cabral. Aspectos gerais das agências reguladoras no direito brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 844, 25 out. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7423>>. Acesso em: 18 set. 2007.

47 Maiores detalhes em “A experiência brasileira com agências reguladoras”, Marcos Regulatórios no Brasil – o que foi feito e o que falta fazer. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, Rio de Janeiro/RJ, 2005. Coautoria com Thomas Fujiwara e Eduardo Luiz Machado. Disponível em: <[http://www.goassociados.com.br/Papers/Agencias\\_IPEA\\_Final.pdf](http://www.goassociados.com.br/Papers/Agencias_IPEA_Final.pdf)>.

48 São formuladas dez sugestões para o aperfeiçoamento da atuação das Agências. Estas dez sugestões são sintetizadas a seguir: 1. Necessidade de uma lei geral sobre o regime jurídico das Agências; 2. Aprimoramento do Controle das agências; 3. A Articulação entre órgãos de regulação; 4. A Efetivação do juízo técnico no processo de indicação dos dirigentes das agências; 5. Maior pluralismo das agências; 6. Incremento de transparência e participação popular; 7. A descentralização territorial; 8. As agências e os consumidores; 9. A Explicitação das fronteiras entre políticas; 10. A Imprescindibilidade de se garantir meios e recursos para o funcionamento das agências. CASTRO, Nivalde J. As agências reguladoras no Brasil: propostas para novo

Veja-se que a “eficiência” das agências reguladoras é questão que deve ser realçada e muito bem discutida, uma vez que existem posicionamentos diversos. Marçal Justen Filho, por exemplo, defende que a legitimação das agências simplesmente pelo fator eficiência não é suficiente, além de ser perigosa. Assim assevera o professor paranaense:

O que é indispensável é reconhecer que as agências devem se inserir num ambiente democrático e sujeitar-se a instrumentos de controle similares aos previstos para todos os centros de poder (político ou não). Mais ainda, é indispensável que se vincule o projeto governativo da agência ao postulado da soberania popular. A atuação da agência apenas pode justificar-se como instrumento alternativo para melhor realização dos valores constitucionais consagrados pelo povo. O argumento da eficiência gerencial não poderá afastar os controles democráticos sobre órgão estatal algum. E a necessidade de controle será tanto maior quanto mais relevante o forem as competências atribuídas a determinados órgãos.<sup>49</sup>

Na busca pelo aperfeiçoamento do sistema de regulação existe o Projeto de Lei Geral das Agências Reguladoras (PL 3.334/2004), o qual está tramitando desde 2004 em regime de urgência, sendo que traz, entre outras, as seguintes inovações ao sistema normativo do Direito Regulatório Brasileiro: (i) atuação integrada das agências reguladoras com órgãos de defesa da concorrência; (ii) maior disponibilização de informações das agências reguladoras pela Internet; (iii) duração do mandato dos dirigentes das agências em 4 anos, permitida uma recondução; (iv) necessidade de assinatura de contratos de gestão e de desempenho entre as agências reguladoras e os ministérios responsáveis pelas áreas nas quais atuam; e (v) transferência do poder de celebrar contratos de outorga de concessões, permissões e autorizações de serviços públicos das agências reguladoras para os ministérios. O projeto possui 137 emendas, é objeto de algumas críticas<sup>50</sup> e não foi aprovado em 2011, como o governo pretendia<sup>51</sup>. Em 2013, foi retirado de pauta.

---

modelo. IFE, Rio de Janeiro, n. 1.154, 21 de julho de 2003. Disponível em: <<http://www.provedor.nucae.ufrj.br/eletrobras/artigos/castro11.htm>>. Acesso em: 15 set. 2007.

49 JUSTEN FILHO, Marçal. *Direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 380.

50 Virginia Parente, em entrevista concedida ao Instituto Acende Brasil, referiu os requisitos necessários para que a lei geral sobre Agências Reguladoras atenda seus objetivos: “[...] uma nova lei geral sobre Agências Reguladoras tem que ser: duradoura, para não onerar a sociedade com os efeitos das mudanças regulatórias; abrangente, uma vez que trata de temas naturalmente comuns a todas as agências; e não casuística, de forma que, ao olhar para o longo prazo, represente o marco de um novo desenho institucional voltado ao desenvolvimento do país”. No que se refere aos grandes desafios para o cumprimento da nova lei, a estudiosa disse que “O Projeto da Lei Geral das Agências precisa estabelecer regras, instrumentos, que evitem o contingenciamento de forma bastante explícita e garantam, dessa forma, a autonomia financeira do órgão regulador. Cabe também atuar na garantia da não subordinação hierárquica das Agências Reguladoras, na estabilidade de seus quadros dirigentes, e na aplicação e extensão das quarentenas. Outro desafio é garantir o preenchimento dos quadros da diretoria a tempo, sem que haja vacância, sob pena de desmoralizar e enfraquecer as agências”.

51 Dois pontos importantes são (i) a subordinação das agências aos ministérios; e (ii) o poder de outorga de serviços públicos.

Delineados os panoramas do direito da concorrência e da regulação, bem como as principais características que devem guiar o processo regulatório e as agências reguladoras, tanto em nível mundial como nacional, a próxima parte está reservada ao aprofundamento das agências reguladoras responsáveis pela regulação dos mercados nos quais estão circunscritos os biocombustíveis (foco no etanol) e a bioenergia.

## 1.2 HISTÓRICO DA ANEEL, ANP, EPA E DOE

Antes de traçarmos as potencialidades dos mercados de bioenergia e biocombustível, é importante efetuar um breve histórico da ANEEL e da ANP, agências que têm por função regular os dois mercados citados. É relevante solidificar e densificar as competências e o modo de atuação de cada uma das agências, para que se possa, de modo objetivo, visualizar em quais dos setores englobam a cadeia produtiva destes dois elementos da matriz energética nacional e deve a regulação ser maior ou menor, em busca da eficiência e da melhoria da concorrência.

É importante alertar, desde já, que tais agências possuem pontos de contato e de confluência. Um grande exemplo é que os *standards* orientadores da Política Energética Nacional, situados no art. 1º da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, abarcam tanto o setor de energia elétrica como o de combustíveis, aí incluídos os biocombustíveis, *verbis*:

Art. 1º As políticas nacionais para o aproveitamento racional das fontes de energia visarão aos seguintes objetivos:

I – preservar o interesse nacional;

II – promover o desenvolvimento, ampliar o mercado de trabalho e valorizar os recursos energéticos;

III – proteger os interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos;

IV – proteger o meio ambiente e promover a conservação de energia;

V – garantir o fornecimento de derivados de petróleo em todo o território nacional, nos termos do § 2º do art. 177 da Constituição Federal;

VI – incrementar, em bases econômicas, a utilização do gás natural;

VII – identificar as soluções mais adequadas para o suprimento de energia elétrica nas diversas regiões do País;

VIII – utilizar fontes alternativas de energia, mediante o aproveitamento econômico dos insumos disponíveis e das tecnologias aplicáveis;

- IX – promover a livre concorrência;
- X – atrair investimentos na produção de energia;
- XI – ampliar a competitividade do País no mercado internacional;
- XII – incrementar, em bases econômicas, sociais e ambientais, a participação dos biocombustíveis na matriz energética nacional.

Para concretizar tais diretrizes foi criado pela mesma lei o Conselho Nacional de Política Energética – CNPE, vinculado ao Ministério de Minas e Energia, o qual tem como atribuição (art. 2º da Lei nº 9.478/1997)

propor ao Presidente da República políticas nacionais e medidas específicas destinadas a:

I – *promover o aproveitamento racional dos recursos energéticos do País, em conformidade com os princípios enumerados no capítulo anterior e com o disposto na legislação aplicável;*

II – *assegurar, em função das características regionais, o suprimento de insumos energéticos às áreas mais remotas ou de difícil acesso do País, submetendo as medidas específicas ao Congresso Nacional, quando implicarem criação de subsídios;*

III – *rever periodicamente as matrizes energéticas aplicadas às diversas regiões do País, considerando as fontes convencionais e alternativas e as tecnologias disponíveis;*

IV – *estabelecer diretrizes para programas específicos, como os de uso do gás natural, do carvão, da energia termonuclear, dos biocombustíveis, da energia solar, da energia eólica e da energia proveniente de outras fontes alternativas; (Redação dada pela Lei nº 11.097, de 2005)*

V – *estabelecer diretrizes para a importação e exportação, de maneira a atender às necessidades de consumo interno de petróleo e seus derivados, gás natural e condensado, e assegurar o adequado funcionamento do Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e o cumprimento do Plano Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis, de que trata o art. 4º da Lei nº 8.176, de 8 de fevereiro de 1991;*

VI – *sugerir a adoção de medidas necessárias para garantir o atendimento à demanda nacional de energia elétrica, considerando o planejamento de longo, médio e curto prazos, podendo indicar empreendimentos que devam ter prioridade de licitação e implantação, tendo em vista seu caráter estratégico e de interesse público, de forma que tais projetos venham assegurar a otimização do binômio modicidade tarifária e confiabilidade do Sistema Elétrico. (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004)*

Existe, ainda, a Empresa de Pesquisa Energética – EPE, criada pela Lei nº 10.847, de 15 de março de 2004, com competências em seu art. 2<sup>o</sup><sup>52</sup>. Ciente das consequências que uma nova crise energética pode causar ao País, o Ministério das Minas e da Energia tem o Plano Nacional de Energia 2030 (PNE – 2030), “um instrumento fundamental para o planejamento de longo prazo do setor energético do país, orientando tendências e balizando as alternativas de expansão do sistema nas próximas décadas, através da orientação estratégica da expansão”<sup>53</sup>. Sem mais delongas, necessário um sucinto detalhamento de cada uma das agências, englobando o histórico do setor e sua atual estrutura, competência e modos de atuação.

O setor de energia elétrica é um dos mais estratégicos do País. Desde o início do século passado<sup>54</sup>, o Estado teve interesse em controlá-lo e/ou fiscalizá-lo. A Eletrobrás, criada em 11 de junho de 1962<sup>55</sup>, constituída por meio da Lei nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961, assumiu posição ativa no setor elétrico nacional a partir da década de 1970.

O projeto de criação do órgão, proposto pelo então presidente Getúlio Vargas, em 1954, demorou muito tempo para ser aprovado devido à resistência e *lobby* de duas empresas estrangeiras que dominavam o mercado de energia elétrica: a Light e a American Foreign Power Company (Amforp). Em realidade, a criação da Eletrobrás teve como objetivo suprir uma lacuna no que tange à falta de investimentos no setor de energia elétrica, que não estava dando conta da crescente demanda de consumo. Ela, inclusive, coordenou os esforços das empresas públicas que já integravam o setor<sup>56</sup>, além de captar recursos e financiar investimentos na área. Atualmente, é empresa de economia mista e capital aberto, sendo que a União é possuidora da maior parte das ações ordinárias<sup>57</sup>. Entre outras funções, dá suporte a programas governamentais, tais como o Programa de Incentivo às

---

52 A Empresa de Pesquisa Energética – EPE tem por finalidade prestar serviços na área de estudos e pesquisas destinadas a subsidiar o planejamento do setor energético, tais como energia elétrica, petróleo e gás natural e seus derivados, carvão mineral, fontes energéticas renováveis e eficiência energética, entre outras.

53 Para maiores detalhes, pode-se acessar o sítio do Ministério das Minas e Energia: Disponível em: <<http://www.mme.gov.br>>.

54 Para um histórico mais detalhado, veja-se WALTENBERG, David A .M. O direito da energia elétrica e a ANEEL. In: SUNDEFELD, Carlos (Org.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 352-377.

55 Os objetivos da Eletrobrás estão situados no art. 2º da citada Lei, *verbis*: “A Eletrobrás terá por objeto a realização de estudos, projetos, construção e operação de usinas produtoras e linhas de transmissão e distribuição de energia elétrica, bem como a (*vetado*) celebração dos atos de comércio decorrentes dessas atividades”.

56 A título de exemplo: Companhia Hidroelétrica do São Francisco (Chesf), Furnas, Eletrosul, Eletronorte e Eletronuclear. Em âmbito Estadual, no Rio Grande do Sul a CEEE, em Minas Gerais a Cemig e em São Paulo, empresas agrupadas em torno da CESP.

57 Segundo o sítio da empresa, Eletrobrás é uma empresa de economia mista e de capital aberto, com ações negociadas nas Bolsas de Valores de São Paulo (Bovespa), de Madri, na Espanha, e de Nova York, nos Estados Unidos. O Governo Federal possui 54% das ações ordinárias da companhia e, por isso, tem o controle



Fontes Alternativas de Energia Elétrica (Proinfa), o programa Luz Para Todos e o Programa Nacional de Conservação de Energia Elétrica (Procel). Além disso, possui missão, visão valores e bem definidos<sup>58</sup>.

Relevante lembrar, também, o Centro de Pesquisas Elétricas – Cepel, que começou a operar em 1975, vinculado ao Ministério das Minas e Energia e ligado ao Sistema Eletrobrás, e que vem exercendo suas funções até os dias de hoje<sup>59</sup>.

Nos anos 90 houve um processo de abertura ao capital estrangeiro, com diminuição da participação do Estado em muitos setores da economia, incluído aí o elétrico. Resultado disso foi a onda de privatizações, bem como a criação de agências reguladoras, no caso específico a ANEEL. Agora, a competição é um dos princípios fundamentais das atividades do setor, e é o capital privado quem tem a responsabilidade em expandir a oferta da energia.

A implantação de livre concorrência no setor, à época do Governo FHC, foi a tentativa de promover a eficiência neste setor. Também houve a criação de um programa de termelétricas (Programa Prioritário de Termelétricas – PPT) e a implantação do Mercado Atacadista de Energia (MAE).

Em 2001 houve crise energética do setor, permanecendo ainda algumas incertezas regulatórias, não tendo sido concluído plenamente o processo de privatização nem o citado PPT, sendo que, atualmente, existe uma tendência de o Estado voltar a intervir mais ativamente na política energética. O governo Lula fez com que o Ministério das Minas e Energia fosse o poder concedente e centralizador das decisões do setor. Atualmente, o Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004, é a norma legal que regulamenta a comercialização de energia elétrica, bem como o processo de outorga de concessões e de autorizações de geração de energia elétrica.

Existe um verdadeiro cipoal legislativo no âmbito das normas que incidem no campo da energia elétrica e da ANEEL. Vejamos as mais importan-

---

acionário da empresa. A administração federal é proprietária ainda de 15,7% das ações preferenciais, cuja maioria (84,3%) está em mãos privadas.

58 Missão: A missão da empresa é criar, ofertar e implementar soluções que atendam aos mercados nacional e internacional de energia elétrica, atuando com excelência empresarial, com rentabilidade e responsabilidade social e ambiental, contribuindo para o desenvolvimento do Brasil e dos países em que venha a atuar. Visão: Ser referência mundial no negócio de energia elétrica com eficiência empresarial, rentabilidade e responsabilidade social e ambiental. Valores: Ética, Integração, Comprometimento, Valorização das pessoas, Excelência na gestão, Transparência e Responsabilidade social e ambiental.

59 De acordo com o estatuto publicado no Diário Oficial, de 21 de janeiro de 1974, o objetivo do Cepel seria “promover uma infraestrutura científica e de pesquisa, visando ao desenvolvimento, no país, de avançada tecnologia no campo de equipamentos e sistemas elétricos”.

tes. A Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, disciplinando o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica, entre outras providências, é um dos principais diplomas legais sobre a ANEEL. No seu art. 2º estão expostas suas finalidades, *verbis*: “Art. 2º A Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL tem por finalidade *regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica*, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal”.

O Decreto Regulamentar nº 2.335/1997 constitui a Agência Nacional de Energia Elétrica e destrincha ainda mais as competências da ANEEL, em especial no art. 3º do Anexo I, *verbis*:

Art. 3º A ANEEL orientará a execução de suas atividades finalísticas de forma a proporcionar condições favoráveis para que o desenvolvimento do mercado de energia elétrica ocorra com equilíbrio entre os agentes e em benefício da sociedade, observando as seguintes diretrizes:

I – prevenção de potenciais conflitos, por meio de ações e canais que estabeleçam adequado relacionamento entre agentes do setor de energia elétrica e demais agentes da sociedade;

II – regulação e fiscalização realizadas com o caráter de simplicidade e pautadas na livre concorrência entre os agentes, no atendimento às necessidades dos consumidores e no pleno acesso aos serviços de energia elétrica;

III – adoção de critérios que evitem práticas anticompetitivas e de impedimento ao livre acesso aos sistemas elétricos;

IV – criação de condições para a modicidade das tarifas, sem prejuízo da oferta e com ênfase na qualidade do serviço de energia elétrica;

V – criação de ambiente para o setor de energia elétrica que incentive o investimento, de forma que os concessionários, permissionários e autorizados tenham assegurada a viabilidade econômica e financeira, nos termos do respectivo contrato;

VI – adoção de medidas efetivas que assegurem a oferta de energia elétrica a áreas de renda e densidade de carga baixas, urbanas e rurais, de forma a promover o desenvolvimento econômico e social e a redução das desigualdades regionais;

VII – educação e informação dos agentes e demais envolvidos sobre as políticas, diretrizes e regulamentos do setor de energia elétrica;

VIII – promoção da execução indireta, mediante convênio, de atividades para as quais os setores públicos estaduais estejam devidamente capacitados;

IX – transparência e efetividade nas relações com a sociedade.

As competências específicas estão nos incisos I a LXIII do art. 4º do Anexo I do mesmo decreto. No campo da regulação, estas são as atribuições da ANEEL:

Art. 12. A ação regulatória da ANEEL, de acordo com as diretrizes e competências estabelecidas neste Anexo, visará primordialmente à:

I – definição de padrões de qualidade, custo, atendimento e segurança dos serviços e instalações de energia elétrica compatíveis com as necessidades regionais;

II – atualização das condições de exploração dos serviços e instalações de energia elétrica, em decorrência das alterações verificadas na legislação específica e geral;

III – promoção do uso e da ampla oferta de energia elétrica de forma eficaz e eficiente, com foco na viabilidade técnica, econômica e ambiental das ações;

IV – manutenção da livre competição no mercado de energia elétrica.

No campo da fiscalização:

Art. 16. A ação fiscalizadora da ANEEL visará, primordialmente, à educação e orientação dos agentes do setor de energia elétrica, à prevenção de condutas violadoras da lei e dos contratos e à descentralização de atividades complementares aos Estados, com os propósitos de:

I – instruir os agentes e consumidores quanto ao cumprimento de suas obrigações contratuais e regulamentares;

II – fazer cumprir os contratos, as normas e os regulamentos da exploração dos serviços e instalações de energia elétrica;

III – garantir o atendimento aos padrões de qualidade, custo, prazo e segurança compatíveis com as necessidades regionais e específicas de cada categoria de agente envolvido;

IV – garantir o atendimento aos requisitos de quantidade, adequação e finalidade dos serviços e instalações de energia elétrica;

V – subsidiar, com informações e dados necessários, a ação regulatória, visando à modernização do ambiente institucional de atuação da ANEEL.

O petróleo, combustível fóssil de ampla utilização no mundo, verdadeiro “ouro negro”, é fonte energética importante nos mais variados setores da economia do País. A origem de sua exploração remonta ao ano de 1854, na Pensilvânia, Estados Unidos, quando reservas minerais se saleram pesquisados e produzidos, como nos informa Maria D’Assunção Costa

Menezello<sup>60</sup>. No Brasil, já em 1864, na Bahia, foi concedida a primeira concessão para a exploração do petróleo. No início do século XX, a União e os estados receberam técnicos que exploraram o País em busca de potenciais locais para o aproveitamento do mineral.

Em 1938 foi criado o Conselho Nacional do Petróleo, por meio do Decreto-Lei nº 395, de 29 de abril de 1938, vinculado ao presidente da República, à época Getúlio Vargas. O decreto que criou o conselho foi um dos embriões do futuro monopólio estatal sobre o petróleo, considerando, em especial, as disposições de seu art. 2<sup>o</sup><sup>61</sup>. A Petrobras, por sua vez, foi criada em 1953, por meio da Lei nº 2.004, de 03.10.1953, como reflexo do movimento nacionalista “O Petróleo é nosso”. Esta lei apenas autorizou a criação de uma empresa mista, não se tratando de nenhum ato regulatório da indústria do petróleo<sup>62</sup>.

Depois da crise do petróleo de 1970, o governo federal concedeu a empresas privadas o risco de exploração (contratos de risco), não incluindo a produção. Na Constituinte de 1988, o setor do petróleo foi regrado em seu art. 177, tendo sido alterado pelas Emendas Constitucionais nºs 09/1995, 33/2001 e 49/2006, ocasionando assim a possibilidade de empresas tanto estatais como privadas participarem das atividades de exploração, produção, transporte, importação, exportação e distribuição de petróleo, derivados e gás natural.

O marco legal na questão da Regulação do Petróleo é a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Entretanto, em que pese a Agência Nacional de Petróleo possuir esse nome, ela abarca mais setores do que o do petróleo, uma vez que foi modificada pela Lei nº 11.097, de 13 de janeiro de 2005, passando a ser denominada de Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Veja-se o caso dos biocombustíveis, em especial o biodiesel, por exemplo. Ele acaba de integrar a matriz energética do País, devendo ser acrescentado ao óleo diesel<sup>63</sup>.

---

60 MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. Introdução ao direito do petróleo e gás. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Direito administrativo econômico*. p. 378-384.

61 Missão: A missão da empresa é criar, ofertar e implementar soluções que atendam aos mercados nacional e internacional de energia elétrica, atuando com excelência empresarial, com rentabilidade e responsabilidade social e ambiental, contribuindo para o desenvolvimento do Brasil e dos países em que venha a atuar. Visão: Ser referência mundial no negócio de energia elétrica com eficiência empresarial, rentabilidade e responsabilidade social e ambiental. Valores: Ética, Integração, Comprometimento, Valorização das pessoas, Excelência na gestão, Transparência e Responsabilidade social e ambiental.

62 MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa Menezello. Introdução ao Direito do Petróleo e Gás. In: Op. cit., p. 381.

63 “Art. 2º Fica introduzido o biodiesel na matriz energética brasileira, sendo fixado em 5% (cinco por cento), em volume, o percentual mínimo obrigatório de adição de biodiesel ao óleo diesel comercializado ao consumidor final, em qualquer parte do território nacional. § 1º O prazo para aplicação do disposto no *caput* deste artigo é de 8 (oito) anos após a publicação desta Lei, sendo de 3 (três) anos o período, após essa publicação, para se

A definição do que seja biocombustível está situada no inciso XXIV do art. 6º da Lei nº 9.478/1997: “XXIV – Biocombustível: combustível derivado de biomassa renovável para uso em motores a combustão interna ou, conforme regulamento, para outro tipo de geração de energia, que possa substituir parcial ou totalmente combustíveis de origem fóssil;”.

As finalidades da ANP estão dispostas em seu art. 8º da Lei nº 9.478, sendo que as mais relevantes ao presente trabalho são aquelas insculpidas nos seguintes incisos:

Art. 8º A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, cabendo-lhe: I – implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de petróleo, gás natural e *biocombustíveis*, contida na política energética nacional, nos termos do Capítulo I desta Lei, com ênfase na garantia do suprimento de derivados de petróleo, gás natural e seus derivados, e de biocombustíveis, em todo o território nacional, e na proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos; [...] IV – elaborar os editais e promover as licitações para a concessão de exploração, desenvolvimento e produção, celebrando os contratos delas decorrentes e fiscalizando a sua execução; V – autorizar a prática das atividades de refinação, processamento, transporte, importação e exportação, na forma estabelecida nesta Lei e sua regulamentação; [...] VII – fiscalizar diretamente, ou mediante convênios com órgãos dos Estados e do Distrito Federal, as atividades integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos *biocombustíveis*, bem como aplicar as sanções administrativas e pecuniárias previstas em lei, regulamento ou contrato; [...] IX – fazer cumprir as boas práticas de conservação e uso racional do petróleo, gás natural, seus derivados e *biocombustíveis* e de preservação do meio ambiente; X – estimular a pesquisa e a adoção de novas tecnologias na exploração, produção, transporte, refino e processamento; XI – organizar e manter o acervo das informações e dados técnicos relativos às atividades reguladas da indústria do petróleo, do gás natural e dos *biocombustíveis*; [...] XIII – fiscalizar o adequado funcionamento do Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e o cumprimento do Plano Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis, de que trata o art. 4º da [...]; XVI – regular e autorizar as atividades relacionadas à produção, importação, exportação, armazenagem, estocagem, distribuição, revenda e comercialização de biodiesel, fiscalizando-as diretamente ou mediante convênios com outros órgãos da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios; XVII – exigir dos agentes regulados o envio de informações relativas às operações de produção, importação,

---

utilizar um percentual mínimo obrigatório intermediário de 2% (dois por cento), em volume. A regulamentação foi efetuada pelo Decreto nº 5.448, de 20 de maio de 2005.”

exportação, refino, beneficiamento, tratamento, processamento, transporte, transferência, armazenagem, estocagem, distribuição, revenda, destinação e comercialização de produtos sujeitos à sua regulação; [...].

A fiscalização das atividades referentes ao abastecimento nacional de combustíveis bem como o estabelecimento de sanções administrativas estão situadas na Lei nº 9.847, de 26.10.1999.

Em relação aos Estados Unidos, duas agências federais se destacam: o EPA, que é a Agência de Proteção Ambiental Americana, e DOE, que é o Departamento de Energia. O EPA é uma agência federal americana que tem como atribuições proteger a saúde e o ambiente, elaborando e implementando regulações baseadas em leis aprovadas pelo Congresso. Proposta por Richard Nixon e tendo iniciado suas operações em 1970, atualmente possui por volta de 17.000 funcionários.

De acordo com o *site* do Departamento de Energia dos EUA, a missão do DOE é “assegurar a segurança e prosperidade americanas ao acessar seus desafios de energia, ambiente e nucleares por meio de ciência transformativa e soluções tecnológicas”. Mais especificamente, o U.S. Department of Energy (DOE), conforme refere documento de 2008,

tem como um de seus compromissos avançar em soluções tecnológicas para promover o aumento do uso de biocombustíveis sustentavelmente produzidos que sejam limpos, abundantes, com preços razoáveis e domésticos, para diversificar as fontes de energia da nação, reduzir os efeitos das emissões de gás e reduzir a dependência em petróleo.<sup>64</sup>

### 1.3 O MERCADO DE BIOCOMBUSTÍVEIS NO BRASIL E ESTADOS UNIDOS

O mercado de biocombustíveis, o etanol entre eles<sup>65</sup>, é pujante e possui uma perspectiva ampla para frutificar. A demanda nacional e internacional cresce a passos largos. Para o próximo ano (2008), a projeção do consumo nacional ultrapassa os 20 bilhões de litros. Investidores estrangeiros querem entrar no mercado nacional, em busca de projeção internacional<sup>66</sup>.

64 Disponível em: <[http://energy.gov/sites/prod/files/edg/news/archives/documents/Myths\\_and\\_Facts.pdf](http://energy.gov/sites/prod/files/edg/news/archives/documents/Myths_and_Facts.pdf)>. Acesso em: 06 jan. 2012.

65 Outras possibilidades de biocombustíveis são os obtidos por meio das seguintes substâncias: amendoim, canola, dendê, soja, mamona, milho, gordura animal, óleo de cozinha usado, batata, babaçu, cevada, pinhão manso, trigo, beterraba, lignocelulose, etc.

66 É o caso da Bunge, que ofereceu cerca de US\$ 775 milhões pela Companhia Açucareira Vale do Rosário, em que pese a oferta não ter sido, em um primeiro momento, aceita. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/economia/ultnot/bbc/2007/09/10/ult2283u999.jhtm>>. Além da Bunge, o megainvestidor George Soros tem participação na Adecoagro. Em 2004 adquiriu a Usina Monte Alegre, que processa 1 milhão de toneladas

Plínio Mário Nastari faz um panorama importantíssimo sobre as perspectivas deste mercado, abarcando o período de 1975-2005<sup>67</sup>. Até o ano de 2013, a média será de uma usina por mês<sup>68</sup>. Investidores nacionais também estão atentos aos influxos do mercado, e investem pesado<sup>69</sup>.

Existem pesquisas importantes na área, podendo ser citado o trabalho de Rogério Cezar de Cerqueira Leite, no sentido de aumento de produção e eventual substituição da gasolina pelo etanol, em escala mundial<sup>70</sup>, o que ocasionaria, na melhor das perspectivas, a assunção, pelo Brasil, de um papel de destaque na produção de biocombustíveis tão relevante quanto os dos países do Oriente Médio no que toca à produção de petróleo. O caminho, todavia, é longo. Para substituir 10% do consumo planetário de combustíveis fósseis, o Brasil teria de decuplicar a produção de etanol, conforme projeção do Núcleo Interdisciplinar de Planejamento Estratégico (Nipe) da Universidade de Campinas<sup>71</sup>. A demanda já existe, uma vez que países como Argentina, Colômbia, Estados Unidos, Índia, Japão e México já misturam etanol na gasolina.

---

de cana e produz mais de 30 milhões de litros de etanol ao ano. A implantação de uma produtora em Mato Grosso do Sul, fará a receita anual do grupo saltar de US\$ 125 milhões para US\$ 600 milhões em oito anos. Além disso, uma parceria entre a estatal chinesa BBKA Bioquímica e o Grupo Farias, de Pernambuco, criará duas usinas de álcool, cuja produção poderá chegar a 1 bilhão de litros por safra. Além disso, o Grupo Evergreen, da Inglaterra, comprou duas grandes destilarias em São Paulo e Minas Gerais. Por seu turno, a empresa Infinity Bio-Energy disse que investirá US\$ 500 milhões de dólares até o fim do ano para construir três novas usinas e adquirir outras duas (Zero Hora, Porto Alegre, 25 jul. 2007. Caderno Especial Biocombustível, p. 2).

- 67 NASTARI, Plínio. Tendências mundiais para o uso do etanol. 1975-2005. Etanol Combustível. Balanços e perspectivas. Campinas, 17 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://www.nipeunicamp.org.br/proalcohol/Palestras/17/Nastari%20NIPE%20Unicamp%2017nov05%20presentation.ppt>>. Acesso em: 10 out. 2007.
- 68 O dado foi veiculado no Jornal *Folha de São Paulo*. O Brasil vai ganhar em média uma usina de álcool e açúcar por mês nos próximos seis anos. Hoje, com 336 unidades, deve chegar a 409 até o final da safra 2012/2013. Para erguer tudo isso, investidores brasileiros e estrangeiros, com tradição ou não no setor, vão aplicar US\$ 14,6 bilhões no período.
- 69 A Odebrecht, um dos maiores grupos privados do País, agregou o setor de biocombustíveis como uma de suas prioridades, que estava focada anteriormente apenas em construção pesada e petroquímica. O investimento mínimo será de R\$ 5 bilhões em cinco anos. Além disso, Henri Philipe Reichstul, ex-presidente da Petrobras, lidera fundo de investimentos no mercado de etanol do qual participa o norte-americano Vinord Khosla, um dos fundadores da Sun Microsystems. A empresa – Brenco (Companhia Brasileira de Energia Renovável) anunciou a instalação de uma unidade no Estado do Mato Grosso, tendo como meta instalar 10 plantas até 2009 (Zero Hora, Porto Alegre, 25 jul. 2007. Caderno Especial Biocombustível, p. 2).
- 70 Na entrevista, diz o cientista que “a possibilidade existe, mas é difícil. O Brasil tem condições para ajudar nessa questão. É absolutamente possível substituir o petróleo no mundo. Desenvolvo um projeto que prevê o aumento da produção atual de etanol para substituir 10% da gasolina consumida no mundo. Não é algo para ser aplicado imediatamente, mas de forma progressiva. A previsão é ampliar a produção dos atuais 17 bilhões de litros por ano para 200 bilhões de litros até 2025”. Confederação Nacional do Transporte. Transporte atual. ed. 140, a. XII. *O próximo passo*. Entrevista. 10-12.
- 71 Para que tal cenário se concretizasse, o Brasil teria de plantar 40 milhões de hectares de canaviais. O cenário mais conservador, que dá conta de substituição de 5% da gasolina utilizada no mundo, até 2025, demandaria investimentos de 10 bilhões de reais ao ano, com produção de 100 bilhões de litros ano, proporcionando 55 terawatts/hora (TWh), um valor de exportação de US\$ 30 bilhões, aumento do PIB na ordem de R\$ 150 bilhões e aumento de 5,3 milhões de postos de trabalho.

O tema é de suma importância, tanto é que existe no âmbito do Senado a Subcomissão Permanente de Biocombustíveis, a qual funciona em vínculo com a Comissão de Agricultura e Reforma Agrária. A posição da subcomissão, no presente momento, é no sentido contrário à recriação do Instituto do Açúcar e do Alcool (IAA)<sup>72</sup> e da interferência do governo na produção e comercialização deste biocombustível. O presidente da subcomissão, Senador José Tenório (PSDB-AL), defende, entretanto, a criação de nova legislação e de política pública para com o setor alcooleiro<sup>73</sup>.

No seio desta comissão, especialistas da área defenderam a ampliação das plantações de cana-de-açúcar, bem como a utilização do etanol como alternativa ao petróleo. Ao longo dos trabalhos observou-se que: (i) a cana apresenta um dos mais baixos índices de erosão do solo<sup>74</sup>, quando comparada a outros vegetais; (ii) a existência de uma “discussão emocional” sobre a possibilidade de ampliação das plantações de cana-de-açúcar;

---

72 Segundo o *síntese* da Copersucar, “com a crise econômica de 1929, foi criado o Instituto do Açúcar e do Alcool (IAA), cuja função era controlar a produção para manter os preços em um nível adequado, protegendo o produto brasileiro no mercado mundial. Para atingir suas finalidades, o IAA estabeleceu um sistema rígido de cotas, que eram distribuídas entre as diferentes unidades produtoras. Ou seja, cada engenho e usina só poderia produzir uma determinada quantidade de açúcar. Com os preços e a produção rigidamente controlados, a única maneira de manter o negócio lucrativo era reduzir os custos e aumentar a produtividade”. No ano de 1990 houve a extinção do Instituto do Açúcar e do Alcool, por meio da Lei Federal nº 8.029, de 12.04.1990. Disponível em: [www.copersucar.com.br](http://www.copersucar.com.br). Acesso em: 15 out. 2007.

73 Eis o excerto da notícia: “O Senador defendeu, porém, a criação de nova legislação e de nova política pública para o setor alcooleiro. Ele ressaltou que essa nova legislação deve determinar o campo de atuação do Estado no setor. Isso poderia ser feito, segundo o parlamentar, por um projeto de lei que definiria as prerrogativas do Estado na área. João Tenório disse que o Estado pode ter o papel de atestar a qualificação do produto e exigir uma certificação ambiental e trabalhista que sirva de garantia do álcool brasileiro no mercado nacional e internacional. Isso deve constar, segundo ele, da nova regulamentação das relações entre Estado e setor privado. – A certificação trabalhista, por exemplo, deve afastar suspeitas de relações trabalhistas irregulares no setor – declarou João Tenório. O presidente da subcomissão afirmou que, no sentido de defender o equilíbrio nacional, o Estado pode vir a definir que, por razões ambientais, não se poderá produzir cana-de-açúcar no Pantanal e na Amazônia, por exemplo. Também admitiu que o Estado pode ter o papel de dizer que determinadas regiões devem dar prioridade à produção de alimentos em vez de matéria-prima para combustível. [...] Isso não quer dizer que não haja os balizamentos institucionais e legais das atribuições do Estado, que têm de ser estabelecidos em lei – argumentou Tenório. O Estado pode ter um papel ainda na distribuição geográfica das zonas produtoras de cana-de-açúcar. Isso, segundo o senador, para gerar oportunidades em todas as regiões em vez permitir que o mercado concentre a produção apenas em uma região, como acontece hoje. – Hoje o crescimento da produção de cana-de-açúcar e, conseqüentemente, de álcool se concentra praticamente nos Estados de São Paulo e Minas Gerais. O Nordeste está absolutamente ausente disso. A aérea pré-amazônica também está ausente disso – declarou. Por isso, segundo ele, o Brasil precisa de políticas públicas para que a produção se estenda por todo o país, criando oportunidades para que todo o Brasil participe dos benefícios da produção do biocombustível. Tenório disse que o governo não deverá intervir em questões de comercialização. – Alega-se, por exemplo, a necessidade da garantia do abastecimento do mercado interno, mas nós estamos precisando de mercado. Nosso objetivo deve ser a ampliação dos mercados. Estamos com uma superprodução e precisamos de mercado – enfatizou. O consumidor brasileiro de combustíveis, disse o senador, ‘está no melhor dos mundos com o carro flex’, pois pode ele mesmo decidir qual o combustível que vai usar – álcool ou gasolina –, dependendo do preço de cada um. – A criação do ‘carro flex’ por si só já foi uma regulamentação. Deixou o consumidor numa situação confortável. Ninguém, afora o brasileiro, vive ainda esta situação que vai se criar, no futuro, para os outros – ressaltou”. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/agencia/verNoticia.aspx?codNoticia=65830&codAplicativo=2>>. Acesso em: 19 set. 2007.

74 A título comparativo, a especialista Laura Tetti referiu que a soja é 62 vezes mais erosiva que a cana, e a mamona é 235 vezes mais nociva.



(iii) o ganho de produtividade da cultura da cana-de-açúcar é na ordem de 4% ao ano; (iv) o processo de produção do etanol como combustível colabora inclusive com a absorção de CO<sub>2</sub><sup>75</sup>.

No mesmo encontro, Laura Tetti, ambientalista e consultora da União da Indústria de Cana-de-Açúcar (Única), referiu que, atualmente, o País produz 17 bilhões de litros de etanol ao ano, sendo que, por volta de 2010, ocorrerá um consumo adicional de cerca de 7 bilhões de litros desse combustível<sup>76</sup>.

Em termos de produção<sup>77</sup>, são 500 milhões de toneladas ao ano. Deste montante, 48% vão para o mercado interno e externo e os 52% restantes têm o fim específico para a produção de álcool. Uma das vantagens dos combustíveis verdes é que eles ajudam a retirar carbono do ar, e, além disso, reduzem 70% das emissões de monóxido de carbono em motores sem catalisador, além de 85% de redução de dióxido de carbono (nos canaviais).

Outros pontos fortes da produção da indústria sucroalcooleira são os seguintes: (i) toda a energia consumida pelas usinas pode ser obtida com a queima do bagaço de cana, tecnologia melhorada com a gaseificação e a redução de consumo de vapor; (ii) o reaproveitamento de um resíduo rico em potássio, o vinhoto, e da torta de filtro (material orgânico retido pelo sistema de purificação) reduz a utilização de fertilizantes; (iii) uso de controle biológico de pragas, como a broca da cana; (iv) redução do efeito estufa pela retirada da atmosfera de dezenas de milhões de toneladas de carbono por ano<sup>78</sup>.

Carlos Eduardo Vaz Rossel refere que para atingir a meta traçada é necessário que o governo coordene a área pública e ajude a organizar o setor privado (proibição de plantio de cana na Amazônia, e no pantanal, por exemplo). Além disso, desde que sejamos capazes de regular a produção, a entrada no mercado internacional não é uma ameaça.

75 Mais detalhes em: <<http://www.senado.gov.br/agencia/verNoticia.aspx?codNoticia=65786&codAplicativo=2>>.

76 Disponível em <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2007/08/29/brasil-vai-consumir-mais-7-bilhoes-de-litros-de-etanol-ate-2010-diz-consultora-da-unica> Data de Acesso: 19 set. 2007

77 A título de esclarecimento de como o etanol é produzido, cabível um breve resumo: 1. A cana a ser processada passa por uma limpeza para retirada de terra, areia e outros resíduos – com água ou a seco. Os talos são cortados e passam por um equipamento chamado desfibrilador. 2. Após, o caldo é extraído por moagem ou difusão (menos usada). 3. O caldo de cana obtido é tratado para eliminar impurezas, por meio de peneiras e processos químicos associados à sedimentação. 4. Depois de um novo processo de purificação, uma espécie de pasteurização (aquecimento seguido de rápido resfriamento), ocorre a fermentação que transforma os açúcares da cana em etanol. Depois dos filtros e evaporadores, o combustível ainda passa por etapas de destilação e retificação. No caso do anidro, pela desidratação. O bagaço que sobra no processo é queimado nas caldeiras para gerar a energia que alimenta as usinas.

78 Fonte: ZH, p. 6.

O maior obstáculo para o Brasil, segundo Plínio Nastari, é o câmbio. Antes, o País era líder disparado em termos de custo de produção, se comparado com os maiores competidores, Austrália e Tailândia, os quais possuem problemas internos (problemas de água e limitação de áreas férteis, respectivamente).

Já existem também estudos no âmbito de um selo de qualidade do etanol, atualmente sob a responsabilidade do Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Inmetro), com o papel de desenvolver e harmonizar normas internacionais. João Alzino Herz da Jornada, presidente do Inmetro, procura estabelecer pontos em comum com outros países, em especial os Estados Unidos, onde trabalha já há um ano com o Instituto Norte-Americano de Padrões e Tecnologia (NIST). O processo duraria ao menos 2 anos, sendo que no meio-tempo seria desenvolvido um sistema para certificação com foco nos aspectos socioambientais da produção do etanol (do biodiesel também). A iniciativa privada também tem estudos na área. É o caso da empresa Triplo A, que atua na certificação de processos produtivos no agronegócio. Apenas com qualidade é que o mundo irá se dispor a depender de um produto produzido no Brasil.

Raquel Rodrigues de Souza<sup>79</sup>, em importante trabalho acadêmico, no qual analisou as perspectivas para o mercado mundial de álcool automotivo, fez ampla análise do setor, referindo que o mesmo é promissor para o Brasil, maior produtor mundial, considerando os concretos prognósticos de aumento de demanda nacional e internacional, bem como os investimentos que vêm sendo feitos, ocasionando a expansão da rede de infraestrutura de transporte do setor sucroalcooleiro. Colocada uma pá de cal nas disposições do empresariado em investir no setor, é na questão da regulação que devemos centrar os esforços de aprimoramento.

Em relação aos Estados Unidos, é importante referir que a nação é a maior produtora de etanol desde 2005. A produção em 2010 alcançou 49,2 bilhões de litros, e, junto com o Brasil, eles produzem 88% de toda a produção mundial. Em termos de evolução, a participação do etanol no *share* do mercado americano de gasolina por volume aumentou de menos de 1% em 2000 para quase 10% em 2010. A capacidade de produção doméstica aumentou 15 vezes depois de 1990, de 900 milhões de galões para 1,63 bilhões em 2000, sendo de 13,5 bilhões de galões em 2010, conforme já informado anteriormente.

---

79 SOUZA, Raquel Rodrigues de. Panorama, oportunidades e desafios para o mercado mundial de álcool automotivo. Universidade Federal do Rio de Janeiro. UFRJ-COPPE, Rio de Janeiro, fev. 2006. Disponível em: <<http://www.ppe.ufrj.br/ppe/production/tesis/raquelrs.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2007.

A associação de combustíveis renováveis informa que existem 204 destilarias em operação e outras 9 em construção para o ano de 2010. Assim, a capacidade total instalada aumentaria para 14,6 bilhões de galões. No início de 2009, a indústria sofreu com os efeitos da crise de 2008. Motoristas dirigiram menos, os preços da gasolina caíram e menos capital estava disponível.

Nos Estados Unidos existe importante debate a respeito da efetiva sustentabilidade do etanol do milho, pois as usinas de produção do combustível são movidas a carvão. Outras questões referem-se ao uso de terra arável para a produção de combustível e não para a de alimento, consequências diretas e indiretas deste uso, etc. Dan O'Brien efetuou um importante e completo estudo sobre a temática, com dados e projeções relevantes.

## 2 A REGULAÇÃO DOS SETORES DE BIOENERGIA E BIOCOMBUSTÍVEIS: LIMITES E POSSIBILIDADES

### 2.1 SETORES DOS MERCADOS DE BIOENERGIA E BIOCOMBUSTÍVEIS REGULADOS NO BRASIL E EUA

Após o esboço histórico-legislativo do direito concorrencial e do direito da regulação, do panorama da ANEEL e da ANP, bem como da análise dos mercados de bioenergia e de biocombustível, com foco na questão da cana-de-açúcar, chega-se ao ponto nevrálgico do trabalho, qual seja determinar o atual nível de regulação destes mercados, bem como a existência de limites e eventuais possibilidades de novas regulações, com o diagnóstico dos problemas que afligem tanto a coletividade como os empresários, culminando com a sugestão de “tratamentos regulatórios”.

O próprio Governo admite que a regulação econômica não é trivial, uma vez que, ao confeccionar e implementar esse corpo de regras, o Poder Público terá de (i) asseverar quais são, em cada momento, a quantidade e qualidade ótimas de bens ou serviços a serem produzidos; (ii) criar os incentivos corretos para que os produtores atendam a essa demanda de forma eficiente; (iii) estimulá-los a investir em inovação e adaptação de seus produtos; (iv) ao menor preço (ou tarifa) possível (isto é, com o preço igual aos custos marginais de longo prazo); e (v) induzir o repasse dos ganhos de produtividade para o consumidor dos serviços regulados.

Em suma, a “justificativa central para o aumento da atividade regulatória emerge da falta de habilidade do mercado em lidar com problemas estruturais específicos. A regulação passa a ser, justamente, o mecanismo capaz de superar as falhas do mercado”, como refere Carolina Theodoro da Silva Mota<sup>80</sup>.

80 MOTA, Carolina Theodoro da Silva. Regulação e desregulação: uma discussão sobre o equilíbrio entre mercado e coletividade. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Regulatório*: Temas polêmicos. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 179-190.

A possibilidade de regulação nos setores do mercado de etanol e bioenergia é pacífica, em nível constitucional inclusive (art. 173, da CF). Como observa com argúcia Luis Roberto Barroso, “é bem de ver que a relação direta que se tem feito entre as agências reguladoras e serviços públicos e serviços públicos executados por particulares é apenas histórica, já que nada impede a existência de agências para regulação de atividades puramente privadas”<sup>81</sup>. Ou seja, independentemente do setor em que se encontrar a atividade (público, privado ou uma interpolação entre os setores), existe espaço para regulação, desde que ela seja necessária e adequada.

Como acertadamente asseveram Armando Castellar Pinheiro e Jairo Saddi, o Estado não deveria utilizar a regulação econômica do mercado apenas se vivêssemos em um mundo idealizado, em que (i) não houvesse, entre os agentes econômicos, interações que não fossem intencionais e de comum acordo; (ii) a informação fosse total e igualmente disponível para todos; (iii) houvesse um número muito grande de empresas competindo em condições semelhantes, em cada mercado, para vender para um número também elevado de consumidores parecidos<sup>82</sup>. Inexistente este “círculo virtuoso”, que congregaria os interesses de produtores, consumidores, famílias, trabalhadores, etc., estamos diante de falhas de mercado, as quais o tornam ineficiente e são causadas por (i) ineficiência alocativa; (ii) ineficiência técnica ou produtiva; (iii) ineficiência dinâmica.

Assim, considerando que os mercados em questão são estratégicos, com interesses que refletem na coletividade bem como nos rumos econômicos do País, torna-se evidente a necessidade de regulá-los. Os problemas e polêmicas dos setores de biocombustíveis e bioenergia que serão elencados nos pontos que seguem foram capturados ao longo do presente trabalho. Assim, cada ponto será explicado com ênfase em suas implicações econômicas e legais. Após, sugere-se a medida mais adequada: se deve ser regulada ou não, quais medidas que devem ser tomadas, quais órgãos podem interferir na regulação (muitas vezes as agências reguladoras não agem isoladamente).

Já existem setores dos mercados de bioenergia e biocombustíveis que são regulados. No âmbito do mercado de biocombustíveis, a ANP emite autorizações de funcionamento. Veja-se que, atualmente, as distribuidoras de combustíveis só podem comprar álcool dos fabricantes autorizados a

81 BARROSO, Luis Roberto. Apointamentos sobre as Agências reguladoras. In: Op. cit. p. 117.

82 PINHEIRO, Armando Castellar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. São Paulo: Campus, 2006. p. 256.

funcionar pela entidade. Atualmente, a capacidade média de moagem gira em torno de 1,7 milhão de toneladas por usina. Além disso, o preço é monitorado pela ANP.

É importante referir a existência do etanol hidratado, que funciona em motores projetados para tal, e o anidro, que se mistura à gasolina. Conforme a Portaria nº 143/2007 do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, toda gasolina vendida no Brasil atualmente contém 25% de etanol combustível anidro. A fim de combater fraudes (mistura de água com etanol hidratado – mistura conhecida como “álcool molhado”), a ANP estabeleceu, na Resolução nº 07/2011, a obrigatoriedade de adição de corante de cor laranja ao etanol anidro.

No campo da bioenergia existem alguns marcos legais importantes para o desenvolvimento deste mercado, os quais inclusive pendem de melhoria. Em um olhar amplo temos as seguintes disposições legais: a Portaria nº 384/2005<sup>83</sup>, que trata da garantia física para a geração de energia por biomassa; existia, também, a Portaria nº 120/2005<sup>84</sup>, de 17.03.2005, que foi revogada pela Portaria nº 92/2006. Há ainda a necessidade de regulamentação da Lei nº 10.762/2005, que trata da complementaridade das fontes alternativas. Inclusive, os leilões de energia são regrados pelo próprio Ministério, em conjunto com a ANEEL.

Nos Estados Unidos, a demanda por etanol é forte. Existem legislações tanto em âmbito estadual como federal em relação a este mercado. Podemos iniciar o resgate de legislação com o Energy Tax Act of 1978, que introduziu uma isenção tributária que confere a combustíveis que possuem uma mistura de pelo menos 10% por volume a quantia de 40 centavos de dólar por galão em relação ao imposto federal de combustível de motores. Atualmente a isenção é de 51 centavos de dólar por galão. Por sua vez, o Energy Policy Act of 1992 estendeu a isenção para outras misturas adicionais, abaixo de 10% (5.7 e 7.7%). O Clean Air Act Amendments of 1990 estabeleceu o Programa de Combustíveis oxigenados e o Programa de Gasolina reformulada, que aumentou a demanda do etanol como um aditivo. Por seu turno, o Energy Policy Act of 2005 introduziu o Padrão de Combustíveis Renováveis (Renewable Fuel Standard), que requer que a produção americana de combustível inclua uma quantia mínima de combustível renovável

83 Íntegra da portaria disponível no sítio do Ministério das Minas e Energia. Disponível em: <<http://www.mme.gov.br>>. Acesso em: 5 ago. 2007.

84 A portaria estabelecia condições para a definição da garantia física dos empreendimentos de geração de energia elétrica não relacionados na Portaria MME nº 303, de 18 de novembro de 2004, e que pretendam celebrar novos contratos de venda de energia decorrentes dos leilões de energia proveniente de empreendimentos existentes ou de novos empreendimentos de geração.

a cada ano, começando em 4 bilhões de galões em 2006 e alcançando em 2012 a quantia de 7,5 bilhões. Depois de 2012, as taxas de crescimento entre gasolina e etanol deviam seguir o mesmo nível, em termos proporcionais. A lei, descrita como uma tentativa de combater problemas energéticos crescente, modificou a política pública americana em relação à energia, ao dar incentivos a uma série de combustíveis e fontes de energia renovável.

Finalmente, o Energy Independence and Security Act of 2007 (EISA, originalmente denominado como Clean Energy Act of 2007) tem como função principal mover os EUA em direção à independência energética e segurança, aumentar a produção de combustíveis renováveis, proteger consumidores, aumentar a eficiência dos produtos, construções e veículos, promover pesquisa a respeito e sobre liberação de gás estufa e opções de armazenamento, e aumentar a *performance* energética do governo federal. Esta lei previa inclusive o corte de subsídios à indústria do petróleo a fim de promover independência desta fonte de combustível, bem como promover formas de energia alternativa. Essas modificações foram retiradas após oposição do senado, e a lei, ao final, focou em economia de combustível veicular, desenvolvimento de biocombustíveis e eficiência energética em prédios públicos e iluminação.

## 2.2 ATUAIS PROBLEMAS DO MERCADO DE BIOCOMBUSTÍVEIS: PROPOSTAS DE REGULAÇÃO PARA O BRASIL E EUA

Estudos estabelecem que existe uma série de problemas a fim de que possa o mercado de biocombustíveis (foco no etanol), efetivamente, crescer, estabelecendo-se como verdadeiro concorrente de outros combustíveis, principalmente em relação aos combustíveis fósseis (diesel, gasolina, etc.). Seguem alguns apontamentos com reflexo tanto no Brasil como nos EUA.

### a) A questão do preço/tarifa

A questão do preço do álcool é das que mais influenciam o mercado do etanol, uma vez que o preço do produto vem aumentando gradativamente, muitas vezes em percentuais bem maiores do que os da inflação, por exemplo. Inúmeros fatores influenciam este aumento. Um importante elemento foi a introdução e o aumento das vendas dos carros biocombustíveis<sup>85</sup> (atualmente eles representam 65% dos carros nacionais), que utilizam

---

85 Em 2006, a produção aumentou para 1,3 milhão de unidades – 56,31% do total de carros montados. Somente no primeiro semestre deste ano, 695 mil veículos *flex* entraram no mercado – essa produção representa 65% dos veículos leves fabricados no Brasil.

a tecnologia *flex*. Segundo informação do *Jornal da Tarde*, de 3 de agosto de 2007, desde 2004, o produto aumentou 61,38%. O preço em abril de 2004 era de R\$ 0,777 o litro, sendo que, atualmente – julho de 2007, é de R\$ 1,254. Ainda em 2007 (abril) o preço chegou a ser 94,2% mais alto do que o valor de 2004. Em abril de 2006, o álcool ficou 136% mais caro (R\$ 1,834 o litro).

Se o objetivo de lucro no curtíssimo prazo guiar as ações do empresário, o consumo de álcool pode diminuir, uma vez que o uso do etanol só é válido se seu preço representar 70% do valor cobrado pelo litro da gasolina, eis que o consumo de álcool é, em média, 30% maior. E este paradoxo não é irreal ou fantasioso. Segundo reportagem da *Gazeta Mercantil*, de 16.01.2007, abastecer com álcool no lugar da gasolina já não era mais proveitoso em 11 Estados e no Distrito Federal.

A regulação tarifária é um dos aspectos mais importantes da regulamentação dos serviços públicos. Mesmo não se tratando de serviço público *stricto sensu*, o etanol é estratégico para o País, sendo que o governo pode monitorar seu preço (o que já efetivamente ocorre pela ANP).

Marcelo Barbosa Saintive, então secretário de Acompanhamento do Ministério da Fazenda, em entrevista concedida à revista *Marco*, em agosto de 2006, refere que dois fatores principais podem justificar um aumento de preço/tarifa acima da inflação, *verbis*:

O primeiro ocorre quando há um choque negativo de oferta dos preços dos insumos da empresa regulada. Ou seja, há custos exógenos à atividade da empresa regulada e, portanto, ela não é capaz de gerenciar uma elevação desses custos. O segundo motivo acontece quando diretrizes de política pública, tais como a exigência de determinado nível de qualidade na prestação do serviço público ou a universalização de serviços, reduzem significativamente a produtividade do setor regulado e, conseqüentemente, implica um aumento acima da inflação, necessário para a implementação da política pública desejada.<sup>86</sup>

Neste cenário, a função do regulador é (i) assegurar a taxa de remuneração do capital das atividades concedidas, e (ii) proteger o interesse do consumidor. E isto deve ser feito levando-se em conta alguma medida de eficiência econômica. Trata-se de resolver a tensão entre as eficiências alocativa, distributiva e produtiva. Se o preço continuar a aumentar, o governo, em atitude extrema, pode determinar o preço do etanol, atrelando-a a algum

---

86 Disponível em: <<http://www.regulacaoempauta.com.br/agosto2006/entrevista-ideal-ao-real.asp>>.

índice de preços. Veja que, atualmente (última semana de janeiro de 2012), ainda se faz mais economia usando gasolina ao invés de etanol, conforme informação veiculada pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Combustíveis.

### **b) Determinação de regiões para plantio da cana**

A determinação de regiões para o plantio de cana é das mais prementes e importantes. O fato é que, apesar de o País ser amplo e possuir uma das maiores porções de terras cultiváveis do planeta, a monocultura não pode disseminar-se de modo desenfreado.

Assim, tornam-se necessárias medidas no sentido de limitação de plantação em determinadas áreas, bem com o incentivo em outras regiões que têm potencial para o plantio de cana. Trata-se de ampliar a cultura da cana sem solapar ou impedir a produção de outros vegetais, bem como preservar determinadas regiões e seus respectivos ecossistemas (Amazônia e Pantanal, por exemplo).

A questão é importante; tanto que a Comissão da Amazônia, Integração Nacional e de Desenvolvimento Regional realizou, no dia 12 de setembro de 2007, audiência pública com o Ministro da Agricultura, Reinhold Stephanes, para discutir a proibição do plantio de cana-de-açúcar na Amazônia e no Pantanal. O Ministério da Agricultura possui projeto de zoneamento de plantação de cana-de-açúcar, prevendo épocas e locais adequados para o plantio, abarcando três tipos de mapas de zoneamento: (i) locais onde pode ser plantada cana de acordo com o clima e o solo; (ii) regiões onde não se deve plantar cana; (iii) áreas aptas ao plantio da cana, (pastagens e as terras consideradas degradadas).

Maria Silva Gervásio, da Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal (Unider), diz que as usinas produzem o vinhoto, que é cerca de 300 vezes mais tóxico que os esgotos domésticos, o que pode ocasionar morte em massa dos peixes dos rios. Importante realçar, todavia, que já existem empreendimentos nas regiões citadas<sup>87</sup>.

---

87 Na Amazônia, já existem usinas de porte expressivo em Presidente Figueiredo (AM), Ulianópolis (PA), Arraias (TO), além de meia dúzia no Mato Grosso. De acordo com o último levantamento oficial da Conab, um órgão do Ministério da Agricultura, de maio deste ano, na safra passada houve mais de 19 milhões de toneladas de produção de cana-de-açúcar na Amazônia Legal, entre Mato Grosso, Tocantins, Maranhão, Amazonas e Pará. Ainda não consta no documento a produção do Acre, isto é, da agroindústria Alcool Verde, pertencente ao Grupo Farias, que os políticos petistas do “governo da floresta” consideram como o grande trunfo de investimento.



Os empreendimentos que já começaram devem ser mantidos. Após o zoneamento, que, é em realidade, um planejamento estratégico territorial, devem ser estabelecidas punições administrativas para quem plantar nas áreas proibidas. Trata-se, em realidade, de uma restrição de mercado que visa harmonizar e manter a capacidade produtiva do País, de modo sustentável e direcionado.

### **c) Necessidade de reserva de etanol**

A questão da reserva de combustíveis já foi utilizada no País. Antigamente, à época do movimento pró-Alcool, o governo possuía estoques próprios. Ocorre que, naquela época, a interferência do Estado era imensa, inclusive determinando a quantidade a ser produzida. Atualmente, o mercado deve ter maior liberdade, para produzir a quantidade que ele puder produzir, evidente que buscando atender metas.

Nos anos 1990, a atividade era controlada pelo governo, tendo ocorrido séria crise de abastecimento, ocasionada pela má-gestão de estoques. Com a desregulamentação, o setor se organizou em centrais de abastecimento e comercialização, ainda que atualmente não sejam necessários, como refere Plínio Nastari. Atualmente já existe capacidade física de estocagem, sendo que o recomendável seria de 30 a 45 dias de consumo. A questão é definir quem vai arcar com o ônus do carregamento do estoque regulador, o que deve ser discutido na cadeia produtiva. Aqui neste setor existe um ponto dúplice. Como o mercado já possui capacidade de estocagem, o governo deve fiscalizar o nível destas reservas, a fim de não enfrentarmos crises de racionamento.

### **d) Selo de qualidade do etanol**

A monitoração da qualidade do etanol é outra frente na qual o governo deve estabelecer mecanismos de controle. Apenas com controles de qualidade rígidos e transparentes, o produto pode adquirir *status* de mercadoria internacional, obtendo confiança tanto dos consumidores nacionais como internacionais.

Como já exposto em item anterior, o governo está efetuando estudos para a consolidação do produto em nível internacional, o que está sendo efetuado pelo Inmetro. É importante realçar, porém, que também dentro do País devem ser estabelecidos padrões de alta qualidade para o combustível. Após a consolidação do selo, as agências reguladoras devem fiscalizar permanentemente a qualidade do etanol.

### e) Ingresso do etanol brasileiro no mercado americano

Tendo em vista o recente reconhecimento de que o etanol brasileiro é considerado um biocombustível de alto nível, os EUA abriram as portas para o produto brasileiro. O fato, porém, é que existe uma queda na produção nacional, o que fez com que não fosse exportada a quantia esperada com esta liberação das barreiras. Atualmente, inclusive, quem importa etanol é o Brasil, para atender à demanda interna.

Veja-se que o mercado norte-americano de etanol tem distorções, que foram avaliadas por Elobeid e Tokgoz<sup>88</sup>. Os autores criaram um modelo de mercado internacional de etanol, criando uma base inicial, além de analisar o impacto da remoção de distorções ao comércio e domésticas nos EUA em referência a um mercado mundial de etanol. O estudo conclui que

a remoção de distorções ao comércio no primeiro cenário induz uma queda no preço doméstico do etanol americano, o que resulta em um declínio na produção de etanol nos EUA e um aumento no consumo. Consequentemente, as importações americanas de etanol como um todo aumentam significativamente. O preço maior do etanol leva a um incremento na produção do etanol e a uma queda no consumo total de consumo de etanol no Brasil, fazendo com que o total das exportações aumente relativamente a base inicial. No segundo cenário, a remoção das distorções ao comércio e o benefício fiscal de 51 centavos por galão para as refinarias que misturam etanol resultam em um aumento menor do preço mundial do etanol relativamente ao primeiro cenário.

O fato é que sempre se deve monitorar a exportação a fim de verificar se efetivamente as barreiras comerciais antes existentes serão totalmente finalizadas ou serão substituídas por outras.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente texto foram efetuadas apreciações sobre o direito da regulação, nos respectivos papéis da concorrência e da regulação econômica e das agências reguladoras, com foco nos mercados de biocombustíveis no Brasil e nos EUA.

---

88 ELOBEID, Amani; TOKGOZ, Simla. Removing distortions in the U.S. ethanol market: what does it imply for the United States and Brazil? Food and Agricultural Policy Research Institute (FAPRI) Center for Agricultural and Rural Development. Iowa State University. Selected Paper prepared for presentation at the American Agricultural Economics Association Annual Meeting, Portland, OR, July 29/August 1, 2007. Disponível em: <<http://ageconsearch.umn.edu/bitstream/9808/1/sp07el02.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2014.

Importante realçar que se trata de um estudo germinal, que tentou (i) concentrar em um só documento os avanços já efetivados nas áreas estudadas bem como as perspectivas futuras; (ii) monitorar o atual nível de interferência do governo nos mercados estudados; (iii) conceder substrato acadêmico e técnico para melhoramentos e aprimoramentos na área de regulação; (iv) sugerir propostas de regulação considerando os problemas enfrentados por cada uma das áreas; (v) incentivar estudos nesta importante e nem tão explorada área; (vi) formatar material inicial, o qual será aprofundado e detalhado em futuras incursões.

Considerando a empreitada, algumas percepções e conclusões podem ser feitas. Partindo dos pontos mais amplos e descendo aos mais específicos, pode-se concluir que (i) a globalização econômica, a integração dos mercados, o aumento populacional e as questões ambientais estão na pauta mundial e configuram-se como elementos essenciais – até mesmo determinadores – de qualquer tipo de relação social, seja entre cidadãos ou entre o Estado e a coletividade; (ii) as políticas de concorrência e de regulação econômica também se inserem neste cenário; elas devem ser harmoniosas, em busca da eficiência operacional do mercado, regulando mercados estratégicos, seja no que tange a serviços públicos ou outros serviços que tenham importante repercussão social, ambiental, econômica etc., caso dos mercados de biocombustíveis (etanol) e bioenergia; (iii) as modificações ocorridas no início da década de 1990, no Brasil, como a descentralização do governo e sua desburocratização, a desestatização e a abertura ao capital estrangeiro, ainda não estão plenamente realizadas; ainda é necessário o aprimoramento do marco regulatório de setores importantes, *v.g.*, o energético, o que abrange o biocombustível (etanol) e a bioenergia; (iv) as agências reguladoras têm papel muito importante na regulação destes mercados; para que sejam eficientes, eficazes e efetivas em suas atribuições, elas devem ser autônomas, independentes, muito transparentes e acessíveis aos consumidores dos serviços prestados pelos entes privados; devem, ainda, zelar pela qualidade dos serviços e fiscalizar o preço das tarifas, dois determinantes essenciais para o bom funcionamento do mercado; (v) em determinados tipos de mercados, a atuação regulatória deve envolver outros órgãos, além das agências reguladoras, que são autarquias especiais e do próprio SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, como por exemplo ministérios das áreas envolvidas; (vi) considerando a dinamicidade do mercado, certas parcelas de autorregulação também são importantes, considerando a *expertise* dos agentes econômicos envolvidos nesses campos.

Especificamente, no que tange aos mercados de biocombustível (etanol) algumas constatações podem ser feitas. A primeira refere-se a quais

tipos de atividades ou características já são reguladas neste mercado. No campo do etanol, as seguintes atividades já são reguladas: (i) cadastro e autorização de funcionamento das destilarias de álcool, verdadeira restrição de ingresso ao mercado; (ii) monitoramento de preços, por meio de acompanhamento semanal do preço do álcool nas bombas dos postos; (iii) requisitos legais que determinam a mistura de etanol à gasolina, o que incentiva a produção.

Ainda no mercado do biocombustível (etanol), eis os pontos considerados problemáticos e que merecem aprofundamentos: (i) a questão do preço/tarifa; (ii) a determinação de regiões para o plantio de cana-de-açúcar; (iii) necessidade de reserva de etanol; e (iv) o selo de qualidade do etanol. Neste cenário, os pontos I, II e IV devem ser regulados pelo governo, em maior ou menor nível. A questão dos estoques deve seguir uma regulação híbrida, considerando que o setor privado já possui a capacidade de estoque<sup>89</sup>, bastando o governo fiscalizar os níveis de estocagem. Em relação à bioenergia, os itens “a” e “b”, já mencionados anteriormente, também têm relevância.

O cenário futuro é – na pior das hipóteses – promissor. Inúmeros fatores incentivam a utilização da bioenergia e de biocombustíveis no Brasil, EUA e no mundo, e eles podem ser reunidos nos seguintes pontos: (i) crescente aquecimento mundial, que seria diminuído se o etanol fosse adotado mundialmente como combustível alternativo aos fósseis; (ii) aumento no preço do barril de petróleo, que recentemente bateu recorde<sup>90</sup>; (iii) a existência de estudos no sentido de que já atingimos o pico de produção mundial de petróleo, o que ensejará, após, uma redução permanente nas reservas de tal combustível, o aumento de preços e colapso em setores unicamente dependentes desta matriz energética<sup>91</sup>; (iv) as possibilidades de o etanol ser cotado como *commodity*, aumentando seu valor e incentivando investidores; (v) vantagem econômica de produção em relação a outros combustíveis, inclusive se comparado com o etanol do milho, produzido nos EUA; (vi) vantagem estratégica de localização da produção – o país não é tão conturbado política, militar e socialmente quanto o Oriente Médio, por

---

89 A capacidade de estoque existe, mas há atualmente capacidade produtiva ociosa, o que obrigou o país a importar etanol.

90 O preço do barril tipo *light sweet* superou o preço de US\$ 79,00 em Nova York. Notícia veiculada no dia 12 de setembro de 2007. BBC Brasil.

91 A afirmação é polêmica, uma vez que os estudiosos do assunto fazem previsões que variam entre si, acerca do efetivo momento em que atingiríamos o pico mundial de produção de petróleo. Trabalhos importantes na área são os de Marion King Hubbert, Matthew Simmons, e James Howard Kunstler. A última previsão, de autoria de Kenneth S. Deffeyes, dá notícia de que teríamos atingido o pico de produção mundial em 25 de novembro de 2005.

exemplo; (vii) possibilidade de utilização do plantio da cana-de-açúcar em projetos atrelados ao Protocolo de Kyoto ou em seu sucessor.

Sabe-se que, para que as mudanças sugeridas tornem-se realidade, é necessário que as agências reguladoras sejam mais ativas. Mas, afinal, qual o futuro das agências reguladoras tanto no Brasil como nos EUA? A decisão, evidentemente, cabe aos legisladores, mas não nos parece tão difícil. Helena de Araújo Lopes Xavier expõe que

O “futuro das agências reguladoras” fica, portanto, condicionado à opção do legislador entre, por um lado, um modelo de regulação econômica setorial por autarquias especiais, dotadas de alto grau de autonomia e independência administrativa, e ausência de subordinação hierárquica com garantias de legalidade, de isonomia e de despersonalização das motivações no exercício das competências; ou, por outro, de órgãos hierarquicamente subordinados com tarefas meramente burocráticas de execução de decisões autocráticas tomadas sem participação institucionalizada e transparente de todos os interessados.<sup>92</sup>

O que se deve ter em conta, ao fim do presente estudo, é que os mercados analisados são muito importantes, merecendo atenção do governo, incluída aí uma atividade regulatória eficiente, pautada por critérios jurídicos de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Ainda, o outro elo da cadeia produtiva, qual seja o empresariado, deve aprimorar-se, o que apenas se efetivará se concedidos os incentivos governamentais necessários, conforme procurou demonstrar-se.

É importante, por fim, aproveitarmos as racionais palavras de Wesolowski sobre a temática de um bicomustível (etanol), que corroboram a necessidade de regulamentação e incentivos – bem assim o fato de que ele não é panaceia definitiva para os problemas ambientais existentes em um mundo multifacetado:

O debate sobre a virtude do etanol persistiu por mais de um século. O debate confrontou indústrias entre si em cortes e em legislaturas. O etanol consistentemente perdeu no mercado porque a tecnologia simplesmente não conseguia tornar-se barata o suficiente para competir com o petróleo. Nós sabemos hoje que o preço sozinho não é suficiente para fazer valer a pena comprar o petróleo. Qualidade do ar, segurança da energia, impacto ecológico e mudanças climáticas contribuem para o custo total de se usar um combustível. Etanol não é a resposta para todos estes problemas, mas o balanço de provas sugerem que ele pode ajudar. Sustentabilidade não é fazer

---

92 XAVIER, Helena de Araújo Lopes. O futuro das agências reguladoras no Brasil. Disponível em: <<http://www.abdi.org.br/website/artigos.asp?id=288>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

com que um combustível dure para sempre. É sobre fazer com que dure o suficiente para que as gerações futuras que aqui estarão o substituam. Usar biocombustível do etanol é um passo na direção certa.<sup>93</sup>

## REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- ARAÚJO, Edmir Neto de. A aparente autonomia das agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre de Moraes (Org.). *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.
- BARROSO, Luis Roberto. Apontamentos sobre as agências reguladoras. In: *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.
- CASTOR, Belmiro Valverde Jobim. Custo Brasil: muito além dos suspeitos habituais. *Revista FAE*, Curitiba, v. 2, n. 2, maio/ago. 1999, p. 1-6. Disponível em: <[http://www.fae.edu/publicacoes/pdf/revista\\_da\\_fae/fae\\_v2\\_n2/custo\\_brasil\\_muito.pdf](http://www.fae.edu/publicacoes/pdf/revista_da_fae/fae_v2_n2/custo_brasil_muito.pdf)>. Acesso em: 04 set. 2007.
- CASTRO, Nivalde J. As agências reguladoras no Brasil: propostas para novo modelo. IFE, Rio de Janeiro, n. 1.154, 21 de julho de 2003. Disponível em: <<http://www.provedor.nuca.ie.ufrj.br/eletrobras/artigos/castro11.htm>>. Acesso em: 15 set. 2007.
- ELOBEID, Amani; TOKGOZ, Simla. Removing distortions in the U.S. ethanol market: what does it imply for the United States and Brazil? Food and Agricultural Policy Research Institute (FAPRI) Center for Agricultural and Rural Development. Iowa State University. Selected Paper prepared for presentation at the American Agricultural Economics Association Annual Meeting, Portland, OR, July 29-August 1, 2007. Disponível em: <<http://ageconsearch.umn.edu/bitstream/9808/1/sp07el02.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2014.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As agências reguladoras. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 06, maio/jun./jul. 2006. Disponível em: [www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br). Acesso em: 10 set. 2007.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.
- MATEUS, Abel M. A teoria econômica e as concentrações na perspectiva da política da concorrência. Disponível em: <<http://www.autoridadedaconcorrenca.pt/Download/Coimbra.pdf>>. Acesso em: 1 ago. 2007.
- MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. Introdução ao direito do petróleo e gás. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 378-384.

93 WESOLOWSKI, Dan. The sustainability of ethanol fuel in the United States 10.391J Term Paper Spring 2005. Disponível em: <[web.mit.edu/10.391J/www/.../Ethanol\\_Wesolowski2005.pdf](http://web.mit.edu/10.391J/www/.../Ethanol_Wesolowski2005.pdf)>. Acesso em: 2 fev. 2012.

MESQUITA, Álvaro Augusto Pereira. O papel e o funcionamento das agências reguladoras no contexto do estado brasileiro. Problemas e soluções. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 42, n. 166, p. 25, abr./jun. 2005.

MORAES, Alexandre de Moraes (Org.). Agências reguladoras. In: *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. A alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático. São Paulo: Renovar, 2003.

OLIVEIRA, Gesner; FUJIWARA, Thomas; MACHADO, Eduardo Luiz. A experiência brasileira com agências reguladoras. Marcos Regulatórios no Brasil – O que foi feito e o que falta fazer. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, Rio de Janeiro/RJ, 2005. Disponível em: <[http://www.goassociados.com.br/papers/agencias\\_ipea\\_final.pdf](http://www.goassociados.com.br/papers/agencias_ipea_final.pdf)>.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. A ANEEL e Serviços de Energia Elétrica. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

PINHEIRO, Armando Castellar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. São Paulos: Campus, 2006.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA, Raquel Rodrigues de. Panorama, oportunidades e desafios para o mercado mundial de álcool automotivo. Universidade Federal do Rio de Janeiro. UFRJ-COPPE, Rio de Janeiro, fev. 2006. Disponível em: <<http://www.ppe.ufrj.br/ppe/production/tesis/raquelrs.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2007.

VIOLIN, Tarso Cabral. Aspectos gerais das agências reguladoras no direito brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 844, 25 out. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7423>>. Acesso em: 24 set. 2007.

WALTENBERG, David A .M. O direito da energia elétrica e a ANEEL. In: SUNDEFELD, Carlos (Org.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

WILSON, Dominic; PURUSHOTHAMAN, Roopa. Dreaming With BRICs: The Path to 2050. Global Economic Paper n. 99, 1st October 2003. Disponível em: <<http://www2.goldmansachs.com/insight/research/reports/99.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2007.

## APRESENTAÇÕES

FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido. Teoria econômica: mercado e concorrência. Seminário Internacional sobre Direito da Concorrência Conselho da Justiça Federal. abr. 2005. Disponível em: <[http://aplicaext.cjf.gov.br/phpdoc/pages/sen/portaldaeducao/textos\\_fotos/concorrenciac/ElizabethFarina.ppt?PHPSESSID=d59e8c99c9e6834d2eb823ea8e78b028](http://aplicaext.cjf.gov.br/phpdoc/pages/sen/portaldaeducao/textos_fotos/concorrenciac/ElizabethFarina.ppt?PHPSESSID=d59e8c99c9e6834d2eb823ea8e78b028)>.

NASTARI, Plínio. Tendências mundiais para o uso do etanol. 1975-2005. Etanol Combustível. Balanços e perspectivas. Disponível em: <<http://www.nipeunicamp.org.br/proalcool/Palestras/17/Nastari%20NIPE%20Unicamp%2017nov05%20presentation.ppt>>. Acesso em: 10 out. 2007.

SILVESTRIN, Ricardo. Bioeletricidade: desafios e oportunidades. 8º Encontro de Negócios de Energia. Disponível em: <[www.encontrodeenergia.com.br/downloads/palestras/19junho/tarde/carlos\\_roberto\\_silvestrim.pdf](http://www.encontrodeenergia.com.br/downloads/palestras/19junho/tarde/carlos_roberto_silvestrim.pdf)>. Acesso em: 5 set. 2007

WESOLOWSKI, Dan. The sustainability of ethanol fuel in the United States 10.391J Term Paper Spring 2005. Disponível em: [web.mit.edu/10.391J/www/.../Ethanol\\_Wesolowski2005.pdf](http://web.mit.edu/10.391J/www/.../Ethanol_Wesolowski2005.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2012.

## DOCUMENTOS

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, Casa Civil, Câmara de Infra-Estrutura, Câmara de Política Econômica. Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro. Relatório do grupo de trabalho interministerial. Brasília, set. 2003. Disponível em: <[http://www.imazon.org.br/seminario/documentos/artigos/1.avaliacao\\_das\\_agencias\\_reguladoras\\_-\\_casa\\_civil.pdf](http://www.imazon.org.br/seminario/documentos/artigos/1.avaliacao_das_agencias_reguladoras_-_casa_civil.pdf)>. Acesso em: 11 set. 2007.

*Revista Veja*, edição n. 2020, de 08.08.2007.

WWF Brasil. Agenda elétrica sustentável 2020. Estudos de Cenário para um Setor Elétrico Brasileiro Eficiente, Seguro e Competitivo. Série Técnica, Volume XII, Brasília, set. 2006. Disponível em: <[http://assets.wwf.org.br/downloads/wwf\\_energia\\_ebook.pdf](http://assets.wwf.org.br/downloads/wwf_energia_ebook.pdf)>. Acesso em: 25 ago. 2007.

## SITES

Agência Nacional da Energia Elétrica. Disponível em: [www.aneel.gov.br](http://www.aneel.gov.br). Acesso em: 15 set. 2007.

Agência Nacional do Petróleo, do Gás Natural e Biocombustíveis. Disponível em: [www.anp.gov.br](http://www.anp.gov.br). Acesso em: 18 set. 2007.

COPERSUCAR. Disponível em: [www.copersucar.com.br](http://www.copersucar.com.br). Acesso em: 10 set. 2007.

Ministério das Minas e Energia. Disponível em: [www.copersucar.com.br](http://www.copersucar.com.br). Acesso em: 15 set. 2007.

União Européia. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/energy/energy\\_policy/facts\\_en.htm](http://ec.europa.eu/energy/energy_policy/facts_en.htm)>. Acesso em: 12 set. 2007.



2217

## Tribunal Regional Federal da 2ª Região

IV – Apelação Cível nº 496817 2009.51.01.5052085

Nº CNJ: 0505208-21.2009.4.02.5101

Relator: Desembargador Federal Marcelo Pereira da Silva

Apelante: Conselho Regional de Administração do Rio de Janeiro – CRA/RJ

Advogado: Ricardo de Lima Balthazar e outros

Apelado: Companhia Rio das Garças

Advogado: Luiza Ferreira Sampaio de Lacerda e outros

Origem: Terceira Vara Federal de Execução Fiscal – RJ (200951015052085)

### EMENTA

#### **ADMINISTRATIVO – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – PODER DE POLÍCIA – MULTA IMPOSTA PELO CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO – HOLDING – DESCABIMENTO**

I – As sociedades comerciais que possuem como objeto precípua a atividade de participação do capital de outras sociedades não estão obrigadas a se registrarem no Conselho Regional de Administração e nem se submetem ao poder de polícia por ele exercido.

II – Apelação desprovida.

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Acordam os membros da 8ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, em negar provimento ao recurso, na forma do voto do Relator.

Rio de Janeiro, \_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2014.

Marcelo Pereira da Silva  
Desembargador Federal

### RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta pelo Conselho Regional de Administração do Rio de Janeiro – CRA/RJ (fls. 209/219) nos autos dos pre-

sentes embargos opostos à Execução Fiscal nº 2007.51.01.501380-0 (em apenso), em face sentença proferida pelo MM. Juízo da 3ª Vara Federal de Execução Fiscal/RJ às fls. 193/198, que julgou procedente o pedido formulado pela embargante, e determinou a extinção da execução apensada e o cancelamento da Certidão da Dívida Ativa que a fundamentou. O CRA/RJ foi condenado em honorários advocatícios, no valor de R\$ 100,00 (cem reais).

Em suas razões recursais, alega, em síntese, que: a apelada exerce atividades ligadas à área da Administração, pelo que a mesma deve se regularizar junto ao Conselho ora apelante; todas as atividades ligadas à Administração estão sujeitas à fiscalização da apelante; impõe-se a obrigatoriedade da apelada em se registrar perante o Conselho em razão da sua atividade básica, a saber, a prestação de assessoria; a manutenção da sentença implica descumprimento da Lei nº 4.769/1965.

A apelação foi recebida no duplo efeito (fl. 220), tendo sido ofertadas contrarrazões às fls. 222/231.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 236/237, sem vislumbrar interesse público a ensejar sua intervenção no feito.

É o relato do necessário. Peço dia para julgamento.

Marcelo Pereira da Silva  
Desembargador Federal

### VOTO

Os presentes embargos foram opostos pela ora apelada, Companhia Rio das Garças, à Execução Fiscal nº 2007.51.01.501380-0 (autos apensados) proposta pelo Conselho Regional de Administração/RJ, por meio da qual este objetiva a cobrança do crédito consubstanciado na certidão de dívida ativa (cópia às fls. 35/36), no valor de 1.892,68 UFIRs, correspondendo a R\$ 2.014,00 (dois mil e quatorze reais), inscrito em 09.02.2007, em razão de multa administrativa aplicada à embargante/apelante, em decorrência de não ter apresentado os documentos solicitados pela Autarquia, para verificar se a mesma desempenha atividades típicas de Administração sem o competente registro junto ao conselho profissional.

O Juízo *a quo* entendeu que “só há o dever legal de exibir documentos e/ou de registrar-se, tratando-se de pessoas por ele fiscalizadas e que desempenhem atividades nos termos dos arts. 3º do Decreto nº 61.934/1967 e

2º da Lei nº 4.769/1965. Até porque, do contrário, se admitiria que o Poder Público – sob a forma de entidade autárquica – atuasse, independentemente, de previsão legal, consagrando prática avessa a nosso ordenamento jurídico, como Estado de Direito”. Por conseguinte, a Magistrada de primeiro grau entendeu que os embargos deveriam ser julgados procedentes, eis que, não se enquadrando o objeto social da sociedade executada na atividade de Administração, a mesma não estaria sujeita ao registro e, portanto, desobrigada de atender ao requerimento do CRA/RJ no que tange à apresentação de seus atos constitutivos, cujo descumprimento deu ensejo à lavratura de auto de infração com a imposição de multa, cujo valor é o objeto da execução fiscal em apenso.

Antes de mais nada, a despeito dos presentes embargos à execução fiscal terem sido julgados procedentes, cumpre, desde logo, afastar a possibilidade de remessa *ex officio* no caso presente, a teor do § 2º, do art. 475, CPC, tendo em vista o valor exequendo (“Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor”).

Consoante o disposto no art. 1º da Lei nº 6.839/1980, diploma normativo que trata do registro de empresas em entidades fiscalizadoras do exercício de profissões, a atividade básica desenvolvida pela sociedade é o critério utilizado para constatar a existência, ou não, da obrigatoriedade de inscrição nos conselhos profissionais.

Assim, uma vez constatado que determinada sociedade tem como atividade básica a prestação de serviços afetos, especificamente, a uma profissão regulamentada, torna-se impositiva a sua inscrição perante o conselho profissional respectivo. No caso de administrador, o art. 2º da Lei nº 4.769/1965 traz o rol de suas atribuições privativas. Confira-se:

Art. 2º A atividade profissional de Técnico de Administração será exercida, como profissão liberal ou não, *vetado*, mediante:

- a) pareceres, relatórios, planos, projetos, arbitragens, laudos, assessoria em geral, chefia intermediária, direção superior;
- b) pesquisas, estudos, análise, interpretação, planejamento, implantação, coordenação e controle dos trabalhos nos campos da administração *vetado*, como administração e seleção de pessoal, organização e métodos, orçamentos, administração de material, administração financeira, relações públicas, administração mercadológica, administração de produção, rela-

ções industriais, bem como outros campos em que êsses se desdobrem ou aos quais sejam conexos;

c) Vetado.

O art. 15, do mesmo diploma legal, estabelece que “serão obrigatoriamente registrados nos C.R.T.A. as emprêsas, entidades e escritórios técnicos que explorem, sob qualquer forma, atividades do Técnico de Administração, enunciadas nos termos desta Lei”.

Quanto ao Conselho Regional de Administração, trata-se de Autarquia Federal que tem dentre outras competências, o poder de fiscalizar a profissão de administrador, cujas atividades, nos termos do art. 2º da Lei nº 4.769, de 9 de setembro de 1965, e do art. 3º do Decreto nº 61.934/1967, compreendem, respectivamente:

Lei nº 4.769/1965:

Art. 2º A atividade profissional de Técnico de Administração será exercida, como profissão liberal ou não, *vetado*, mediante:

- a) pareceres, relatórios, planos, projetos, arbitragens, laudos, assessoria em geral, chefia intermediária, direção superior;
- b) pesquisas, estudos, análise, interpretação, planejamento, implantação, coordenação e controle dos trabalhos nos campos da administração *vetado*, como administração e seleção de pessoal, organização e métodos, orçamentos, administração de material, administração financeira, relações públicas, administração mercadológica, administração de produção, relações industriais, bem como outros campos em que esses se desdobrem ou aos quais sejam conexos”;

Decreto nº 61.934/1967:

Art. 3º A atividade profissional do Técnico de Administração, como profissão, liberal ou não, compreende:

- a) elaboração de pareceres, relatórios, planos, projetos, arbitragens e laudos, em que se exija a aplicação de conhecimentos inerentes às técnicas de organização;
- b) pesquisas, estudos, análises, interpretação, planejamento, implantação, coordenação e controle dos trabalhos nos campos de administração geral, como administração e seleção de pessoal, organização, análise métodos e programas de trabalho, orçamento, administração de matéria e financeira, relações públicas, administração mercadológica, administração de produção, relações industriais bem como outros campos em que êstes se desdobrem ou com os quais sejam conexos;

- c) o exercício de funções e cargos de Técnicos de Administração do Serviço Público Federal, Estadual, Municipal, autárquico, Sociedades de Economia Mista, empresas estatais, paraestatais e privadas, em que fique expresso e declarado o título do cargo abrangido;
- d) o exercício de funções de chefia ou direção, intermediária ou superior assessoramento e consultoria em órgãos, ou seus compartimentos, de Administração Pública ou de entidades privadas, cujas atribuições envolvam principalmente, aplicação de conhecimentos inerentes as técnicas de administração;
- c) o magistério em matéria técnicas do campo da administração e organização.

Parágrafo único. A aplicação do disposto nas alíneas *c*, *d*, e *e* não prejudicará a situação dos atuais ocupantes de cargos, funções e empregos, inclusive de direção, chefia, assessoramento e consultoria no Serviço Público e nas entidades privadas, enquanto os exercerem.

Compulsando-se os autos, constata-se que o objeto social da parte apelada é a “participação em outras sociedades mercantis ou civis” (Capítulo I, Artigo 3º, fl. 17). Ainda, conforme cópia do comprovante de inscrição e de situação cadastral acostado à fl. 111, sua atividade principal consubstancia-se na “gestão de participações societárias (*holdings*)”.

Observe-se que inexistente obrigatoriedade a ser imposta à ora apelada quanto ao registro junto ao Conselho apelante obrigatoriedade à embargante, pelo fato de caracterizar-se como *holding*, ou de participar do capital de outras sociedades. Nesse sentido, os acórdãos a seguir ementados, inclusive desta Relatoria:

AGRAVO INTERNO – APELAÇÃO CÍVEL – PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – *HOLDING* – INSCRIÇÃO NO CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO – LEI Nº 6.839/1980 – DESCABIMENTO – 1. A Lei nº 6.839, de 30 de outubro de 1980, que dispõe sobre o registro de sociedades nas entidades fiscalizadoras do exercício de profissões, elegeu a atividade básica executada como o critério a ser utilizado para aferição do conselho de fiscalização responsável pelo controle das respectivas atividades. 2. A sociedade empresária cujo objeto social prevê a possibilidade de sua participação em outras instituições, como quotista ou acionista, não se enquadra no âmbito de fiscalização do Conselho Regional de Administração. 3. Agravo interno desprovido.

(TRF 2ª R., Ap-Reex 199551010405434, Des. Fed. Marcelo Pereira/no afast. Relator, 8ª T.Esp., e-DJF2R Data: 10.08.2010, p. 390/391)

ADMINISTRATIVO – EMPRESA *HOLDING* – CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO – EXIGÊNCIA DE REGISTRO E MULTA – Nos termos do art. 1º da Lei nº 6.839, o critério que define a obrigatoriedade de registro de empresas perante os conselhos de fiscalização é a atividade básica desenvolvida, ou a natureza fundamental dos serviços prestados a terceiros. Se a atividade da empresa, indicada em seu contrato social, não envolve a exploração de tarefas próprias e essenciais de administração – ainda que se caracterize como *holding* – o seu registro perante o CRA não é exigível. Em tal contexto, a autuação imposta pelo não atendimento à exigência de registro é abusiva, e, portanto, nula. Remessa necessária e apelação desprovidas.

(TRF 2ª R., Ap-Reex 200851010091035, Des. Fed. Guilherme Couto, 6ª T.Esp., e-DJF2R Data: 29.04.2010, p. 354/355)

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO INTERNO EM EMBARGOS À EXECUÇÃO – DECISÃO – DESCONSTITUIÇÃO DA DÍVIDA ATIVA – CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO – 1. Cuida-se de irresignação recursal manifestada em face de sentença que deu pela procedência do pedido, nos autos dos embargos à execução em que se objetiva a desconstituição da certidão da dívida ativa originada por multa lavrada pro Conselho de Fiscalização Profissional. 2. A embargante, AFC Participações Ltda., alega ser uma *holding*, que tem como objeto social a participação em outras empresas. 3. Irresignado com a sentença que deu pela procedência do pedido, o embargado recorre, argumentando, em síntese, que a participação da embargante como acionista de outras empresas configura atividade sujeita à fiscalização profissional por Conselho de Administração. 4. Sem razão o recorrente, não merecendo reparo a sentença. 5. Com efeito, o que define a obrigatoriedade de registro perante conselho de fiscalização profissional é a atividade básica da empresa, e não atividade meio utilizada para a consecução de seus objetivos. 6. Assim, ao contrário do que argumenta o recorrente, o fato de ser executada uma *holding*, por si só, não a torna sujeita à fiscalização pelo Conselho Regional de Administração. 7. A decisão atacada não merece reparo, uma vez que a agravante não trouxe argumento que alterasse o posicionamento adotado. 8. Agravo interno conhecido e desprovido.

(TRF 2ª R., AGTAC 200251015330250, Des. Fed. Jose Neiva/no afast. Relator, 3ª T.Esp. DJU Data: 07.01.2008)

Desta forma, é de se ver que a atividade empresarial exercida não exige o registro no Conselho Regional de Administração, o que importa na não submissão da sociedade embargante à fiscalização da mencionada Autarquia, impondo-se, por conseguinte, a manutenção da sentença ora recorrida, que acertadamente consignou que “a exigência de documentos pelo Conselho Embargado cinge-se àquelas empresas cujas atividades bá-

sicas e serviços prestados a terceiros forem efetivamente de Administração, nos termos do Regulamento da Lei nº 4.769/1965”.

Neste sentido, confira-se o entendimento adotado por este Egrégio Tribunal Regional Federal:

ADMINISTRATIVO – CONSELHOS REGIONAIS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL – PODER DE POLÍCIA – LIMITAÇÃO ÀQUELES OBRIGADOS AO REGISTRO – ART. 1º DA LEI Nº 6.839/1980

1. Não estando a apelada obrigada a manter registro perante o apelante, disto decorre a sua não submissão ao poder de polícia da apelante, que limita-se àqueles que exercem atividades típicas da profissão de administrador, nos termos do art. 1º da Lei nº 6.839/1980, e que por isto estão obrigados a manter registro junto ao Conselho Regional de Administração.

2. É cediço que os conselhos regionais de fiscalização profissional são entidades dotadas de poder de polícia. Tal fato, no entanto, não exime a autoridade administrativa do dever de atuar dentro dos lindes da legalidade, bem como de atentar para a razoabilidade de seus atos, de modo a evitar arbitrariedades e abuso de poder.

3. Nego provimento à apelação e à remessa necessária.”

(TRF 2ª R., 8ª T., AC 409684, Rel. Des. Fed. Poul Erik Dyrland, DJU 17.07.2008, p. 208)

Do exposto, *nego provimento* à apelação cível interposta.

É como voto.

Marcelo Pereira da Silva  
Desembargador Federal

### **2218 – Ação cautelar – cancelamento do protesto – tutela satisfativa – cabimento**

“Direito processual civil. Apelação cível. Ação cautelar visando o cancelamento do protesto. Tutela satisfativa. Cabimento. Extinção do feito sem resolução do mérito. Impossibilidade. Princípio da fungibilidade do processo cautelar e o instituto da antecipação de tutela. Art. 273 do CPC. 1. Cabe ao juiz, dentro da instrumentalidade dos ritos, que serve, não ao processo em si mesmo, mas à efetividade e à realização dos direitos e da justiça, reconhecer qual a natureza jurídica da pretensão deduzida e decidir segundo tal natureza: cautelar ou antecipação de tutela, ante a admissão da fungibilidade entre os institutos da medida cautelar e da tutela antecipada, desde que presentes os pressupostos da medida que vier a ser concedida. 2. Não que se falar em extinção do processo, por ter, a parte, equivocadamente postulado medida cautelar, incidente ou preparatória, quando deveria ter pedido antecipação de tutela ou, quando fez o contrário, ao invés de antecipação de tutela, postulou medida cautelar, como se pode verificar pela leitura do § 7º do art. 273 do CPC, que acabou por reconhecer e juridicizar essa fungibilidade. 3. Mesmo que a via processual eleita pelo apelante tenha sido inadequada (ação cautelar) não afasta o exame da pretensão (art. 273, § 7º, do CPC), caso sejam observados os pressupostos justificadores da providência de urgência, de sorte a atender aos princípios da efetividade e da instrumentalidade processual. 4. Recurso provido. Decisão Unânime.” (TJPE – Ap 0000766-66.2004.8.17.0001 – 1ª C.Cív. – Rel. Des. Stênio José de Sousa Neiva Coêlho – DJe 19.08.2014)

### **2219 – Ação cautelar – pessoa jurídica – empréstimo – CDC – inaplicabilidade**

“Agravamento de instrumento. Ação cautelar. Pessoa jurídica. Empréstimo para capital de giro. Utilização do crédito obtido para incrementar a atividade empresarial. Inaplicabilidade do CDC. Liberação da trava bancária. Inviabilidade. Inscrição das agravadas nos cadastros protetivos de crédito. Direito do credor. Suspensão das ações de cobrança. Não cabimento. Possibilidade de exibição dos extratos e contratos entabulados entre as partes (art. 358, III, CPC). Recurso não conhecido, somente no que tange à abusividade dos juros contratado, devendo ser admitido nos demais pontos, para, no mérito, dar-lhe parcial provimento. 1. No caso em apreço, não há que se falar em incidência do CDC, pois as agravadas utilizaram o crédito obtido junto ao banco agravante para incrementar suas atividades empresariais. Precedentes do TJCE e STJ. 2. A cessão fiduciária de créditos recebíveis (trava bancária) é lícita, pois trata-se de garantia oferecida aos bancos pelas empresas na obtenção de empréstimos para fomentação de suas atividades. Por esse mecanismo, o cliente cede seus recebíveis ao credor, devendo o terceiro-devedor efetuar o pagamento diretamente a ele. 3. Desta feita, não se pode liberar a referida trava em sede de cognição sumária, por se tratar da única garantia de recebimento futuro do valor dos empréstimos pela instituição financeira agravante. 4. De outro giro, assevero que a simples discussão judicial da dívida não tem o condão de obstaculizar ou remover a negativação das agravadas nos bancos de dados, por restar ausente a reunião concomitante dos seguintes pressupostos: a) ação proposta pelo devedor contestando a existência integral ou parcial do débito; b) efetiva demonstração de que a pretensão se funda na aparência do bom direito; e c) depósito ou prestação de caução idônea do valor referente à parcela incontroversa. 5. Registre-se, por fim, que o ajuizamento de ação revisional de contrato (o que ainda não ocorreu na hipótese), não obsta e nem suspende o regular andamento das ações de cobrança. 6. Tratando-se de documento comum às partes, e essencial ao julgamento da lide, a exibição pela instituição financeira é obrigatória (art. 358, III, CPC). 7. Recurso não conhecido, no que tange à abusividade dos juros contra-



tados, devendo ser admitido nos demais pontos, para, no mérito, dar-lhe parcial provimento, no sentido de determinar a) a não incidência do CDC na espécie; b) a permanência da trava bancária; c) a inadmissibilidade da consignação de valores; d) o regular andamento das ações de cobrança movidas em face das agravadas e e) a manutenção da negativação dos devedores nos bancos de dados, permanecendo, no mais, hígida a parte que ordenou a apresentação dos extratos e contratos firmados entre os contendores, restando prejudicada a análise da multa diária fixada.” (TJCE – AI 0622378-68.2014.8.06.0000 – Rel<sup>a</sup> Lisete de Sousa Gadelha – DJe 12.08.2014)

**2220 – Ação de dissolução de sociedade empresarial – sociedade comum – relação entre sócios – prova escrita – ausência**

“Apelação cível. Ação de dissolução de sociedade empresarial. Sociedade comum. Relação entre os sócios. Prova escrita. Ausência de documento que demonstra a sociedade de fato. 1. Os sócios, quer no campo de suas relações interpessoais e mútuas, seja no plano de suas relações com terceiros, somente através de prova escrita poderão fazer evidente a existência da sociedade. É o que se retira da parte inicial do enunciado do art. 987 do Código Civil. 2. Não havendo nenhum documento que demonstre a alegada sociedade de fato entre as partes, a improcedência do pedido é medida que se impõe. 3. Apelo conhecido e desprovido.” (TJGO – AC 201090162090 – 5<sup>a</sup> C.Cív. – Rel. Des. Geraldo Gonçalves da Costa – DJe 07.08.2014)

**2221 – Ação de resolução contratual – consórcio – descumprimento – não entrega do bem – sucessão empresarial – não comprovação**

“Direito civil. Apelação cível. Ação de resolução contratual e dano material. Consórcio. Concessionária. Descumprimento do contrato. Não entrega do bem. Alegação de sucessão empresarial. Não comprovação. Montadora concedente. Ausência de prova de participação no consórcio. Operação exclusiva pela concessionária. Responsabilidade. Inexistência. Utilização da marca e brasão. Irrelevância no caso. Hipótese que não autoriza a aplicação da teoria da aparência. Sentença mantida. 1. Não comprovado por prova direta (contrato de trespasse) ou indireta (indícios da alienação onerosa do estabelecimento empresarial) a ocorrência de sucessão empresarial, impossível a extensão da responsabilidade civil reconhecida a empresa que não possui qualquer vínculo jurídico com a vítima do dano. 2. Nos termos da jurisprudência do STJ, se não há participação da concedente (montadora) no consórcio, restando impossibilitada a aplicação da teoria da aparência, tampouco se enquadrando a concessionária (única operadora do consórcio) como representante autônoma da fabricante, não se pode responsabilizar a montadora pelo não cumprimento do contrato, ficando afastada, no caso, a aplicação do art. 34 do CDC. Precedentes. 3. Não há que se falar, neste contexto, em tutela da aparência pelo simples fato da utilização, nos contratos celebrados, da marca Volkswagen, praxe comercial amplamente difundida e incapaz de, por si só, ocasionar confusão ao consumidor.” (TJMG – AC 1.0134.10.015616-2/001 – 16<sup>a</sup> C.Cív. – Rel. Otávio Portes – DJe 21.07.2014)

**2222 – Ação declaratória – nulidade de cambial – danos morais e materiais – negativa de relação jurídica de compra e venda – emissão de duplicata**

“Apelação cível. Ação declaratória de nulidade de cambial c/c indenização por danos morais e materiais. Negativa de relação jurídica de compra e venda a amparar a emissão de

duplicata. Necessidade de exame da regularidade do protesto para se adentrar na análise do pleito indenizatório. Direito cambiário. Competência das Câmaras de Direito Comercial. Art. 3º do Ato Regimental nº 57/2002 deste Tribunal. Redistribuição que se impõe. Não conhecimento. A Seção Civil desta Corte, com base no art. 3º, parte final, do Ato Regimental nº 57/2002, sedimentou o entendimento de que, em casos como o presente, em que a análise do pleito de compensação de danos morais pressupõe o exame da legalidade ou ilegalidade de protesto de título de crédito – matéria de direito cambiário –, a competência recursal é das Câmaras de Direito Comercial (Conflito de Competência nº 2009.001141-9, de Araranguá, Rel. Des. Luiz César Medeiros, J. 04.05.2009).” (TJSC – AC 2012.037333-3 – Rel. Des. Víctor Ferreira – DJe 02.07.2014)

### Comentário Editorial SÍNTESE

Trata-se de ação declaratória de nulidade de cambial c/c reparação de danos morais e materiais através da qual se pretendem a sustação do protesto e a condenação dos réus ao pagamento de indenização por danos morais e materiais.

Em contestação, um dos réus, que é uma instituição bancária, invocou o princípio da boa-fé subjetiva e sustentou não ser responsável por eventuais prejuízos, uma vez caracterizados endosso translativo, inexistência de dano moral e descabimento do ressarcimento em dobro do valor cobrado.

Já a outra ré, uma empresa de etiquetas, aduziu que a inicial não veio acompanhada de certidão de protesto e que não houve dano moral ou material.

A sentença julgou procedentes os pedidos para declarar inexistente o débito, determinar o cancelamento do protesto e condenar os réus ao pagamento de indenização, fixada em R\$ 20.000,00.

Irresignado, a instituição bancária apelou, com contrarrazões pela parte adversa.

O TJSC votou pelo não conhecimento do recurso e por determinar-se, de ofício, sua imediata redistribuição a uma das Câmaras de Direito Comercial.

O Relator assim afirmou:

“O art. 3º, parte final, do Ato Regimental nº 57/2002 do Tribunal de Justiça de Santa Catarina determina que as Câmaras de Direito Comercial têm competência exclusiva para ‘o julgamento de feitos relacionados com o Direito Bancário, o Direito Empresarial, o Direito Cambiário e o Direito Falimentar, bem como para os recursos envolvendo questões processuais relativas às matérias acima’ (sem destaque no original).

[...]

Muito embora a matéria relativa à responsabilidade por danos morais seja atinente ao direito civil, cabe também às Câmaras de Direito Comercial a apreciação das ações indenizatórias dessa natureza, desde que haja cumulação de pedido declaratório do alegado ato ilícito ensejador do pedido condenatório.

Oportuno trazer as lições de Nehemias Domingos de Melo sobre o instituto da relação do dano moral, *in verbis*:

“A definição da verba indenizatória, a título de danos morais, deveria ser fixada tendo em vista três parâmetros: o caráter compensatório para a vítima, o caráter punitivo para o causador do dano e o caráter exemplar para a sociedade como um todo.

Para a vítima, esse caráter compensatório nada mais seria do que lhe ofertar uma quantia capaz de proporcionar alegrias que, trazendo satisfações, pudessem compensar a dor sofrida.

No tocante ao ofensor, o caráter punitivo teria uma função de desestímulo que agisse no sentido de demonstrar ao ofensor que aquela conduta é reprovada pelo ordenamento jurídico, de tal sorte que não voltasse a reincidir no ilícito.

Quanto ao caráter exemplar que a condenação poderia ter, há de se considerar que, na fixação do *quantum*, o juiz, além de ponderar os aspectos contidos no binômio punitivo-compensatório, deveria adicionar outro componente, qual seja, um *plus* que servisse como advertência de que a sociedade não aceita aquele comportamento lesivo e o reprime, de tal sorte a melhor mensurar os valores a serem impostos aos infratores por danos morais.

Neste particular aspecto, para se evitar o chamado enriquecimento sem causa, esse *plus* advindo da condenação não seria destinado à vítima, mas sim a um fundo judiciário que, por exemplo, poderia utilizar os recursos para campanhas educativas.

O aspecto inovador, na propositura acima esposada, é que, partindo da premissa de que quanto maior for a pena menor será o índice de reincidência, associado ao fato de que, se a sociedade tomar ciência de que determinadas condutas são reprimidas com vigor pelo Poder Judiciário, acredita-se que os direitos humanos e a dignidade das pessoas sofreriam menos agressões, na exata medida em que o peso da condenação seria sentido no bolso do infrator como fator de desestímulo.

[...]

Assim, podemos concluir que o instituto do dano moral, expressamente previsto na Constituição Federal (art. 5º, V e X), deve ser visto como instrumento eficaz no sentido de assegurar o direito à dignidade humana (CF, art. 1º, III) e precisa ser aperfeiçoado, de tal sorte que podemos afirmar que a sua efetividade somente ocorrerá, de forma ampla e cabal, quando se puder dotar o juiz da liberdade plena na aplicação 'da teoria da exemplaridade', pela qual se possa apenar o ofensor com a trílice finalidade: punitivo, compensatório e exemplar." (Por uma nova teoria na reparação por danos morais. *Juris Síntese*, Porto Alegre: IOB Thomson, maio/jun. 2005)

### **2223 – Ação monitória – cheque – citação não realizada – prescrição**

"Direito civil e processual civil. Ação monitória. Cheque. Citação não realizada. Prescrição consumada no curso da relação processual. Extinção do processo. Sentença mantida. I – A pretensão deduzida mediante ação monitória, baseada em cheque que perdeu sua feição cambial, prescreve em cinco anos, a teor do disposto no art. 206, § 5º, inciso I, do Código Civil. II – O despacho que recebe a petição inicial interrompe a prescrição, contanto que a citação seja realizada dentro do prazo previsto na legislação processual. Inteligência dos arts. 202, inciso I, do Código Civil, e 219, §§ 2º a 4º, do Código de Processo Civil. III – Se a citação não é concluída no prazo legal, o despacho que a determina resta desprovido de eficácia interruptiva e a prescrição, que não tem seu fluxo afetado, pode se consumir durante o desenvolvimento da relação processual. IV – Apenas a demora imputável exclusivamente aos serviços judiciários pode salvar a parte da prescrição verificada após a propositura da demanda. V – Recurso conhecido e desprovido." (TJDFT – Proc. 20080110173119 – (810964) – Rel. Des. James Eduardo Oliveira – DJe 20.08.2014)

### **2224 – Ação monitória – cheque prescrito – inicial – causa de pedir**

"Monitória. Cheque prescrito. Inicial. Causa de pedir. Na ação monitória, aparelhada com cheque prescrito, não há necessidade de se comprovar a origem da dívida, tampouco de se declinar, na inicial, a causa de pedir. Agravo provido." (TJDFT – Proc. 20140020134189 – (805891) – Rel. Des. Jair Soares – DJe 29.07.2014 – p. 280)

#### **Comentário Editorial SÍNTESE**

Cuida-se de agravo de decisão que, em ação monitória, determinou a emenda da inicial para que fosse declinada a relação jurídica material que ensejou a emissão dos cheques.

Sustentou a agravante, em síntese, que na inicial da ação monitória não há necessidade de se demonstrar a *causa debendi*, bastando a apresentação das cópias de cheque que são prova escrita da dívida sem eficácia de título executivo.

O TJDFT deu provimento e reformou a decisão agravada.

O Relator asseverou que, no caso, a obrigação e o débito são comprovados pelas cópias dos cheques prescritos juntados aos autos. Logo, a petição inicial da monitória dispensa emenda.

E ainda:

“O col. STJ tem decidido que, na monitória aparelhada com cheque prescrito, não há necessidade de se comprovar a origem da dívida e tampouco que a inicial decline a *causa debendi*. Cabe ao réu, nos embargos, demonstrar a existência de causa extintiva, impeditiva ou modificativa do direito do autor.”

O ilustre Jurista Eulámpio Rodrigues Filho assim disciplina:

“A Lei do Cheque não só dispôs sobre o Direito adjetivo, fazendo-o também relativamente ao direito material, estabelecendo como efeito do não pagamento de cheque prescrito, com as consequências decorrentes da inércia do pretense credor, não simples inadimplemento, mas enriquecimento sem causa, sujeito à prova em dilação a propósito, o que não se realiza pela monição, vez que o procedimento monitório em si alcança o seu desígnio logo que expedido mandado de pagamento, não havendo nele azo à instrução superveniente, pois que, suspenso *in initio litis*, aguarda ocasião de expedição de título executivo ou decisão dos embargos desconstituindo-o (art. 1.102, c, § 3º, do CPC).” (cf. artigo de nossa lavra, *Revista de Processo*, RT, 84/18)

Parece exsurgir contradição a ressair do desprezo à Lei do Cheque para os efeitos aqui indicados, se os partidários dessa ideia sufragam a prescrição, que é determinada exclusivamente na própria Lei do Cheque.

Respeitantemente à vigência de lei geral em concomitância com a especial, o Professor Vicente Ráo, *O direito e a vida dos direitos* (São Paulo: Resenha Universitária, v. I, t. II, 1976. p. 297), lembra: “A disposição especial não revoga a geral, nem a geral revoga a especial, senão quando a ela, ou ao seu assunto, se referir, alterando-a, explícita ou implicitamente. Em consequência, a lei nova que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes não revoga nem modifica a lei anterior”.

Em outro plano, constata-se equivocidade no que diz sobre possibilidade, amiúde reconhecida, de conversão, *ex officio*, pelo juiz, do cheque em instrumento de Confissão de Dívida, regulada esta por outra lei especial.

Nesse aspecto, resulta que decisão nesse sentido *extra petita*, visto que o réu da monitória é conclamado a pagar por cheque, regulado pela Lei do Cheque, com esteio na qual busca defender-se, deixando de fazê-lo relativamente à confissão de dívida em que muitas vezes vem convertido supervenientemente (surpreendentemente) em seu prejuízo. De feito, conforme decidiu o TACSP: “E se o autor não pode modificar a causa de pedir depois da contestação (art. 303 do CPC), pois ao réu cabe manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial (art. 302 do CPC), com maior razão é vedado ao juiz considerar causa de pedir diversa daquela constante da petição inicial, para impor, como ocorreu no caso dos autos, decreto condenatório do réu (cf. art. 128 do CPC). [...] Daí por que, reconhecendo a inépcia da inicial, extinto o processo sem julgamento de mérito (art. 267, I, do CPC), deram provimento ao recurso, como acima enunciado” (Ac. 1º TACSP, de 13.10.1982, Ap 297.269, Rel. Juiz Álvaro Lazzarini, JTACSP – Saraiva, 79/70).

Finalmente, o cheque, na maioria das vezes, não especifica a amplitude e o alcance do débito, sendo o seu texto genérico. Para o caso, assim se posiciona o TAPR: “Ação de cobrança ordinária. Triplicatas e cheques. Prova dos negócios subjacentes. [...] Confissão de dívida formulada em texto genérico, sem especificar abrangência e alcance dos débitos, pede dilação probatória. Afigura-se cerceamento de defesa o julgamento ante-

cipado da lide sem que os contornos da relação causal sejam perfeitamente delineados' (Ac. TAPR, de 20.12.1995, Ap 77315500, Rel. Juiz Clayton Camargo, Jurispr. Inform. Saraiva, 14, gr.).

Em conclusão, tem-se que a cobrança de cheque prescrito sujeita-se ao procedimento antevisto na lei especial, não sendo lícito o uso da monitoria para o desiderato. E, ainda, que o cheque não tem como ser convertido em confissão de dívida diretamente em embargos à monitoria (Monitoria e cheque prescrito. Disponível em: [online.sintese.com](http://online.sintese.com)).

## 2225 – Ação monitoria – contrato de abertura de conta-corrente – cheque especial

“Processual civil. Ação monitoria. Contrato de abertura de conta-corrente. Cheque especial. Utilização do limite e evolução da dívida. Não comprovados. 1. Correta a sentença que acolheu os embargos e julgou improcedente o pedido formulado na monitoria porque os documentos constantes dos autos não demonstraram a utilização do limite do cheque especial pelo correntista nem a evolução da dívida. 2. Recurso da autora desprovido.” (TJDFT – PC 20090110106377 – (801654) – Rel. Des. Antoninho Lopes – DJe 14.07.2014)

### Comentário Editorial SÍNTESE

Trata-se de ação monitoria em que uma empresa seguradora de saúde, dizendo que a dívida é decorrente da utilização de cheque especial, pediu a sua citação do réu para pagar o débito no prazo de 15 dias ou nomear bens à penhora.

A sentença julgou improcedente o pedido formulado na ação monitoria.

O recurso da autora reafirmou a utilização do limite do cheque especial pelo apelado e sustentou que os extratos da conta-corrente comprovam os lançamentos e a existência do débito.

Pediu a reforma da sentença para inversão do julgado e prequestionou dispositivos infra-constitucionais para fins de recurso à instância superior.

O TJDFT negou provimento ao recurso aduzindo que os documentos anexados pela autora não evidenciam a relação de crédito e débito, pois não há indicação da utilização do crédito disponibilizado.

Oportuno trazer trecho do voto do Relator:

“Portanto, os motivos que levaram à improcedência do pedido inicial desta ação monitoria permanecem incólumes porque não conseguiram desmerecê-los as razões apresentadas no recurso.

Finalmente, destaque-se que, para o prequestionamento, não se depende de menção expressa a dispositivos legais tidos por vulnerados, bastando que a matéria correspondente tenha sido enfrentada pelo acórdão recorrido.”

A ação monitoria segue o procedimento especial de jurisdição contenciosa, e, no procedimento da Monitoria Documental, a “prova escrita” é condição especial de admissibilidade da ação.

O conceito dessa ação pode ensejar dúvidas, mas já existe uma grande gama na doutrina e também na jurisprudência que tem delimitado os seus lindes, revelando uma tendência maior de seu alcance.

Com efeito, dispõe o art. 1.102-A do CPC:

“A ação monitoria compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.”

Na obra *Curso avançado de processo civil*, sob coordenação de Luiz Rodrigues Wambier, a interpretação da ação monitoria e da figura do litisconsórcio é assim analisada:

“A ‘prova escrita’, que o legislador colocou como requisito para a obtenção da tutela monitoria (arts. 1.102-A), é qualquer documento isolado ou grupo de documentos con-

jugados de que seja possível o juiz extrair razoável convicção acerca da plausibilidade da existência do crédito pretendido. O Magistrado, nessa fase inicial do procedimento monitório, desenvolve um juízo de verossimilhança (em 'cognição sumária'): procura verificar, com base nos documentos apresentados, se há boa chance de ser verdadeira a versão contida na inicial, para, em caso positivo (e desde que as regras de direito amparem a pretensão fundada em tal versão), proferir decisão determinando a expedição do mandado de cumprimento.

[...]

A adoção da possibilidade de cumulação subjetiva atende a alguns princípios do processo civil, de que já tratamos. O primeiro deles é o princípio da economia processual, em razão do qual, com o litisconsórcio, evita-se o desperdício de recursos (em sentido amplo, significando recursos financeiros, utilização do aparelho jurisdicional, etc.).

[...]

O litisconsórcio é ativo quando há vários autores, que propõem ação contra um único réu.” (WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v. 1, p. 239, e v. 3, p. 282)

#### **2226 – Ação monitória – duplicata mercantil – sociedade empresária – redistribuição dos autos**

“Competência interna. Ação monitória fundada em duplicatas mercantis. Pleito que envolve questões de direito cambiário. Litígio entre sociedades empresárias. Incompetência das câmaras de direito civil. Redistribuição dos autos para a câmara especializada. Prevenção pelo julgamento de agravo oriundo de ação conexa. Recurso não conhecido. A teor do art. 3º, parte final, do Ato Regimental nº 57/2002, compete às Câmaras de Direito Comercial o ‘julgamento de feitos relacionados com o Direito Bancário, o Direito Empresarial, o Direito Cambiário e o Direito Falimentar, bem como para os recursos envolvendo questões processuais relativas às matérias acima’.” (TJSC – AI 2014.030595-8 – Rel. Des. Marcus Túlio Sartorato – DJe 15.08.2014)

#### **2227 – Ação regressiva – CDC – relação de consumo – proteção – ausência**

“Direito empresarial. Importação. Transporte aéreo internacional. Dano em equipamento hospitalar. Raio-X. Seguradora. Ressarcimento. Ação regressiva. Sub-rogação. Ausência de relação de consumo. Convenção de Varsóvia. Prescrição. Ilegitimidade ativa. Enunciado nº 7 da Súmula do STJ. Indenização tarifada. 1. Não se aplica a prescrição anual disciplinada nos arts. 178, § 6º, II, do CC/1916, e 449, II, do Código Comercial à ação proposta pela seguradora, como sub-rogada, contra a empresa de transporte aéreo causadora do dano ao segurado. 2. Comprovado nas instâncias ordinárias que o equipamento hospitalar importado, danificado durante o transporte aéreo, era destinado à segurada, o pretendido reconhecimento da ilegitimidade ativa da seguradora sub-rogada, no caso concreto, esbarra na vedação contida no Enunciado nº 7 da Súmula do STJ. 3. A expressão ‘destinatário final’ contida no art. 2º, *caput*, do CDC deve ser interpretada à luz da razão pela qual foi editado o referido diploma, qual seja, proteger o consumidor porque reconhecida sua vulnerabilidade frente ao mercado de consumo. Assim, considera-se consumidor aquele que retira o produto do mercado e o utiliza em proveito próprio. Sob esse enfoque, como regra, não se pode considerar destinatário final para efeito da lei protetiva aquele que, de alguma forma, adquire o produto ou serviço com intuito profissional, com a finalidade de integrá-lo no processo de produção, transformação ou comercialização. 4. As normas do CDC não são aplicáveis à aquisição e à importação de aparelho de raio-X por entidade hospitalar, não

hipossuficiente nem vulnerável, no intuito de incrementar sua atividade, ampliar a gama de serviços e aumentar os lucros. Igualmente, não se aplica o referido diploma ao transporte aéreo internacional de respectivo equipamento, por representar mera etapa do ato complexo de importar. 5. Afastado o CDC no caso concreto, incide a Convenção de Varsóvia e seus aditivos ao transporte aéreo internacional, que impõem a indenização tarifada equivalente a 17 (dezesete) Direitos Especiais de Saque (DES) para efeito de reparar os danos causados à mercadoria transportada. Afasta-se a indenização tarifada quando efetuada declaração especial de valor mediante o pagamento de eventual taxa suplementar (Protocolo Adicional nº 4, art. 22, item 2, *b*), o que não é a hipótese destes autos. 6. A jurisprudência do STJ confere à seguradora sub-rogada os mesmos direitos, ações e privilégios do segurado a quem indenizou, nos termos do art. 988 do CC/1916, em vigor na época dos fatos deste processo. Concretamente, portanto, o direito da seguradora sub-rogada restringe-se à indenização tarifada disciplinada na Convenção de Varsóvia e seus aditivos. 7. Recurso especial parcialmente provido.” (STJ) – REsp 1.162.649 – (2009/0209202-1) – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – DJe 18.08.2014)

**2228 – Ação renovatória – locação comercial – valor do aluguel – laudo pericial – ausência de erro – situação real do imóvel**

“Apelação cível. Ação renovatória. Locação comercial. Valor do aluguel. Laudo pericial. Ausência de erro. Situação real do imóvel. Ainda que o juiz não esteja adstrito ao laudo pericial, não há razão para não utilizá-lo como base na sentença se as partes não demonstram que ele esteja inquinado de erro. Para o cálculo do valor da locação, deve-se considerar a realidade fática do imóvel, não o que esteja descrito em sua documentação. Assim, tratando-se o imóvel de galpão que foi transformado em supermercado, para que se apure o valor da locação, deve-se considerar o supermercado, não o galpão.” (TJMG – AC 1.0024.11.162277-5/001 – 11ª C.Cív. – Rel. Alexandre Santiago – DJe 28.07.2014)

**2229 – Cédula de crédito bancário – capitalização mensal de juros – legalidade**

“Civil e processual civil. Apelação. Revisional. Cédula de crédito bancário. Capitalização mensal de juros. Legalidade. Tarifa de cadastro. Admitida. Tarifa de registro e serviço de terceiros. Abusividade. Devolução na forma simples. Sentença parcialmente reformada. 1. Em virtude de o pacto ter sido entabulado após 31.03.2000, a demanda deve ser apreciada à luz da Medida Provisória nº 2.170-36/2001, que, em seu art. 5º, autoriza, nas operações realizadas pelas instituições integrantes do sistema financeiro nacional, a capitalização de juros em período inferior a um ano. 1.1. O fato de o contrato ter sido entabulado com previsão de taxa de juros mensal e anual já seria suficiente para considerar a existência de juros capitalizados em periodicidade inferior a um ano, afastando a alegada abusividade, posto que o consumidor, desde o início da relação obrigacional, teve ciência dos termos de sua dívida. 2. Adota-se o entendimento sufragado no âmbito do col. STJ, que, em sede de julgamento submetido ao rito dos recursos repetitivos (REsp 1.251.331/RS, Julgado em 28.08.2013 e publicado em 24.10.2013), reconhece que a contratação da tarifa de cadastro é válida, configurando-se abusivas, no entanto, as cobranças de tarifa de registro e serviços de terceiros, porque não cumprido o dever da instituição financeira de esclarecer objetivamente quais os serviços de fato prestados e o que efetivamente pagou por eles aos respectivos fornecedores ou prestadores de serviços. 2.1. A singela informação inserida no contrato acerca da incidência de uma despesa, eventualmente custeada pelo banco, à minguada de

clara discriminação e comprovação do referido custeio, viola as disposições do Código de Defesa do Consumidor, notadamente os arts. 39, V, e 51, IV. 3. Tanto a lei material civil como a consumerista, ao discorrerem sobre a penalidade da repetição em dobro do indébito, o fazem em decorrência da comprovada má-fé pela cobrança indevida. 3.1 No caso concreto, o pagamento indevido adveio da observância do contrato, cujas falhas somente foram reconhecidas pela prestação jurisdicional. Assim, não há que se falar na repetição em dobro do indébito, mas tão somente na repetição simples com as devidas correções monetárias, uma vez que não está latente a existência da má-fé. 4. Recurso parcialmente provido.” (TJDFT – Proc. 20130110171088 – (798688) – Rel. Des. João Egmont – DJe 14.07.2014)

#### **2230 – Cédula de crédito bancário – relação de consumo – ausência**

“Ação revisional. Cédula de crédito bancário. Ausência de relação de consumo entre as partes. Emprego do serviço como incremento de atividade empresarial. Capitalização de juros por período inferior a doze meses. Possibilidade, diante de expressa pactuação. Inteligência do art. 28, § 1º, I, da Lei nº 10.931/2004. Inocorrência de abusividade na fixação da taxa de juros superior a 12% ao ano, ante o proclamado pela Súmula nº 596 e Súmula Vinculante nº 7, ambas do col. Supremo Tribunal Federal, e Súmula nº 382 do col. Superior Tribunal de Justiça. Comissão de permanência. Regularidade da cobrança, desde que pactuada e que seu montante não ultrapasse a somatória dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato, não podendo, ainda, ser cumulada com estes e com a correção monetária (Súmulas nºs 472 e 30, ambas do col. STJ). Constatação de sua exigência com juros de mora e multa, que devem ser excluídos. Sentença de improcedência reformada. Recurso provido em parte.” (TJSP – Ap 0057343-15.2010.8.26.0224 – Guarulhos – 17ª CDPriv. – Rel. Paulo Pastore Filho – DJe 25.08.2014)

#### **2231 – Cheque – execução – princípios – ofensa**

“Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Civil e empresarial. Execução de cheque. Direito de petição. Análise de legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Matéria com repercussão geral rejeitada pelo Plenário do STF no ARE 748.371. Controvérsia de índole infraconstitucional. Negativa de prestação jurisdicional. Não caracterizada. Alegada violação ao art. 93, IX, da CF/1988. Inexistência. 1. O direito de petição, quando *sub judice* a controvérsia, demanda a análise da legislação infraconstitucional aplicável à espécie, o que acarreta uma violação reflexa e oblíqua da Constituição Federal e torna inadmissível o recurso extraordinário. Precedente: AI 825.501-AgRg – Segundo, Relª Min. Rosa Weber, 1ª Turma, DJe 12.06.2013; e AI 737.370-AgRg-ED, Relª Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe 28.10.2011. 2. Os princípios da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e dos limites da coisa julgada, quando debatidos sob a ótica infraconstitucional, não revelam repercussão geral apta a tornar o apelo extremo admissível, consoante decidido pelo Plenário Virtual do STF, na análise do ARE 748.371, da Relatoria do Min. Gilmar Mendes. 3. A decisão judicial tem que ser fundamentada (art. 93, IX), ainda que sucintamente, sendo prescindível que o *decisum* se funde na tese suscitada pela parte. Precedente: AI-QO-RG 791.292, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe de 13.08.2010. 4. *In casu*, o acórdão recorrido assentou: Comercial. Cheque. Ordem de pagamento. Atributos do título de crédito. Oposição de exceções pessoais. Ônus da prova. Ausência de comprovação das exceções alegadas. Prevalência dos atributos cambiais. Recurso conhecido e improvido. 5. Agravo regimental desprovido.” (STF – AgRg-RE-Ag 764.792 – Distrito Federal – 1ª T. – Rel. Min. Luiz Fux – J. 05.08.2014)



**2232 – Cheque – prática de agiotagem – inversão do ônus da prova**

“Apelação cível. Embargos à execução. Cheques. Prática de agiotagem. Inversão do ônus da prova. Embargada que não comprovou a licitude da origem dos títulos. Extinção da execução. Impossibilidade de aferir o montante emprestado. Recursos desprovidos.” (TJPR – AC 1189401-0 – 13ª C.Cív. – Rel. Des. Luiz Taro Oyama – DJe 14.07.2014)

**2233 – Competência – transporte marítimo internacional – redistribuição do processo**

“Processual civil. Cobrança. Transporte marítimo internacional. Matéria abrangida pelo direito empresarial. Competência das Câmaras de Direito Comercial. Aplicação do art. 3º do Ato Regimental nº 57/2002-TJSC. Redistribuição do processo. Nos termos do art. 3º do Ato Regimental nº 57/2002-TJSC, é das Câmaras de Direito Comercial a competência para julgar feitos envolvendo contrato de transporte marítimo de cargas.” (TJSC – AC 2013.074974-8 – Rel. Des. Monteiro Rocha – DJe 25.08.2014)

**2234 – Contrato – demurrage – prazo prescricional quinquenal – incidência**

“Direito comercial. Recurso especial. Prescrição. Sobre-estadia de contêineres (*demurrage*). Revogação do art. 449 do Código Comercial. Taxa prevista no contrato. Obrigação líquida. Prazo prescricional quinquenal. Art. 206, § 5º, I, do Código Civil. 1. ‘A taxa de sobre-estadia, quando oriunda de disposição contratual – que estabelece os dados e critérios necessários ao cálculo dos valores devidos, os quais deverão ser aferidos após a devolução do contêiner, pela multiplicação dos dias de atraso em relação aos valores das diárias, gera dívida líquida e certa, fazendo incidir o prazo prescricional quinquenal previsto no art. 206, § 5º, I, do Código Civil’ (REsp 1.335.173/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., DJe 17.02.2014). 2. Recurso especial provido.” (STJ – REsp 1.192.847 – (2010/0081935-9) – 3ª T. – Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva – DJe 01.08.2014)

**2235 – Contrato – promessa de compra e venda – atraso na entrega do imóvel – alegação de exceção de contrato não cumprido – inoccorrência**

“Direito civil e do consumidor. Promessa de compra e venda. Atraso na entrega do imóvel. Não ocorrência de caso fortuito ou de força maior. Alegação de exceção de contrato não cumprido. Inoccorrência. Dever da construtora de providenciar a documentação para que o consumidor possa financiar o imóvel. Atraso na entrega caracterizado. Fixação de indenização por danos materiais, a título de lucros cessantes. Mantida. Valor razoável. Indenização por danos morais. Atraso. Grande lapso temporal. Falha da prestação de serviço. Dano moral reconhecido. Apelação a que se nega provimento. I – Desmerece consideração a alegação de que houve caso fortuito ou de força maior na hipótese dos autos, posto que chuvas excessivas, falta de mão de obra, ou atraso na entrega dos insumos são riscos inerentes à atividade empresarial, devendo estar abarcados no prazo de prorrogação da entrega. II – Comportamento contraditório da construtora em exigir total adimplemento da obrigação, quando não fornece documentos indispensáveis à obtenção do financiamento do imóvel junto à instituição bancária. Exceção de contrato não cumprido descaracterizada. III – A indenização por lucros cessantes decorre de presunção relativa de que o adquirente do imóvel deixou de lucrar com o valor dos aluguéis. Portanto, deve ser mantida. No mais, o valor arbitrado na origem não se mostra excessivo, estando dentro dos limites do valor de mercado. IV – O dano moral está configurado pelas circunstâncias do caso, descabendo a redução ou majoração da indenização, considerando que o valor arbitrado se revela sufi-

ciente e condizente com as peculiaridades do caso. V – Apelação conhecida e improvida.” (TJAM – Proc. 0702716-51.2012.8.04.0001 – 3ª C.Cív. – Rel. Des. João de Jesus Abdala Simões – DJe 14.07.2014 – p. 8)

**2236 – Contrato de compra e venda de fundo de comércio – ponto comercial – indisponibilização – omissão – má-fé; rescisão contratual – parcelas pagas – restituição – possibilidade**

“Direito civil. Contrato de compra e venda de fundo de comércio. Indisponibilização do ponto comercial. Existência de contrato de locação em nome de terceiro. Omissão. Má-fé. Rescisão contratual. Restituição das parcelas pagas. Princípio da adstrição. Cobrança. Improcedência. Inadimplemento do autor. Reconvenção. Cobrança excessiva. Art. 940 do CC/2002. Inaplicabilidade. I – Para configurar o *trespasse*, é indispensável a entrega do estabelecimento, assim compreendido a universalidade de bens indispensáveis a continuidade da atividade empresarial, nela incluído o ponto comercial, livre e desembaraçado. II – Decretada a resolução do contrato, as partes devem retornar ao *status quo ante*, assistindo aos compradores o direito de obter a restituição de toda a quantia paga. A condenação à devolução dos valores pagos, no entanto, não pode ultrapassar a importância requerida pela parte autora, em razão do princípio da congruência e adstrição, esculpido no art. 460 do CPC. III – Incabível a cobrança fundada em cheques emitidos para o pagamento da aquisição de fundo de comércio da empresa se foram os representantes legais desta quem deu causa ao inadimplemento do contrato. IV – Para a incidência da penalidade prevista no art. 940, segunda parte, do Código Civil, deve-se demonstrar a ocorrência do excesso e do dolo na cobrança judicial. V – Não correspondendo o título a uma obrigação exigível, deve-se dar procedência aos embargos, para declarar a nulidade da execução, nos termos do art. 618, I, do CPC. VI – Deu-se parcial provimento aos recursos.” (TJDFT – Proc. 20080111617359 – (807077) – Rel. Des. José Divino de Oliveira – DJe 29.07.2014)

**2237 – Contrato de compra e venda de fundo empresarial – nota promissória – cláusula contratual – inadimplemento – caracterização**

“Contrato de compra e venda de fundo empresarial. Nota promissória. Cláusula contratual. Inadimplemento caracterizado. Multa contratual devida. O protesto de nota promissória não modifica a cláusula contratual que prevê estar caracterizado o inadimplemento trinta dias após o vencimento do título. A emissão de quitação, após o protesto de nota promissória vinculada ao contrato, não afasta a impositiva de multa contratual estabelecida para a hipótese de inadimplemento.” (TJDFT – Proc. 20110112108162 – (812259) – Rel. Des. Esdras Neves – DJe 26.08.2014)

**2238 – Contrato de plano de saúde empresarial – relação de consumo – não configuração**

“Direito civil. Contrato de plano de saúde empresarial. Avença firmada entre a empresa estipulante e a operadora. Relação de consumo não configurada. Dano moral. Indenização. Ofensas verbais. Inexistência de prova do ato ilícito. Ônus do demandante. Pedido improcedente. Recurso conhecido e provido. Sentença reformada. 1. À luz da teoria finalista, qualifica-se como consumidora toda pessoa, física ou jurídica, que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final (art. 2º, *caput*, do CDC), o que não se verifica no caso da estipulante de contrato coletivo empresarial de seguro de saúde, uma vez que não figura como destinatária final da prestação dos serviços médicos e hospitalares que

constituem o objeto da avença. Precedentes do STJ. 2. No caso vertente, verifica-se que o abalo moral supostamente experimentado pelo recorrido, cuja reparação constitui o escopo exclusivo da ação, teria ocorrido quando se encontrava na condição de representante de pessoa jurídica sob sua administração, ou seja, na gestão de interesses jurídicos e patrimoniais afetos exclusivamente à pessoa coletiva. 3. Não se achando a causa de pedir relacionada a qualquer defeito na prestação dos serviços fornecidos pela operadora do plano aos funcionários da empresa estipulante, arreda-se a aplicação do regramento protetivo haurido do microsistema consumerista, e que, por força da reconhecida vulnerabilidade de uma das partes, flexibiliza as regras ordinariamente regentes da carga probatória cometida aos litigantes. 4. A responsabilização fundada no ato ilícito, a teor do que dispõe o art. 186 do Código Civil, somente encontra espaço quando comparecem presentes todos os elementos necessários à configuração do dever de indenizar, consubstanciados na conduta ofensiva e no dano – ainda que imaterial –, jungidos tais elementos por uma ponte de causalidade. 5. Em se tratando de ilícito extracontratual, recai sobre o demandante lesado o ônus de comprovar a atuação alegadamente ilícita da parte lesante, marco jurídico originário da pretensão deduzida, encargo processual do qual não se desincumbiu, na espécie, o recorrido, a despeito de amplamente facultado, posto que os elementos informativos acostados aos autos não possuem o condão de demonstrar, com mínima suficiência, a prática da conduta danosa imputada ao preposto da demandada. 6. Nesse contexto, a instrução deficitária, por inviabilizar a favorável formação do convencimento do julgador, conduz, invariavelmente, ao julgamento de improcedência do pedido. 7. Recurso conhecido e provido. Sentença reformada.” (TJDFT – Proc. 20130111567739 – (803630) – Rel. Juiz Luis Martius Holanda Bezerra Junior – DJe 18.07.2014)

**2239 – Contrato de prestação de serviços – nota promissória – data de emissão – ausência**

“Notas promissórias vinculadas a contrato de prestação de serviços. Ausência da data de emissão nos títulos. Suprimento a partir de dados constantes no contrato. Possibilidade. Recurso provido. 1. Os títulos que servem de embasamento para execução foram emitidos em razão de um contrato de prestação de serviços que, por sua vez, trata faz menção à emissão desses títulos. Em situações como à que se apresenta, a ausência da indicação expressa da data de emissão da nota pode ser superada a partir dos dados constantes do contrato, reconhecendo-se, via de consequência, a executividade (e exigibilidade) do título. Precedente: STJ, AgRg-REsp 723647, MT 2005/0021446-8, Rel. Min. Raul Araújo, Data de Julgamento: 06.05.2014, T4 – 4ª Turma, Data de Publicação: DJe 27.05.2014; 2. Concluir diferentemente soa injusto, isso porque numa situação hipotética, o devedor, que é o emittente do título, pode se furtar, propositadamente, a cumprir essa regra, a fim de se privilegiar numa futura ação executiva, em prejuízo do credor desatento (mas de boa-fé). Frise-se, a ninguém é dado se beneficiar da própria torpeza; 3. À unanimidade, deu-se provimento ao apelo para que a execução prosseguisse até seus ulteriores termos.” (TJPE – Ap 0033461-63.2010.8.17.0001 – 1ª C.Cív. – Rel. Des. Roberto da Silva Maia – DJe 19.08.2014)

**2240 – Contrato de prestação de serviços educacionais – curso de maquiagem profissional e *design* de sobancelha – ação de rescisão contratual cumulada com indenização por danos morais**

“Prestação de serviços educacionais. Curso de maquiagem profissional e *design* de sobancelha. Ação de rescisão contratual cumulada com indenização por danos morais. Julgamen-

to antecipado da lide. Alegação de cerceamento de defesa por falta de dilação probatória. Inocorrência. Recurso improvido. O julgamento antecipado da lide não implica cerceamento de defesa quando os elementos de instrução constantes dos autos são suficientes para a solução da controvérsia. Prestação de serviços educacionais. Curso de maquiagem profissional e *design* de sobancelha. Ação de rescisão contratual cumulada com indenização por danos morais. Inadimplemento contratual por parte do demandado não demonstrado. Conjunto probatório suficiente para afirmar a existência da prestação dos serviços. Ausência de prova de cancelamento do contrato. Improcedência mantida. Recurso improvido. 1. Encontram-se as partes vinculadas aos termos do contrato, cujas cláusulas foram válida e eficazmente pactuadas. A autora contratou a prestação dos serviços educacionais e se obrigou ao pagamento das mensalidades. Em contrapartida, os serviços foram colocados à sua disposição, tendo frequentado, inclusive, a primeira aula do curso de *design* de sobancelhas. Não comprovado o inadimplemento contratual por parte do demandado, inexistente fundamento para admitir o pretendido desfazimento do negócio, de onde decorre a impossibilidade de acolher o pleito de restituição do preço. 2. Não caracterizada conduta ilícita por parte do réu, impossível cogitar de sua responsabilidade pela pleiteada reparação de danos.” (TJSP – Ap 0005267-81.2013.8.26.0006 – São Paulo – 31ª CDPPriv. – Rel. Antonio Rigolin – DJe 29.07.2014 – p. 1319)

**2241 – Contrato empresarial de atividade musical – distrato – inexperiência – desproporcionalidade das obrigações – lesão – configuração**

“Cobrança. Contrato empresarial de atividade musical. Preliminar de intempestividade da contestação e da reconvenção. Distrato. Inexperiência. Desproporcionalidade das obrigações. Lesão. I – A carga dos autos realizada por advogado sem poderes específicos para receber citação, antes da juntada do aviso de recebimento, não configura o comparecimento espontâneo da ré. Rejeitada a preliminar de intempestividade da contestação e da reconvenção. II – Diante da inexperiência da ré, da desproporção entre as obrigações assumidas pelas partes e do dolo de aproveitamento, ficou configurada a lesão, art. 157 do CC, devendo ser mantida a r. sentença quanto à anulação do distrato. III – Apelação desprovida.” (TJDFT – Proc. 20130111161742 – (810778) – Relª Desª Vera Andrighi – DJe 19.08.2014)

**2242 – Dano moral – serviço de telefonia – negativa indevida – presunção – sentença mantida**

“Apelação cível. Reparação de danos morais. Serviço de telefonia. Pessoa jurídica. Negativa indevida. Débito alegado como inexistente. Ausência de impugnação específica. Ônus não observado. Empresa que não provou que agiu corretamente. Danos morais. Presunção. Inexistência de razões para sua modificação. Sentença conservada. 1. A empresa ré não se desincumbiu de atender ao ônus da impugnação especificada, haja vista que sequer se referiu ao fato gerador dos pleitos indenizatórios, qual seja, o protesto de suposto(s) débito(s) existente(s). 2. Na hipótese, o valor a título de danos morais fixado R\$ 21.246,70 (vinte e hum mil e duzentos e quarenta e seis reais e setenta centavos), no primeiro grau, equivalente a dez vezes o valor do título indevidamente protestado, mostra-se adequado, pois a empresa autora explora o ramo de prestação de serviços e assistência técnica em equipamentos e componentes hidráulicos, bem como o comércio varejista de peças, equipamentos e componentes hidráulicos, não havendo dúvida de que dependente ela de uma boa imagem para obter créditos, com que suprirá suas necessidades, e desenvolverá

suas atividades empresariais. Por sua vez, a Telemar Norte Leste S/A, com toda a sua força econômico-financeira, é empresa sólida, com capacidade para arcar com o ônus monetário de reparar a aflitiva situação da autora. Ademais, como grande empresa, sabe que o crédito é indispensável à realização da mais singela transação comercial. 3. Recurso conhecido e improvido.” (TJCE – Ap 0669596-80.2000.8.06.0001 – Rel. Durval Aires Filho – DJe 18.08.2014)

#### **2243 – Defesa do consumidor – empréstimo bancário – capital de giro – cláusulas abusivas – inaplicabilidade**

“Apelação cível. Ação de embargos à execução extrajudicial. Empréstimo bancário. Capital de giro. Vedação ao julgador conhecer de ofício de cláusulas abusivas ou ilegais. Ausência de indicação de cláusulas abusivas. Inaplicabilidade do CDC. Honorários e despesas compensados entre si. Sentença parcialmente reformada. Recurso das pessoas físicas e jurídicas conhecido e desprovido. Recurso do banco conhecido e provido. 1. Nos termos do Enunciado da Súmula nº 381 do col. STJ, ‘nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas’. Assim, cabe à parte indicar, precisamente, quais as cláusulas do contrato que entende ser abusivas ou ilegais, sobretudo quando há laudo pericial nos autos, e não deixar para o julgador apreciar o negócio jurídico objeto da demanda. Precedentes do eg. TJES. 2. Não se aplica o CDC nas relações havidas entre o banco e a pessoa jurídica que contrai empréstimo destinado à obtenção de capital de giro, posto não se tratar, a pessoa jurídica, de consumidora final do produto, mas sim de usuária deste produto como forma de incrementar sua atividade empresarial. Precedentes do col. STJ e do eg. TJES. 3. A não incidência do CDC resulta na incoerência de inversão ao ônus da prova. 4. Alegação de desespero financeira justificado por crises nacionais ou internacionais não configura vício de consentimento, tampouco serve para descumprir contratos. 5. Aplicabilidade do art. 21 do CPC. 6. Inexistência de previsão contratual alusiva à comissão de permanência. 7. Exclusão da determinação de apresentação de nova planilha, posto que referente a processo atuado em apenso. 8. Sentença parcialmente reformada. 9. Recurso de Nova Nemer Comércio de Veículos Ltda. – ME, Luciano Moreira Nemer, Elza Moreira Nemer conhecido e desprovido. 10. Recurso de Santander Brasil S/A conhecido e provido.” (TJES – Ap 0071148-25.2012.8.08.0011 – Rel. William Couto Gonçalves – DJe 31.07.2014)

#### **2244 – Defesa do consumidor – inscrição indevida – dano moral – ausência**

“Agravo regimental no recurso especial. Consumidor. Inscrição indevida. Dano moral. Ausência. Súmula nº 385/STJ. 1. Em se tratando de inscrição indevida em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral quando preexistente inscrição legítima (Súmula nº 385/STJ). 2. Agravo regimental não provido.” (STJ – AgRg-REsp 1.426.777 – (2013/0416786-3) – 3ª T. – Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva – DJe 19.08.2014)

#### **Comentário Editorial SÍNTESE**

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão desta relatoria que deu provimento ao recurso especial para afastar o valor fixado a título de indenização por danos morais.

A agravante alegou que, “[...] em que pese à existência de outro registro na certidão juntada aos autos [...], o mesmo não se mostra com registro válido a caracterizar inscrição preexistente”, pois “o referido registro foi considerado irregular”.

O STJ negou provimento ao agravo regimental aduzindo que não prosperaram as alegações postas no regimental, incapazes de alterar os fundamentos da decisão impugnada.

Jorge Alberto Quadros de Carvalho Silva, comentando o disposto no art. 43, § 2º, da Lei nº 8.078/1990, assim dispõe:

“Também é dever da empresa que abrir cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo comunicar o fato por escrito ao consumidor, não só de modo a possibilitar-lhe a exigência da imediata correção das inexactidões, mas também de molde a proporcionar-lhe a oportunidade de evitar o abalo de seu crédito, no mercado de consumo, purgando a mora o mais cedo possível.

A inobservância do dever de comunicação enseja reparação por danos patrimonial e moral, por parte do fornecedor e do arquivista, que deve responder solidariamente, conforme o parágrafo único do art. 7º do CDC, salvaguardada a ação de regresso de um em relação ao outro (art. 13, parágrafo único, do CDC).” (*Código de defesa do consumidor anotado*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 152/3)

Sobre o conceito de dano moral e sua valoração, oportuno trazer as lições de Isabela Ribeiro Figueiredo:

“A moral, para o direito, consiste na valoração do sentimento de cada ser humano, abrangendo critérios pessoais que fogem ao domínio exclusivo da razão. Tais critérios criam princípios: direito à vida, liberdade, nome, intimidade, privacidade, honra, imagem. Referidos princípios são amparados pelo direito.

Ainda para alguns, a dor moral não tem preço, não podendo ser colocada como uma mercadoria à venda. Todavia, a questão não pode ser vista por esse foco. Com a reparação do dano moral não se está pretendendo vender um bem moral, mas, simplesmente, sustentando que esse bem, como todos os outros, deve ser respeitado. Quando a vítima pleiteia a reparação pecuniária da sua dor moral, não pede um preço para sua dor, mas pretende atenuar, em parte, as conseqüências da lesão sofrida.

O dano moral já vinha sendo contemplado em nosso ordenamento jurídico, inclusive no CC de 1916 em seu art. 159.

A reparação do dano moral no Direito brasileiro está prevista na CF de 1988 em seu art. 5º, V e X, cessando, pois, a discussão sobre a reparabilidade ou não do dano moral.

[...]

A lei se eximiu de conceituar o dano moral, por isso devemos buscar sua definição na doutrina, que já se definiu quanto a esse importante tema da atualidade de nosso direito.

O dano moral pode ser definido como a lesão ao patrimônio jurídico materialmente não apreciável de uma pessoa. É a violação do sentimento que rege os princípios morais tutelados pelo direito, que podem ser decorrentes de ofensa à honra, ao decoro, à paz interior de cada um, às crenças íntimas, aos sentimentos afetivos de qualquer espécie, à liberdade, à vida e à integridade corporal.” (A valoração do dano moral. *Revista S/N-TESE de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, a. II, n. 10, p. 51-52, mar./abr. 2001)

#### **2245 – Desconsideração da personalidade jurídica – art. 50 do CC – prova documental – incidência – possibilidade**

“Agravo de instrumento. Desconsideração da personalidade jurídica em sentido inverso. Prova documental que permite a incidência inversa do art. 50 do Código Civil. Agravo provido. 1. Não há dúvida de que não só o texto, mas também o espírito do art. 50 do CC, autorizam a chamada desconsideração da personalidade jurídica inversa, a significar o afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente ao que ocorre na desconsideração da personalidade tradicional, atingir o ente empresarial e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por dívidas de seus sócios ou

administradores, desde que, além da prova de insolvência, haja a demonstração ou de um desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração) ou de uma confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração), tudo com o fito de suplantar a fraude ou o abuso de direito (que por si mesmo é signo de ilicitude de ato jurídico conforme o art. 187 do CC). 2. No caso dos autos a Fazenda Nacional agita a existência de um grupo econômico de fato, existente entre a empresa agravada e a Damapel; deveras, os elementos documentais abrigados na execução provam que as duas firmas dedicam-se a mesma atividade econômica e que as duas empresas (Damapel Ltda. e a agravada GAP Guararapes Artefatos de Papel Ltda.) sempre estiveram nas mãos de membros da família ‘De Domenico’ (Cfr. fichas da Jucesp); é ponderável a alegação fazendária de que os ‘De Domenico’ deixaram a GAP Guararapes Artefatos de Papel Ltda. constituir elevadas dívidas e ao depois a desativaram para prosseguir no mesmo ramo constituindo nova empresa (Damapel Comércio e Distribuição de Papéis Ltda.). 3. Ao contrário do suposto no juízo de origem, a prova documental amalhada pela Fazenda Nacional permite a incidência inversa do art. 50 do CC. 4. Agravo de instrumento provido para desconsiderar a personalidade jurídica da agravada, cabendo ao Juiz *a quo* a adoção das providências materiais requeridas pela agravante *oportuno tempore*.” (TRF 3ª R. – AI 0030045-45.2012.4.03.0000/SP – 6ª T. – Rel. Des. Fed. Johnson Di Salvo – DJe 22.08.2014)

**2246 – Direito à imagem – indenização – uso pelos empregados de camisetas com marcas de fornecedores e clientes sem prévia autorização – pagamento devido**

“Direito à imagem. Uso pelos empregados de camisetas com marcas de fornecedores e clientes sem prévia autorização. Uso comercial. Direito à indenização. O art. 20 do Código Civil assegura o direito à indenização àquele cuja imagem é utilizada, sem prévia autorização, com fins comerciais. A utilização pelo empregado, durante a jornada de trabalho, de camisetas contendo logotipos e marcas de fornecedores e clientes, sem a sua expressa autorização, gera para este direito à indenização por uso de imagem uma vez que o seu corpo está sendo utilizado como veículo de propaganda, e, portanto, com fins comerciais.” (TRT 5ª R. – RO 0000681-27.2012.5.05.0020 – 2ª T. – Relª Desª Luíza Lomba – DJe 25.08.2014)

**Comentário Editorial SÍNTESE**

O debate travado girou em torno da configuração do dano moral sofrido pelo empregado por uso de camisetas com marcas de fornecedores e clientes sem prévia autorização.

Reza o inciso X do art. 5º da CF/1988 que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Rúbia Zanotelli de Alvarenga completa, em sua brilhante obra *O direito do trabalho como dimensão dos direitos humanos*, que: “Em outras palavras, pode-se afirmar que a CF/1988, arrimada nos princípios da igualdade e da liberdade, elegeu o respeito à dignidade humana como seu dogma maior. É a dignidade humana o núcleo essencial que compõe os direitos humanos, a fonte ética que confere unidade, sustentáculo e sentido a todo o sistema constitucional social brasileiro. [...] A dignidade da pessoa humana do trabalhador é o critério formatador do conteúdo essencial de todos os direitos humanos sociais dos trabalhadores, mediante estes expressam sua fundamentalidade material”.

A autora, ainda, complementa:

“A imagem representa um atributo inerente a toda pessoa que impõe ao empregador, no caso da relação de trabalho, o dever de zelar pela imagem do trabalhador, não podendo

usá-la, seja para exposição do empregado de forma degradante, seja para obtenção de vantagem econômica (Alkimin, 2009, p. 96).

Segundo Diniz (2005, p. 78):

“O direito à imagem é o de ninguém ver seu retrato exposto em público ou mercantilizado sem seu consento e o de não ter sua personalidade alterada material ou intelectualmente, causando dano à sua reputação. Abrange o direito: à própria imagem; ao uso ou à difusão da imagem; à imagem das coisas próprias e à imagem em coisas ou em publicações; de obter imagem ou de consentir em sua captação por qualquer meio tecnológico.

É vedado ao empregador, assim, expor ou utilizar indevidamente a imagem do empregado para fins comerciais sem o consentimento do mesmo e sem a estipulação de um contrato de licença de uso de imagem, bem como ofensivas à sua honra, à sua boa fama e à sua respeitabilidade.

Consoante Schiavi (2011, p. 172), o direito à imagem, [...] como sendo um direito inerente à personalidade, não integra o contrato de trabalho, não podendo o empregador se utilizar da imagem do trabalhador. Por isso, antes, durante e depois do contrato de trabalho, tanto o empregado como o empregador devem respeitar, reciprocamente, a imagem um do outro. Desse modo, sem autorização, o empregador não pode utilizar a imagem do empregado ainda que em campanhas educativas ou sem fins lucrativos.

Nesse viés, convém registrar a Súmula nº 403 do Superior Tribunal de Justiça, que assim se manifesta: ‘Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais’.

Assim: ‘O direito à imagem do empregado pode ser utilizado pelo empregador, mediante autorização formal, devendo a cessão ser remunerada caso o empregador veicule a imagem do trabalhador em campanhas comerciais e lucrativas’ (Schiavi, 2011, p. 172).” (Proteção à imagem do empregado. *Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo, a. XXIII, n. 272, p. 09, fev. 2012)

#### **2247 – Execução – duplicata – prescrição – citação – incorrência**

“Direito empresarial, civil e processual civil. Execução. Duplicata. Prescrição. Citação. Incorrência. Interrupção da prescrição. Não cabimento. Ausência de morosidade atribuível ao judiciário. 1. Conforme a Lei nº 5.474/1968, a duplicata possui prazo prescricional para o exercício da pretensão executiva de 3 (três) anos a contar do seu vencimento. 2. A ausência de citação válida do executado durante o curso do prazo prescricional, não atribuível à morosidade da máquina judiciária, acarreta a continuidade da contagem do prazo. 2.1 Verificada a ocorrência da prescrição, impõe-se o seu reconhecimento de ofício. 3. Recurso conhecido e não provido.” (TJDFT – Proc. 20050111442218 – (810231) – Rel<sup>a</sup> Des<sup>a</sup> Gislene Pinheiro – DJe 15.08.2014)

#### **2248 – Execução – título extrajudicial – indicação de bens penhoráveis – suspensão**

“Apelação cível. Processual civil. Ação de execução por título extrajudicial. Indicação de bens penhoráveis. Suspensão da execução. 1. A ausência de bens passíveis de penhora, a teor do disposto no inciso III do art. 791 do CPC, não autoriza a extinção da execução, mas apenas a sua suspensão, sendo certo que, havendo norma processual específica regulando a situação, não pode o Magistrado, ignorando-a, extinguir previamente o feito ao fundamento de ausência de interesse de agir. 2. Recurso de apelação provido. Sentença anulada.” (TRF 2ª R. – AC 2012.51.01.006690-1 – (600335) – 8ª T.Esp. – Rel. Des. Marcelo Pereira da Silva – DJe 25.07.2014 – p. 1315)



**2249 – Execução – título extrajudicial – suspensão do processo – prazo indeterminado**

“Processual civil. Execução. Título extrajudicial. Suspensão do processo por prazo indeterminado. Segurança jurídica. Prescrição intercorrente. Precedentes. 1. ‘Orientação jurisprudencial da Corte sobre ser admissível, no processo de execução fundada em título extrajudicial, reconhecimento de prescrição intercorrente, diante da regra da prescritibilidade das pretensões e do princípio da segurança jurídica, substanciando, ainda, entendimento assente o de que a suspensão prevista no inciso III do art. 791 do Código de Processo Civil não impede seja reconhecida a prescrição.’ Precedente desta Turma (AC 004984.81-2009.4.01.0000/RO, 6ª T., Rel. Des. Fed. Carlos Moreira Alves, e-DJF1 de 09.12.2011, p. 703). 2. No caso em exame, entre o despacho que ordenou o arquivamento provisório, datado de 10.09.2004, e a manifestação da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – EBCT, verifica-se transcurso maior que cinco anos, devendo se reconhecer a prescrição intercorrente. 3. Apelação a que se nega provimento.” (TRF 1ª R. – AC 2001.41.00.004995-8/RO – Rel. Des. Fed. Kassio Nunes Marques – DJe 22.07.2014 – p. 161)

**2250 – Execução de título extrajudicial – exceção de incompetência – juízo falimentar – preclusão**

“Execução de título extrajudicial. Exceção de incompetência. Atração do juízo falimentar. Decisão transitada em julgado. Preclusão. 1. Acolhido o pedido de exceção de incompetência e firmada a competência para a resolução da pretensão em favor da vara de falências, recuperações judiciais, insolvência civil e litígios empresariais do DF, a parte não pode renovar a matéria em razão da preclusão. 2. Recurso desprovido.” (TJDFT – Proc. 20130110312469 – (805186) – Rel. Des. Antoninho Lopes – DJe 30.07.2014)

**2251 – Execução de título extrajudicial – inércia da autora – abandono de causa – intimação pessoal**

“Processo civil. Execução de título extrajudicial. Inércia da autora. Abandono de causa. Intimação pessoal. Não localização do réu. Extinção sem resolução de mérito. Apelação desprovida. 1. A inércia da parte autora em dar cumprimento à determinação judicial de promover as diligências necessárias ao andamento regular do processo é hipótese configuradora de abandono da causa, a ensejar a extinção do processo, sem resolução do mérito, com fulcro no art. 267, III, do CPC. 2. Considerando que a extinção do processo foi precedida da intimação pessoal da Exequente, sobre a qual a mesma não se manifestou, consoante preceitua o art. 267, § 1º, do CPC, impõe-se a manutenção da sentença. 3. Cabe ao autor de qualquer demanda apontar o endereço correto do réu, sendo tal tarefa da parte, e não do Juiz. 4. O fato de a autora não ter fornecido o endereço à correta citação do devedor não pode ser pretexto para se eternizar a prestação jurisdicional de modo que, até o presente momento, não foi possível instaurar, de forma completa, a relação jurídica processual. 5. Apelação desprovida.” (TRF 2ª R. – AC 2010.51.05.000904-0 – 8ª T.Esp. – Relª Juíza Fed. Conv. Maria Amélia Almeida Senos de Carvalho – DJe 07.08.2014 – p. 663)

**2252 – Falência – falta de pagamento – extinção do feito sem resolução do mérito – duplicatas protestadas – notificação – desacordo – possibilidade**

“Civil e empresarial. Pedido de falência por falta de pagamento. Extinção do feito sem resolução do mérito. Ausência de condição da ação. Duplicatas protestadas. Notificações em desacordo com as regras legais. Existência de vício. Recurso conhecido, mas desprovido.

1. Apelação interposta para obter reforma da sentença liminar, que extinguiu o pleito sem resolução de mérito, com base no art. 267, VI, do CPC, sob fundamento de ausência de condição da ação. O vício apontado diz respeito às irregularidades apresentadas nos protestos que serviram de lastro para o pedido de falência. 2. Em sede de preliminar, o apelante alega falta de fundamentação da sentença, a ensejar vício insanável. Entretanto, dos autos colhe-se que o pronunciamento combatido trouxe as razões pelas quais o juiz extinguiu o processo sem resolução de mérito. O fato de que tais argumentos sejam contrários à pretensão do recorrente, não inquina de nulidade tal ato. Rejeita-se, portanto, dita preliminar. 3. No mérito, a análise resume-se a verificar a regularidade das notificações apresentadas e se elas possuem os requisitos legais. 4. A antiga Lei de Falências determinava que fosse intimado o próprio devedor, ou seu representante legal, acerca dos títulos protestados. Com a entrada em vigor da Lei de Protestos, nº 9.426/1997, a intimação passou a se perfectibilizar com a comprovação de sua entrega no endereço do devedor e, desde que se possa identificar a pessoa que a recebeu. Aludido entendimento restou pacificado por meio do Enunciado da Súmula nº 361 do STJ. 5. Essa simplificação, porém, não pode ser alargada para considerar válidos os títulos protestados sem os cumprimentos mínimos exigidos pela novel legislação. 6. No caso de que se cuida, foram apresentados oito títulos, com os respectivos instrumentos de protesto, dois dos quais foram feitos a menor impúbere. Outros dois somente trouxeram a informação de que a intimação fora feita por carta registrada. De todos eles, somente um foi efetivamente entregue ao representante de empresa. E todos foram entregues em endereço diverso do que consta no formulário de firma individual, bem como na própria inicial da ação. 7. Ressalte-se que a jurisprudência aponta a necessidade de absoluta correção dos dados identificadores das notificações, em razão das graves consequências que podem advir de uma decretação de falência, ou mesmo, da interposição de pedido falimentar. Por outro lado, a nova Lei de Falências adotou o princípio da preservação da empresa, não se podendo utilizar desse pedido, como forma de realização de cobrança de dívidas. 8. Apelo conhecido, mas desprovido.” (TJCE – Ap 0000187-64.2003.8.06.0000 – Relª Maria Vilauba Fausto Lopes – DJe 07.08.2014)

### **2253 – Lei de Direitos Autorais – execução pública de obras musicais – pagamento – atividade não lucrativa – irrelevância**

“Direito autoral. Recurso especial. Ecad. Execução pública de obras musicais. Pagamento de remuneração autoral. Atividade não lucrativa. Irrelevância. 1. Ação declaratória de inexistência de pagamento de direitos autorais ajuizada em 11.11.2009. Recurso especial concluso ao Gabinete em 22.11.2013. 2. Controvérsia que se cinge em determinar se a recorrida, Universidade Federal, está dispensada de arrecadar ao Ecad valores relativos à execução de obras musicais realizada em evento por ela promovido. 3. Não constitui ofensa ao direito autoral a execução musical que apresente finalidade exclusivamente didática e sem intuito de lucro, desde que realizada no estabelecimento de ensino. 4. O pagamento de direitos autorais devidos em virtude da execução de obras musicais, a partir da edição da Lei nº 9.610/1998, independe da auferição de lucros por parte de quem as executa publicamente. 5. Recurso especial provido.” (STJ – REsp 1.416.758/RS – (2013/0369982-0) – 3ª T. – Relª Min. Nancy Andrighi – DJe 20.06.2014)

#### **Comentário Editorial SÍNTESE**

O STJ, em decisão recente, entendeu que a Universidade Federal de Santa Maria deveria pagar direitos autorais ao Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (Ecad) pela execução de obras musicais em um festival popular realizado pela instituição de ensino em praça pública.

O Ecad recorreu ao STJ contra decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região que isentou a universidade do pagamento dos direitos autorais relativos à execução de música em evento por ela promovido.

No recurso, sustentou que a instituição de ensino é responsável pelo recolhimento dos direitos autorais decorrentes da execução de música nos eventos que promove, independentemente de haver lucro.

A nobre Relatora destacou que o STJ, baseando-se na nova Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/1998), tem reconhecido que a exigibilidade dos valores relativos à remuneração autoral não está condicionada à obtenção de lucro direto ou indireto por parte de quem promove a execução pública de obras musicais.

Isso porque a nova lei fez desaparecer a regra restritiva consagrada pelo art. 73, *caput*, da revogada Lei nº 5.988/1973, que proibia tão somente a execução realizada sem autorização do autor que visasse lucro direto e indireto.

Vale trazer trecho do seu voto:

“Em última análise, no que importa à espécie, na vigência da atual Lei de Direitos Autorais, a obtenção de lucro por aquele que executa publicamente obras musicas passou a ser aspecto juridicamente irrelevante quando se trata do pagamento de direitos autorais”.

O Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso.

#### **2254 – Marca – ação de abstenção de uso – obrigação de fazer e reparação de danos materiais – tutela inibitória concedida**

“Agravo de instrumento. Ação de abstenção do uso de marca, cumulada com obrigação de fazer e reparação de danos materiais. Tutela inibitória concedida. Art. 461 do Código de Processo Civil. Pedido de revogação pelo réu. Necessidade de afastamento dos requisitos pertinentes. Não demonstração no caso concreto. Manutenção da medida. Marca devidamente registrada no INPI. Utilização exclusiva do titular. Reconhecimento. Logotipos semelhantes das pessoas jurídicas. Possibilidade de confusão entre os consumidores. Multa diária por descumprimento da obrigação judicial. Cabimento. Valor. Razoabilidade e proporcionalidade. Verificação, *in concreto*. Recurso a que se nega provimento. I – A revogação de medida antecipatória depende do afastamento dos requisitos que ensejaram no seu deferimento, o que não ocorreu no caso em apreço. II – O titular de uma determinada marca possui a prerrogativa de utilizá-la, com exclusividade, em todo o território nacional, pelo prazo concedido no registro. III – Ficando constatado no atual momento processual que as empresas possuem a mesma área de atuação comercial e os logotipos por ela utilizados detêm um alto grau de semelhança, podendo gerar confusão entre os consumidores, deve ser mantida a tutela antecipada que garantiu o emprego da marca apenas àquela que, a princípio, é a sua legítima titular. IV – É cabível a fixação de multa diária por descumprimento de obrigação de fazer, nos termos do § 4º do art. 461 do Código de Processo Civil. V – O valor da multa deve atender aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, constringendo o devedor ao cumprimento da obrigação de fazer e não podendo ensejar em enriquecimento sem causa do beneficiário do montante decorrente da mencionada imposição pecuniária.” (TJMG – AI-Cv 1.0452.13.005854-1/001 – 17ª C.Cív. – Rel. Leite Praça – DJe 05.08.2014)

#### **2255 – Monitória – cheque prescrito – improcedência**

“Monitória. Cheque prescrito. Improcedência. Prescrição do direito de ação. CC, art. 206, § 5º, inciso I. 5 anos, contados do dia seguinte ao da emissão do título. REsp 1.101.412/SP. Súmula nº 503 do eg. STJ. Apelação não provida.” (TJSP – Ap 0006944-12.2010.8.26.0020 – São Paulo – 11ª CDPriv. – Rel. Gil Coelho – DJe 07.08.2014 – p. 1333)

**2256 – Penhora on-line – ativos financeiros em nome do devedor – possibilidade**

“Agravado de instrumento. Processual civil. Convênio BacenJud. Consulta e penhora *on-line* de ativos financeiros em nome do devedor. Possibilidade. 1. Com relação à utilização de sistemas informatizados colocados à disposição do Judiciário, como forma de melhor instrumentalizar a efetivação de penhora ou busca de bens dos devedores em processos de execução, a nova redação do art. 655 do CPC retira da utilização de sistemas tais como Infojud, Renajud, DOI ou BacenJud seu caráter excepcional, na medida em que se constituem o meio por excelência para localização de bens, depósitos ou aplicações em instituições financeiras, sendo que estes, por sua vez, se encontram em primeiro lugar na ordem de preferência dos bens penhoráveis. 2. A pesquisa de bens ou ativos financeiros não constitui quebra de sigilo bancário, porquanto o interesse é apenas em saber se existe patrimônio apto a garantir o débito, nada importando a origem desses bens. 3. Dispensável o prévio esgotamento de diligências no sentido de localizar bens passíveis de penhora para fins de utilização dos referidos instrumentos. 4. Agravo de instrumento provido.” (TRF 4ª R. – AI 0001670-36.2014.404.0000/RS – 3ª T. – Rel. Des. Fed. Fernando Quadros da Silva – DJe 07.08.2014 – p. 103)

**2257 – Propriedade industrial – ação de abstenção – uso indevido de marca – conflito**

“Apelação cível. Preliminar contrarrecursal. Propriedade industrial. Ação de abstenção de uso indevido de marca e nome comercial. Marca. Uso exclusivo. Necessidade de registro junto ao INPI. Conflito entre nome empresarial e marca. Abstenção de uso de marca. Reparação de danos. Sentença mantida. Prequestionamento. Competência deste Órgão Fracionário para julgamento do recurso, pois sua distribuição é anterior à Resolução nº 02/2012, que alterou a competência. Interesse recursal demonstrado, na medida em que a recorrente ataca a sentença, diretamente no que lhe foi desfavorável. Preliminar contrarrecursal rejeitada. O uso exclusivo da marca depende de prévio registro junto ao INPI. Art. 129 da Lei nº 9.279/1996. Precedentes jurisprudenciais. A anterioridade do uso da marca garante prioridade de registro, nos termos do § 1º do art. 129 da LPI, mas não de exclusividade no uso da mesma. Conflito entre nome comercial e marca. Observância dos Princípios da Territorialidade e da Especialidade. Entendimento do STJ. Embora as empresas atuem no mesmo ramo de atividade, inexistente prova de que a ré atue no mesmo âmbito territorial da parte autora, que teve seu nome comercial (Starluz) registrado, perante a Junta Comercial, antes mesmo de a ré ser constituída e começar a utilizar o sinal distintivo como marca, ainda que não registrada. Possibilidade de convivência harmônica. Abstenção de uso não reconhecida. Indenização indevida. O julgador não está obrigado a se manifestar sobre todos os argumentos e artigos de lei invocados pela parte, quando suficientemente resolvida a questão, juridicamente fundamentada. Prequestionamento descabido. Preliminar rejeitada. Apelo desprovido. Unânime.” (TJRS – AC 70038147948 – 18ª C.Cív.ServApJuris – Relª Elaine Maria Canto da Fonseca – J. 17.07.2014)

**2258 – Propriedade industrial – conflito entre marcas – marcas fracas – possibilidade de convivência**

“Direito de propriedade industrial. Agravo regimental no recurso especial. Conflito entre marcas. Doritos e Douraditos. Marcas fracas. Possibilidade de convivência. Reexame do conjunto fático-probatório. Inadmissibilidade. Enunciado nº 7 da Súmula do STJ. 1. ‘O art. 535 do CPC encontra-se incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma suficiente sobre a questão posta nos autos, sendo certo que o

Magistrado não está obrigado a rebater um a um os argumentos trazidos pela parte se os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão' (REsp 1.197.028/AL, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., Julgado em 16.02.2012, DJe 28.02.2012). 2. 'Para modificar o que foi decidido pela Corte de origem, no âmbito da ação de abstenção de uso de nome empresarial, marca e nome de domínio, seria necessário o revolvimento do conteúdo fático-probatório dos autos, providência incompatível com a via estreita do recurso especial, ante o óbice previsto na Súmula nº 7 desta Corte' (AgRg-Ag 1.049.819/SP, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª T., J. 22.03.2011, DJe 30.03.2011). 3. Marcas fracas, meramente sugestivas e/ou evocativas, podem conviver com marcas semelhantes. Precedente: REsp 1.166.498/RJ, Relª Min. Nancy Andrighi, 3ª T., J. 15.03.2011, DJe 30.03.2011. 4. Agravo regimental desprovido." (STJ – AgRg-REsp 1.046.529 – (2008/0075960-1) – 4ª T. – Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira – DJe 04.08.2014)

#### **2259 – Propriedade industrial – uso de nome comercial – pedidos de abstenção – registro de marca – nulidade**

"Apelação cível e remessa. Propriedade industrial. Pedidos de abstenção de uso de nome comercial, alteração de nome empresarial, e de indenização por perdas e danos. Competência da Justiça Estadual. Nulidade de registro de marca mista. Alegação de colidência. Proteção ao nome empresarial. Exame do signo marcário como um todo. Distintividade conferida pelo conjunto dos elementos figurativos e gráficos. Recurso desprovido e remessa não conhecida. I – Não há que se confundir pedido de abstenção de uso de marca, quando cumulado com pleito de nulidade do seu registro no INPI, cujo julgamento compete à Justiça Federal, com pedidos que visam à modificação/alteração de nome empresarial e de título de estabelecimento comercial, como também pedido de indenização por danos materiais e morais, já que tratam-se de questões envolvendo direitos subjetivos de empresas privadas, cuja competência para o processamento e julgamento é da Justiça Estadual. Precedentes deste Tribunal; II – Quanto à aplicação do disposto no inciso V do art. 124 da LPI, a jurisprudência Pretoriana já assentou entendimento de que a garantia dada ao nome empresarial se restringe à unidade federativa de jurisdição da junta comercial onde foram arquivados os atos constitutivos da empresa, a despeito das disposições contidas no art. 8º da CUP; III – Tratando-se de marca mista, cujo registro foi concedido para o conjunto dos seus elementos nominativos e figurativos, o exame de eventual colidência deve ser realizado com maior cautela e levando-se em consideração o signo marcário como um todo; IV – A despeito das marcas conterem o termo 'pirilampo' em suas composições, há outros elementos envolvidos, inclusive figurativos, que se destacam – como por exemplo as expressões 'jardim' e 'lumini', da autora e da empresa ré, respectivamente –, conferindo suficiente distintividade às referidas marcas, apta a afastar o risco de haver confusão, erro ou dúvida no público consumidor, não se aplicando ao caso, também, a regra impeditiva do inciso XIX do art. 124 da LPI; V – Apelação desprovida. Remessa necessária que não se conhece, por incabível na espécie." (TRF 2ª R. – Ap-RN 2012.51.01.030564-6 – 1ª T.Esp. – Rel. Antonio Ivan Athié – DJe 30.07.2014)

#### **2260 – Protesto – ação de cancelamento – dívida quitada – declaração de anuência do credor**

"Apelação cível. Ação de cancelamento de protesto. Dívida quitada. Protesto indevido. Declaração de anuência do credor. Não fornecimento. Levantamento da constrição. Obrigação do credor. Apelo não provido. Sentença mantida. 1. Irregular a efetivação do pro-

testo por já quitada a dívida que o ensejou, incumbe ao credor o dever de proceder ao seu cancelamento, não merecendo guarida a alegação de que a própria devedora seja responsável pelo levantamento do apontamento. 2. Para o cancelamento do registro de protesto é preciso que se apresente declaração de anuência do credor. No caso, afirmando a autora não ter recebido a carta de anuência e deixando a ré de provar a respectiva entrega, deve ser mantida a sentença que considerou a credora responsável pelo cancelamento da restrição.” (TJMG – AC 1.0035.10.011048-1/001 – 16ª C.Cív. – Rel. José Marcos Vieira – DJe 28.07.2014)

**2261 – Recuperação judicial – justiça comum – competência – Súmula nº 115 do STJ – aplicação**

“Agravo regimental no conflito de competência. Justiça comum estadual e Justiça do Trabalho. Recuperação judicial. Reclamação trabalhista. Atos executivos. Competência do juízo de direito da vara empresarial. Irresignação do réu. 1. Hipótese em que o advogado titular do certificado digital utilizado para assinar a transmissão eletrônica do agravo regimental não possui instrumento de procuração nos autos. Recurso inexistente. Incidência da Súmula nº 115 do STJ. 2. Agravo regimental não conhecido.” (STJ – AgRg-CC 122.671 – (2012/0102555-7) – 2ª S. – Rel. Min. Marco Buzzi – DJe 19.08.2014)

**2262 – Recuperação judicial – pedido de extinção das obrigações da massa falida – incorrência**

“Direito civil. Processual civil e empresarial. Pedido de extinção das obrigações da massa falida. Inocorrência dos requisitos constantes do art. 158 da Lei nº 11.101/2005. Extinção do feito sem julgamento do mérito. Sentença confirmada. 1. Não se admite o pedido de extinção de obrigações da massa falida, quando há débitos pendentes de resgate, em atenção ao disposto no art. 158 da LRF. 2. Recurso desprovido.” (TJDFT – Proc. 20130110927244 – (805573) – Rel. Des. Antoninho Lopes – DJe 04.08.2014)

**2263 – Recuperação judicial – responsabilidade trabalhista solidária – sucessão de empregadores – grupo econômico – inexistência**

“Recurso de revista. Aquisição de ativos de empresa em recuperação judicial. Lei nº 11.101/2005. Sucessão de empregadores. Grupo econômico. Responsabilidade solidária. Inexistência. Diante da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.934-2/DF, DJe de 05.11.2009, em que se declarou a constitucionalidade, dentre outros, dos arts. 60, parágrafo único, e 141, II, da Lei nº 11.101/2005, a atual jurisprudência desta Corte uniformizadora vem se direcionando no sentido da não ocorrência de sucessão trabalhista, em hipótese como a destes autos, em que a reclamada VRG Linhas Aéreas S.A., por meio da Varig Logística S/A VarigLog, adquiriu a Unidade Produtiva da Varig (UPV), mediante leilão público, realizado em sede de processo de recuperação, nos termos da referida Lei nº 11.101/2005. Precedentes. Mesmo quando haja o reconhecimento de formação do grupo econômico preexistente à alienação de ativos da empresa em recuperação judicial, como no caso dos autos, esta Corte tem decidido pela ausência de responsabilidade solidária daquela que adquiriu a unidade produtiva. Precedentes. Ressalva de entendimento do relator. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.” (TST – RR 0110200-17.2009.5.02.0313 – Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão – DJe 22.08.2014 – p. 3218)

### Comentário Editorial SÍNTESE

No v. acórdão, as reclamadas VRG Linhas Aéreas S.A. e Gol Linhas Aéreas Inteligentes S.A. sustentaram que não deveriam responder por débitos trabalhistas da Massa Falida da S.A. Viação Aérea Rio-Grandense, uma vez que, por meio da Empresa Varig Logística S.A., foram arrematadas Unidades Produtivas Isoladas da Viação Aérea Rio-Grandense em leilão de recuperação judicial, razão pela qual não poderia se falar em formação de grupo econômico ou sucessão de empregadores.

Sabemos que a sucessão está prevista no § 2º do art. 2º da CLT, cuja redação é a seguinte:

“Art. 2º [...]

[...]

§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.”

Assim, para o Mestre Sergio Pinto Martins, temos:

“[...] Denota-se da orientação da CLT que o grupo econômico pressupõe a existência de pelo menos duas ou mais empresas, que estejam sob comando único. De outro lado, segundo o art. 264 do Código Civil, só se pode falar em solidariedade se houver previsão em lei ou decorrer da vontade das partes. No caso da solidariedade para fins trabalhistas, há previsão expressa no § 2º do art. 2º da CLT.

É mister examinar se o grupo de empresas é o empregador único. A teoria da solidariedade passiva entende que não, pois existe apenas responsabilidade comum entre as empresas. A teoria da solidariedade ativa entende que o empregador é um só (grupo), enquanto o empregado que trabalha para uma empresa presta serviços para o grupo todo.

A relação que deve haver entre as empresas do grupo econômico é uma relação de dominação que mostra a existência de uma empresa principal, que é a controladora, e das empresas controladas. A dominação exterioriza-se pela direção, controle ou administração. O requisito principal é o controle de uma empresa sobre a outra, que consiste na possibilidade de uma empresa exercer influência dominante sobre outra. Assim, o controle é exercido pelo fato de uma empresa deter a maioria das ações de outra, ou mesmo tendo a minoria das ações, mas detendo o poder pelo fato de haver dispersão na titularidade das ações entre várias pessoas. A caracterização do controle pode ser evidenciada pelo fato de haver empregados comuns entre uma ou mais empresas, assim como acionistas comuns, ainda que sejam de uma única família, e administradores ou diretores comuns, quando as empresas possuem o mesmo local ou a mesma finalidade econômica.” (*Comentários à CLT*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 9-10)

### 2264 – Sociedade – dissolução irregular da pessoa jurídica – redirecionamento – possibilidade

“Execução fiscal. Dissolução irregular da pessoa jurídica (Súmula nº 435 do STJ). Redirecionamento para os sócios-administradores. Possibilidade. Não ocorrência da prescrição. Provimento do agravo de instrumento. 1. Agravo de instrumento interposto pela União (Fazenda Nacional) em face de decisão que, em execução fiscal ajuizada contra pessoa jurídica, indeferiu o pedido de redirecionamento do feito executivo contra os sócios administradores da empresa, por considerar que não há nos autos documentos que evidenciem a ocorrência de atos que implicassem em excesso de poder, violação ao estatuto da empresa, infração à lei, ou mostras de que houve a dissolução irregular da empresa. 2. O eg. Superior Tribunal de Justiça (EAARES 1.276.594, EAG 1.105.993, REsp 1.363.809), como também

esta Corte Regional, inclusive por esta 4ª Turma (AC 561.046, Ag 132.731, Ag 132.259), têm entendimento firmado no sentido da admissibilidade de redirecionamento da execução fiscal-tributária na hipótese de dissolução irregular da sociedade, desde que o sócio tenha permanecido na administração da pessoa jurídica ao tempo da ocorrência da dissolução.

3. No caso posto, o oficial de justiça certificou que, no endereço indicado, encontrou um imóvel sem nenhum aspecto de estabelecimento empresarial, sendo informado pelo próprio representante legal da executada, Sr. Paulo Tenório, que ‘a empresa teria encerrado suas atividades há bastante tempo e que não lhe teria restado patrimônio’, de modo que incide o disposto na Súmula nº 435 do STJ, segundo a qual ‘presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente’.

4. A qualidade de sócios-administradores de Paulo Tenório Silva e Ana Paula França Tenório resta comprovada pelos registros das alterações do contrato social da empresa, cujo histórico não faz qualquer referência a exclusão deles do quadro societário.

5. Somente no momento em que a exequente teve ciência da dissolução irregular da pessoa jurídica – o que ocorreu ao menos em 31.07.2007 – foi que teve início a contagem da prescrição para se pleitear o redirecionamento da execução para os sócios-administradores da empresa devedora (TRF 5ª R., 4ª T., Rel. Des. Fed. Rogério Fialho Moreira, Ag 133477 e Ag 131007). *In casu*, tal pedido foi formalizado em 22.08.2011, ou seja, antes do decurso do lustro prescricional.

6. Agravo de instrumento provido.” (TRF 5ª R. – AGTR 0005343-10.2014.4.05.0000 – (138307/AL) – 4ª T. – Rel. Des. Fed. Rogério Fialho Moreira – DJe 07.08.2014)

#### **2265 – Sociedade – dissolução parcial – medida cautelar – falta de interesse**

“Empresarial e processual civil. Apelação. Medida cautelar. Dissolução parcial da sociedade. Jorlan. Extinção do processo principal. Art. 808, III, do CPC. Falta de interesse no prosseguimento da cautelar. Princípio da acessoriedade. 1. O processo cautelar tem como escopo a garantia de eficácia do feito principal, atendendo provisória e emergencialmente a uma necessidade de segurança até que seja prestada a futura atuação jurisdicional definitiva quanto à existência ou não do direito vindicado. 2. Para o inexcedível José Frederico Marques, a tutela jurisdicional cautelar é instrumental e acessória, porquanto se estrutura qual meio e modo de garantir o resultado final do processo de conhecimento, ou do processo executivo. 3. Forçoso concluir que [...] verificada a extinção do processo principal com julgamento do mérito, a medida cautelar perde a sua eficácia, devendo ser extinta também, uma vez que depende da existência do principal [...] (Acórdão nº 777546, 20110710281300APC, Relª Leila Arlanch, DJe 14.04.2014, p. 77). 4. Recurso improvido.” (TJDFT – Proc. 20140110640540 – (801490) – Rel. Des. João Egmont – DJe 14.07.2014)

#### **2266 – Sociedade anônima – ações nominativas – direito de preferência – previsão no estatuto – assembléia geral – suspensão**

“Direito empresarial. Sociedade anônima. Transferência de ações nominativas. Direito de preferência dos sócios, na proporção de sua participação no capital social. Previsão no estatuto. Alteração unilateral do livro de ações nominativas. Suspensão de assembleia geral. 1. A transferência da propriedade das ações nominativas opera-se mediante a simples averbação do Termo de Transferência no livro de Registro Ações Nominativas, devidamente datado e assinado pelo cedente e pelo cessionário, conforme se depreende da interpretação sistemática dos arts. 31, § 1º, e 100, I, e, e II, da Lei nº 6.404/1976. 2. A transferência de



ações nominativas averbada unilateralmente, ainda que venha a ser declarada nula por decisão judicial, gera presunção relativa quanto à propriedade das ações até que se declare sua nulidade, nos termos da Lei nº 10.303/2001.” (TJPE – AgRg 320975-4 – Rel. Des. Agenor Ferreira de Lima Filho – DJ 25.07.2014)

**2267 – Sociedade empresária – promissórias assinadas por terceiro – execução da dívida – cautela – exigência**

“Execução da dívida representada por promissórias. Assinatura por terceiro. Execução contra sociedade comercial. Nulidade. Ilegitimidade passiva. Apelação cível. Direito empresarial. Embargos à execução. Notas promissórias assinadas por pessoa não reconhecida como sócia ou administradora da sociedade empresária. Impossibilidade de ser executado contra o emitente, mas apenas contra quem assinou e avalizou. Deve-se observar um mínimo de cautela nas relações comerciais. Reforma da sentença. 1. Agravo retido afastado diante da preclusão lógica, tendo em vista que o agravante informou que não possuía outras provas a produzir, momento em que precluiu o seu direito de requerer a produção de novas provas. 2. A nota promissória é uma promessa de pagamento e deve conter os requisitos do art. 54 do Decreto nº 2.044/1908 para que seja válida, dentre estes a assinatura do emitente ou do mandatário especial. 3. No caso concreto, as notas promissórias que estão sendo executadas foram assinadas e avalizadas por pessoa estranha ao quadro societário da emitente e sem poderes para tal. Ainda que haja relação de parentesco entre quem assinou as notas, o ex-sócio e a atual sócia da sociedade empresária, nas relações comerciais as partes devem agir com um mínimo de cautela. O credor deveria, no momento da realização do negócio jurídico, ter exigido o contrato social da empresa ou a procuração do suposto mandatário do emitente e, no momento da cobrança, fazer a prova do mandato ou da situação de sócio, com base no qual foram os títulos assinados. Violação do disposto nos arts. 14, combinado com o art. 56 do Decreto nº 2.044/1908, e 333, I, do Código de Processo Civil. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 4. Aquele que assina a declaração cambial, como mandatário, ou representante legal de outrem, sem estar devidamente autorizado, fica, por ela, pessoalmente obrigado. Art. 46 do Decreto nº 2.044/1908. 5. Logo, as notas promissórias não podem ser executadas contra o emitente, mas apenas contra quem as assinou e as avalizou, o que não impede o credor de, querendo, ajuizar ação de cobrança para, através de ampla dilação probatória, comprovar a existência de negócio jurídico com a emitente da nota promissória e obrigá-la ao pagamento do valor das mercadorias supostamente por ela adquiridas. 6. Reforma da sentença tão somente para declarar nula a execução contra o embargante, diante da sua ilegitimidade passiva, e para autorizar o levantamento do valor bloqueado para a garantia da execução. 7. Apelação que se conhece e se dá parcial provimento.” (TJRJ – Ap 0001299-11.2008.8.19.0007 – 8ª C.Cív. – Rel. Des. Cezar Augusto Rodrigues Costa – DJe 13.08.2014)

**2268 – Sociedade empresarial – apuração de haveres – provas – ausência**

“Sociedade empresarial de fato. Reconhecimento. Tempo de sociedade bem estabelecido na sentença. Apuração de haveres considerando o livro caixa, que era escriturado pelo autor. Ausência de dano moral. Mero dissabor. Sentença mantida. Recurso não provido. Sociedade empresarial de fato. Existência pelo período reconhecido na sentença. Ausência de indicativos de que a sociedade perdeu pelo tempo alegado pelo autor. Apuração de haveres. Sentença que se baseou no livro caixa, escriturado pelo autor. Ausência de pro-

vas de que o livro não condizia com a realidade do comércio desenvolvido pelas partes. Dano moral. Não caracterização. Mero dissabor. Sentença mantida. Recurso não provido.” (TJSP – Ap 0002056-41.2009.8.26.0244 – Iguape – 10ª CDPriv. – Rel. Carlos Alberto Garbi – DJe 21.08.2014)

**2269 – Sociedade empresarial – compra e venda – estabelecimento comercial – pagamento das dívidas – existência – comprovação**

“Sociedade empresarial. Compra e venda de estabelecimento comercial. Demanda relativa ao pretendido pagamento das dívidas assumidas pelos alienantes do fundo de comércio. Responsabilidade dos réus pelas dívidas anteriores à imissão do demandante na posse expressamente disposta nos dois contratos assinados entre as partes. Existência das dívidas comprovada pelos documentos havidos na instrução. Extensão dos débitos que deve ser discutida na fase de liquidação já determinada. Procedência mantida. Recurso de apelação improvido.” (TJSP – Ap 0006605-33.2006.8.26.0363 – Mogi-Mirim – 6ª CDPriv. – Rel. Vito Guglielmi – DJe 22.08.2014)

**2270 – Sociedade limitada – cessão – direito de preferência – observação**

“Direito empresarial. Negócio jurídico. Anulação. Quotas. Cessão. Sociedade limitada. Direito de preferência. A pessoa jurídica não pode, em nome próprio, impugnar o contrato de cessão de quotas sociais, por não ser observado o direito de preferência.” (TJAC – AC 0028015-26.2010.8.01.0001 – (1.026) – 2ª C.Cív. – Rel. Des. Samoel Evangelista – DJe 29.07.2014)

**2271 – Sociedade limitada – cessão de quotas – contrato social – omissão**

“Processo civil. Direito empresarial. Recurso especial. Violação do art. 535 não configura. Sociedade limitada. Cessão de quotas a terceiro estranho ao quadro social. Omissão do contrato social. Art. 1.057 do CC. Direito de oposição. 1. A cessão de quotas sociais em uma sociedade por responsabilidade limitada deve observar regras específicas, previstas no art. 1.057 do CC, em cujo *caput* há permissão para que o contrato social franqueie também a terceiros não sócios o livre ingresso na sociedade – aproximando-se, assim, das sociedades de capitais – ou imponha condições e restrições de toda ordem à admissão do novo sócio, priorizando o elemento humano como fator de aglutinação na formação do ente social. De uma forma ou de outra, a previsão contratual em sentido diverso prevalece sobre o aludido preceito legal. 2. Quando o instrumento de contrato social silenciar total ou parcialmente – embora a redação do art. 1.057 do CC não seja suficientemente clara –, é possível, desmembrando as suas normas, conceber a existência de duas regras distintas: (I) a livre cessão aos sócios; e (II) a possibilidade de cessão a terceiros estranhos ao quadro social, desde que não haja a oposição de titulares de mais de 25% do capital social. 3. No caso, a validade do negócio jurídico vê-se comprometida pela oposição expressa de cerca de 67% do quadro social, sendo certo que o contrato social apresenta omissão quanto aos critérios a serem observados para a implementação da cessão de posição societária, limitando-se a mencionar a possibilidade dessa operação na hipótese do não exercício do direito de preferência pelos sócios remanescentes. 4. Outrossim, consta da Cláusula Sétima que a comunicação da intenção de alienação das quotas aos demais sócios far-se-ia acompanhar de ‘outros dados que entender úteis’ (fl. 674). Desse modo, causa certa estranheza o fato de os sócios remanescentes terem perquirido aos cedentes a qualificação dos cessionários e eles terem se recusado a fornecer, sob a mera alegação de que o contrato não os obrigava

a tanto. Afinal, o pedido de esclarecimento consubstanciado na indicação do interessado na aquisição das quotas sociais, conquanto não fosse expressamente previsto no contrato social, era medida previsível e salutar, cujo escopo precípuo era justamente a preservação da *affectio societatis* e, em última instância, da ética, transparência e boa-fé objetiva, elementos que devem nortear as relações interpessoais tanto externa quanto *interna corporis*. 5. Recurso especial provido. Prejudicadas as demais questões suscitadas.” (STJ – REsp 1.309.188 – (2012/0030425-5) – 4ª T. – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – DJe 15.08.2014)

#### **2272 – Sucessão empresarial – responsabilidade tributária – caracterização**

“Agravado de instrumento. Sucessão empresarial. Responsabilidade tributária. 1. Agravado de instrumento interposto pela União. Fazenda Nacional. Em face de decisão que, em sede de execução de honorários, indeferiu o pedido de responsabilidade da empresa Mossoró Refinação de Sal Ltda. em razão da ocorrência de sucessão empresarial. 2. Da análise dos autos verifica-se que a empresa executada, Ciemarsal – Comércio, Indústria e Exportação de Sal, deixou de exercer suas atividades em seu endereço comercial, e no mesmo logradouro funciona a empresa Mossoró Refinação de Sal, conforme atesta certidão da oficial de justiça (fl. 142 dos autos originais e 148 dos presente instrumento). 3. Além da similitude de endereço entre as empresas supramencionadas, a empresa sucessora continua a explorar a atividade da sucedida, qual seja, a exploração de sal, itens e serviços correlatos, alterando tão somente a razão social. 4. Desse modo, tendo em vista os fatos constatados nos autos, percebe-se a presença de fortes indícios da existência da aquisição do fundo de comércio da empresa executada pela atual exploradora da atividade econômica no endereço informado na inicial, o que traz por consequência a responsabilização da adquirente para com os débitos oriundos da Fazenda Nacional. 5. Ora, em que pese o fundamento da r. decisão ora agravada, que faz alusão à necessidade, para fins de sucessão empresarial, de comprovação nos autos que a pessoa jurídica de direito privado sucessora adquiriu o estabelecimento comercial, sendo inviável a sua caracterização fundada em mera presunção. Entretanto, como sói acontecer a sucessão fraudulenta, quando ausente instrumento oficial que comprove tal formalização. Nesses casos, esta se caracteriza quando presentes indícios fáticos suficientes da existência de sucessão. 6. Na verdade, a sucessão empresarial deve ocorrer de forma regular, ou seja, com a devida averbação na Junta Comercial, publicada na imprensa oficial, o que significa ampla divulgação do negócio jurídico realizado. Entretanto, sendo realizada de forma clandestina e oculta, sem cumprimento dos requisitos legais, com intuito de frustrar os credores da primitiva, dificulta a comprovação por parte da exequente, com base em provas oficiais demonstrar tal ilícito. Destarte, tal exigência só vem obstar a satisfação do crédito público, impossibilitando a comprovação da concretização desse negócio jurídico. 7. É importante destacar, também, que eventuais alegações da empresa que está sendo considerada como sucessora poderão ser oportunamente analisadas, se o caso, quando do manejo dos embargos à execução, após concretização da devida citação da empresa. 8. Agravado de instrumento provido.” (TRF 5ª R. – AGTR 0004087-32.2014.4.05.0000 – (137700/RN) – 2ª T. – Rel. Des. Fed. Paulo Roberto de Oliveira Lima – DJe 31.07.2014)

#### **2273 – Teoria da aparência – duplicatas sem aceite – mercadorias – comprovante de recebimento – requisitos**

“Apelação cível. Embargos à execução. Duplicatas sem aceite. Nota fiscal. Comprovante de recebimento das mercadorias. Empregado. Teoria da aparência. Protesto do título. Requisi-

tos da execução preenchidos. Improcedência da ação. Honorários advocatícios. Equidade. Art. 20, § 4º, do CPC. Redução do *quantum*. Recurso parcialmente provido. A duplicata protestada, ainda que sem aceite, mas desde que acompanhada de comprovante de entrega e recebimento da mercadoria, constitui título hábil a aparelhar processo de execução. É possível que o recebimento das mercadorias seja feito por empregado do estabelecimento empresarial, ainda que não tenha poderes de representação, em prestígio à teoria da aparência. Os honorários advocatícios devem ser fixados equitativamente no caso de improcedência do pedido, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, a fim de obter o *quantum* que represente justa remuneração pelo trabalho realizado, mas sem acarretar enriquecimento sem causa.” (TJMS – Ap 0803566-36.2013.8.12.0008 – 3ª C.Cív. – Rel. Des. Eduardo Machado Rocha – DJe 04.08.2014)

**2274 – Título de crédito – protesto – cancelamento – duplicata sem aceite – relação contratual – ausência**

“Direito empresarial e civil. Título de crédito. Apelação cível em ação declaratória de nulidade de título c/c cancelamento de protesto. Duplicata sem aceite. Ausência de demonstração relação contratual entre as partes. Reforma da sentença. Recurso conhecido e provido.” (TJAM – Ap 0252212-14.2009.8.04.0001 – 1ª C.Cív. – Rel. Des. Sabino da Silva Marques – DJe 13.08.2014)

**2275 – Título de crédito – protesto cambial – sustação – nulidade**

“Direito empresarial. Títulos de crédito. Protesto cambial. Sustação. Nulidade dos títulos de crédito. Inexistência de débito. Deferimento. Manutenção da decisão recorrida. Recurso a que se nega provimento. 1. Sustação de duplicatas mercantis levadas a protesto diante do alegado e comprovado desfazimento do negócio jurídico originário, com a declaração de nulidade de tais títulos executivos e, conseqüentemente, declaração de inexistência de débito. 2. Ausência da comprovação de entrega das mercadorias, requisito necessário para a cobrança judicial através de execução de título extrajudicial de duplicata mercantil não aceita, nos termos do art. 15, II, *b*, da Lei nº 5.474/1968. 3. Recurso a que se nega provimento.” (TJPE – Ag-Ap 0019295-70.2003.8.17.0001 – 5ª C.Cív. – Rel. Des. Conv. Carlos Frederico Gonçalves de Moraes – DJe 15.08.2014)

# Competência do Bacen para Fiscalização de Entidades Que Atuam no Mercado Financeiro. Aprovação de Atos Societários pela Referida Instituição. Efeito Homologatório *Ex Tunc*. Impossibilidade de a SRFB Desconsiderar Operações e Atos Aprovados pelo Bacen, por Vedação Imposta pelos Artigos 109 e 110 do CTN. Norma Antielisão. Rejeição pelo Congresso Nacional (Artigos 13 a 19 da MP 66/2002). Carência de Fundamentação Legal de Autuação Fiscal Desconsiderativa de Operações Homologadas pelo Bacen. Aspectos do Processo de Desmutualização pela Bovespa e BM&F Supervisionado pela CVM

### IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O Estado de São Paulo, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército – ECEME, Superior de Guerra – ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região, Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor *Honoris Causa* das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal), Presidente do Conselho Superior de Direito da Fecomércio – SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária – CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais – IICS.

**RESUMO:** O presente estudo demonstra a ilegalidade de autuações fiscais baseadas na atribuição de eficácia *ex nunc* a operações com eficácia *ex tunc*, quando aprovadas pelo Banco Central e supervisionadas pela CVM. Ora, o Bacen é a única instituição com o direito e o poder de desconsiderar os atos jurídicos de sua competência, conforme determina a legislação de regência do sistema financeiro. Tratam-se, pois, de operações cuja homologação está na competência do Bacen e da CVM, e não da Secretaria da Receita Federal do Brasil – SRFB, não podendo esta sobrepor-se à legislação privada, alterando-a em causa própria, considerando tais operações ilegais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Banco Central; operações homologadas; autuação; planejamento tributário.

**ABSTRACT:** In this study, the author demonstrates the illegality of tax assessments based on allocation efficiency *ex nunc* operations effectively *ex tunc* when approved by the Central Bank and supervised by the CVM. However, the Central Bank is the only institution with the right and the power to disregard the legal acts within its jurisdiction, as required by current law of the financial system. Treat themselves, for operations for which approval is a matter for the Central Bank and the CVM and

not the Federal Revenue of Brazil – SRFB, the latter not overlap the private law, altering it in his own cause, considering such illegal operations.

KEYWORDS: Central Bank; approved operations; tax assessment; tax planning operations.

## CONSULTA

Formula-me a empresa, por intermédio de seu sócio administrador, a seguinte consulta:

*A empresa, na qualidade de Consultente, tradicional empresa do ramo financeiro, com atividades em todo o território nacional e escritório administrativo em São Paulo, vem por meio desta, por meio de seu sócio majoritário, considerando o notório saber jurídico e reputação ímpar construída por brilhante histórico profissional, atuante na advocacia e educador reconhecido, sempre na defesa dos elevados valores para o alcance de nossa sociedade democrática de direito, apresentar fatos, informações e documentos e propor quesitos com a finalidade de que o Ilmo. Doutor emita Parecer Jurídico esclarecendo aspectos legais sobre assuntos relacionados a processos administrativos fiscais em andamento, conforme os fatos adiante relatados.*

## I – OS FATOS

Os fatos que permeiam a presente consulta remontam a anos passados, quando surgiram as primeiras notícias de desmutualização<sup>1</sup> das bolsas de valores. Especulava-se, entre outras mudanças possíveis, que as corretoras não mais necessitariam manter títulos patrimoniais para acesso aos balcões de operações Bovespa e BM&F. Pelas normas então vigentes, estabelecidas pela CVM e pelo Banco Central do Brasil, uma corretora de valores, para ter acesso ao balcão de negócios da Bovespa ou BM&F, necessitava se associar adquirindo título patrimonial.

Nesta época a corretora possuía sete títulos patrimoniais Bovespa e atuava como corretora nacional, para o que eram necessários seis títulos. Possuía um título patrimonial BM&F adquirido em 2004 desde quando pleiteava acesso direto ao pregão de negócios.

Neste contexto de expectativas e atenta aos fatos, a sociedade começou a reestruturar o capital, preparando-se de início pelas expectativas e posteriormente pelas divulgadas alterações, para operar conforme as novas

---

1 A desmutualização consistiu no processo de transformação das bolsas de valores, então associações civis em uma sociedade por ações. Processo iniciado pelas bolsas de valores dos EUA, em 2006.

diretrizes de mercado. E assim fez, sendo a síntese dos fatos<sup>2</sup> e atos jurídicos realizados, em ordem cronológica, os seguintes:

- 1º) *Em junho de 2007, a alteração contratual, na qual, por ter mais títulos que o necessário para operar nacionalmente na Bovespa, delibera a redução de capital mediante a entrega de um título patrimonial Bovespa ao sócio majoritário, observando os demais procedimentos necessários*<sup>3</sup>.
- 2º) *Em agosto de 2007, a alteração contratual, na qual, com o cronograma desmutualização Bovespa estabelecido, efeitos já conhecidos e considerando os valores contábeis dos títulos patrimoniais Bovespa recém-divulgados, realiza incorporação ao capital dos saldos de Reservas de Atualização dos Títulos Patrimoniais, observando os demais procedimentos necessários.*
- 3º) *Em agosto de 2007, alteração do contrato social, na qual, considerando a mudança ao acesso às operações, delibera a redução de capital sem estabelecer forma de liquidação, observando os demais procedimentos necessários.*
- 4º) *Em agosto de 2007, no âmbito de supervisão da CVM<sup>4</sup>, ocorre a desmutualização da Associação Bovespa, consistente na cisão do patrimônio da Associação Bovespa para constituição da Bovespa Holding S.A. Na data, são convertidos os títulos patrimoniais em ações atribuídas aos associados em substituição aos títulos detidos.*
- 5º) *Em setembro de 2007, data da ciência dos dados sobre a conversão dos títulos patrimoniais em ações<sup>5</sup>, faz Ata de Reunião de Sócios definindo a redução de capital na alteração contratual*

---

2 Os termos de verificação fiscal detalham mais fatos; estão apresentados os relevantes e diretamente relacionados à demanda. Não se observam no processo qualquer impugnação e alegação concreta de fraude ou invalidade de documento apresentado, exceto por alegações derivadas da construção de ideias típicas do debate jurídico.

3 Registro contábil do valor da redução em conta redutora do saldo de capital diminuindo o patrimônio líquido da instituição; transferência do saldo das ações/títulos registradas em conta do permanente para a Bens Não de Uso Próprio – Cosif 1.9.8.10.99-9, caracterizando o vínculo das ações às deliberações; protocolo da alteração para análise do Banco Central do Brasil, efetuadas as publicações legais conforme o disposto no Código Civil; as determinações do Bacen e por fim o registro perante a junta comercial.

4 Em se tratando de associações previstas no art. 44 do CC, o art. 2.033 do CC dispõe que, “salvo o disposto em lei especial, as modificações dos atos constitutivos das pessoas jurídicas referidas no art. 44, bem como sua incorporação, cisão ou fusão, regem-se desde logo por este código. A propósito, as bolsas de valores são reguladas pela Lei nº 6.385/1976, que criou a CVM e lhe atribui a competência de regular as atividades. Desta forma, a aprovação da CVM à cisão afasta a suposta impossibilidade de cisão para as associações, como era o caso da Bovespa e BM&F.

5 Conforme Ofício Circular Bovespa nº de 225, de 18.09.2007.

*mediante entrega de ações Bovespa e parte em dinheiro como forma de liquidação, observando os demais procedimentos necessários.*

- 6º) *Em setembro de 2007, também no âmbito de supervisão da CVM<sup>6</sup>, em assembleia-geral extraordinária dos associados BM&F, é aprovada a desmutualização, com efeitos a partir de 1º de outubro seguinte, cindindo o patrimônio Associação BM&F para a constituição da BM&F S.A. Na data, são convertidos os títulos patrimoniais em ações atribuídas aos associados em substituição aos títulos detidos.*
- 7º) *Em setembro de 2007, considerando oportunidade única e avaliando os riscos de volatilidade<sup>7</sup>, o beneficiário das ações Bovespa vinculadas às reduções de capital expressa o desejo de aliená-las no IPO mediante entrega de documento solicitando e autorizando a corretora a tomar todas as providências para alienar as ações por conta e ordem.*
- 8º) *Em setembro de 2007, a corretora, atendendo à solicitação, assina todos os documentos necessários<sup>8</sup> à participação no IPO Bovespa.*
- 9º) *Em outubro de 2007 a alteração contratual<sup>9</sup>, na qual, considerando os valores contábeis dos títulos/ações patrimoniais BM&F recém divulgados, a existência de saldos em reservas legal e de lucros acumulados efetua aumento de capital mediante a incorporação dos respectivos saldos ao capital.*
- 10º) *Em outubro de 2007 faz a alteração do contrato social, na qual, considerando a mudança de procedimento para acesso às operações BM&F, delibera redução de capital mediante entrega de*

---

6 Em se tratando de associações previstas no art. 44 do CC, o art. 2.033 do CC dispõe, "salvo o disposto em lei especial, as modificações dos atos constitutivos das pessoas jurídicas referidas no art. 44, bem como sua incorporação, cisão ou fusão, regem-se desde logo por este código. A propósito, as bolsas de valores são reguladas pela Lei nº 6.385/1976, que criou a CVM e lhe atribuiu a competência de regular as atividades. Desta forma, a aprovação da CVM à cisão, afasta a suposta impossibilidade de cisão para as associações, como era o caso da Bovespa e BM&F.

7 Havia dúvidas quanto aos valores de realização do ativo e da evolução dos preços ao longo do tempo, principalmente devido o fato de que as ações não alienadas no IPO passariam por um processo de bloqueio de negócios pelo período de seis meses após a data de abertura do capital. De fato, em 2008, a cotação destas ações BM&F e Bovespa em bolsa teve quedas expressivas, até hoje não recuperadas, mesmo com a fusão havida entre as duas bolsas.

8 *Procuração* – outorga de plenos poderes à Bovespa Holding S.A., e *Instrumento Particular de Contrato de Indenização e Outras Avenças* – impondo multas em caso de desistência da participação no IPO.

9 A 62ª alteração contratual, não citada neste histórico, versou sobre abertura de filial.



ações da BM&F e parte em moeda corrente nacional como forma de liquidação, observando os demais procedimentos necessários.

- 11<sup>o</sup>) *Em outubro de 2007* ocorre o lançamento das ações Bovespa Holding S.A., e são alienadas ações Bovespa Holding S.A. vinculadas às reduções de capital. Os valores recebidos pela venda, após as providências<sup>10-11-12-13-14</sup>, ficaram retidos aguardando a conclusão da análise das alterações societárias pelo Banco Central do Brasil.
- 12<sup>o</sup>) *Em outubro de 2007*, considerando oportunidade única e avaliando os riscos de volatilidade, o beneficiário das ações BM&F vinculadas às reduções de capital expressa o desejo de aliená-las no IPO mediante entrega de documento solicitando e autorizando a corretora a tomar todas as providências para alienar as ações por conta e ordem.
- 13<sup>o</sup>) *Em novembro de 2007* a corretora, atendendo à solicitação, assina todos os documentos necessários<sup>15</sup> à participação no IPO BM&F.
- 14<sup>o</sup>) *Em novembro de 2007* ocorre uma primeira operação de venda de ações BM&F S.A., estas em nome e pela própria corretora, oportunidade em que são alienadas ações BM&F S.A. desvinculadas de quaisquer obrigações. O resultado da venda, após a dedução do custo, por tratar-se de alienação de Investimento do Ativo Permanente a longa data (as ações BM&F foram recebidas em substituição do título patrimonial), foi reconhecido em conta de Receitas Não Operacionais da Instituição.

10 Providências: (i) registro contábil do recebimento da venda no passivo em Valores Vinculados à Redução de Capital”, (ii) baixa contábil dos saldos ações alienadas em “Outros Bens Não de Uso”, (iii) retenção e pagamento do IR ganho capital PF, (15%) em nome do beneficiário, (iv) retenção e recolhimento do CPMF sem pagamento do IR.

11 No mesmo grupo contábil que registrado o valor a pagar ao sócio pela redução de capital na data da alteração contratual, conforme o disposto no artigo tal da Circular Bacen.

12 A conta Outros Bens Não de Uso Próprio – Cosif 1.9.8.10.99-9, conforme Circ. 1273; Cta-Circ. 2629 1,2, tem como finalidade o registro dos bens não utilizados no desempenho da atividade social. O saldo das ações deliberadas para entrega ao sócio como devolução de capital, anteriormente registrados em conta de Investimento/Títulos Patrimoniais no Permanente, foram transferidos para esta conta em cada data de deliberação societária.

13 IR sobre o ganho de capital da pessoa física foi recolhido à alíquota de 15% no último dia do mês subsequente.

14 Estava vigente a CPMF.

15 *Termo de adesão e procuração (Pessoa Jurídica)* – outorga de plenos poderes à BM&F S.A., e *Instrumento Particular de Contrato de Indenização e Outras Avenças (Pessoa Jurídica)* – impondo multas em caso de desistência da participação no IPO.

- 15<sup>o</sup>) *Em novembro de 2007*, em vista das condições Bacen, recolhe o IR sobre ganho de capital da pessoa física, na qualidade de responsável tributário, em nome do sócio, sobre a alienação das ações Bovespa.
- 16<sup>o</sup>) *Em dezembro de 2007* ocorre o lançamento das BM&F S.A. e são alienadas ações BM&F S.A. vinculadas às reduções de capital. Os valores recebidos pela venda, após as providências, ficaram retidos aguardando a conclusão da análise das alterações societárias pelo Banco Central do Brasil.
- 17<sup>o</sup>) *Em novembro de 2007* a sociedade recolhe CPMF sobre débito feito no saldo a favor do sócio, para o recolhimento do IR sobre ganho capital.
- 18<sup>o</sup>) *Em dezembro de 2007*, devido ao sucesso do lançamento inicial, ocorre operação complementar e são alienadas ações BM&F S.A. vinculadas às reduções de capital. Os valores recebidos pela venda, após as providências, ficaram retidos aguardando a conclusão da análise das alterações societárias pelo Banco Central do Brasil.
- 19<sup>o</sup>) *Em janeiro de 2008* retém e recolhe o IR sobre ganho de capital da pessoa física, em nome do sócio, sobre a alienação das ações Bovespa.
- 20<sup>o</sup>) *Em fevereiro de 2008*, o Banco Central do Brasil, após solicitar e fiscalizar os registros contábeis e documentos de todas as operações vinculadas à redução do Capital, publica aprovação dos atos societários.

A partir desta data, a sociedade efetua a liquidação financeira (pagamento) das reduções de capital ao sócio.

## II – AS INFRAÇÕES APURADAS

O Fisco federal, após análise de toda a documentação, contábil, fiscal, societária, do despacho do Banco Central e do regular arquivamento das alterações contratuais realizadas, entendeu terem ocorrido as seguintes infrações fiscais, baseado nos respectivos argumentos:

- A) Que a instituição não ofereceu à tributação do IRPJ e da CSSL o ganho auferido no recebimento da devolução<sup>16</sup> dos títulos pa-

---

16 Editou a Solução de Consulta Cosit nº 10, de 2007/RFB, cujo entendimento é o de que o Código Civil/2002 não prevê “cisão” para associações sem fins lucrativos. Desta forma, conclui que a desmutualização implica

*trimoniais* pelas associações isentas (Bovespa e BM&F), apurado pela diferença entre o valor nominal das ações recebidas de emissão da Bovespa Holding S.A e da BM&F S.A. e o custo de aquisição dos mesmos. Sendo a data do fato gerador a mesma das desmutualizações.

- B) Que a instituição *não ofereceu à tributação* do PIS e da Cofins o *ganho auferido na alienação de parte das ações BM&F S.A.*, (venda 10% das ações BM&F para sócio estratégico – GA), por tratar-se de resultado operacional, ao invés de não operacional, como registrado. Isso apesar de amparada por liminar judicial obtida em ação contrária à ampliação da base de cálculo destas contribuições disposta no art. 1º da Lei nº 9.718/1998.
- C) Que a instituição *não ofereceu à tributação* do IRPJ, CSLL, PIS e da Cofins o *ganho auferido na alienação das ações* da Bovespa Holding S.A., *ocorrido nas ofertas públicas iniciais (IPOs)*.

### III – ARGUMENTOS FISCAIS E FUNDAMENTAÇÃO LEGAL<sup>17</sup>

#### INFRAÇÃO “A”

A fiscalização parte de uma suposta impossibilidade legal de uma associação civil sem fins lucrativos cindir seu patrimônio para a constituição de uma sociedade com fins lucrativos. Esta interpretação está contida na Solução de Consulta Cosit nº 10/2007, da qual extraímos alguns tópicos: “... o instituto da cisão, disciplinado nos arts. 229 e ss. da Lei nº 6.404, de 1976, e no art. 1.122 da Lei nº 10.406, de 2002, só é aplicável às pessoas jurídicas de direito privado constituídas sob a forma de sociedade”; “às bolsas de valores aplica-se o regime estatuído nos arts. 53 a 61 da Lei nº 10.406, de 2002...”; e “o art. 61 da Lei nº 10.406, de 2002, veda a destinação de qualquer parcela do patrimônio das bolsas de valores, constituídas sob a forma de associações, a entes com a finalidade lucrativa”.

Partindo deste pressuposto, conclui-se que a desmutualização representou de fato (i) a extinção da associação civil sem fins lucrativos, (ii) a devolução aos associados do patrimônio da associação extinta e (iii) a utilização pelos associados destes recursos recebidos para a constituição da

---

na extinção da associação, ficando caracterizada a devolução de capital com o recebimento das ações, por consequência surgindo o fato gerador e tributação previstos no art. 17 da Lei nº 9.532/1997.

17 As infrações e autuações resultantes correm em dois processos distintos; o 16327.721704/2011-38, do IPRJ e CSLL, e 16327.721705/2011-82, do PIS e da Cofins.

nova sociedade. Desta forma, os fatos enquadrar-se-iam perfeitamente nos arts. 16 e 17 da Lei nº 9.532/1997.

*Enquadramento legal IRPJ:* art. 3º da Lei nº 9.249/1995; arts. 1º e 4º da Lei nº 9.430/1996; art. 17, § 3º, da Lei nº 9.532/1997; arts. 220, 239, 247, 248, 249, inciso II, 251 e 264 do Decreto nº 3.000/1999 (RIR/1999).

*Enquadramento legal CSLL:* art. 2º da Lei nº 7.689/1988; art. 2º da Lei nº 8.034/1990; art. 1º da Lei nº 9.316/1996; art. 28 da Lei nº 9.430/1996; art. 17, *caput* e §§ 3º e 4º, da Lei nº 9.532/977; art. 37 da Lei nº 10.637/2002.

### **INFRAÇÃO “B”**

Por reflexo direto do entendimento expresso em “A”, a fiscalização conclui que, por serem investimentos recém-adquiridos, o resultado da venda é operacional, ao contrário de não operacional, como classificado, incidindo o PIS e a Cofins sobre a receita apurada. E que,, apesar das ações judiciais impetradas pela instituição, com liminar obtida, opondo-se ao alargamento da base de cálculo do PIS/Cofins criado pelo art. 1º da Lei nº 9.718/1998, referidas receitas são tributáveis em vista do conceito de faturamento das instituições financeiras.

*Enquadramento legal PIS:* art. 1º da Lei nº 9.701/1998; arts. 2º e 3º, *caput* e §§ 5º e 6º, da Lei nº 9.718/1998, com as alterações posteriores; arts. 2º, 3º, 18, I, da MP 2158-35/2001.

*Enquadramento legal Cofins:* art. 1º da Lei nº 9.701/1998, arts. 2º e 3º, *caput* e §§ 5º e 6º, da Lei nº 9.718/1998, com as alterações posteriores; arts. 2º, 3º, 18, I, da MP 2158-35/2001, art. 18 da Lei nº 10.684/2003.

### **INFRAÇÃO “C”**

A fiscalização desconsiderou os procedimentos adotados e a aprovação do Banco Central, reclassificando a tributação da pessoa física para a pessoa jurídica, resumidamente pelas seguintes razões:

A liquidação das alterações contratuais só poderia ocorrer após a aprovação do Bacen, aliado ao fato de que o Código Civil, nos arts. 1.082 a 1.084, prevê que a eficácia das reduções de capital, por excesso, só ocorre após 90 dias da publicação da alteração contratual. Sendo que na data da alienação não havia ocorrido a aprovação do Bacen nem transcorrido o prazo de 90 dias para eficácia dos atos.

Não houve em nenhum momento efetiva transferência das ações ao sócio, pois era a corretora que constava em todos os documentos e quem

para participação nos atos. Além disso, a sociedade primeiro assinou documentos de participação nos IPOS e só depois publicou as atas respectivas das reduções de capital. Concluindo-se que as reduções de capital ficaram à margem da participação da corretora nos IPOS.

Que, de acordo com a doutrina, nos aspectos que norteiam a incidência tributária, o agente que tem relação pessoal e direta com o fato gerador, de que trata o art. 121 do CTN, é a corretora, pois foi quem (a) recebeu as ações emitidas em substituição dos títulos patrimoniais, (b) assinou todos os documentos para participar nos IPOS, (c) participou dos IPOS e constou dos respectivos prospectos e (d) recebeu o produto das alienações.

Por não vislumbrar razões extratributárias para os atos realizados que tiveram objetivo único de reduzir a carga tributária, caracterizada pela efemeridade e sequência das operações, assim mesmo ostentando legalidade não oponível ao Fisco pela moderna doutrina.

*Enquadramento legal IRPJ:* arts. 247, 248, 249, inciso II, 251, 277, 278, 279, 280 e 288 do Decreto nº 3.000/1999 (RIR/1999); arts. 1º e 4º da Lei nº 9.430/1996.

*Enquadramento legal CSLL:* art. 2º da Lei nº 7.689/1988; art. 2º da Lei nº 8.034/1990; art. 1º da Lei nº 9.316/1996; art. 28 da Lei nº 9.430/1996; art. 37 da Lei nº 10.637/2002.

*Enquadramento legal PIS:* art. 1º da Lei nº 9.701/1998; arts. 2º e 3º, *caput* e §§ 5º e 6º, da Lei nº 9.718/1998, com as alterações posteriores; arts. 2º, 3º, 18, I, da MP 2158-35/2001.

*Enquadramento legal Cofins:* art. 1º da Lei nº 9.701/1998; arts. 2º e 3º, *caput* e §§ 5º e 6º, da Lei nº 9.718/1998, com as alterações posteriores; arts. 2º, 3º, 18, I, da MP 2158-35/2001; art. 18 da Lei nº 10.684/2003.

#### IV – ANDAMENTO DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

*Das três infrações apontadas, a de maior impacto econômico e causa de maior perplexidade foi a que implica na reclassificação das alienações efetuadas por conta e ordem, como se fossem operações da própria corretora, razão de ser esta objeto central desta consulta.*

Em síntese, na tempestiva impugnação à delegacia, (i) rebatemos uma a uma as alegações fiscais, por fatos<sup>18</sup> e direitos, (ii) pedimos a nulidade das

18 Foram anexados documentos probatórios de materialidade das datas de todas as deliberações societárias, que, independente das datas de publicação, foram protocolados no Banco Central do Brasil em datas anteriores à publicação, condizentes com o cronograma dos fatos narrados, afastando as insinuações da fiscalização.

autuações pela inexistência de tipificação legal da infração e norma a que os fatos se subsumam e (iii) solicitamos, se negados os pedidos, redução da autuação com o imposto pago pela pessoa física<sup>19</sup>. A decisão prolatada foi favorável apenas à compensação. O julgador considerou como central a tese da eficácia não implementada e de ter sido efetuada antes da aprovação do Bacen, reiterando a conclusão da fiscalização. Deixou de apreciar a alegação, por secundária, ante a conclusão anterior, e se omitiu quanto às demais alegações fiscais. Da compensação recorreu ao CARF por dever legal.

Em tempestivo recurso ao CARF, reiteramos argumentos apresentados à delegacia, apontando o erro da fiscalização na definição do sujeito passivo das operações, e acrescentamos documentos<sup>20</sup> rebatendo argumentos utilizados pela turma julgadora. O recurso ainda está pendente de julgamento no CARF.

O parecer destina-se a embasamento de procedimentos de defesa e, se necessário, subsídio a eventuais medidas judiciais.

## V – AS DÚVIDAS DA CONSULENTE

À vista destes fatos é que vem a Consulente formular os quesitos para a emissão do Parecer Jurídico, sem limitar o que for julgado necessário ou pertinente, a critério do Ilmo. Dr., ao esclarecimento dos assuntos relatados.

### COM RELAÇÃO ÀS ALIENAÇÕES NOS IPOs

1. O art. 2º da Lei nº 7.689/1888, com redação dada pelo art. 2º da Lei nº 8.034/1990 em conjunto com os demais fundamentos da CSLL, remete à apuração da base de cálculo da contribuição para o resultado apurado segundo as normas da Legislação Comercial, regra idêntica à de definição das bases de cálculo do IRPJ, conforme previsto no § 1º do art. 247 do RIR/1999, e art. 251, inciso II, RIR/1999. Por sua vez, os arts. 277, 278, 279 e 280 do RIR/1999 fazem referência aos arts. 11 e 12 da Lei nº 1.598/1977. Destes, os que importam no caso concreto são o § 2º do art. 11, o *caput* do art. 12: o primeiro determina que será classificado como lucro operacional

---

19 O sócio, beneficiário das reduções de capital, foi fiscalizado com relação à tributação do resultado das operações com ações, e apresentou as notas de operações efetuadas nos IPO, anexadas às alterações contratuais que lhe auferiram as ações e respectivos impostos pagos. A fiscalização não apontou qualquer irregularidade na documentação apresentada acerca das ações Bovespa e BM&F, tanto nas ocorridas por conta e ordem da sociedade antes da aprovação do Bacen quanto as posteriores.

20 Contrariando a afirmação da turma julgadora, de que as reduções de capital só ocorreram após aprovação do Banco Central, juntamos a folha do DIPJ e publicação de balanço do 1º semestre 2007, demonstrando o imediato efeito das reduções de capital no patrimônio da sociedade, expressos nestes documentos preparados conforme a instrução de ambos os órgãos e na forma da Lei.

as operações que constituam objeto da pessoa jurídica; o segundo define que *receita bruta é o produto das operações em conta própria*. Por fim, o inciso II do art. 249 e o art. 288, ambos do RIR/1999, respectivamente versam sobre o tratamento nas hipóteses de infração às normas da legislação comercial e as normas tributárias. A par desta fundamentação legal, que foi utilizada na autuação do IRPJ, a *Consulente entende* que, sem olvidar as deliberações de entrega das ações Bovespa e BM&F, a *reclassificação fiscal* destas operações, já demonstradas contabilmente como separadas do objeto social conforme as normas atendidas do Bacen pelo registro em conta de Outros Bens Não de Uso – que identifica os bens não utilizados no cumprimento do objeto social, *não tem amparo legal*; a uma porque não é compatível com as deliberações da sociedade que as excluíram do objeto social; a duas porque se trataram de operações realizadas por conta e ordem do sócio; a três porque foram realizadas sob os auspícios, demonstrado pelo Fisco federal, do Banco Central do Brasil dentro de sua competência legal e cujos atos confirmam a regularidade contábil da corretora; a quatro porque não se pode falar em postergação dos efeitos, para a data da aprovação do Bacen, dos regulares registros contábeis no tempo, para o qual não tem competência legal o Fisco federal; e a cinco porque a não aceitação da escrituração contábil da corretora realizadas de acordo com a legislação comercial e consistentes com os critérios contábeis determinados às instituições financeiras representaria perversão das determinações legais. *Sendo forçoso concluir*, em face de não ter ocorrido qualquer das hipóteses de aplicação do tratamento tributário fundamentado pela fiscalização, *que não houve infração fiscal nenhuma*, por isso pugnou pela falta de tipificação e nulidade da autuação. *Está correta a percepção legal da instituição? É correto, a par das normas tributárias, o lançamento desta autuação sem a ocorrência e fundamentação de qualquer das hipóteses em abstrato, sobretudo considerando o perfeito atendimento às normas contábeis emanadas pelo Bacen?*

2. A *Consulente entende* que as hipóteses “omissão de receitas” estão descritas nos arts. 281 a 287 do RIR/1999 – curiosamente *não insertos na fundamentação legal* da autuação –, eis que *não infringidos*. Por sua vez, o art. 288 do RIR/1999, seguindo função-fim de norma penalizadora que primeiro tipifica a infração em abstrato, depois determina/autoriza o tratamento aplicável, é *apenas o tratamento previsto para ocorrência em concreto de qualquer das hipóteses elencadas*. Não houve infração nenhuma, por isso a pugnou pela falta de tipificação e nulidade do ato. *Está correta esta percepção legal?*

3. A Consulente entende que o mérito das autuações cingiu-se à interpretação dos efeitos da aprovação do Banco Central do Brasil e à questão da eficácia dos atos societários, e não a quaisquer defeitos existentes nas demonstrações contábeis preparadas segundo as regras da Legislação Comercial, somadas às determinações do Banco Central do Brasil, em que não foi apontado nenhum óbice. *A que critérios objetivos é subordinada a autoridade fiscalizadora para apuração das bases de cálculo do IRPJ, da CSLL, do PIS e da Cofins? Para os fins fiscais a autoridade fiscal pode simplesmente desconsiderar as demonstrações contábeis efetuadas conforme procedimentos fiscalizados e aprovados pelo Bacen?*

4. É basilar que as normas do Código Civil acerca da eficácia nas reduções de capital destinam-se à proteção aos “terceiros” diretamente relacionados ao ato jurídico. *É correto fundar autuações fiscais em suposta falta de eficácia de atos não apostos ao Fisco? O Fisco insere-se entre estes “terceiros”?*

5. Um dos pilares da autuação é que as ações alienadas nos IPOs eram disponibilidade jurídica da corretora, tese que implicaria aceitar que houve perda do objeto das reduções de capital aprovadas pelo Banco Central do Brasil. *É legal o fundamento de autuação fiscal vinculada ao suposto desatendimento de norma não fiscal, ao revés da posição do próprio órgão competente?*

6. Entendemos que, pela falta de permissivo legal para a desconsideração jurídica de atos societários realizados, o Fisco efetuou desconsideração jurídica indireta destes atos ao simplesmente ignorar os efeitos jurídicos destes atos. *Este entendimento da consulente está correto? Existe dispositivo legal infringido pelo Fisco?*

7. Entre os argumentos e fundamentos da autuação não existe qualquer apontamento de ilegalidade nas alterações societárias. Reputando-se atos jurídicos perfeitos, existe norma tributária que autorize o Fisco a dissociar os efeitos fiscais dos próprios atos?

8. No recolhimento do IR sobre o ganho de capital nas alienações por conta e ordem, a corretora atuou como responsável tributário da operação, efetuando retenção e recolhimento do imposto incidente. *Este procedimento tem amparo legal?*

9. Entre as razões elencadas para a reclassificação do resultado das IPO para a corretora, da pessoa física para a jurídica a inexistência de mo-



tivações extratributárias. *Considerando os fatos e documentos, a alegação tem amparo legal?*

10. Os atos societários realizados na pendência da aprovação do Banco Central estavam a esta vinculados. Com a aprovação, considerando as atribuições e competências do órgão, os efeitos alcançaram os atos desde a origem. *Está correto este entendimento? A aprovação precluiu a pretensão fiscal?*

11. A instituição recebeu instruções formais do sócio beneficiário das ações objeto das reduções de capital. O documento formulado preenche os requisitos para o caso? Era dispensável? Caracterizou a operação por conta e ordem? Este fato é oponível ao Fisco?

12. No caso concreto, quem é o sujeito passivo direto das obrigações tributárias sobre o ganho nas alienações nos IPO, conforme preceitua o CTN?

13. É possível apontar na ação de fiscalização e nos autos de infração violação a ditames constitucionais? Quais?

#### **COM RELAÇÃO À INCIDÊNCIA DO PIS E DA COFINS**

14. Conforme o entendimento da Consulente expresso nos quesitos 1 e 2 desta consulta, está correta a autuação Fiscal para o PIS e a Cofins? Pode-se afirmar que a autuação padece do vício de nulidade?

15. O Fisco alega que o resultado das alienações ocorridas trata-se de receita operacional típica da atividade da corretora. As ações foram (i) recebidas em substituição aos anteriores títulos patrimoniais registrados a longa data no ativo permanente da sociedade; (ii) estavam registradas em conta de Bens Não de Uso, destinada ao registro dos bens não utilizados para o objeto social, em virtude das reduções de capital; e (iii) eventual receita seria decorrente de “reclassificação” fiscal da operação da pessoa física para a pessoa jurídica. Sem questionar o mérito da titularidade das ações, estas receitas caracterizam-se como típicas da atividade e são sujeitas à incidência do PIS e da Cofins?

#### **COM RELAÇÃO À DESMUTUALIZAÇÃO**

16. O art. 2.033 do CC e incisos dispõem que o instituto da cisão, salvo legislação especial, aplica-se às associações. Por sua vez, o art. 61 do CC veda a destinação do patrimônio de entidade isenta, na *dissolução*,

para entidades lucrativas. Considerando que o instituto da dissolução difere do instituto da cisão, e ainda que a cisão seja aprovada<sup>21</sup> da CVM, *ocorreu devolução tributável de capital de entidade isenta, conforme previsto nos arts. 16 e 17 da Lei nº 9.532/1997, como alega o Fisco?*

17. Admitindo-se a suposta devolução de capital e o respectivo ganho de capital como verdadeiros, é fato que as desmutualizações não geraram qualquer disponibilidade financeira para a instituição, ao contrário, o pagamento do imposto representaria redução do capital circulante prejudicial ao objeto social. *Neste contexto, é legal a definição do fato gerador na data desta desmutualização?*

18. Para as atualizações dos títulos patrimoniais adotavam-se critérios da Portaria MF nº 785/1977 e outros dispositivos que determinavam tratamento diferenciado às atualizações patrimoniais, sem que fossem tributados e sem previsão de controles de saldos no Lalur, para fins de ajustes no período ou no futuro, de forma equivalente aos resultados de equivalência patrimonial. A Solução de Consulta RFB Cosit nº 10/2007, além de expressar o entendimento fiscal para a desmutualização, definiu serem tributáveis pelo custo de aquisição os respectivos títulos, na ocorrência de realização, (aí incluído suposto ato de devolução de capital). *Está correto este entendimento fiscal? Mesmo para os saldos de atualizações já incorporados ao capital da sociedade?*

### ASPECTOS GERAIS

É cediço, na teoria dos contratos e das deliberações societárias, que, independente da eficácia perante terceiros, as partes, sociedade e sócios obrigam-se indissolavelmente entre si ao deliberado desde a data do ato. Ocorre que, nas citadas reduções de capital, *os sócios estipularam que estas só seriam eficazes depois de transcorridos o prazo de 90 dias de publicidade*, e que o pagamento ao sócio só se daria após a aprovação do Bacen.

A consulente tem claro que as operações da forma que realizadas não caracterizaram pagamento antecipado ao sócio, tanto é que o Banco Central aprovou sem reparos os respectivos atos. Entretanto, ainda remanescem dúvidas não relacionadas ao instituto e aos terceiros, *mas sobre esta disposição da eficácia, os efeitos sobre os sócios, a sociedade e sobre as formali-*

21 Importante citar que as peças impugnatórias não tomaram esta linha de argumento, apesar de reiterar que a cisão foi legal justamente nos termos do entendimento integrado do art. 2.033 do CC.

dades para as operações. A este respeito, gostaria que fossem esclarecidos os seguintes aspectos:

1. Qual a natureza jurídica e efeitos desta inserta disposição contratual acerca da eficácia sobre os sócios e sociedade?
2. Considerando estes efeitos, na data da desmutualização, as ações/objeto das deliberações eram disponibilidade jurídica de quem?
3. Na pendência da aprovação e da eficácia societária, o sócio beneficiário das reduções de capital poderia solicitar a alienação dos bens objeto por conta e ordem? Sob qual(is) fundamento(s) legal(ais) e condição(ões)?
4. O implemento das condições societárias, a aprovação do Banco Central e o regular registro dos atos produzem efeitos jurídicos (*ex tunc*) que retroagem à data de origem dos atos?
5. As operações realizadas por conta e ordem e a transformação dos títulos em ações, ocorridas em momento posterior na pendência das condições, podem ser entendidas como naturalmente vinculadas às alterações societárias? O implemento das condições produz efeitos jurídicos sobre o conjunto dos atos?
6. A primeira alteração contratual citada deliberou a entrega do título patrimonial da Bovespa ao sócio pela redução de capital. Entretanto, em data posterior, na pendência de condições, adveio a desmutualização da Bovespa e o título foi substituído por ações. De acordo com a legislação comercial e societária, houve perda do objeto da alteração societária? Estas ações passaram, independente de qualquer outro procedimento, a ser o objeto daquela deliberação? Estes efeitos são oponíveis ao Fisco?
7. É previsão da legislação comercial que as reduções de capital deliberadas produzam efeitos imediatos no patrimônio da entidade em contrapartida à conta passiva pelas obrigações com o sócio. Este procedimento contábil previsto pela legislação comercial, e inserto nas normas do Bacen, é afirmação legal de que os atos societários produzem efeitos jurídicos e contábeis desde a origem? Existe compatibilidade entre a afirmação de que os atos societários das instituições financeiras só produzem efeitos após a aprovação do Banco Central e a legislação comercial?
8. Em matéria de Direito Administrativo em relação às instituições financeiras, quem tem competência legal para fiscalizar a escrituração contábil e apontar eventuais inconsistências? Pode a Receita Federal do Brasil, no exercício de suas funções de fiscalização, exercer esta competência em relação a aspectos contábeis já tidos como corretos pelo Banco Central

do Brasil e materialmente perfeitos em relação às normas aplicáveis às instituições financeiras?

9. Analisadas sob a ótica do Direito Comercial e Societário, podem ser consideradas como operações que constituam o objeto da pessoa jurídica, conforme preceitua o *caput* do art. 11 da Lei nº 1.598/1977, a alienação de ativos destinados ao sócio em deliberações de redução de capital na forma dos arts. 1.082 a 1.084 do CC, registrados em conta de Bens Não de Uso – Destinado ao registro de bens não destinados ao cumprimento do objeto social, conforme normas Cosif? Isto mesmo durante a pendência de implemento de condição legal ou societária sobre a deliberação?
10. Afinal, segundo as normas tributárias comerciais e societárias, para o caso concreto, está correta a reclassificação das operações da pessoa física para a pessoa jurídica?

## RESPOSTA

Duas breves considerações, antes de principiar a responder as diversas questões formuladas pela consulente.

A primeira delas diz respeito ao princípio da estrita legalidade, que permeia todo o sistema constitucional, mas que, no campo do direito tributário, exige uma restrita aplicação, não se permitindo ao Fisco nada que ultrapasse os precisos limites de sua competência impositiva<sup>22</sup>.

Tanto é assim que os constitucionalistas entendem que, ao princípio da legalidade, exposto no art. 5º, *caput* e inciso I, da Lei Suprema, acresce-se o princípio da legalidade específico do direito tributário, que expresso está no inciso I do artigo 150 da CF. A seguir, transcreve-se as normas, *respectivamente*:

---

22 Aires Fernandino Barreto escreve: “Sendo a reserva de lei formal absoluta, o princípio da legalidade assume conteúdo rígido e estreitíssimo, manifestado através de novo princípio contido em suas dobras: o da tipicidade da tributação, que deverá ser observado na criação e aumento de tributo.

Impõe esse princípio que o tributo tenha a sua hipótese de incidência definida exclusivamente em lei – encerrando, assim, a construção do que se tem denominado de *tipo normativo* ou *tipo tributário*.

Esse modelo legal é *cerrado, fechado*, não ensejando dilargamento pelo aplicador da lei, o que confere a preservação das garantias e direito prestigiados pela Constituição.

Só a lei poderá erigir as hipóteses de incidência, dispondo sobre os aspectos que esta comporta, inclusive quanto à base de cálculo e à alíquota.

Não basta, no Direito Tributário, a razoável equivalência entre o fato e a hipótese legal caracterizadora dos *modelos abertos*, exige-se, rigorosamente, o preciso amoldamento do fato ao tipo legalmente definido” (*Caderno de Pesquisas Tributárias: O Princípio da Legalidade*, 2. tir. São Paulo: Resenha Tributária, v. 6, 1991. p. 22).

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

[...].

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

[...].<sup>23</sup>

Sobre tal limitação imposta ao Fisco escrevi:

Com efeito, em direito tributário, só é possível estudar o princípio da legalidade através da compreensão de que a reserva da lei formal é insuficiente para a sua caracterização. O princípio da reserva da lei formal permitiria uma certa discricionariedade, impossível de admitir-se, seja no direito penal, seja no direito tributário.

Como bem acentua Sainz de Bujanda (*Hacienda y derecho*, Madrid, v. 3, 1963, p. 166), a reserva da lei no direito tributário não pode ser apenas formal, mas deve ser absoluta, devendo a lei conter não só o fundamento, as bases do comportamento, a administração, mas – e principalmente – o próprio critério da decisão no caso concreto.

À exigência da *lex scripta*, peculiar à reserva formal da lei, acresce-se da *lex stricta*, própria da reserva absoluta. É Alberto Xavier quem esclarece a proibição da discricionariedade e da analogia, ao dizer (ob. cit., p. 39): “E daí que as normas que instituem sejam verdadeiras normas de decisão material

---

23 Manoel Gonçalves Ferreira Filho esclarece: “Legalidade tributária: Este é um princípio fundamental para a segurança do patrimônio particular. Por força dele, apenas a lei, que traduz a vontade geral, pode impor tributo, ou aumentar tributo, sobre o patrimônio particular. Trata-se, indubitavelmente, de um direito fundamental. O direito anterior o reconhecia, tanto que o arrolava entre os demais (Emenda nº 1/69, art. 29). Este princípio é dos que consagrou a Magna Carta, em 1215. Com efeito, deflui deste documento a exigência do prévio consentimento dos contribuintes, por seus representantes, para a instituição de todo e qualquer tributo. Assim, durante séculos, a principal função do Parlamento inglês foi a de consentir (ou não) nos tributos reclamados pelo monarca. E foi negociando a propósito desse consentimento, pedindo contas do dispêndio de tributos anteriormente consentidos, discutindo o emprego do tributo a ser instituído, que essa Assembléia foi a pouco e pouco alargando a sua esfera de competência (v. meu *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 244).

Em razão dessa tradição, sustentei, a respeito da Constituição anterior, que somente lei formal poderia instituir ou aumentar tributo. A jurisprudência e a maior parte da doutrina, todavia, inclinaram-se pela tese de que todo ato com força de lei poderia instituir ou aumentar tributo. Esta parece ser a solução a ser seguida em face desta Constituição, como aponta Ives Gandra Martins (*Comentários...*, v. 6, t. 1, p. 145 e s.).” (*Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Saraiva, v. 2, p. 105/106).

(*Sachentscheidungsnormen*), na terminologia de Werner Flume, porque, ao contrário do que sucede nas normas de ação (*handlungsnormen*), não se limitam a autorizar o órgão de aplicação do direito a exercer, mais ou menos livremente, um poder, antes lhe impõem o critério da decisão concreta, pre-determinando o conteúdo de seu comportamento”.

Yonne Dolácio de Oliveira, em obra por nós coordenada (Legislação tributária, tipo legal tributário. *Comentários ao CTN*, Bushatsky, v. 2, 1974, p. 138), alude ao princípio da estrita legalidade para albergar a reserva absoluta da lei, no que encontra respaldo nas obras de Hamilton Dias de Souza (*Direito tributário*, Bushatsky, v. 2, 1973) e Gerd W. Rothmann (O princípio da legalidade tributária. In: NOGUEIRA, Ruy Barbosa (Coord.). *Direito Tributário*. 5ª Coletânea. Bushatsky, 1973, p. 154). O certo é que o princípio da legalidade, através da reserva absoluta de lei, em direito tributário permite a segurança jurídica necessária, sempre que seu corolário conseqüente seja o princípio da tipicidade, que determina a fixação da medida da obrigação tributária e os fatores dessa medida, a saber: a quantificação exata da alíquota, da base de cálculo ou da penalidade.

É evidente, para concluir, que a decorrência lógica da aplicação do princípio da tipicidade é que, pelo princípio da seleção, a norma tributária elege o tipo de tributo ou da penalidade; pelo princípio do *numerus clausus* veda a utilização da analogia; pelo princípio do exclusivismo torna aquela situação fática distinta de qualquer outra, por mais próxima que seja: e, finalmente, pelo princípio da determinação conceitua de forma precisa e objetiva o fato imponível, com proibição absoluta às normas elásticas (*Resenha Tributária* 154:779-82, Secção 2.1, 1980).<sup>24</sup>

É que, a meu ver, a norma tributária é uma norma de rejeição social, porque, em todos os espaços geográficos e períodos históricos, o Poder Público cobra mais do que necessita para prestar serviços públicos, objetivando a atender às benesses dos detentores do poder e acólitos – o que é um mal próprio do Estado Aético, na definição do Ministro Delfim Netto, para quem o Estado é necessariamente aético –, assim como financiar a corrupção, o peculato, a concussão e o desvio de recursos das obras públicas.

Por isto, em minha tese de doutoramento, há quase 40 anos, conciliei as teorias de Cossio<sup>25</sup> e Kelsen<sup>26</sup>: aquele dizendo que, no Direito, a norma de comportamento é a primária e a norma sancionatória a secundária; e este sustentando que a sanção é a norma primária e a de conduta, secundária. Partindo do princípio de que há normas de aceitação social e de rejeição

24 *Curso de direito tributário*. coordenação minha, São Paulo: CEEU/FIEO/Saraiva, 1982. p. 57/58.

25 CÓSSIO, Carlos. *Teoria egológica del derecho.*, 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1964.

26 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. Coimbra: Armênio Amadio.

social, mostrei que, nas primeiras (p. ex.: defesa do direito à vida), Cóssio tinha razão, pois, mesmo sem sanção, a maioria da população não seria homicida; já nas normas de rejeição social – como a norma tributária –, sem sanção, poucos pagariam os tributos<sup>27</sup>.

Esta é a razão por que os pais do moderno direito tributário brasileiro, desde a EC 18/1965 e do CTN, conformaram o princípio da legalidade como necessariamente restritivo em sua interpretação, visto que tem o Estado o poder de fazer a lei que desejar, porém, uma vez promulgada, só ela obriga o contribuinte e não qualquer interpretação fiscal *pro domo sua*. Tudo pode o Poder dentro da lei. Nada fora dela<sup>28</sup>.

Não há, pois, no campo da interpretação das normas tributárias, elasticidade, sendo esta inadmissível a favor do Fisco<sup>29</sup>. Tanto é assim que a integração analógica não pode ser utilizada para beneficiar o Fisco (art. 108, § 1º, do CTN); só para beneficiar o contribuinte<sup>30</sup>. Na dúvida, deve o intérprete favorecer o contribuinte e não o Fisco (art. 112)<sup>31</sup>. A *benigna amplian-da*, ou seja, a retroatividade da lei menos onerosa, deve ser interpretada sempre em favor do contribuinte (art. 106)<sup>32</sup>, tendo a própria Constituição

---

27 MARTINS, Ives Gandra. *Teoria da imposição tributária*. Saraiva, 1982, LTr, 1997 adaptado à Constituição Federal de 1988.

28 O 6º Simpósio Nacional de Direito Tributário do Centro de Extensão Universitária pergunta:

“1ª pergunta: O direito tributário brasileiro consagra a reserva formal da lei ou apenas a reserva absoluta?”

Resposta: O direito tributário brasileiro consagra ambas as reservas, entendendo-se por reserva formal da lei o fato de ser indispensável ato legislativo (art. 46, III até VI, da CF) como veículo para instituir ou alterar tributo, e como reserva absoluta o fato de competir a lei a descrição de todos os elementos do tipo tributário (tipo cerrado). Decreto-lei pode instituir ou aumentar tributo desde que observado, cumulativamente, os requisitos constitucionais da urgência e do interesse público relevante” (MARTINS, Ives Gandra (Coord.). *Caderno de pesquisas tributárias: Base de Cálculo*. 2. tir. Resenha Tributária/Centro de Extensão Universitária, v. 7, 1991.

29 O *Caderno de pesquisas tributárias* nº 6, dedicado ao “Princípio da Legalidade” (CEU/Resenha Tributária, 1981), por todos seus autores, a saber: Aires Fernandino Barreto, Anna Emilia Cordelli Alves, Antonio José da Costa, Aurélio Pitanga Seixas Filho, Carlos Celso Orcesi da Costa, Cecília Maria Piedra Marcondes, Célio de Freitas Batalha, Dejalma de Campos, Dirceu Antonio Pastorello, Edda Gonçalves Maffei, Fábio de Souza Coutinho, Gilberto de Ulhôa Canto, Hugo de Brito Machado, Ives Gandra da Silva Martins, José Eduardo Soares de Melo, Ricardo Mariz de Oliveira, Vittorio Cassone, Wagner Balera, Ylves José de Miranda Guimarães, Yonne Dolácio de Oliveira e Yoshiaki Ichihara, consagrou, a nível de doutrina, a interpretação anteriormente expressa.

30 “Art. 108. [...] § 1º O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.”

31 “Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I – à capitulação legal do fato;

II – à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III – à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV – à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.”

32 “Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I – em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II – tratando-se de ato não definitivamente julgado:

dedicado, das cinco seções voltadas ao sistema tributário, uma inteiramente a limitar o poder impositivo do Estado (Limitações constitucionais ao poder de tributar)<sup>33</sup>.

É que, como asseverou Marshall, magistrado da Suprema Corte americana, o poder de tributar é o poder de destruir<sup>34</sup>.

Por essa razão, sempre entendi que a teoria da desconconsideração só poderia ser aplicada no campo do direito tributário, por imputação normativa, e nunca por formulação pretoriana, como no direito comercial.

Escrevi:

Embora sejam muitas as facetas da teoria da desconconsideração da pessoa jurídica, no Direito Comparado, no Brasil, restringe sua discussão a duas grandes vertentes, ou seja, à teoria extensiva e à teoria limitativa.

Pela primeira, sempre que os atos praticados, por intermédio da pessoa jurídica, refugirem-se aos limites de sua personificação, tais atos não seriam inválidos, mas ineficazes para aquela forma, embora ganhando eficácia atributiva a outra conformação jurídica. O superamento da pessoa jurídica decorreria de sua inadequação no receber a forma pretendida pelas partes, forma esta incapaz de tirar a validade jurídica do negócio acordado, mas recebendo tais atos jurídicos outro tratamento jurisprudencial ou legislativo).

Pela teoria limitativa, a desconconsideração seria, necessariamente, formulação jurisprudencial, visto que a previsão legal da hipótese desconsiderativa já representaria tratamento legislativo pertinente, razão pela qual não hospedaria a teoria da desconconsideração, mas apenas uma singela teoria de imputação dos efeitos legais aos atos normados.

As duas correntes possuem, no Brasil, *adeptos de escol*, quase sempre, em sua versão privativista, ou seja, naquela em que a lacuna legal é preenchida pelo fenômeno exegético ou a previsão legal já lhe dá tratamento pertinente.

---

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.”

33 A primeira seção é de normas gerais (arts. 145 a 149); a segunda seção das limitações (arts. 150 a 152); a terceira dos impostos federais (153 e 154); a quarta dos estaduais (155) e a quinta dos municipais (156).

34 D. R. Myddelton, lembrando Marshall, escreve: “*DEFINITION – Taxation (or confiscation) consists of direct seizure of private money or property by the State, backed by the threat of force. Confiscation (‘appropriation to the State treasury’, (colloq.) ‘legal robbery with sanction of ruling power’) implies neither total seizure, as is commonly thought, nor any element of penalty. Nevertheless, as Chief Justice John Marshall pointed out: ‘The power to tax is the power to destroy’ (The power to destroy. A Study of the British Tax System. Johnson, London, 1969, p. 15).*”



O aspecto de interesse, todavia, é que a desconsideração da pessoa jurídica prevê a utilização da personificação de forma inadequada. Os atos são praticados pela sociedade, mas nela não têm os reflexos pretendidos, embora válidos, pois superam a conformação legal de suas virtualidades.

Tais rápidas pinceladas permitem, de plano, duas considerações que demonstram sua inaplicabilidade.

A primeira delas diz respeito às correntes mencionadas, ou seja, a da teoria ampla, que hospeda a formulação jurisprudencial ou legislativa, ou a estrita, que a reduz à formulação jurisprudencial, entendendo que a legislativa se vincula à teoria da imputação legal.

Ora, se tivéssemos que levar em consideração a segunda delas, esta seria inaplicável ao Direito Tributário, em face dos princípios da estrita legalidade, tipicidade fechada ou reserva absoluta legal, posto que, sem previsão legal, não há possibilidade de exigir-se qualquer tributo.<sup>35</sup>

Assim é que, quando se pretendeu aplicar a teoria desconsiderativa no direito tributário, o legislador assim o fez, desde 1964, por meio da imputação normativa, na figura da distribuição disfarçada de lucros. Supera-se a forma adotada para atingir o objetivo real da operação, mas *por lei* e não por interpretação, sem texto legal a permiti-la<sup>36</sup>.

É que, no direito privado, a reserva da lei é relativa, a tipicidade é aberta e a legalidade flexível, ao contrário da norma tributária, de reserva legal absoluta, tipo fechado e de legalidade inflexível e inextensível.

Desta forma, a tentativa do Governo Federal de criar, por lei, a figura desconsiderativa, no campo do direito tributário, com a LC 104/2001, depende ainda de legislação infracomplementar, algo que até hoje não ocorreu, muito embora a MP 627/2013 pareça ter sinalizado uma possível adoção parcial de superação normativa.

O esforço do governo (MP 66/2002, nos arts. 13 a 19) foi rejeitado pelo Congresso, que não aceitou a tese de que, sem propósito negocial, o planejamento fiscal, objetivando a redução do tributo, seria ilegal<sup>37</sup>.

35 *Direito público e empresarial*. Cejup, 1988, p. 61/62.

36 Luciano da Silva Amaro e eu, em estudo preparado para homenagear Rafael Bielsa, escrevemos "Distribución encubierta de beneficios", em revista dedicada exclusivamente. Foram 4 volumes, a estudos de juristas de toda a América para a figura do grande administrativista argentino. Nele aprofundamos a natureza jurídica desta imposição (*Revista de la Universidad de Buenos Aires*, edição especial (1979) em homenagem a Rafael Bielsa).

37 Escrevi, sobre a tentativa frustrada do governo, artigo vinculado pela Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (v. 77, maio/jun. 2006, p. 99/127), o estudo "Norma antielisão e segurança jurídica". Mostrei nele a impossibilidade de, à luz da Constituição, ser possível a adoção da teoria desconsiderativa, sem expressa definição de fatos geradores precisos, como na DDL.

Com efeito, um dos dispositivos não aprovados pelo Congresso determinava que o planejamento tributário, implicando redução tributária, só seria legítimo se fundamentado em um propósito negocial. Estava assim redigido o art. 14 da MP 66/2002:

Art. 14. São passíveis de desconsideração os atos ou negócios jurídicos que visem a reduzir o valor de tributo, a evitar ou a postergar o seu pagamento ou a ocultar os verdadeiros aspectos do fato gerador ou a real natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

§ 1º Para a desconsideração de ato ou negócio jurídico dever-se-á levar em conta, entre outras, a ocorrência de:

I – falta de propósito negocial; ou

II – abuso de forma.

§ 2º Considera-se indicativo de falta de propósito negocial a opção pela forma mais complexa ou mais onerosa, para os envolvidos, entre duas ou mais formas para a prática de determinado ato.

§ 3º Para o efeito do disposto no inciso II do § 1º, considera-se abuso de forma jurídica a prática de ato ou negócio jurídico indireto que produza o mesmo resultado econômico do ato ou negócio jurídico dissimulado. (grifos meus)

No entanto, tal figura *não existe, no Direito brasileiro, porque a tentativa governamental de instituí-la foi rejeitada, em 2002, pelo Parlamento brasileiro, e a MP 627/2013, válida apenas a partir de fins do ano passado, ainda deverá ser interpretada, agora que já convertida em lei, para definir se teria ou não introduzido tal tipo de imposição.*

Resta, pois, o parágrafo único do art. 116 do CTN, cuja redação imposta pela referida LC 104/2001 é a seguinte:

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, *observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.* (grifos meus)

*Isso sem vigência, eficácia ou validade, à falta de lei ordinária regulatória*<sup>38</sup>.

38 Não se pode confundir a norma antielisão com a elusão tributária, esta permitida, nos planejamentos tributários, pois nada é escondido do Poder Impositivo. Sobre o princípio do planejamento tributário elusivo e o art. 116 do CTN, escreveu André Elali: “A norma em tela, no entanto, não inibe o planejamento tributário, que é aquilo que não ofende às leis vigentes, o ordenamento. O planejamento, ou melhor, a elusão tributária,

Não há, pois, no direito tributário brasileiro, regido pelo princípio da estrita legalidade, tipicidade fechada e reserva absoluta da lei tributária, a figura desconsiderativa, nos termos mencionados nos autos de infração lavrados contra a consulente, nem o *princípio de que, à falta de propósito negocial*, o planejamento fiscal, que apenas objetive reduzir a carga tributária, *utilizando-se do instrumental legal existente*, seja ilegal. Tal interpretação fere direitos fundamentais do contribuinte. Viola o inciso I do art. 150 da CF. Desfigura a moral impositiva e produz desconfiância de que, para gerar “superávits primários” – cada vez mais difíceis em face da esclerosada máquina burocrática, que consome 37% de tributos em relação ao PIB –, hoje é mais importante arrecadar do que cumprir a lei<sup>39</sup>.

Em outras palavras, apesar da rejeição dos arts. 13 a 19 da MP 66/2002 – que não foram convertidos em lei –, o Fisco aplicou contra a consulente o princípio de que, *sem propósito negocial*, a lei pode ser desconsiderada, se do planejamento fiscal resultou redução do tributo.

Konrad Hesse, notável jusfilósofo e magistrado alemão, para situações como esta, que implicam a aplicação de legislação rejeitada e inexistente, define-as com gráfrica frase: “A necessidade não conhece princípios”<sup>40</sup>. E a dificuldade de o Governo Federal obter “superávits primários” para sustentar a amorfa máquina burocrática leva-o a hospedar o cínico princípio do notável pensador alemão, que foi magistrado da Suprema Corte daquele país.

Embora no caso da consulta tenha havido um propósito negocial de reorganização societária, à luz da mutualização das bolsas, *mesmo que não houvesse tal propósito – o que se admite apenas para efeitos de argumentação – as operações realizadas pela consulente*, legais e homologadas, sem restrições, pelo Banco Central, com protocolos anteriores de todas elas para aprovação, desde o momento em que foram realizadas, não poderiam ser atingidas pela aplicação do “princípio” constante dos arts. 13 a 19 da MP 66/2002, que foi rejeitado pelo Congresso Nacional, embora tenha sido apenas mencionado pelo Fisco, no auto de infração, sem referir-se a sua base legal.

O segundo aspecto a ser brevemente considerado é que não pode o Fisco sobrepor-se à legislação privada, alterando-a em causa própria.

---

continua válida no país” (*Comentários ao código tributário nacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2013. p. 189).

39 No meu artigo “O Brasil na encruzilhada” (*O ESTADO DE S. PAULO*, 14.12.2012, A2, Espaço Aberto) retratei o quadro desorganizado de nossas finanças públicas.

40 HESSE, Konrad. *Força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1998.

Todas as operações supervisionadas pela CVM e aprovadas pelo Banco Central *ex tunc*, são operações cuja homologação está na competência destas entidades, e não da Receita Federal<sup>41</sup>.

Os arts. 109 e 110 do CTN são claros a respeito, tendo a seguinte dicção:

Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.<sup>42</sup>

Tais artigos proíbem que o Fisco altere os conceitos próprios do direito privado, que decorrem da Constituição e se espriam pela ordem jurídica em geral, sendo utilizados, inclusive, para definir a atribuição de competências tributárias. Todos os princípios de direito privado regulados pela legislação infraconstitucional são, automaticamente, protegidos contra alteração pelo Fisco. Este pode dar efeitos tributários aos institutos de direito privado, mas nunca mudar o seu conteúdo, conceitos, formas e natureza jurídica. Não pode, por exemplo, transformar um comodato em locação, da mesma forma que não pode desconsiderar, *pro domo sua*, uma operação do merca-

- 
- 41 A autonomia outorgada em matéria monetária no Banco Central é de tal ordem que, na ADIn 4/1988, seu Relator, Ministro Sydney Sanches, ao não aceitar a autoaplicação do princípio constitucional de juros de 12%, colocou no seu voto a observação de que, “na medida em que o Banco Central fica impedido de modificar as taxas de juros além do limite estipulado, por motivos legais ou operacionais, a política monetária passa a ser totalmente passiva. Nesse caso, duas alternativas extremas de política econômica poderiam ser vislumbradas: ajuste fiscal ortodoxo e recessivo ou expansão monetária hiperinflacionária” (*Cadernos de direito tributário e finanças públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 12, a. 3, jul/set 1995, p. 274). E transcrevendo longos pareceres de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Arnaldo Wald, Geraldo Vidigal, Caio Tácito e de minha lavra, rejeitou a autoaplicabilidade, acompanhado por seus pares, de juros de 12% para o mercado financeiro.
- 42 Kiyoshi Harada interpreta-os dizendo: “Em outras palavras, a faculdade de modificação para efeitos tributários, reconhecida no art. 109, só não poderá ser exercitada em se tratando de definição ou de limitação de competência tributária. Realmente, essa matéria é própria da Lei Maior, não podendo uma lei de natureza infraconstitucional estabelecer qualquer modificação por vias oblíquas, representadas por alterações conceituais. Do contrário, a rígida discriminação constitucional de impostos (arts. 153, 155 e 156 da CF), que representa, ao mesmo tempo, uma outorga de competência impositiva e uma limitação ao poder de tributação, perderia sua finalidade. Pudessem o legislador ordinário alterar a definição, o conteúdo e o alcance dos institutos de direito privado, utilizados pela Carta Magna para definição de competências tributárias, não só surgiriam inevitáveis conflitos de competência impositiva entre as entidades componentes da Federação brasileira, como também o contribuinte perderia a sua garantia maior de se ver tributado tão só com os impostos discriminados na Carta Magna. Esse art. 110 é mais uma proibição dirigida aos legisladores ordinários das três esferas impositivas do que uma regra de interpretação” (*Direito financeiro e tributário*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 536).

do de ações, regular, legal e homologada pelo Banco Central, a pretexto de que não teria propósitos negociais.

Em outras palavras, a vinculação clara entre os arts. 109 e 110 do CTN, que tem eficácia de lei complementar e obriga toda a produção normativa inferior (para mim, por impor critérios e limites, a lei complementar tem *status* de lei intermediária entre a norma constitucional e a lei ordinária<sup>43</sup>), não poderia ser desconhecida pelas autoridades fiscalizadoras, que, utilizando disposições rejeitadas pelo Congresso, a saber, os arts. 13 a 19 da MP 66/2002 – embora, obviamente, sem indicá-las expressamente na fundamentação do ato administrativo –, e sustentando uma peculiar interpretação das operações homologadas pelo Banco Central, montaram fantásticos autos de infração, capazes de inviabilizar a própria continuidade das atividades empresariais da consultente.

Finalmente, em rápida digressão, lembro que fui advogado e sustentei oralmente perante o STF o primeiro caso em que foi declarada a inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/1998, que, ao arrepio do art. 195 da CF, ampliara a base de cálculo das contribuições sociais para alcançar, além do faturamento, “receitas”, antes do advento da EC 20/1998.

Na época, sustentei, perante o Pretório excelso, que uma lei nascida inconstitucional – antes, a base de cálculo era somente o “faturamento”, que gerava receita “operacional” – não poderia constitucionalizar-se, pela promulgação posterior de Emenda, tornando a receita “não operacional” também base de cálculo de contribuições sociais. Por 6 votos a 4, prevaleceu a nossa inteligência, posteriormente seguida, sem contestação, nos diversos julgamentos sobre a matéria<sup>44</sup>.

---

43 Escrevi: “Em direito tributário, como, de resto, na grande maioria das hipóteses em que a lei complementar é exigida pela Constituição, tal veículo legislativo é explicitador da Carta Magna. Não inova, porque senão seria inconstitucional, mas complementa, esclarecendo, tornando clara a intenção do constituinte, assim como o produto de seu trabalho, que é o princípio plasmado no Texto Supremo.

É, portanto, a lei complementar norma de integração entre os princípios gerais da Constituição e os comandos de aplicação da legislação ordinária, razão pela qual, na hierarquia das leis, posta-se acima destes e abaixo daqueles. Nada obstante alguns autores entendam que tenha campo próprio de atuação – no que têm razão –, tal esfera própria de atuação não pode, à evidência, nivelar-se àquela outra pertinente à legislação ordinária. A lei complementar é superior à lei ordinária, servindo de teto naquilo que é de sua particular área mandamental” (BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. Saraiva, v. 6, t. 1, 2001, p. 79).

44 “Plenário – Extrato de Ata

Recurso Extraordinário nº 390.840-5

Proced.: Minas Gerais

Relator: Min. Marco Aurélio

Recte.(s): Unimed Belo Horizonte Cooperativa de Trabalho Médico Ltda.

Adv.(a/s): Fernanda Guimaraes Hernandez

Ora, a pretendida incidência de PIS e Cofins sobre receitas “não operacionais” – admitindo-se como válida, para efeitos de mera argumentação, a tese desconsiderativa do Fisco, por mero exercício de raciocínio pelo absurdo – não poderia prevalecer para as exigências impostas em autos de infração, mormente estando a consulente protegida por mandado de segurança. Todas as empresas financeiras têm receitas operacionais e não operacionais, afastando-se a tese de que tais empresas só teriam receitas operacionais.

Passo, agora, a responder a consulta formulada.

Apesar de aparentemente complexa, a questão apresentada, resume-se, de rigor, às duas figuras sobre as quais, no preâmbulo deste parecer, teci considerações<sup>45</sup>.

Operações de aumentos e reduções do capital da empresa consulente, realizadas e consideradas corretas, tanto que *homologadas* pelo Banco Central, após terem sido protocoladas nessa entidade e enquanto estavam à

---

Recdo.(a/s): União

Adv.(A/S): PFN – Cláudia Regina A. M. Pereira

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio (Relator), Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence, conhecendo do recurso e provendo-o, em parte, e dos votos dos Senhores Ministros Cesar Peluso e Celso de Mello, provendo-o, integralmente, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Eros Grau. *Falaram, pela recorrente, o Dr. Ives Gandra da Silva Martins e, pela recorrida, o Dr. Fabrício da Soller, Procurador da Fazenda Nacional.* Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Nelson Jobim (Presidente). Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie (Vice-Presidente). Plenário, 18.05.2005.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Eros Grau, justificadamente, nos termos do § 1º do art. 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 15.06.2005.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu do recurso extraordinário e, por maioria, deu-lhe provimento, em parte, para declarar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, vencidos, parcialmente, os Senhores Ministros Cesar Peluso e Celso de Mello, que declaravam também a inconstitucionalidade do art. 8º e, ainda, os Senhores Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes e o Presidente (Ministro Nelson Jobim), que negavam provimento ao recurso. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 09.11.2005.

Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cesar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Procurador-Geral da República Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza.

Luiz Tomimatsu (Secretário).” (grifos meus)

45 No auto de infração consta: “Mas o cerne da questão é a tributação do ganho obtido na alienação das ações. Se tributado na pessoa jurídica, incidiria diversos tributos, entre os quais o IRPJ pela alíquota de 15%, mais o adicional de 10%, a CSLL pela alíquota de 9%, e, ainda, o PIS e a Cofins. Se, na pessoa física, incidiria apenas o IR pela alíquota de 15%.

Dessa forma, a transferência da corretora para o sócio controlador (detentor de 99,99% de participação), das ações de emissão das companhias, nos momentos em que antecederam o início das ofertas públicas das referidas ações, mediante a realização de três reduções de capital resultaria em contornar uma tributação na sociedade para uma menos gravosa, na pessoa física.

Depreende-se, portanto, pelo exposto, que a conduta da corretora foi eminentemente fiscal, sem nenhuma motivação extratributária” (grifos meus).

espera de aprovação, foram desconsideradas pela fiscalização. À luz de uma incorreta percepção da legislação civil e financeira, foi-lhes emprestado outro tipo de configuração, diferente da atribuída nas diversas assembleias, para o fim de, por decorrência, dispensar-lhes “tratamento fiscal-privado” *diverso do que efetivamente ostentaram quando de sua realização*.

Utilizou, o Fisco, a norma antielisão – ainda sem regulamentação e cuja validade encontra-se pendente de julgamento, em ação direta de inconstitucionalidade perante a Suprema Corte<sup>46</sup> –, embora sem a ela referir-se expressamente, para *dar novas formas jurídicas às operações realizadas pela consulente*. Assim, embora à luz do *direito privado* a Consulente tenha realizado efetivamente aquelas operações homologadas pelo Banco Central com eficácia *ex tunc*, perante a *visão impositiva* do Fisco, a homologação teria tido eficácia *ex nunc*. Vale dizer, nas autuações lavradas, a fiscalização pretendeu configurar tributação adicional àquela efetivamente incidente sobre as operações e que foi paga pelo principal acionista da Consulente, como ganho de capital nas alienações das ações recebidas – operações homologadas, repito, com eficácia *ex tunc* pelo Banco Central<sup>47</sup>.

Não reproduzirei, na resposta, os fatos tão bem narrados na consulta e excelentemente examinados e contestados na bem elaborada impugnação da consulente, pois sobejamente conhecidos nos autos do processo que examinei. Permito-me, apenas, focar – o que é relevante para a minha inteligência da questão – nos efeitos jurídicos que pretende a fiscalização ofertar-lhes, diferentemente do que foi homologado pelo Banco Central, única instituição com o direito e o poder de desconsiderar os atos jurídicos de sua competência, conforme determina a legislação de regência do sistema financeiro.

A própria Circular nº 2.750 do Banco Central, de um lado, reconhece a existência dos atos, dando eficácia plena, após a aprovação, a todos os atos realizados de forma provisória, validando-os, mas apenas condicionando o pagamento após a sua homologação. Em outras palavras, reconheço a existência dos atos sob condição, o que não implica sua invalidade jurídica, mas apenas o ganho de eficácia plena *ab initio*, após a aprovação. Não há

46 ADIn (Medida Liminar) nº 2446-DF/2001.

47 Consta do auto de infração: “Com todos esses procedimentos, a corretora teria, portanto, reduzido a carga tributária por meio de um suposto planejamento fiscal, contornando a incidência tributária mais onerosa na pessoa jurídica (34% de IRPJ e CSLL, mais PIS e Cofins) para fazê-la incidir na pessoa física do sócio (15% de IR), bastando, para tanto, simples alterações contratuais”.

aprovação prévia, mas homologação posterior de atos condicionantes, mas com validade, vigência e eficácia, na pendência da homologação<sup>48</sup>.

O certo, todavia, é que a primeira redução de capital decorreu da desnecessidade de a consulente possuir sete títulos patrimoniais para atuação na Bovespa – bastariam seis –, o que levou à entrega deste título ao sócio majoritário. O aumento de capital posterior realizou-se com reservas livres. A redução de capital realizada após fez-se com a entrega dos seis títulos patrimoniais da Bovespa aos sócios, sem valor definido, *pela desnecessidade de sua atual detenção para a operação no mercado*, em face da desmutualização, com definição de valor a ser feita posteriormente. É de se realçar que todas estas operações, com vigência, validade e eficácia provisória imediata, foram realizadas *sob condição*, que se realizou, definitivamente, com a aprovação do Banco Central de todos os atos, sem exceção. Por serem atos condicionados, atuou a consulente devidamente instrumentalizada por procuração do sócio beneficiário da redução junto ao Bovespa, para as operações de recepção e alienação de ações. E agiu como comissária, nos termos do art. 693 do Código Civil, (“O contrato de comissão tem por objeto a aquisição ou a venda de bens pelo comissário, em seu próprio nome, à conta do comitente”), com procuração escrita e levada ao conhecimento do Banco Central.

As mesmas operações repetiram-se na desmutualização da BM&F. Todas elas foram supervisionadas pela CVM e homologadas posteriormente pelo Banco Central, inclusive nas ofertas públicas iniciais (IPOS) para alienação das ações recebidas pela desmutualização da Bolsa.

Desta forma, tanto a redução de capital para entrega de títulos patrimoniais aos acionistas – na medida em que não eram mais necessários para que a consulente pudesse atuar nas Bolsas, no concernente a duas instituições – quanto os aumentos de capital ocorridos com reservas de capital e de forma legal, todos estes atos foram praticados rigorosamente de acordo com a legislação, tendo o beneficiário pago o imposto de renda sobre ganhos de capital, conforme mencionado nos autos, quando da alienação das ações.

Tais operações – em que os títulos patrimoniais foram entregues, nas reduções de capitais, a seu acionista, sempre sob condição, por deliberação

---

48 O art. 5º, § 1º, da Circular nº 2.750 está assim redigido: “Parágrafo 1º Os recursos referentes ao resgate de ações ou quotas somente podem ser pagos aos beneficiários após a aprovação por este órgão da ata da assembléia de acionistas ou reunião de quotistas que deliberou a redução do capital social, na forma por essa definida”. E os pagamentos foram posteriores, conforme todos os protocolos para homologação de todos os atos junto ao Banco Central.



assembled registrada nos registros comerciais e homologadas pelo Banco Central, após supervisão das operações pela CVM – foram desconsideradas pela Receita Federal sob a alegação de que:

- 1) As deliberações assembleares não tinham validade, senão após a homologação do Banco Central<sup>49</sup>;
- 2) Que o lucro na recepção e venda das ações recebidas fora da consulente;
- 3) Que o IRPJ e a CSSL seriam devidos pela consulente, seja na recepção das ações substitutivas dos títulos patrimoniais, seja na sua alienação;
- 4) Que o ganho auferido estaria sujeito a PIS e Cofins com base no art. 1º da Lei nº 9.718/1998<sup>50</sup>.

À luz da desconsideração dos atos realizados (redução de capital, entrega dos títulos a seu acionista), o Fisco aplicou a legislação do imposto sobre a renda e a inconstitucional Lei nº 9.718/1998 – cuja invalidade, no tocante à ampliação da base de cálculo das contribuições sociais, teve oportunidade de sustentar com êxito, pela primeira vez, perante o STF –, como se as operações jurídicas celebradas fossem outras e como se as reduções de capital não tivessem ocorrido.

Partindo de falsa premissa, em uma interpretação do art. 1.084 do Código Civil, transcrito a seguir, cujo objetivo é a preservação do direito de terceiros, os agentes fiscais concluíram que a eficácia da deliberação seria *ex nunc* e não *ex tunc*. E, a partir desta conclusão, os agentes fiscais desconsideraram as operações de redução de capital realizadas, considerando-as inexistentes<sup>51</sup>.

---

49 Maria Helena Diniz lembra de forma gráfica sobre as facetas da eficácia jurídica que “a eficácia jurídica indica tão-somente, a mera possibilidade da aplicação da norma. Do ponto de vista semiológico, a norma será sintaticamente eficaz se apresentar condições técnicas de sua atuação, ou de aplicabilidade, por estarem presentes os elementos normativos idôneos nela contidos ou em outra norma, para adequá-la à produção de efeitos jurídicos concretos, sem qualquer relação de dependência de sua observância, ou não, pelos seus destinatários” (*Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, v. 2, 1998. p. 275).

50 “A constitucionalidade de certo diploma legal deve se fazer presente de acordo com a ordem jurídica em vigor, da jurisprudência, não cabendo reverter a ordem natural das coisas. Daí a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998. Nessa parte, provejo o recurso extraordinário e com isso acolho o segundo pedido formulado na inicial, ou seja, para assentar como receita bruta ou faturamento o que decorra quer da venda de mercadorias, quer da venda de serviços ou de mercadorias e serviços, não se considerando receita de natureza diversa. Deixo de acolher o pleito de compensação de valores, porque não compôs o pedido inicial.” (trecho do voto do Ministro Relator Marco Aurélio de Mello, no RE 390.840-5/MG)

51 Marcelo Fortes Barbosa Filho mostra que o prazo de 90 dias tem como destinatário apenas terceiros que pudessem não concordar. Não o Fisco. Por isto fala em *consolidação da redução*, demonstrando que a redução já tinha sua eficácia provisória: “A referida publicação da Ata inaugura o prazo para a dedução de oposição para credores, estabelecido em 90 dias, exigindo-se, como requisito de legitimidade, sua condição

Art. 1.084. No caso do inciso II do art. 1.082, a redução do capital será feita restituindo-se parte do valor das quotas aos sócios, ou dispensando-se as prestações ainda devidas, com diminuição proporcional, em ambos os casos, do valor nominal das quotas.

§ 1º No prazo de noventa dias, contado da data da publicação da ata da assembléia que aprovar a redução, o credor quirografário, por título líquido anterior a essa data, poderá opor-se ao deliberado.

§ 2º A redução somente se tornará eficaz se, no prazo estabelecido no parágrafo antecedente, não for impugnada, ou se provado o pagamento da dívida ou o depósito judicial do respectivo valor.

§ 3º Satisfeitas as condições estabelecidas no parágrafo antecedente, proceder-se-á à averbação, no Registro Público de Empresas Mercantis, da ata que tenha aprovado a redução.

Nitidamente, o dispositivo do artigo 1.084 objetiva preservar o direito de terceiros. Não considera inexistente a deliberação, como se ela não tivesse ocorrido. Considera-a *válida, vigente, mas sem eficácia, exclusivamente contra eventuais interessados* que com ela não concordassem – o que não ocorreu<sup>52</sup>.

A norma tem claramente a intenção de não considerá-la nem inválida, nem não vigente, nem mesmo ineficaz, pois sua eficácia só não é plena em relação a eventuais interessados discordantes<sup>53</sup>.

É um dispositivo de proteção a terceiros, e não de invalidação da deliberação assemblear, como se não tivesse existido. Em outras palavras, ultrapassado o prazo protetor de terceiros, vale a decisão, *desde o momento em que foi proferida*, ou seja, desde a decisão assemblear – adjetivo criado pelo saudoso Tullio Ascarelli<sup>54</sup>.

---

de quirografários e que seu direito de crédito seja anterior, isto é, tenha nascido antes da própria publicação. O texto legal não esclarece qual a forma de exteriorização do inconformismo do terceiro, mas, diante de uma manifestação de natureza receptícia e cuja função é a *de impedir a consolidação da redução do capital por meio de um ato registrário*, pode-se promover, conjugadamente, notificação judicial ou extrajudicial dirigida à própria sociedade limitada e dirigir uma simples comunicação ao Oficial de Registro ou à Junta Comercial competente" (*Código Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Manole, 2012, p. 1069 – grifos meus).

52 O art. 1.082 do CC tem a seguinte dicção:

"Art. 1.082. Pode a sociedade reduzir o capital, mediante a correspondente modificação do contrato: I – depois de integralizado, se houver perdas irreparáveis; II – se excessivo em relação ao objeto da sociedade."

53 É ainda Marcelo Fortes Barbosa Filho que mostra sua eficácia provisória ao dizer: "*Tomada a decisão de redução do capital, deve-se dar, por meio da publicidade registrária, ampla divulgação à nova situação patrimonial da sociedade limitada, em sua inscrição originária*" (*Código Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Manole, p. 1068 – grifos meus).

54 O art. 1.083 ("Art. 1.083. No caso do inciso I do artigo antecedente, a redução do capital será realizada com a diminuição proporcional do valor nominal das quotas, tornando-se efetiva a partir da averbação, no Registro Público de Empresas Mercantis, da ata da assembléia que a tenha aprovado") reconhece sua eficácia *ex tunc*

É por esta razão que o Código Civil fez menção aos negócios sob condição.

Está o art. 121 do CC assim redigido: “Art. 121. Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto”<sup>55</sup>.

Assim como os arts. 125, 126 e 130, conforme se lê a seguir:

Art. 125. Subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa.

Art. 126. Se alguém dispuser de uma coisa sob condição suspensiva, e, pendente esta, fizer quanto àquela novas disposições, estas não terão valor, realizada a condição, se com ela forem incompatíveis.

[...]

Art. 130. Ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo.

Pelo primeiro, admite-se a validade e vigência de cláusulas suspensivas ou resolutivas de atos praticados em uma determinada data, na dependência de evento futuro a dar-lhes eficácia *ex tunc*, com as explicitações constantes dos dispositivos seguintes.

Pelo segundo, admite-se que o negócio jurídico acordado, enquanto não houver a implementação da condição, *será um direito condicionado*; mas, implementada a condição, será considerado um direito definitivamente adquirido *ex tunc*, ou seja, desde o momento em que acordado<sup>56</sup>.

Pelo terceiro – para o presente caso, relevantíssimo –, *nenhuma nova deliberação poderá ser tomada, pelo que outorgou o direito condicionado, contrária ao deliberado*. Tal dispositivo é de particular relevância para de-

---

a partir da Assembleia e efetividade plena a partir do Registro *sem impugnações*. No caso da consulente, não houve impugnação.

55 Ensinam Nelson e Rosa Nery sobre o art. 121: “4. Natureza jurídica. Condição é elemento acidental (*accidentalia negotii*) do negócio jurídico, que subordina a eficácia do mesmo negócio à ocorrência de evento futuro e incerto. *Sem ela o negócio existe e é válido*, mas ineficaz. Implementada a condição, o negócio torna-se eficaz” (*Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 210 – grifos meus).

56 Maria Helena Diniz, ao comentar o dispositivo, claramente lhe dá eficácia *ex tunc*. Leia-se: “Efeito da condição suspensiva pendente. Pendente a condição suspensiva, não se terá direito adquirido, mas expectativa de direito ou direito eventual. Só se adquire o direito após o implemento da condição. A eficácia do ato negocial ficará suspensa até que se realize o evento futuro e incerto. A condição se diz realizada quando o acontecimento previsto se verificar. Ter-se-á, então, o aperfeiçoamento do ato negocial, *operando-se ex tunc, ou seja, desde o dia de sua celebração, se inter vivos, e à data da abertura da sucessão, se causa mortis, daí ser retroativo*” (*Código Civil comentado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.112 – grifos meus).

monstrar a absoluta inconsistência da tese fazendária, que desconsiderou “ato jurídico” que já não mais poderia ser modificado, desde sua confirmação, a não ser por eventual contestação vitoriosa de um terceiro interessado, o que não ocorreu, no caso.

Em outras palavras, o entendimento da fiscalização contraria o disposto no art. 126, pois anula a deliberação da assembleia homologada pelo Banco Central, como se não tivesse existido, criando cláusula incompatível com a decisão. Ou seja, considera tal deliberação assemblear *inexistente à época em que efetivamente ocorreu*, gerando, pois, situação jurídica *incompatível* com a realidade decorrente daquela assembleia.

Na visão do Fisco, se houvesse qualquer operação, após a deliberação, que pudesse alterá-la, ela *não teria qualquer valor, pois afetaria a própria deliberação assemblear*, a partir da decisão sobre redução do capital. Não mais poderia ter havido outra operação que contrariasse aquela deliberação, pois com ela incompatível, quando viesse a pretendida eficácia definitiva. Em outras palavras, a aprovação pelo Banco Central *de todos os atos* seria impossível, pois, inexistindo o primeiro, outros não poderiam ser decorrentes.

Tem, pois, *eficácia condicionada* a deliberação assemblear perante todos, só podendo ser anulada, no caso da Consulente, se terceiros interessados se opusessem à redução do capital, algo que, no caso, não ocorreu<sup>57</sup>.

Por fim, o art. 130 estabelece que *o titular do direito eventual* pode exercer os direitos destinados a conservá-lo, o que vale dizer, pode exercer o direito de impedir condutas da fiscalização tendentes a considerar inexistente o referido direito, *assegurado sob condição, desde a deliberação assemblear*.

Tanto é assim que o registro comercial, a CVM e o Banco Central *consideraram todas as operações legais, legítimas, corretas, desde os primeiros atos assembleares, ao exercitarem seu poder homologatório*<sup>58</sup>.

Não tendo havido qualquer impugnação de eventual interessado contra as reduções de capital, de rigor, todos os atos tiveram vigência, validade e eficácia desde a deliberação assemblear, *ex tunc*.

57 É ainda Maria Helena Diniz que ensina: “A norma não veda a possibilidade de, na pendência de uma condição suspensiva, fazer novas disposições, que, todavia, não terão validade se, realizada a condição, forem com ela incompatíveis” (*Código civil comentado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 113 – grifos meus).

58 Nelson e Rosa Nery comentam: “O negócio condicional existe e é válido. Apenas sua eficácia depende do implemento da condição. Portanto, desde que celebrado, já vincula as partes contratantes, motivo pelo qual não pode ser unilateralmente desfeito, sob pretexto de que sobre ele pende condição. Neste sentido: Torquato, *Situação Jurídica*, p. 34” (*Código civil anotado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 214).

A desconsideração pretendida pelo Fisco, dando efeitos inexistentes aos institutos da lei civil, para fins de imposição tributária, e considerando que uma condição apenas *oponível* a terceiros contrários à operação transformasse os atos realizados com vigência, validade e eficácia *ex nunc*, como se não existissem anteriormente, macula os arts. 109 e 110 do CTN, que, como expliquei no início do parecer, não permitem que se possa alterar o perfil dos institutos, normas ou princípios de direito privado – visto que todos os institutos, princípios e normas que não forem inconstitucionais são, *de rigor, albergados* pela Lei Suprema.

Repito a transcrição dos arts. 109 e 110 do CTN, para deixar claro que nem a lei tributária, nem as autoridades fazendárias podem alterar, *pro domo sua, o conteúdo, alcance, conceito e forma de institutos de direito privado*.

Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.<sup>59</sup>

E aqui chegamos ao ponto crucial da questão.

De rigor, o procedimento adotado pelo Fisco objetiva, exclusivamente, desconsiderar operação, que a própria autoridade definiu como *sem propósito negocial*.

Vejamos o que diz o parágrafo único do art. 116 do CTN:

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. (Incluído pela LC 104, de 10.01.2001).

---

59 Aliomar Baleeiro comenta: "PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO PRIVADO – O art. 109 pretende fornecer em forma geral e sintética a diretriz para extremar-se a fronteira entre o Direito Privado e o Tributário, resguardando a autonomia deste. O legislador reconhece o império das normas de Direito Civil e Comercial quanto à definição, conteúdo e alcance dos institutos, conceitos e formas consagradas no campo desses dois ramos jurídicos opulentados por 20 séculos de lenta estratificação. A prescrição, a quitação etc. conservam no Direito Financeiro, quando neste não houver norma expressa em contrário, a mesma conceituação clássica do Direito Comum. O mesmo ocorre em relação aos contratos e às obrigações em geral" (*Direito tributário brasileiro*, Forense, p. 443).

Esse dispositivo, cuja redação foi atribuída pela LC 104/2001, como já referi anteriormente, tem sua validade objeto de questionamento em ação direta de inconstitucionalidade (ADIn – Medida Liminar nº 2.446-DF/2001), por suspeita de ferir os princípios da estrita legalidade, tipicidade fechada e reserva absoluta da lei fiscal.

De qualquer forma, conforme se vê da letra do dispositivo, a conduta desconsiderativa depende de regulamentação pela legislação ordinária.

Repito, o Governo Federal tentou instituir essa regulamentação pelos arts. 13 a 19 da MP 66/2002<sup>60</sup>. Leia-se, em especial, o art. 14, o qual reitero:

Art. 14. São passíveis de desconsideração os atos ou negócios jurídicos que visem a reduzir o valor de tributo, a evitar ou a postergar o seu pagamento ou a ocultar os verdadeiros aspectos do fato gerador ou a real natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

§ 1º Para a desconsideração de ato ou negócio jurídico dever-se-á levar em conta, entre outras, a ocorrência de:

---

60 Escrevi: "Detecto, nos dois dispositivos, três inconstitucionalidades materiais e uma formal. A *inconstitucionalidade formal reside no fato de que os arts. 13 e 14 foram dedicados a alargar as hipóteses de simulação previstas na Lei Complementar nº 104/2001, na redação que ofertou ao parágrafo único do art. 116 do CTN, a saber:*

*'Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária' (grifos meus). Ora, tal matéria é, inequivocamente, matéria reservada à lei complementar e jamais à lei ordinária. É de se realçar que o art. 116, parágrafo único, declara que a lei ordinária apenas cuidará de aspectos procedimentais, o que, à evidência, não ocorreu. E, nos aspectos materiais de que cuidou, violou a Constituição, assim como o próprio comando do art. 116 do CTN.*

Neste aspecto, a lei suprema é claríssima ao declarar que apenas a lei complementar pode definir as normas gerais em matéria de legislação tributária [...] A primeira inconstitucionalidade material reside no parágrafo único, que excluiu os casos de 'simulação' previstos no art. 116 e introduziu a 'simulação' sem dolo, fraude ou má-fé!!! Nitidamente, substitui o princípio da legalidade pelo princípio do 'palpite fiscal'.

Se um contribuinte agir sem dolo, fraude ou má-fé e, entre duas leis, escolher aquela que lhe for mais favorável, não há o que contestar, cabendo ao Fisco, se não lhe agrada o caminho escolhido, revogar o diploma produzido pelo Poder Legislativo que lhe deu fundamento, pelos meios legislativos constitucionais expostos nos arts. 59 a 69 da Carta Magna. Jamais por uma mera opinião do fiscal.

A segunda inconstitucionalidade está em que a desconsideração apenas surtirá efeitos 'para fins tributários' – como previsto no *caput* do art. 13 –, continuando a solução jurídica adotada a valer para os demais campos do direito [...] Isso admite que, por exemplo, uma doação continue sendo tributada pelo imposto de transmissão estadual (pois no plano civil é essa a natureza do negócio jurídico) embora possa vir a ser tributada simultaneamente pelo Município, se com base no artigo 13, vier a ser considerada como compra e venda pelo Fisco municipal ou federal.

A terceira inconstitucionalidade está nas hipóteses do § 1º, que enuncia duas hipóteses de desconsideração entre outras, vale dizer, qualquer outra idealizada pelo Fiscal para desconsiderar o ato jurídico, poderá ser utilizada. Os princípios da tipicidade fechada, estrita legalidade e reserva formal da lei são implodidos, valendo, além das hipóteses enunciadas, qualquer outra que os humores da Fiscalização desejarem. Há nítida maculação dos princípios da legalidade e da segurança jurídica expostos nos arts. 5º, *caput*, e 150, inciso I, da Constituição Federal" (Norma antielisão e segurança jurídica. *Revista do TRF 3ª Região*, São Paulo, Thomson/IQB, separata, n. 77, p. 111/3, maio/jun. 2006).

I – falta de propósito negocial; ou

II – abuso de forma.

§ 2º Considera-se indicativo de falta de propósito negocial a opção pela forma mais complexa ou mais onerosa, para os envolvidos, entre duas ou mais formas para a prática de determinado ato.

§ 3º Para o efeito do disposto no inciso II do § 1º, considera-se abuso de forma jurídica a prática de ato ou negócio jurídico indireto que produza o mesmo resultado econômico do ato ou negócio jurídico dissimulado.<sup>61</sup>

Ora, nesse dispositivo, pela primeira vez, a legislação fala em utilizar a forma legal para economizar tributos *sem objeto negocial*. Prevê situação em que o contribuinte se utiliza das leis existentes para alcançar a redução de tributos.

Não houve sequer necessidade de contestação de tais dispositivos perante a Justiça, pois o próprio Congresso Nacional rejeitou a MP 66/2002, no concernente aos seis dispositivos. Tiveram eficácia por apenas 120 dias e nada mais. Foram extirpados do ordenamento jurídico brasileiro. Não mais existem<sup>62</sup>.

Como se percebe, *nenhuma operação* que obedeça rigorosamente à legislação vigente – no caso, com a aprovação inequívoca de sua legitimidade pelo registro comercial, CVM e Banco Central – poderia ser contestada *sob a alegação de falta de propósito negocial*, pois a tentativa governamental para implantar tal prática – a meu ver, de manifesta inconstitucionalidade – foi rejeitada pelos parlamentares no Congresso Nacional, único poder que representa a totalidade da nação (situação e oposição), e não apenas a maioria (Executivo) ou um poder técnico (Judiciário).

Poder-se-ia dizer que, com a MP 627/2013, há uma tentativa governamental de restabelecer o princípio rejeitado quando da MP 66/2002:

Art. 19. Nos casos de incorporação, fusão ou cisão, o saldo existente na contabilidade, na data do evento, referente à mais-valia de que trata o inciso

---

61 Henry Tilbery fulmina a possibilidade de aplicação da teoria desconsiderativa por elaboração jurisprudencial, ao dizer: “Manifestamos nossa opinião categórica de que, dentro do princípio da estrita legalidade tributária, a doutrina alienígena da desconsideração da pessoa jurídica não pode ser aplicada no Direito Tributário Brasileiro sem base em norma legal” (*Imposto de renda das pessoas jurídicas: integração entre sociedade e sócios*, Atlas, 1985, p. 96).

62 O § 3º do art. 62 da Constituição Federal tem a seguinte dicção:

“§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12, perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)”.

II do *caput* do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, decorrente da aquisição de participação societária entre partes não dependentes, poderá ser considerado como integrante do custo do bem ou direito que lhe deu causa para efeito de determinação de ganho ou perda de capital e do cômputo da depreciação, amortização ou exaustão. (Vigência)

[...]

§ 4º O laudo de que trata o inciso I do § 3º será desconsiderado na hipótese em que os dados nele constantes estiverem incorretos ou não mereçam fé.

Art. 20 [...]

§ 4º O laudo de que trata o inciso I do § 3º será desconsiderado na hipótese em que os dados nele constantes estiverem incorretos ou não mereçam fé.

Art. 21. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detinha participação societária adquirida com ágio por rentabilidade futura (*goodwill*) decorrente da aquisição de participação societária entre partes não dependentes, apurado segundo o disposto no inciso III do *caput* do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, poderá excluir para fins de apuração do lucro real dos períodos de apuração subseqüentes o saldo do referido ágio existente na contabilidade na data do evento, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração. (Vigência)

§ 1º O contribuinte não poderá utilizar o disposto neste artigo, quando:

[...]

III – o valor do ágio por rentabilidade futura (*goodwill*), relativo à participação societária extinta em decorrência da incorporação, fusão ou cisão, tiver sido apurado em operação de substituição de ações ou quotas de participação societária.

Art. 24. Para fins do disposto nos artigos 19 e 21, consideram-se partes dependentes quando: (Vigência)

[...]

V – em decorrência de outras relações não descritas nos incisos I a IV, que permitam inferir dependência entre as pessoas jurídicas envolvidas, ainda que de forma indireta.

Tenho dúvidas sobre a constitucionalidade do dispositivo, mas, de qualquer forma, seria impossível sua aplicação de forma retroativa a fatos ocorridos em 2007, por força do inciso XXXVI do art. 5º da CF, assim redigido: “XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico



perfeito e a coisa julgada; [...]”<sup>63</sup>. A lei só pode retroagir para beneficiar o sujeito passivo da obrigação tributária, e não para prejudicá-lo, nos termos do art. 106 do CTN<sup>64</sup>.

Por todo o exposto até este ponto, percebe-se que todos os autos de infração residem na desconsideração de atos jurídicos perfeitos e homologados pelo Banco Central, sob a supervisão, no seu processamento, da CVM e em que a consultante, durante o prazo de eventual impugnação de terceiros quanto à redução de capital, atuou e agiu como mandatária, como procuradora em comissão, de seu acionista beneficiário, junto à Bovespa e à BM&F. Não se pode, pois, aplicar o art. 14 da MP 66/2002, dispositivo que vigeu e teve eficácia no Direito brasileiro por apenas 120 dias<sup>65</sup>.

Em outras palavras, todos os atos objeto da pretendida desconsideração tiveram *vigência, validade e eficácia, com a homologação*, que validou-os desde a sua realização, por força da eficácia *ex tunc do referido ato homologatório*.

E, ao negar os efeitos de validade, vigência e eficácia plena a disposições que, nos termos do Código Civil, são *apenas aplicáveis a terceiros eventualmente prejudicados na relação negocial*, o Fisco alterou o conteúdo e alcance das normas e institutos de direito privado, *pro domo sua*, em uma inequívoca violação dos arts. 109 e 110 do CTN, sobre *pretender dar eficácia ex nunc, e não ex tunc*, como previsto na Lei Civil, à aprovação do Banco Central.

Ao agredir o Código Civil, a autoridade fiscal atuou ilegalmente e, ao ferir a Constituição, no que diz respeito a desconsiderar operações sem lei

---

63 Celso Bastos lembra que: “A Constituição arrola como outra das garantias do cidadão em matéria de direito intertemporal o ato jurídico perfeito. A rigor, o ato jurídico perfeito está compreendido no direito adquirido. Em outras palavras, não se pode conceber um direito adquirido que não advinha de um ato jurídico perfeito. Parece que o constituinte teve mais em mira, ao cogitar dessa matéria, seus aspectos formais, isto é, ato jurídico perfeito é aquele que se aperfeiçoou, que reuniu todos os elementos necessários à sua formação, debaixo da lei velha. Isso não quer dizer que ele encerre no seu bojo um direito adquirido. O que o constituinte quis foi imunizar o portador do ato jurídico perfeito contra as oscilações de forma aportadas pela lei. *Assim, se alguém desfruta de um direito por força de um ato que cumpriu integralmente as etapas da sua formação debaixo da lei velha, não pode ter esse direito negado só porque a lei nova exige outra exteriorização do ato*” (Comentários à Constituição do Brasil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, 2. v., p. 215 – grifos meus).

64 Repito a dicção: “Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito: I – em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados; II – tratando-se de ato não definitivamente julgado: a) quando deixe de defini-lo como infração; b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo; c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática”.

65 O § 11 do art. 62 da CF tem a seguinte redação: “§ 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)”.

autorizadora, maculou o art. 150, inciso I, da CF: “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça; [...]”<sup>66</sup>.

Tal como sustentado por ocasião da ação direta de que resultou o reconhecimento da invalidade de dispositivos da Lei nº 9.718/1998 (RE 390.840-5), uma lei nascida inconstitucional não pode ser constitucionalizada por emenda constitucional que venha a ser promulgada após sua edição. O Congresso, como constituinte derivado, não corrige a inconstitucionalidade anterior. Por 6 x 4 e, depois, por unanimidade – uma vez definida uma orientação jurisprudencial, os Ministros do STF derrotados curvam-se à decisão da maioria –, prevaleceu a tese de que, antes da EC 20/1998, apenas as receitas “operacionais” e não “as não operacionais” poderiam integrar a base de cálculo de contribuições sociais<sup>67</sup>.

Feitas estas considerações, passo a responder às diversas questões formuladas pela consulente:

1. O art. 2º da Lei nº 7.689/1988, com redação dada pelo art. 2º da Lei nº 8.034/1990 em conjunto com os demais fundamentos da CSLL, remete à apuração da base de cálculo da contribuição para o resultado apurado segundo as normas da Legislação Comercial, regra idêntica à de definição das bases de cálculo do IRPJ, conforme previsto no § 1º do art. 247 do RIR/1999, e art. 250, inciso II, do RIR/1999. Por sua vez, os arts. 277, 278, 279 e 280 do RIR/1999 fazem referência aos arts. 11 e 12 do Decreto-Lei nº 1.598/1977. Destes, os que importam no caso concreto são o parágrafo segundo do art. 11, o *caput* do art. 12;

---

66 Alexandre de Moraes lembra que “a importância histórica desse princípio, em defesa da propriedade individual, vem ressaltada pela previsão no item 12 da Magna Charta Libertatum, outorgada por João Sem Terra, em 15 de junho de 1215, nos seguintes termos: ‘não lançaremos taxas ou tributos sem o consentimento do conselho geral do reino (*commue concilium regni*), a não ser para resgate da nossa pessoa, para armar cavaleiro o nosso filho mais velho e para celebrar, mas uma única vez, o casamento da nossa filha mais velha; e esses tributos não excederão limites razoáveis. De igual maneira se procederá quanto aos impostos da cidade de Londres” (*Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 1771).

67 O Ministro Marco Aurélio, no referido julgamento, assim sintetizou a questão: “Descabe, também, partir para o que seria a reprivatização, a constitucionalização de diploma que, ao nascer, mostrou-se em conflito com a Constituição Federal. Admita-se a inconstitucionalidade progressiva. No entanto, a constitucionalidade posterior contraria a ordem natural das coisas. A hierarquia das fontes legais, a rigidez da Carta, a revelá-la documento supremo, conduz à necessidade de as leis hierarquicamente inferiores observarem-na, sob pena de transmutá-la, com nefasta inversão de valores. Ou bem a lei surge no cenário jurídico em harmonia com a Constituição Federal, ou com ela conflita, e aí afigura-se írrita, não sendo possível o aproveitamento, considerado texto constitucional posterior e que, portanto, à época não existia. Está consagrado que o vício da constitucionalidade há de ser assinalado em face dos parâmetros maiores, dos parâmetros da Lei Fundamental existentes no momento em que afeitejado o ato normativo” (RE 390.840-MG).

o primeiro determina que serão classificadas como lucro operacional as *operações que constituam objeto da pessoa jurídica*; a segunda define que *receita bruta é o produto das operações em conta própria*. Por fim, o inciso II do art. 249 e o art. 288, ambos do RIR/1999, respectivamente versam sobre o tratamento nas hipóteses de infração às normas da legislação comercial e às normas tributárias<sup>68</sup>. A par desta fundamentação legal, que foi a

68 Estão os dispositivos citados assim redigidos:

Lei nº 7.689/1988, art. 2º:

“Art. 2º A base de cálculo da contribuição é o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo:

- a) será considerado o resultado do período-base encerrado em 31 de dezembro de cada ano;
- b) no caso de incorporação, fusão, cisão ou encerramento de atividades, a base de cálculo é o resultado apurado no respectivo balanço;
- c) o resultado do período-base, apurado com observância da legislação comercial, será ajustado pela: (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

1 – adição do resultado negativo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

2 – adição do valor de reserva de reavaliação, baixada durante o período-base, cuja contrapartida não tenha sido computada no resultado do período-base; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

3 – adição do valor das provisões não dedutíveis da determinação do lucro real, exceto a provisão para o Imposto de Renda; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

4 – exclusão do resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

5 – exclusão dos lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita; (Incluído pela Lei nº 8.034, de 1990)

6 – exclusão do valor, corrigido monetariamente, das provisões adicionadas na forma do item 3, que tenham sido baixadas no curso de período-base. (Incluído pela Lei nº 8.034, de 1990)

§ 2º No caso de pessoa jurídica desobrigada de escrituração contábil, a base de cálculo da contribuição corresponderá a dez por cento da receita bruta auferida no período de 1º janeiro a 31 de dezembro de cada ano, ressalvado o disposto na alínea b do parágrafo anterior.”

Decreto nº 3.000/1999 (RIR/1999):

“Art. 247. [...]

§ 1º A determinação do lucro real será precedida da apuração do lucro líquido de cada período de apuração com observância das disposições das leis comerciais (Lei nº 8.981, de 1995, art. 37, § 1º).

Art. 249. Na determinação do lucro real, serão adicionados ao lucro líquido do período de apuração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 6º, § 2º):

[...]

II – os resultados, rendimentos, receitas e quaisquer outros valores não incluídos na apuração do lucro líquido que, de acordo com este Decreto, devam ser computados na determinação do lucro real.

[...]

Art. 250. Na determinação do lucro real, poderão ser excluídos do lucro líquido do período de apuração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 6º, § 3º):

[...]

II – os resultados, rendimentos, receitas e quaisquer outros valores incluídos na apuração do lucro líquido que, de acordo com este Decreto, não sejam computados no lucro real;

[...]

utilizada na autuação do IRPJ, a *Consulente entende* que, sem olvidar as deliberações de entrega das ações Bovespa e BM&F, a *reclassificação fiscal* destas operações, já demonstradas contabilmente como separadas do objeto social conforme as normas atendidas do Bacen pelo registro em conta de Outros Bens Não de Uso – que identifica os bens não utilizados no cumprimento do objeto social –, *não tem amparo legal*; a uma porque não é compatível com as deliberações da sociedade que as excluíram do objeto social; a duas porque se trataram de operações realizadas por conta e ordem do sócio; a três porque foram realizadas sob os auspícios, demonstrado pelo Fisco federal, do Banco Central do Brasil dentro de sua competência legal e cujos atos confirmam a regularidade contábil da corretora; a quatro porque não se pode falar em postergação dos efeitos, para a data da aprovação do Bacen, dos regulares registros contábeis no tempo, para o qual não tem competência legal o Fisco federal; e a cinco porque a não aceitação da escrituração contábil da corretora

---

Art. 277. Será classificado como lucro operacional o resultado das atividades, principais ou acessórias, que constituam objeto da pessoa jurídica (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 11).

Parágrafo único. A escrituração do contribuinte, cujas atividades compreendam a venda de bens ou serviços, deve discriminar o lucro bruto, as despesas operacionais e os demais resultados operacionais (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 11, § 1º).

Art. 278. Será classificado como lucro bruto o resultado da atividade de venda de bens ou serviços que constitua objeto da pessoa jurídica (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 11, § 2º).

Parágrafo único. O lucro bruto corresponde à diferença entre a receita líquida das vendas e serviços (art. 280) e o custo dos bens e serviços vendidos - Subseção III (Lei nº 6.404, de 1976, art. 187, inciso II).

Art. 279. A receita bruta das vendas e serviços compreende o produto da venda de bens nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado auferido nas operações de conta alheia (Lei nº 4.506, de 1964, art. 44, e Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 12).

Parágrafo único. Na receita bruta não se incluem os impostos não cumulativos cobrados, destacadamente, do comprador ou contratante, dos quais o vendedor dos bens ou o prestador dos serviços seja mero depositário.

Art. 280. A receita líquida de vendas e serviços será a receita bruta diminuída das vendas canceladas, dos descontos concedidos incondicionalmente e dos impostos incidentes sobre vendas (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 12, § 1º).

[...]

Art. 288. Verificada a omissão de receita, a autoridade determinará o valor do imposto e do adicional a serem lançados de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período de apuração a que corresponder a omissão (Lei nº 9.249, de 1995, art. 24).”

Decreto-Lei nº 1.598/1977:

“Art. 11. Será classificado como lucro operacional o resultado das atividades, principais ou acessórias, que constituam objeto da pessoa jurídica.

[...]

§ 2º Será classificado como lucro bruto o resultado da atividade de venda de bens ou serviços que constitua objeto da pessoa jurídica.

Art. 12. A receita bruta das vendas e serviços compreende o produto da venda de bens nas operações de conta própria e o preço dos serviços prestados. (*Vide* Medida Provisória nº 627, de 2013) (Vigência)

[...].”

realizadas de acordo com a legislação comercial e consistentes com os critérios contábeis determinados às instituições financeiras representaria perversão das determinações legais. *Sendo forçoso concluir*, em face de não ter ocorrido qualquer das hipóteses de aplicação do tratamento tributário fundamentado pela fiscalização, *que não houve infração fiscal nenhuma*, por isso pugnou pela falta de tipificação e nulidade da autuação. *Está correta a percepção legal da instituição?*

Agiu corretamente a instituição. A SRFB, ao pretender desconsiderar as operações, tornando “receita” o que receita não foi da consulente, à evidência aplicou, sem declará-lo, a norma antielisão para fazer incidir, na sua forma de contabilização, dispositivos inaplicáveis à hipótese. Os cinco argumentos fáticos apresentados pela consulente fulminam a hipótese de imposição criada pelo Fisco contra os arts. 150, inciso I, da CF, 109 e 110 do CTN, contra os registros de todos os atos nos Registros de Comércio, contra a supervisão da CVM, e a homologação dos atos pelo Banco Central, com efeitos *ex tunc*. Tais atos valeram sempre, *ab initio*, desde a primeira deliberação assemblear.

- 1b. *É correto, a par das normas tributárias, o lançamento desta autuação sem a ocorrência e fundamentação de qualquer das hipóteses em abstrato, sobretudo considerando o perfeito atendimento às normas contábeis emanadas pelo Bacen?*

Já respondida na anterior. A norma antielisão desconsiderativa, rejeitada pelo Congresso, mas aplicada pela Fiscalização, mencionando o motivo (falta de objeto negocial) sem mencionar o fundamento, não se aplica ao caso presente. Com todo o respeito que a fiscalização merece, criar nova hipótese não prevista em lei, contra o princípio da estrita legalidade, tipicidade fechada, reserva absoluta da lei, e aqueles do direito privado – arts. 121, 125, 126 e 130 do Código Civil – e contra as homologações *de todas as operações com eficácia ex tunc* desde as declarações assembleares, pelos registros mercantis e Banco Central, sob a supervisão da CVM, é criar hipótese de incidência fiscal imaginária. Incorretíssimo, ilegítimo, ilegal e inconstitucional o lançamento.

2. A Consulente entende que as hipóteses *omissão de receitas estão descritas nos arts 281 a 287 do RIR/1999* – curiosamente *não insertos na fundamentação legal da autuação* – eis que *não infringidos*. Por sua vez, o *art. 288 do RIR/1999*, seguindo função fim de norma penalizadora que primeiro tipifica a infração em abs-

trato depois determina/autoriza o tratamento aplicável, é apenas o tratamento previsto para ocorrência em concreto de qualquer das hipóteses elencadas. Não houve infração nenhuma, por isso a pugnou pela falta de tipificação e nulidade do ato. *Está correta esta percepção legal?*<sup>69</sup>

Não houve omissão de receitas, como explicado no corpo do parecer. Toda a questão reside em ter a Fiscalização dado eficácia *ex nunc* a operações com eficácia *ex tunc*. As receitas auferidas nas alienações dos títulos patrimoniais, por desnecessários, pela consulente a seu sócio, transformados em ações e alienadas posteriormente, foram receitas *deste*, não tributadas na redução, e tributadas pelo ganho de capital da pessoa física, nas operações subsequentes. Tributo o Fisco uma “omissão de receita” inexistente. A homologação do Banco Central, com eficácia *ex tunc*, demonstrou que não entendeu que as operações que resultaram em reduções foram operações ilegais.

3. A Consulente entende que mérito das autuações cingiu-se à interpretação dos efeitos da aprovação do Banco Central do Brasil e à questão da eficácia dos atos societários, e não a quaisquer defeitos existentes nas demonstrações contábeis preparadas segundo as regras da Legislação Comercial, somadas às determinações do Banco Central do Brasil, em que não foi apontado nenhum óbice. *A que critérios objetivos é subordinada a autoridade fiscalizadora para apuração das bases de cálculo do IRPJ, da CSLL, do PIS e da Cofins?*

Como demonstrado, no curso do presente parecer, todas as operações realizadas pela consulente foram legais, assim reconhecidas pelos registros mercantis e pelo Banco Central.

A ideia de que a homologação – e uso propositalmente este termo, pois os efeitos do ato de aprovação do Banco Central são *ex tunc*, ou seja, validam as operações *ab initio* – só passaria a dar validade aos atos a partir do momento em que exarada não resiste, pois implicaria concluir que a sucessão de atos que levaram à conformação jurídica final de todas as operações (ato homologatório) não teria existido.

---

69 Repito a dicção do art. 288 do RIR/1999: “Art. 288. Verificada a omissão de receita, a autoridade determinará o valor do imposto e do adicional a serem lançados de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período de apuração a que corresponder a omissão (Lei nº 9.249, de 1995, art. 24)”.

É que, se um ato final só tem validade e eficácia no momento de sua realização, todos os outros atos que o geraram, com autonomia decisória, seriam inexistentes. Ora, o ato final não poderia existir, se inexistentes os atos anteriores, que concorreram para sua conformação. Não se constrói um prédio de vinte andares sem que tenham sido construídos os dezenove andares anteriores. Se estes não existirem, também não existirá o vigésimo andar.

Ao concluir, o Fisco, ter eficácia *ex nunc* a aprovação da radiografia final da operação pelo Bacen, todos os atos condicionados para aprovação definitiva resultam provados. Um ato *inexistente anteriormente* não poderia gerar um ato que se *torna existente*, para efeitos do Banco Central, no momento de sua homologação. Ao homologar a sucessão de operações de que resultou a configuração final, considerou, o Banco Central, *válidos no tempo* todos os atos contestados pelo Fisco e que produziram a aprovação da entidade monetária<sup>70</sup>.

É de se indagar: como atos com validade, vigência e eficácia *ex tunc* homologados pelo Banco Central poderiam ser *desconsiderados* por norma antielisão *rejeitada pelo Congresso Nacional* (arts. 13 a 19 da MP 66/2002), para gerar tributação impossível sobre pretendidas receitas inexistentes, e não reconhecidas pelo Banco Central e nem contabilizados pela consultente, nos termos do que pretende o Fisco? Os critérios utilizados pela Receita foram, sem tê-lo expressamente dito, os do art. 14, §§ 1º e 2º, da rejeitada MP 66/2002, que repito:

Art. 14. São passíveis de desconsideração os atos ou negócios jurídicos que visem a reduzir o valor de tributo, a evitar ou a postergar o seu pagamento ou a ocultar os verdadeiros aspectos do fato gerador ou a real natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

§ 1º Para a desconsideração de ato ou negócio jurídico dever-se-á levar em conta, entre outras, a ocorrência de:

I – *falta de propósito negocial*; ou

II – *abuso de forma*.

§ 2º *Considera-se indicativo de falta de propósito negocial a opção pela forma mais complexa ou mais onerosa, para os envolvidos, entre duas ou mais formas para a prática de determinado ato.*

[...]. (grifos meus)

---

70 Leia-se o art. 696 do CC sobre os negócios em comissão: "Art. 696. No desempenho das suas incumbências o comissário é obrigado a agir com cuidado e diligência, não só para evitar qualquer prejuízo ao comitente, mas ainda para lhe proporcionar o lucro que razoavelmente se podia esperar do negócio. Parágrafo único. Responderá o comissário, salvo motivo de força maior, por qualquer prejuízo que, por ação ou omissão, ocasionar ao comitente".

Esse dispositivo foi banido do cenário jurídico nacional.

3.1 *Para os fins fiscais, a autoridade fiscal pode simplesmente desconsiderar as demonstrações contábeis efetuadas conforme procedimentos fiscalizados e aprovados pelo Bacen?*

A resposta é simplesmente *não*. O Secretário da Receita Federal não é o Banco Central, única entidade hábil para definir o que pode ou não ser aprovado, em uma alteração societária sob seu controle e fiscalização. Ao substituir o Banco Central, CVM e registros comerciais, a autoridade fiscal pretendeu incinerar a vigência, eficácia e validade dos arts. 109 e 110 do CTN, e 121, 125, 126 e 130 do Código Civil, sobre ressuscitar, sem poderes legislativos próprios, os arts. 13 a 19 da MP 66/2002.

4. *É basilar que as normas do Código Civil acerca da eficácia nas reduções de capital destinam-se à proteção aos “terceiros” diretamente relacionados ao ato jurídico. É correto fundar autuações fiscais em suposta falta de eficácia de atos não apostos ao Fisco?*

Como na resposta anterior, a eficácia provisória dos atos praticados tornou-se definitiva pela inexistência de terceiros *contrários à sua realização*. A lei civil, quando se refere a valer para “terceiros” a partir do momento em que estes tenham conhecimento, ofertando-lhes prazo para impugnação, objetivou, “à evidência mais evidente”, proteger aqueles que tenham interesse nas operações, sem terem conhecimento direto delas. Por isto é que *apenas a estes é destinada a norma civil de proteção*. Em relação a todos os demais, os atos deliberativos têm eficácia provisória. Como não houve qualquer “terceiro” interessado em desfazer as operações, a eficácia provisória tornou-se plena, mediante as homologações dos órgãos do sistema mercantil e de aprovação pelo Banco Central, atribuindo-lhes, portanto, vigência, validade e eficácia *ex tunc*.

4.1 *O Fisco insere-se entre estes “terceiros”?*

O Fisco não se insere entre estes terceiros, pois seu único interesse é receber tributos sobre fatos geradores instituídos por leis, e não interferir – se as operações são legítimas e legais e ganharam eficácia definitiva com homologação *ex tunc* dos atos praticados – na conformação dos atos mercantis. A lei civil não foi dirigida ao Fisco, mas aos atos privados das relações negociais. É de se lembrar que as operações ocorreram, tendo a homologação – que, repito, à exaustão, *ex tunc* –, lhes dado eficácia definitiva *ab initio*.



5. Um dos pilares da atuação é que às ações alienadas nos IPOs eram disponibilidade jurídica da corretora, tese que implicaria aceitar que houve perda do objeto das reduções de capital aprovadas pelo Banco Central do Brasil. *É legal o fundamento de atuação fiscal vinculada ao suposto desatendimento de norma não fiscal, ao revés da posição do próprio órgão competente?*

Com a aprovação pelo Banco Central, com eficácia *ex tunc* de todas as operações realizadas (reduções e aumentos de capital), claro e definitivo ficou o retrato contábil da consulente. Não houve qualquer perda de objeto nas reduções e nos aumentos de capital.

Como nas respostas anteriores, a competência para dizer se as operações foram válidas ou não é exclusivamente do Banco Central, e não da Receita Federal. Por outro lado, a Receita Federal não pode desconsiderar operações aprovadas pelo Banco Central, tendo-as por não existentes, com base no art. 14 da MP 66/2002 – embora não citado expressamente –, pois essa norma foi rejeitada. Houve propósito negocial, na medida em que a Consulente deixou de precisar detê-los, no momento em que os títulos patrimoniais se tornaram desnecessários para atuação no mercado. Mesmo que não houvesse, entretanto, a falta de propósito negocial, não invalidaria a operação, por força de o artigo que autorizaria a exigência desse requisito (art. 14 da MP 66/2002) ter sido rejeitado pelo Congresso, vigendo por 60 dias apenas.

Prevalece a forma jurídica aceita e homologada pelo Banco Central, e não aquela criada pela Receita Federal. A eficácia da aprovação do Bacen é *ex tunc*.

6. Entendemos que, pela falta de permissivo legal para a desconsideração jurídica de atos societários realizados, o Fisco efetuou desconsideração jurídica indireta destes atos ao simplesmente ignorou os efeitos jurídicos destes atos. *Este entendimento da consulente está correto? Existe dispositivo legal infringido pelo Fisco?*

Já respondido no corpo do parecer e na resposta anterior. Ao desconsiderar as operações, criou “*novas operações*”, que não foram aquelas aprovadas pelo Banco Central *ex tunc*.

A desconsideração seguiu a sinalização da MP 66/2002, rejeitada pelo Congresso, não havendo norma que até hoje regulamentasse o parágrafo único do art. 116 do CTN, na redação da LC 104/2001. Em alguns

aspectos da LC 104/2001, a regulamentação pode ter ocorrido apenas agora (MP 627/2013), vale dizer, posteriormente à autuação.

Correto, portanto, o entendimento da consultante. À falta de fundamentação legal para desconsiderar as operações, feriu, o Fisco, o mais relevante dos princípios estabelecidos na Constituição Federal, ou seja, o inciso I do art. 150, a saber: o princípio da legalidade, que reitero: “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça; [...]”. Lembro que esse princípio abrange os princípios da estrita legalidade, tipicidade fechada e reserva absoluta da lei fiscal.

7. Entre os argumentos e fundamentos da autuação não existe qualquer apontamento de ilegalidade nas alterações societárias. *Reputando-se atos jurídicos perfeitos, existe norma tributária que autorize o Fisco a dissociar os efeitos fiscais dos próprios atos?*

Na mesma linha do exposto no corpo das respostas anteriores, tendo sido os atos – todos eles, sem exceção – homologados *ex tunc* pelo Bacen e pelos registros comerciais, sobre terem sido praticados sobre a supervisão da CVM, não poderiam ser desconsiderados pela Fiscalização. Como o foram, foram-no *sem qualquer disposição legal a autorizar a ação do Fisco*, não só pela rejeição da MP 66/2002 (arts. 13 a 19), mas principalmente porque a LC 104/2001 (art. 116, parágrafo único, do CTN) ainda carece de regulamentação e os aspectos dela positivados pela MP 627/2013 são posteriores, não havendo como fazê-los retroagir.

A própria retroatividade pretendida pela referida MP 627/2013, no concernente às disponibilizações de resultados no exterior, é inconstitucional, por violar o art. 5º, inciso XXXV, da Lei Suprema. Mas não diz respeito às operações analisadas neste parecer.

Fere, a autuação, portanto, o princípio da legalidade, em face de imposição sem base legal para o lançamento realizado. Pretender dar eficácia *ex nunc* ao ato homologatório seria eliminar todos os aumentos e reduções, o que vale dizer, tornar inexistentes operações sob condição, que se aperfeiçoaram definitivamente e *ab initio* com a homologação.

8. No recolhimento do IR sobre o ganho de capital nas alienações por conta e ordem a corretora atuou como responsável tributário da operação, efetuando retenção e recolhimento do imposto incidente. *Este procedimento tem amparo legal?*

Sim. De rigor, agia a consultante como mandatária, após a deliberação assemblear de redução do capital, na forma de comissária do acionista beneficiário da parcela do capital devolvida. Desta forma, foi reconhecida a deliberação assemblear que permitiu a redução pelo Banco Central, razão pela qual, ao atuar como atuou, em relação ao ganho de capital obtido por seu acionista, em seu nome e por sua conta e ordem, recolheu o tributo devido (IR por ganho de capital). Pelo exame dos documentos, das atas e decisões tomadas pela empresa e os documentos representativos da atuação em nome e por conta e ordem de acionista nas respectivas alienações, é de se entender que agiu corretamente.

9. Entre as razões elencadas para a reclassificação do resultado das IPO para a corretora, da pessoa física para a jurídica a inexistência de motivações extratributárias. *Considerando os fatos e documentos, a alegação tem amparo legal?*

Não. Como já, à saciedade, referido no corpo do presente parecer, as motivações extratributárias são irrelevantes para definir a relação jurídico-tributária. As operações realizadas, mesmo que impliquem redução de tributo, mas correspondendo aos ditames legais, não podem ser desconsideradas<sup>71</sup>. Os arts. 13 a 19 da MP 66/2002, que permitiam a desconsideração, foram rejeitados pelo Congresso Nacional. Lembro que, no direito tributário, a figura da desconsideração somente é admitida por imputação normativa (ex-distribuição disfarçada de lucros) e nunca por conformação jurisprudencial ou por decorrência de interpretação da autoridade administrativa. Ao contrário do direito privado, que permite as duas hipóteses, o princípio da “estrita legalidade” impede que seja desconsiderada, sem tipo legal definido, uma operação que siga os ditames da lei. Em direito tributário, a interpretação da lei implica tê-la como *scrita* e aplicá-la de forma *stricta*, como expliquei no início do parecer.

No procedimento adotado pela Consultante, há, entretanto, nítidas motivações, entre elas, a desnecessidade de detenção dos títulos patrimo-

---

71 Leia-se a conclusão do 13º Simpósio Nacional de Direito Tributário:

“3ª Pergunta: A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica é contemplada pela legislação e jurisprudência tributárias?

Plenário: Não existe, na legislação tributária brasileira, dispositivo expresso algum que preveja a aplicação genérica da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica.

Embora algumas decisões em matéria tributária façam referência à doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, a jurisprudência não é conclusiva quanto à sua aplicabilidade neste campo.

Entende-se impossível a adoção da doutrina pela jurisprudência sem expressa autorização legal específica.

Aprovado por maioria.” (Capacidade contributiva, *Caderno de Pesquisas Tributárias*, São Paulo: Resenha Tributária/Centro de Extensão Universitária, v. 14, 1989, p. 494)

niais para operar no mercado. Mesmo que não houvesse, a operação seria legal, como o próprio Bacen reconheceu, com a aprovação *ex tunc* de todas as operações.

10. Os atos societários realizados na pendência da aprovação do Banco Central estavam a esta vinculados. Com a aprovação, considerando as atribuições e competências do órgão, os efeitos alcançaram os atos desde a origem. *Está correto este entendimento?*

Como explicitado no corpo do parecer, a homologação ou aprovação do Bacen tem eficácia *ex tunc*, pois, caso contrário, haveria dois tipos simultâneos e conflitantes de operações de redução e aumento de capital, antes e depois da aprovação. Em outras palavras, se os efeitos da homologação fossem *ex nunc*, as reduções e aumentos não existiriam e tampouco suas consequências formais, com o que a aprovação faria conviverem em conflito permanente soluções jurídicas diferentes para a mesma operação. Por esta razão é que o exame do Banco Central poderia ser de dupla natureza: ou (a) negativa de reconhecimento das operações, por oposição de terceiros contrários à redução do capital, com o que invalidaria todas as operações e teria o Fisco razão; ou (b) a aprovação de todas as operações *ex tunc* e *ab initio*, desde o momento das assembleias redutoras e de aumento de capital, com o que o Fisco não teria qualquer razão, porque matéria da competência exclusiva do Bacen e não da SRFB.

Como houve a aprovação, o entendimento da consulente é correto.

#### 10.1 A aprovação percluiu pretensão fiscal?

A aprovação pelo Bacen, de rigor, autêntica homologação da juridicidade de todos os atos mercantis e fiscais, gerou a preclusão de qualquer pretensão fazendária. A matéria não é apenas de direito processual, mas aplicável ao direito administrativo<sup>72</sup>.

11. A instituição recebeu instruções formais do sócio beneficiário das ações objeto das reduções de capital. *O documento formulado preenche os requisitos para o caso? Era dispensável? Caracterizou a operação por conta e ordem? Este fato é oponível ao Fisco?*

---

72 Maria Helena Diniz ensina: "PRECLUSÃO. Direito processual. Preclusão, ou seja, impossibilidade de praticar ato que não se efetivou no momento oportuno ou dentro do prazo devido" (*Dicionário jurídico*, São Paulo: Saraiva, v. 3, 1998, p. 566).

O documento é suficiente. A meu ver, seria dispensável, pois a ata da Assembleia-Geral já o estaria, tacitamente, admitindo até a homologação – prefiro este termo – dos atos assembleares pelo Bacen.

A cautela da consulente, todavia, em providenciar a procuração, para mostrar que estava agindo por “conta e ordem” do sócio beneficiário, confirmou, definitivamente, que a transferência se dera, embora de forma provisória até a eliminação de qualquer eventual impugnação de terceiro interessado quanto à redução, pela decisão da assembleia.

Não sendo mais detentora das ações objeto da redução de capital, só poderia agir, a consulente, por conta e ordem do sócio beneficiário.

Tal fato é oponível ao Fisco, no sentido de que a operação realizada, nos termos da legislação civil, não poderia ser transformada em “opção diversa”, exclusivamente para efeitos de gerar tributação. Ou valeria a operação reconhecida pelo Bacen, que torna a atuação da consulente atuação por conta e ordem, ou operação diversa, pretendida pelo Fisco, *como de não redução de capital, analisando-se a decisão assemblear, o que não foi reconhecido pelo Bacen*. Em outras palavras, em face da verdade material dos fatos, a atuação da consulente por conta e ordem do sócio beneficiário é oponível ao Fisco, proibido de alterá-la *pro domo sua*, em decorrência das vedações dos arts. 109 e 110 do CTN.

12. *No caso concreto, quem é o sujeito passivo direto das obrigações tributárias sobre o ganho nas alienações nos IPO, conforme preceitua o CTN?*

Por tudo o que foi anteriormente dito, sendo o sócio beneficiário o detentor das ações decorrentes de redução do capital e negociadas pela consulente por conta e ordem dele, é ele o sujeito passivo da relação tributária, por força do art. 121 do CTN, e, pois, deveria, como o fez, pagar o imposto de renda sobre ganho de capital<sup>73</sup>.

13. *É possível apontar na ação da fiscalização e nos autos de infração violação a ditames constitucionais? Quais?*

O CTN é uma lei com eficácia de lei complementar, que explicita a Constituição Federal. Diversos dispositivos dela foram atingidos pela

---

73 O art. 121 do CTN está assim redigido: “Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária. Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se: I – contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; II – responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.”

atuação fiscal, principalmente no que concerne à violação dos princípios vedadores (normas gerais) de alteração de institutos, princípios e normas de direito privado. Finalmente, o principal princípio atingido pela atuação fiscal é o da legalidade, exposto no art. 150, inciso I, da CF.

Pelo volume da atuação, desconsiderando as operações realizadas, houve o efeito confisco, vedado pelo inciso IV do art. 150 da CF, e ofensa à capacidade contributiva da consulente, Tanto que, se prosperar a atuação – o que se admite por exclusivo raciocínio pelo absurdo –, eliminada estaria a própria empresa, pois o valor exigido pelo Fisco é superior ao seu patrimônio e capacidade de atuar.

Sobre a vedação ao efeito confisco já escrevi:

Não é fácil definir o que seja confisco, entendendo eu que sempre que a tributação agregada retire a capacidade de o contribuinte se sustentar e se desenvolver (ganhos para suas necessidades essenciais e ganhos superiores ao atendimento destas necessidades para reinvestimento ou desenvolvimento) estar-se-á perante o confisco.

Na minha especial maneira de ver o confisco, não posso examiná-lo a partir de cada tributo, mas da universalidade de toda a carga tributária incidente sobre um único contribuinte.

Se a soma dos diversos tributos incidentes representa carga que impeça o pagador de tributos de viver e se desenvolver, estar-se-á perante carga geral confiscatória, razão pela qual todo o sistema terá que ser revisto, mas principalmente aquele tributo que, quando criado, ultrapasse o limite da capacidade contributiva do cidadão.

Há, pois, um tributo confiscatório e um sistema confiscatório decorrencial. A meu ver, a Constituição proibiu a ocorrência dos dois, como proteção ao cidadão.<sup>74</sup>

Creio que apenas estes dois dispositivos são suficientes para demonstrar a leviandade do lançamento realizado, embora outros pudessem ser elencados, como, por exemplo, da ampla defesa (LV do art. 5º)<sup>75</sup>, na even-

74 *O Sistema Tributário na Constituição*. 6. ed. Saraiva, 2007, p. 281/2.

75 O art. 5º, inciso LV, tem a seguinte dicção: “LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...]”, tendo Celso Ribeiro Bastos escrito sobre ele: “Com efeito, além de tornar certo que o preceptivo se volta aos litigantes em processo judicial, conferiu igual destinação aos envolvidos em processos administrativos. Essa inclusão foi extremamente oportuna porque veio consagrar uma tendência que já se materializava em nosso direito, qual seja: a de não dispensar essas garantias aos indiciados em processos administrativos. Embora saibamos que as decisões proferidas no âmbito administrativo não se revestem do caráter de coisa julgada, sendo passíveis portanto de uma revisão pelo Poder Judiciário, não é menos certo, por outro lado, que já dentro da instância administrativa podem perpetrar-se graves lesões a direitos individuais, cuja reparação

tualidade de ser obrigada, para discussão judicial, a depositar o que não tem ou aportar patrimônio que não possui, para contestar ação de execução fiscal – algo que se admite exclusivamente, como disse, por mero espírito de argumentação pelo absurdo.

### COM RELAÇÃO À INCIDÊNCIA DE PIS/COFINS

14. *Conforme o entendimento da Consulente expresso nos quesitos 1 e 2 desta consulta, está correta a autuação Fiscal para o PIS e a Cofins? Pode-se afirmar que a autuação padece do vício de nulidade?*

Entendo que não. À evidência, a receita não foi auferida pela empresa, como, por várias vezes, repeti neste parecer.

Se fosse, todavia, seria receita não operacional, não passível de tributação, com base na Lei nº 9.781/1998, que foi considerada inconstitucional, pois aprovada antes da EC 20/1998. Como já mencionei, ao sustentar essa tese perante o STF, ela restou vencedora, ficando claro que, à época em que a referida lei foi promulgada, a base de cálculo, nos termos da Constituição então vigente, era apenas o faturamento, e este, na interpretação da Suprema Corte, referia-se apenas às receitas operacionais.

Por outro lado, alienar parte do capital não constitui receita, pois seria a troca de bem da empresa por outro bem, no caso, dinheiro, da mesma forma que não é receita o aumento de capital com a integralização de novos valores. Desta forma, a troca de bens (ações por dinheiro), vale dizer, o próprio ativo permanente, ou seja, bens não de uso, *se as ações ainda pertencessem à empresa* – que não pertenciam, por decorrência da redução de capital –, não geraria receita operacional, com o que seria afastada a imposição com base no RE 390.840-5-MG, já antes mencionado, em que se lê, em parte da Ementa, o seguinte:

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – PIS – RECEITA BRUTA – NOÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 3º DA LEI Nº 9.718/1998 – A jurisprudência do Supremo, ante a redação do art. 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/1998, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, no que ampliou o conceito de receita

---

é muitas vezes de difícil operacionalização perante o Judiciário" (Comentários à Constituição do Brasil, Saraiva, 2004. 2. v., p. 289 – grifos meus).

bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada.<sup>76</sup>

15. O Fisco alega que o resultado das alienações ocorridas trata-se de receita operacional típica da atividade da corretora. As ações foram: (i) recebidas em substituição aos anteriores títulos patrimoniais registrados a longa data no ativo permanente da sociedade; (ii) estavam registradas em conta de Bens Não de Uso, destinada ao registro dos bens não utilizados para o objeto social, em virtude das reduções de capital; e (iii) eventual receita seria decorrente de “reclassificação” fiscal da operação da pessoa física para a pessoa jurídica. *Sem questionar o mérito da titularidade das ações, estas receitas caracterizam-se como típicas da atividade e são sujeitas à incidência do PIS e da Cofins?*

A resposta já foi dada na questão anterior. Não são receitas operacionais, pois não estavam entre bens de uso, mas constituíam o próprio ativo permanente, antes da redução de capital. Acrescento que a lei elencada pela fiscalização (9.781/1998) foi considerada inconstitucional pela Suprema Corte, tendo, na ementa, transcrita na parte que interessa na resposta 15, caracterizado tais receitas como não operacionais. A função da corretora – se válida fosse a tese fazendária que desconsiderou as reduções de capital – não é vender seu próprio patrimônio, mas negociar com patrimônio de terceiros.

#### COM RELAÇÃO À DESMUTUALIZAÇÃO

16. O art. 2.033 do CC e incisos dispõem que o instituto da cisão, salvo legislação especial, aplica-se às associações. Por sua vez, o art. 61 do CC veda a destinação do patrimônio de entidade isenta, na *dissolução*, para entidades lucrativas. Considerando que o instituto da dissolução difere do instituto da cisão e ainda que a cisão foi aprovada<sup>77</sup> da CVM, *ocorreu devolução tributável de capital de entidade isenta, conforme previsto nos arts. 16 e 17 da Lei nº 9.532/1997, como alega o Fisco?*

76 Tribunal Pleno, Coord. de Análise de Jurisprudência, DJ. 15.08.2006, Ementário 2242-3, 09.11.2005.

77 Importante citar que as peças impugnatórias não tomaram esta linha de argumento, apesar de reiterar que a cisão foi legal justamente nos termos do entendimento integrado do art. 2.033 do CC.



A matéria correspondente à desmutualização é neutra, para a consulente, na medida em que, ao receber, o sócio beneficiário, a devolução do capital pelo valor histórico, e ao aliená-lo, pagou o imposto de renda sobre o respectivo ganho de capital sobre o valor da alienação a terceiros. É de se lembrar que o parágrafo único do art. 16 claramente permite, na cisão, que seja a operação feita pelo valor de aquisição, visto que se divide a instituição<sup>78</sup>. Por outro lado, a cisão é permitida para as associações<sup>79</sup>.

Acresce-se que todo o capítulo das associações civis tem sido reestudado, não sendo aplicado, sem exceções exegéticas, a toda e qualquer associação.

Assim é que a exigência de deliberação de assembleia-geral, do art. 59 do Código Civil – cujo texto não admite exceções –, foi afastada para os clubes de futebol, nos quais o número de associados é tão grande que nunca haveria a possibilidade de tais assembleias realizarem-se como consta do artigo mencionado<sup>80</sup>.

Assim é que os dois únicos autores vivos, à época em que o problema foi posto (Ministro Moreira Alves e Miguel Reale) e eu mesmo, para o São Paulo Futebol Clube, elaboramos pareceres em que mostramos que nem todos os dispositivos da lei poderiam ser aplicados a esse tipo de associação. A tese prevaleceu de tal forma que cabe ao Conselho Deliberativo e não a todos os associados eleger a diretoria, sendo confirmada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>81</sup>.

---

78 O parágrafo único do art. 16 da Lei nº 9.532/1997 tem a seguinte dicção: “Parágrafo único. A transferência de bens e direitos do patrimônio das entidades isentas para o patrimônio de outra pessoa jurídica, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, deverá ser efetuada pelo valor de sua aquisição ou pelo valor atribuído, no caso de doação”.

79 Art. 2.033 do CC: “Salvo o disposto em lei especial, as modificações dos atos constitutivos das pessoas jurídicas referidas no art. 44, bem como a sua transformação, incorporação, cisão ou fusão, regem-se desde logo por este Código”.

80 O art. 59 do CC tem a seguinte dicção: “Art. 59. Compete privativamente à assembléia geral: (Redação dada pela Lei nº 11.127, de 2005) I – destituir os administradores; (Redação dada pela Lei nº 11.127, de 2005) II – alterar o estatuto. (Redação dada pela Lei nº 11.127, de 2005) Parágrafo único. Para as deliberações a que se referem os incisos I e II deste artigo é exigida deliberação da assembléia especialmente convocada para esse fim, cujo *quorum* será o estabelecido no estatuto, bem como os critérios de eleição dos administradores. (Redação dada pela Lei nº 11.127, de 2005)”. E a sua redação anterior estava assim disposta: “Art. 59. Compete privativamente à assembléia geral: I – eleger os administradores; II – destituir os administradores; III – aprovar as contas; IV – alterar o estatuto. Parágrafo único. Para as deliberações a que se referem os incisos II e IV é exigido o voto concorde de dois terços dos presentes à assembléia especialmente convocada para esse fim, não podendo ela deliberar, em primeira convocação, sem a maioria absoluta dos associados, ou com menos de um terço nas convocações seguintes”.

81 “Por fim lembro, na mesma linha de raciocínio deste parecer, ementa de decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, de relatoria do Desembargador José Roberto Bedran, no Agravo de Instrumento nº 293.980-4/0, cujos termos são os seguintes: ‘Antecipação de tutela. Anulação de eleições de sociedade esportiva. Pedido de suspensão, com designação de novas e nomeação de administrador provisório. Indeferimento. Ausência dos requisitos legais, em especial a verossimilhança. Decisão mantida. Agravo não provido. O art. 59 do novo Código Civil não leva à convicção certa e indubitosa de que a eleição dos dirigentes de associações e clubes

Por fim, não houve dissolução das Bolsas, mas cisão supervisionada pela CVM, razão pela qual não houve devolução tributável, mas mera reestruturação dos mesmos ativos, por força da cisão.

Transcrevemos o art. 61 do CC:

“Art. 61. Dissolvida a associação, o remanescente do seu patrimônio líquido, depois de deduzidas, se for o caso, as quotas ou frações ideais referidas no parágrafo único do art. 56, será destinado à entidade de fins não econômicos designada no estatuto, ou, omissa esta, por deliberação dos associados, à instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes.

§ 1º Por cláusula do estatuto ou, no seu silêncio, por deliberação dos associados, podem estes, antes da destinação do remanescente referida neste artigo, receber em restituição, atualizado o respectivo valor, as contribuições que tiverem prestado ao patrimônio da associação.

§ 2º Não existindo no Município, no Estado, no Distrito Federal ou no Território, em que a associação tiver sede, instituição nas condições indicadas neste artigo, o que remanescer do seu patrimônio se devolverá à Fazenda do Estado, do Distrito Federal ou da União.”

No caso deste dispositivo, destinado fundamentalmente às entidades filantrópicas e sem fins lucrativos de benemerência, prevê a destinação do patrimônio para entidades semelhantes, sem impedir, entretanto, que, naquelas com finalidade distinta, como a Bolsa de Valores e BM&F, haja a aplicação da cisão, conforme permitido pelo art. 2.033, cuja dicção repetida: “Art. 2.033. Salvo o disposto em lei especial, as modificações dos atos constitutivos das pessoas jurídicas referidas no art. 44, bem como a sua transformação, incorporação, cisão ou fusão, regem-se desde logo por este Código”.

Com efeito, este artigo é claro em permitir a cisão a todas as pessoas jurídicas nomeadas no art. 44, cujo discurso é o que se segue:

Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

I – as associações;

II – as sociedades;

III – as fundações;

IV – as organizações religiosas; (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)

---

*desportivos, em assembléia geral, respeitados os princípios constitucionais da autonomia de organização e funcionamento (art. 217, I, da CF) e da liberdade de associação (art. 5º, XVII, da CF), só possa ser a direta, pelos próprios sócios, e não a indireta, em dois ou mais pleitos' (grifos meus).” (Boletim Doutrina Adcoas, n. 9, p. 175-180, mai/2004)*

V – os partidos políticos; (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)

VI – as empresas individuais de responsabilidade limitada. (Incluído pela Lei nº 12.441, de 2011) (Vigência).

O art. 2.033 *só proíbe a cisão se houver lei especial* dizendo em contrário, e o Código Civil *não é lei especial*, mas geral.

Desta forma, nada impede que a cisão ocorra, por força do próprio comando normativo do Código Civil, que o permite.

Poderia, portanto, haver a cisão, que houve, no concernente à Bolsa de Valores e BM&F, pois permitida pela lei civil geral. Mais do que isto, supervisionada pela CVM e aprovada pelo Banco Central, no concernente às operações de seus participantes.

Quanto ao § 1º do art. 61, que admite a devolução reatualizada da inversão do associado, seria legítimo entender que, se cisão não fosse possível – o que foi –, a expressão “reatualizada”, sem menção a expressão monetária, não excluiria a reatualização em valor em mercado.

Quando, com Gilberto de Ulhôa Canto e Van Hoorn, escrevemos, para a International Fiscal Association, o livro *Monetary Indexation in Brazil*, discutimos longamente o título deste. Van Hoorn não queria a expressão *correction*, de pouca compreensão para os outros países, que corresponderia à nossa “correção monetária”. Queria apenas “indexação”. Argumentamos com ele que a indexação poderia ter diversos aspectos (a moeda, o custo de vida, o valor de mercado e outros). Assim sendo, haveria a necessidade de um adjetivo para acrescentar-se à indexação. Tínhamos consciência de que a própria moeda não se corrige, nem se desvaloriza, mas que, para captar a desvalorização do valor intrínseco da moeda, o adjetivo “monetária” seria a melhor formulação. Assim, o livro não teve como título nem o que desejávamos “Monetary Correction”, como era admitido, à época, no Brasil, nem simplesmente “Indexation”, como Van Hoorn desejava, sendo veiculada pelo mundo inteiro a experiência brasileira – considerada a mais sofisticada no cenário de então, entre mais de uma centena de países filiados a IFA – sob o título “Monetary Indexation in Brazil”<sup>82</sup>.

Esta linha de raciocínio é que levou o Fisco a entender que houve devolução, que não houve, *pelo valor de mercado* e que, por esta razão,

---

82 CAMPOS, Roberto de Oliveira; CANTO, Gilberto de Ulhôa; D'ALMEIDA JR., Raphael Bernardo; MARTINS, Ives Gandra; TILBERY, Henry; MORAES, Bernardo Ribeiro de; VIDIGAL, Geraldo de Camargo; BARROS JR., Cássio Mesquita; GRINOVER, Ada Pellegrini; LOPES, Mauro Brandão. *Monetary Indexation in Brazil*. In: CANTO, Gilberto de Ulhôa; MARTINS, Ives Gandra; HOORN JR., J. van. Amsterdam: International Bureau of Fiscal Documentation, 1983.

aplicar-se-iam os arts. 16 e 17 da Lei nº 9.532/1997, tendo o STF, por segurança jurídica, considerado ter havido cisão, em que se trocou a forma de ativos da entidade cindida.

Ora, se o raciocínio do Fisco estivesse correto, à evidência, o § 1º do art. 61 perderia sentido, pois os títulos, em uma devolução, representariam o valor da instituição, e *não haveria valor remanescente a ser destinado a outras instituições.*

E se apenas pelo valor reatualizado desta forma poderia ser feita a devolução dos títulos, o que, repito, não ocorreu, pois houve cisão, à evidência, a operação teria que ser desfeita e não existiria.

Ora, se, pelo parágrafo único do art. 61, a atualização só poderia ser monetária, pois, caso contrário, não haveria valor remanescente, como faz menção a lei, e se o valor de mercado foi o adotado pela fiscalização para tributar, o que a lei proíbia, à nitidez, toda a operação estaria invalidada perante o direito e perante o Banco Central, não só para a consulente, mas para todas as empresas que atuavam na Bolsa e participaram da desmutualização.

Fica, portanto, claro que, sendo a operação de *desmutualização legal*, e sendo inaplicável a teoria da devolução por valor de mercado, para efeitos de tributação, o que efetivamente houve foi uma cisão permitida pela lei civil para as associações, e considerada impossível, sem base legal, pelo Fisco. A resposta, portanto, é negativa.

17. Admitindo-se a suposta devolução de capital e o respectivo ganho de capital como verdadeiros, é fato que as desmutualizações não geraram qualquer disponibilidade financeira para a instituição, ao contrário, o pagamento do imposto representaria redução do capital circulante prejudicial ao objeto social. *Neste contexto, é legal a definição do fato gerador na data desta desmutualização?*

As perguntas deste bloco têm sido apresentadas adotando-se a hipótese de que as operações aprovadas pelo Banco Central não existiram à época em que foram realizadas (reduções, aumentos de capitais e alienações de ações). Como demonstrei no bojo do parecer, tais operações foram legítimas e, diante da homologação (aprovação) pelo Banco Central, tiveram validade, vigência e eficácia *ex tunc*, assim como *todos os atos ocorridos até então*. São respostas, à evidência, tecidas com argumentação por absurdo.

No caso concreto, as desmutualizações não geraram qualquer disponibilidade financeira, para os detentores dos títulos transformados em ações, a saber: para o sócio beneficiário, assim considerado pelo Banco Central, pelo Registro de comércio e pela CVM, supervisora das operações, ou, na visão do Fisco, maculadora dos arts. 109 e 110 do CTN, para a consulente.

A devolução, portanto, do capital (títulos patrimoniais transformados em ações) não gerou qualquer disponibilidade financeira para a consulente – repito, já não mais detentora dos títulos patrimoniais –, prevalecendo, para a hipótese, a Portaria de 1977, cujo texto segue:

Port. MF 785/1977 – Port. – Portaria Ministro de Estado da Fazenda – MF nº 785 de 20.12.1977 – DOU 23.12.1977

(Dispõe sobre o acréscimo do valor nominal dos títulos patrimoniais das Bolsas de Valores, em decorrência de alteração do seu patrimônio social, não constitui receita nem ganho de capital das sociedades corretoras associadas e, por isso, pode ser excluído do lucro real destas desde que não seja distribuído e constitua reserva para oportuna e compulsória incorporação ao capital.)

O Ministro de Estado da Fazenda, no uso de suas atribuições, e, com fundamento no que dispõe o art. 223, *m*, do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 76.186/1975,

RESOLVE

I – O acréscimo do valor nominal dos títulos patrimoniais das Bolsas de Valores, em decorrência de alteração do seu patrimônio social, não constitui receita nem ganho de capital das sociedades corretoras associadas e, por isso, pode ser excluído do lucro real destas desde que não seja distribuído e constitua reserva para oportuna e compulsória incorporação ao capital.

II – Aos aumentos de capital assim procedidos aplica-se o disposto no Decreto-lei nº 1.109/1970, art. 3º, § 3º (RIR, art. 237.).

Mário Henrique Simonsen.

*Por esta razão, não há incidência do IRPQN.*

A Solução de Consulta Conta nº 10/2007, cuja dicção está a seguir, alterou ato de maior hierarquia normativa (Portaria):

IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

OPERAÇÃO DE DESMUTUALIZAÇÃO DAS BOLSAS DE VALORES.

O instituto da cisão, disciplinado nos arts. 229 e segs. da Lei nº 6.404, de 1976, e no art. 1.122 da Lei nº 10.406, de 2002, só é aplicável às pessoas jurídicas de direito privado constituídas sob a forma de sociedade. Às bolsas de valores constituídas sob a forma de associações se aplica o regime jurídico estatuído nos arts. 53 a 61 da Lei nº 10.406, de 2002 (Código Civil de 2002).

O art. 61 da Lei nº 10.406, de 2002, veda a destinação de qualquer parcela do patrimônio das bolsas de valores, constituídas sob a forma de associações, a entes com finalidade lucrativa.

As sociedades corretoras devem avaliar as cotas ou frações ideais das bolsas de valores pelo custo de aquisição.

O fato de a operação de *desmutualização* de associações não encontrar amparo no ordenamento jurídico não obsta a incidência do imposto de renda sobre a diferença entre o valor nominal das ações (da sociedade) recebidas pelos associados (sociedades corretoras) e o custo de aquisição das cotas ou frações ideais representativo do patrimônio segregado das bolsas de valores.

Dispositivos Legais: Lei nº 10,406, de 2002, art. 61; Lei nº 9.532, de 1997, arts. 16 e 17”.

Ocorre que toda a solução da consulta não examina o Código Civil em todas as suas disposições, como no parecer, e, à luz de sua incorreta exegese, *modificou, por inteiro, a operação de desmutualização, no claro intuito de gerar “receita tributária”*. Só que a *Solução de Consulta da Cosit nº 10/2007* conflita com os atos do Banco Central, homologatórios do parecer da consultante e de outras empresas, tornando-a, pois, violadora do CTN (arts. 109 e 110).

Não é, pois, legal, não se aplicando à hipótese os arts. 16 e 17, destinados a outro contexto.

18. Para as atualizações dos títulos patrimoniais adotavam-se critérios da Portaria MF nº 785/1977 e outros dispositivos que determinavam tratamento diferenciado às atualizações patrimoniais, sem que fossem tributados e sem previsão de controles de saldos no Lalur, para fins de ajustes no período ou no futuro, de forma equivalente aos resultados de equivalência patrimonial. A *Solução de Consulta RFB Cosit nº 10/2007*, além de expressar o entendimento fiscal para a desmutualização, definiu serem tributáveis pelo custo de aquisição os respectivos títulos, na ocorrência de realização (aí incluído suposto ato de devolução de capital). *Está correto este entendimento fiscal? Mesmo para os saldos de atualizações já incorporados ao capital da sociedade?*

A resposta já está contida na resposta anterior.

Claramente, a Portaria MF nº 785/1977 oferta tratamento diferencial, *não modificado pela legislação posterior*, visto que os arts. 16 e 17 da Lei nº 9.532/1997 não são aplicáveis, como antes comentei, à hipótese apresentada pela Solução de Consulta Cosit nº 10/2007. A alteração é, portanto, ilegal. Tal solução de consulta é, *a meu ver ilegal*, por ferir ato administrativo superior, que interpreta a legislação do imposto de renda de regência, incluindo a hipótese em questão. A pálida justificativa do novo ato fiscal é que a mudança do Código Civil justificaria a mudança de tratamento. Ocorre, todavia, que a exegese fiscal fere, por parcial e segmentada, o conjunto das normas de direito civil sobre a matéria, tanto assim que o Banco Central entendeu ter havido *cisão* e não *devolução* em dissolução dos ativos da Bolsa.

A própria defesa apresentada pela consulente reabre com nitidez o tratamento correto (Portaria de 1977) e as ilegalidades da solução de consulta, entendimento este que hospedo, visto que o que ocorreu, na desmutualização, não foi devolução por extinção da entidade, mas cisão, não havendo, pois, disponibilização financeira adquirida, mas apenas troca de papéis (títulos por ações), sem fato gerador do imposto sobre a renda.

É de se lembrar que todas estas respostas estão sendo dadas partindo-se do pressuposto de que *teria o Fisco o direito de desconsiderar as operações aprovadas pelo Bacen*, com eficácia *ex nunc*, sendo a consulente a receptora dos títulos na cisão e não o sócio beneficiário – o que efetivamente não foi o que ocorreu.

E a atualização (saldos), já incorporada ao capital da sociedade, de rigor, com muito mais razão, estaria fora de qualquer exigência.

Repito: quem recebeu as ações resultantes da transformação dos títulos na CVM foi o sócio beneficiário, conforme homologação do Bacen e, *na sua alienação a terceiros*, o tributo incidente sobre o ganho de capital (valor recebido x valor vendido) foi recolhido pela pessoa física aos cofres do Tesouro. Só neste momento passou a ser devido o tributo.

## ASPECTOS GERAIS

1. Qual a natureza jurídica e efeitos desta inserta disposição contratual acerca da eficácia, sobre os sócios e sociedade?

A cláusula contratual da eficácia do ato após 90 dias de publicidade deu vigência e validade à transferência, como expus no bojo do parecer, e eficácia apenas provisória.

A decisão tomada retirou do patrimônio da consulente os respectivos títulos, embora só os devesse entregar após 90 dias de publicidade. Vale dizer, vigeu a partir da deliberação e teve validade, pois não foi anulada por contestação de terceiros não interessados nas reduções.

Desta forma, a deliberação contratual, como esclarecido no bojo do parecer, não retirou a eficácia provisória, de resto respeitada pela consulente, ao representar o sócio beneficiário por sua conta e ordem nos atos de desmutualização.

2. Considerando estes efeitos, na data da desmutualização, as ações/objeto das deliberações eram disponibilidade jurídica de quem?

A disponibilidade jurídica, no dia da desmutualização, como explicado ao longo do parecer, era do sócio beneficiário, pois as assembleias que decidiram as reduções de capital eram já válidas, e sua definitividade dependia apenas da ausência de eventual contestação por parte de terceiros não interessados na redução. Como esta contestação não ocorreu, foram eficazes *ex tunc* após a homologação definitiva do Bacen.

É de se lembrar que o Fisco *não é o terceiro a que se refere a lei civil*, pois obrigado a respeitar as decisões por força dos comandos dos arts. 109 e 110 do CTN. Os terceiros a que se refere a lei civil nos artigos anteriormente citados são eventuais clientes credores ou sócios, que não concordem com a redução.

3. Na pendência da aprovação e da eficácia societária, o sócio beneficiário das reduções de capital poderia solicitar a alienação dos bens objeto por conta e ordem? Sob qual(ais) fundamento(s) legal(ais) e condição(ões)?

Sim. Sendo o beneficiário da redução de capital, mas não podendo ainda receber as ações, que já lhe pertenciam, tinha o poder de solicitar a alienação de tais ações por sua conta e ordem, para tanto habilitando até a homologação *ex tunc* das operações pelo Banco Central.

Não se deve esquecer que, mesmo as eventuais contestações de terceiros, aqueles que poderiam reverter a operação, na alienação por conta e ordem das ações, não seria matéria inviabilizadora da operação, na medida



em que, se tivessem ocorrido – o que não aconteceu –, por força da higidez das finanças da consulente, a responsabilidade de ressarcimento de perdas seria do sócio beneficiário.

Em outras palavras, o sócio beneficiário poderia solicitar, como o fez, por conta e ordem, a atuação da consulente, e os fundamentos, *como já apresentado no início do parecer, estão no instituto da comissão*. Está o comissário autorizado por procuração a proceder a operação, instituto este, de resto, referido no processo que me foi apresentado. Leia-se o disposto no art. 693 do Código Civil, que repito: “Art. 693. O contrato de comissão tem por objeto a aquisição ou a venda de bens pelo comissário, em seu próprio nome, à conta do comitente”<sup>83</sup>.

4. O implemento das condições societárias, a aprovação do Banco Central e o regular registro dos atos produzem efeitos jurídicos (*ex tunc*) que retroagem à data de origem dos atos?

A aprovação do Bacen é sempre *ex tunc*. Longamente discorri sobre a matéria, ao longo deste trabalho. A homologação da instituição monetária convalidou, definitivamente, todos os efeitos de todas as operações desde a primeira redução de capitais. A ação fiscal, portanto, pretendeu sobrepor-se, sem ter legitimidade para tanto, à decisão da *única instituição com poderes expressos para homologar ou não tal tipo de operações*.

5. As operações realizadas por conta e ordem e a transformação dos títulos em ações, ocorridas em momento posterior na pendência das condições, podem ser entendidas como naturalmente vinculadas às alterações societárias? O implemento das condições produz efeitos jurídicos sobre o conjunto dos atos?

Já respondida anteriormente. As operações realizadas foram por conta e ordem do sócio beneficiário, pois *todas as operações decorrentes das deliberações assembleares anteriores foram homologadas ex tunc pelo Banco Central*. As operações por conta e ordem, portanto, não alteraram *em nada* as deliberações assembleares. É típico contrato de comissão. Como tais deliberações foram reconhecidas *ex tunc*, as condições suspensivas implantadas *ab initio*, quando afastadas, conformaram, definitivamente, todos os atos realizados pela consulente no desempenho do mandato recebido.

---

83 O art. 694 tem o seguinte discurso: “Art. 694. O comissário fica diretamente obrigado para com as pessoas com quem contratar, sem que estas tenham ação contra o comitente, nem este contra elas, salvo se o comissário ceder seus direitos a qualquer das partes”.

Não agiu, em nenhum momento, a consultante em nome próprio, mas nos termos do art. 693 do Código Civil, em nome do sócio beneficiário.

6. A primeira alteração contratual citada deliberou a entrega do título patrimonial da Bovespa ao sócio pela redução de capital. Entretanto, em data posterior, na pendência de condições, adveio a desmutualização da Bovespa e o título foi substituído por ações. De acordo com a legislação comercial e societária, houve perda do objeto da alteração societária? Estas ações passaram, independente de qualquer outro procedimento, a ser o objeto daquela deliberação? Estes efeitos são oponíveis ao Fisco?

Na mesma linha das respostas anteriores, tendo o sócio beneficiário recebido o título, embora sob uma única condição de remota e eventual oposição de terceiros – que não ocorreria, na convicção dos acionistas que deliberaram a redução, o que, efetivamente, não ocorreu –, passou a ser o detentor real daquele título e, posteriormente, com a desmutualização das ações em que o título se transformou, *conforme deliberação assemblear*, lastreada na motivação de que não mais seria necessária a detenção pela consultante de tal participação para poder operar na bolsa.

Não houve, portanto, (a) perda de objeto de alteração societária; (b) tais ações seguiram o regime jurídico daquela deliberação, passando a pertencer ao acionista beneficiário; (c) tais efeitos provisórios, reconhecidos pelo registro comercial e pela autoridade máxima em matéria monetária, com eficácia *ex tunc*, mediante sua homologação, é oponível ao Fisco, que agiu em manifesta maculção aos arts. 109 e 110 do CTN, alterando a conformação dos institutos privados para gerar tributação indevida.

7. É previsão da legislação comercial que as reduções de capital deliberadas produzam efeitos imediatos no patrimônio da entidade em contrapartida à conta passiva pelas obrigações com o sócio. Este procedimento contábil previsto pela legislação comercial, e inserto nas normas do Bacen, é afirmação legal de que os atos societários produzem efeitos jurídicos e contábeis desde a origem? Existe compatibilidade entre a afirmação de que “os atos societários das instituições financeiras só produzem efeitos após a aprovação do Banco Central e a Legislação comercial?”

As deliberações assembleares das sociedades anônimas passam a ter validade imediata, independente de sua homologação, que necessariamente é feita em momento posterior.

Assim, deve a contabilidade retratar tais atos nos seus efeitos patrimoniais, como o fez a consulente e como homologou o Banco Central, a única instituição com poder para aprovar ou não os atos realizados. A razão da homologação, cuja eficácia é *sempre ex tunc*, é atribuir a certeza de que operações de reduções ou aumentos de capital não afetariam a saúde financeira da entidade sob sua supervisão, o que, no caso, claramente ficou comprovado.

Assim sendo, o procedimento contábil adotado pela consulente preencheu todos os registros da legislação comercial e do Banco Central, desde a origem. *Não há na legislação e na prática do direito comercial e monetário, nenhum dispositivo que autorize a declarar, que tais atos seriam inexistentes, sem qualquer validade vigência ou eficácia, antes da homologação*, como pretende a Fiscalização.

Ao reconhecer, o Banco, a contabilização correta e todas as operações realizadas desde a primeira deliberação assemblear de redução de capital, homologou-as todas – repito à exaustão – desde aquele momento, com efeito *ex tunc, ab initio*, tão logo aprovada pela assembleia da consulente.

8. Em matéria de Direito Administrativo em relação às Instituições Financeiras, quem tem competência legal para fiscalizar a escrituração contábil e apontar eventuais inconsistências? Pode a Receita Federal do Brasil, no exercício de suas funções de fiscalização, exercer esta competência em relação a aspectos contábeis já tidos como corretos pelo Banco Central do Brasil e materialmente perfeitos em relação às normas aplicáveis às instituições financeiras?

A resposta é óbvia. Quem pode fiscalizar se as operações nesta matéria são ou não legais é o Banco Central, os registros comerciais, a CVM, em nível de supervisão. Tudo isto foi feito. Por envolver matéria *de exclusiva competência fiscalizatória do Bacen*, apenas esta entidade e nenhuma outra poderia dar a palavra final sobre a legalidade das operações.

Nitidamente, a Receita Federal está vedada, proibida, interdita de decidir de forma diversa do que foi decidido pelo Banco Central sob a legitimidade de sua atuação, em relação às sociedades a ela submetidas. Ao fazer, como o fez, a SRFB invadiu área fora de sua competência institucional, agindo ilegalmente.

9. Analisadas sob a ótica do Direito Comercial e Societário, podem ser consideradas como operações que constituam o objeto da pessoa jurídica, conforme preceitua o *caput* do art. 11 da Lei nº 1.598/1977, a alienação de ativos destinados ao sócio em deliberações de redução de capital na forma dos arts. 1.082 a 1.084 do CC, registrados em conta de Bens Não de Uso – Destinado ao registro de bens não destinados ao cumprimento do objeto social, conforme normas Cosif? Isto mesmo durante a pendência de implemento de condição legal ou societária sobre a deliberação?

Reproduzo os três artigos já retrocitados:

Art. 1.082. Pode a sociedade reduzir o capital, mediante a correspondente modificação do contrato:

I – depois de integralizado, se houver perdas irreparáveis;

II – se excessivo em relação ao objeto da sociedade.

Art. 1.083. No caso do inciso I do artigo antecedente, a redução do capital será realizada com a diminuição proporcional do valor nominal das quotas, tornando-se efetiva a partir da averbação, no Registro Público de Empresas Mercantis, da ata da assembléia que a tenha aprovado.

Art. 1.084. No caso do inciso II do art. 1.082, a redução do capital será feita restituindo-se parte do valor das quotas aos sócios, ou dispensando-se as prestações ainda devidas, com diminuição proporcional, em ambos os casos, do valor nominal das quotas.

§ 1º No prazo de noventa dias, contado da data da publicação da ata da assembléia que aprovar a redução, o credor quirografário, por título líquido anterior a essa data, poderá opor-se ao deliberado.

§ 2º A redução somente se tornará eficaz se, no prazo estabelecido no parágrafo antecedente, não for impugnada, ou se provado o pagamento da dívida ou o depósito judicial do respectivo valor.

§ 3º Satisfeitas as condições estabelecidas no parágrafo antecedente, proceder-se-á à averbação, no Registro Público de Empresas Mercantis, da ata que tenha aprovado a redução.

Com nitidez, os artigos admitem a redução, que é sempre válida *ex tunc* depois de averbação, mas tendo uma eficácia provisória, vale dizer, não podendo mais ser alterada, senão por contestação ou nova assembleia, mesmo antes do registro comercial.

Nada impede, pois, que a consultante tenha agido da forma como agiu. Antes, tais dispositivos autorizavam-na a atuar, como o fez, aliando-se tais dispositivos aos arts. 121, 125, 126, 129 e 130 do CC retrocomentados, que justificaram os diversos atos praticados.

O fato de haver ainda condições a serem implementadas – condições estas que não diziam respeito às operações realizadas, *mas remota e exclusivamente vinculadas a eventual oposição de terceiros* (inexistentes credores não satisfeitos e sócios dissidentes) –, nitidamente, não impediu que as operações fossem realizadas, pois, se alguma destas condições viesse a inviabilizá-las, argumentando pelo absurdo, as próprias operações poderiam ser desfeitas, sem prejuízo de eventuais adquirentes das ações, com o singelo retorno das ações ao poder da consultante.

Ocorre que tal possibilidade foi examinada, nas diversas deliberações assembleares, não havendo matéria fática que justificasse – *mesmo remotamente* – eventual oposição de terceiros. O que, de resto, efetivamente não ocorreu. Essa realidade jurídica, contábil e mercantil é que levou o Banco Central a homologar *ex tunc* a operação.

Desta forma, a resposta à questão é afirmativa, no sentido de que as operações poderiam ter sido realizadas, como foram, na pendência de condições – no plano fático, de impossível ocorrência –, tanto assim que resultou ao final na homologação, por parte do Bacen, de todas elas.

10. Afinal, segundo as normas tributárias comerciais e societárias, para o caso concreto, está correta a reclassificação das operações da pessoa física para a pessoa jurídica?

Decididamente não. Não há como justificar os lançamentos com a aplicação da norma antielisão (os arts. 13 a 19 da MP 66/2002 foram rejeitados pelo Congresso). Aplicaram-na tentando alterar princípios, conceitos, normas e regimes pertinentes ao direito privado. Incorreram, os agentes fiscais, em séria maculação da legislação tributária, ao alterarem dispositivos pertinentes ao direito tributário e lhes dar efeitos que as mencionadas normas impediam.

Em outras palavras, a pretendida norma antielisão, ainda sem formas de legalidade no Direito brasileiro, não pode ser aplicada a pretexto de falta de motivação negocial (havia motivação, ou seja, a desnecessidade na fase da pré-desmutualização de manterem-se títulos patrimoniais para atuação na Bolsa), que foi o verdadeiro mote da autuação. Para poder atuar, incorreu a fiscalização em outra nítida violação, qual seja moldar o direito priva-

do e monetário, aos seus intentos arrecadatários, utilizando-os, *pro domo sua*, a fim de dar-lhes contornos não hospedados pelos princípios, institutos, normas e regimes do direito comum.

É o parecer,

S.M.J.

São Paulo, 30 de maio de 2014.

### 3ª Turma reconhece aplicabilidade do CDC em contrato de seguro empresarial

Em decisão unânime, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor (CDC) nos contratos de seguro empresarial, na hipótese em que a empresa contrata seguro para a proteção de seus próprios bens sem o integrar nos produtos e serviços que oferece. A decisão foi tomada em julgamento de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). Uma empresa do ramo de comércio de automóveis novos e usados contratou seguro para proteger os veículos mantidos em seu estabelecimento. A seguradora, entretanto, negou a cobertura do prejuízo decorrente do furto de uma caminhonete nas dependências da empresa. Segundo a seguradora, a recusa foi em virtude da falta de comprovação de ter havido furto qualificado, já que não havia na apólice a garantia para o sinistro furto simples. A empresa segurada ajuizou ação por quebra de contrato. A sentença, aplicando a legislação consumerista, julgou o pedido procedente, mas o TJSP entendeu pela inaplicabilidade do CDC e reformou a decisão. • Consumo x insumo: Segundo a Corte local, a empresa não poderia alegar que não sabia das condições de cobertura da apólice. Ao segurador caberia apenas cobrir os riscos predeterminados no contrato, não se admitindo interpretação extensiva ou analógica das cláusulas de cobertura. No recurso ao STJ, a empresa insistiu na aplicação do CDC e no reconhecimento de que as cláusulas ambíguas ou contraditórias do contrato de adesão devem ser interpretadas favoravelmente ao aderente. Afirmou que, ao estipular no contrato que o seguro cobria furto qualificado, a seguradora fez presumir no negócio que cobria também furto simples, pois quem cobre o mais, cobre o menos. O Ministro Villas Bôas Cueva, Relator, acolheu a irrisignação. Segundo ele, o fundamento de relação de consumo adotado pelo STJ é o de que toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza, como destinatário final, produto ou serviço de determinado fornecedor é consumidor. Para o ministro, não se pode confundir relação de consumo com relação de insumo. Se a empresa é a destinatária final do seguro, sem incluí-lo nos serviços e produtos oferecidos, há clara caracterização de relação de consumo. “Situação diversa seria se o seguro empresarial fosse contratado para cobrir riscos dos clientes, ocasião em que faria parte dos serviços prestados pela pessoa jurídica, o que configuraria consumo intermediário, não protegido pelo CDC”, explicou o ministro. • Cláusulas abusivas: Em relação à cobertura do furto simples, o relator entendeu que, como o segurado (consumidor) é a parte mais fraca da negociação, cabe ao segurador repassar as informações adequadas e de forma clara sobre os produtos e os serviços oferecidos, conforme estabelecido no art. 54, § 4º, do CDC. Segundo o ministro, cláusulas com termos técnicos e de difícil compreensão são consideradas abusivas, e no caso apreciado ficou evidente a falta de fornecimento de informação clara da seguradora sobre os reais riscos

incluídos na apólice. “Não pode ser exigido do consumidor – no caso, do preposto da empresa – o conhecimento de termos técnico-jurídicos específicos, ainda mais a diferença entre tipos penais de mesmo gênero (furto simples e furto qualificado), ambos crimes contra o patrimônio”, disse o relator. Com esse entendimento, foi restabelecida a sentença que determinou o pagamento da indenização securitária. REsp 1352419. (Conteúdo extraído do *site* do Superior Tribunal de Justiça)

### **Projeto substitui concordata por recuperação judicial ou extrajudicial no Código Civil**

A Câmara analisa o Projeto de Lei nº 7.051/2014, do Deputado Carlos Souza (PSD-AM), que altera diversos artigos do Código Civil (Lei nº 10.406/2002) para substituir o termo concordata pela expressão recuperação judicial ou extrajudicial. A ideia é adequar o código à nova Lei das Falências (Lei nº 11.101/2005), que substituiu a concordata pela recuperação judicial ou extrajudicial. Assim, conforme a proposta, dependerá da deliberação dos sócios o pedido de recuperação judicial e extrajudicial. O código atual diz que depende da deliberação dos sócios o pedido de concordata. Ainda segundo a proposta, constituirá dever do liquidante confessar a falência da sociedade e pedir recuperação judicial ou extrajudicial. O texto atual fala em pedido de concordata. “É mais que passado o tempo de que o Código Civil tenha seu contexto adaptado às disposições da norma especial, inclusive para que se evitem dúvidas sobre a eliminação do ultrapassado instituto da concordata por outros, mais modernos e eficazes, como os da recuperação judicial e extrajudicial”, afirma Souza. Concedida pelo juiz, a concordata era o instrumento pelo qual o comerciante insolvente conseguia a prorrogação do vencimento dos créditos sem a incidência de juros em um determinado prazo. Com a nova Lei das Falências, ela foi substituída por outro processo, a recuperação judicial, para solucionar a crise econômica da empresa. Foi criada ainda a recuperação extrajudicial, ou seja, uma tentativa do devedor resolver seus problemas com os credores sem que haja grande necessidade da intervenção judicial. • Tramitação: A proposta será analisada em caráter conclusivo pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. (Conteúdo extraído do *site* da Câmara dos Deputados Federais)

### **BV Financeira deve indenizar cliente em R\$ 20,9 mil por cobrança indevida**

A BV Financeira S/A foi condenada a pagar R\$ 20.912,96 para aposentada vítima de cobrança indevida. A decisão é do Juiz José Cleber Moura do Nascimento, da Vara Única da Comarca de Carnaubal, distante 335km de Fortaleza. De acordo com o processo (nº 2614-93.2013.8.06.0061/0), ela firmou contrato de financiamento de veículo junto à empresa para pagar 24 parcelas de R\$ 402,00. Ao receber o carnê, no entanto, constavam 60 parcelas de



R\$ 734,32. Ao entrar em contato para questionar os valores, foi informada pela atendente que teria de pagar pelo menos 24 parcelas dos valores cobrados e, ao final, receberia a diferença. Caso contrário poderia ter problemas judiciais, pois o contrato teria de ser refeito e o cadastro não seria mais aceito. Com receio, a cliente chegou a efetuar o pagamento de 28 parcelas, mas nunca recebeu a restituição. Sentindo-se prejudicada, em maio de 2013, ajuizou ação requerendo indenização por danos morais e a restituição do valor pago. Devidamente citada, a BV Financeira não apresentou contestação e teve o processo julgado à revelia. Ao analisar o caso, o magistrado destacou que a idosa provou nos autos ter pago as prestações cobradas indevidamente, o que caracterizou dano moral. O juiz também determinou a extinção do contrato entre as partes. “Não há o que se falar em resolução do contrato, dado que esta é ocasionada pela sua inexecução, mas em extinção da obrigação, através da quitação, realizada pela promovente [cliente], inclusive pagando valores maiores que os devidos”. (Conteúdo extraído do *site* do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará)

### **Empresa condenada a indenizar por descumprimento contratual**

Em decisão unânime, os componentes da 4ª Câmara Cível negaram provimento à apelação interposta por uma empresa varejista contra sentença que a condenou ao pagamento de R\$ 8.000,00 por danos morais. A sentença de primeiro grau julgou procedente os pedidos formulados por L. P. B. nos autos de uma Ação de Obrigação de Fazer com Pedido de Antecipação de Tutela e Pedido de Indenização por Danos Morais por descumprimento contratual quanto a um seguro de proteção financeira. Consta nos autos que L. P. B. comprou em uma loja da empresa varejista e parcelou o valor em 12 vezes no cartão da loja e adquirindo seguro oferecido pela empresa, ao ser informada de que compreenderia casos de invalidez permanente, desemprego involuntário, entre outras situações. Porém, L. P. B. alega ter ficado desempregada e não ter recebido a importância segurada. A apelante afirmou a inexistência do dano moral e de ato ilícito, na medida em que alega ter agido no exercício regular do direito ao não constatar o pagamento por parte da apelada, e requereu a redução do valor indenizatório. Apesar da ocorrência do desemprego involuntário, a empresa negou a cobertura contratual, apontando não ser a responsável pelo seguro desemprego, denunciando a seguradora responsável pela contratação. O Relator do processo, Desembargador Dorival Renato Pavan, entende que há responsabilidade por parte de ambas as empresas pelo ato ilícito por se negarem a arcar com a cobertura do seguro. Pavan explica que estão presentes os requisitos essenciais para a pretensão indenizatória, porque se trata de obrigação expressamente contratada e descumprida pelas rés, que respondem solidariamente perante a autora, embora a ação seja apenas em face de quem originariamente contratou. Para ele, a denúncia da lide torna a seguradora também litisconsorte da denunciante, de forma que ambas

devem responder pelos danos causados. Quanto à procedência do dano moral, o relator manteve a sentença por entender que a situação em análise ultrapassa os limites da normalidade, capaz de configurar a presença do dano moral indenizável, diante dos transtornos e aborrecimentos causados pela indevida negativa ao pagamento da cobertura securitária, no momento em que L. P. B. mais necessitava. Entendo que o valor de R\$ 8.000,00 atende aos objetivos da indenização por dano moral, considerando a gravidade do ato, o potencial econômico do ofensor, o caráter punitivo-compensatório da indenização e os parâmetros adotados em casos semelhantes. O valor não se mostra sem razão ou desproporcional por não se tratar de mero descumprimento contratual a causar simples aborrecimento ou dissabor, mas sim de verdadeiro abuso de direito a afetar a dignidade da pessoa. Diante disso, nego provimento ao recurso da empresa, mantendo a sentença proferida em primeiro grau, votou. Processo nº 0062283-37.2009.8.12.0001. (Conteúdo extraído do *site* do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul)

### **Juízo de Goiânia é competente para processar atos de execução contra massa falida da Encol**

A 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) declarou a 11ª Vara Cível de Goiânia competente para executar crédito contra a massa falida da Encol Engenharia Comércio e Indústria em ação proposta após a decretação de falência da empresa. O entendimento da Seção é que as execuções contra a massa falida não podem prosseguir nos juízos em que tramitavam em razão da competência universal do juízo falimentar. Por não se tratar de quantia líquida e certa, a ação originária proposta pelo credor se enquadra no *caput* do art. 6º da Lei nº 11.101/2005. No caso, o credor ajuizou a ação cautelar em 1999, quando foi reconhecida a competência do juízo universal (Goiânia). Na ação principal (declaratória de compensação de crédito cumulada com retenção por benfeitoria) posteriormente apresentada, o juízo da Vara Cível de Cuiabá reconheceu a compensação de créditos de responsabilidade da empresa. • Execução da sentença: A Encol suscitou o conflito com o argumento de que a execução da sentença deveria necessariamente ocorrer perante o juízo universal da falência, conforme o previsto pelo art. 24, §§ 2º e 3º, do Decreto-Lei nº 7.661/1945. A empresa alegou que as demandas relativas à quantia ilíquida iniciadas antes da falência podem prosseguir no juízo em que foram propostas até a fixação definitiva do valor. Posteriormente, este valor seria incluído na falência, na classe própria, independentemente de habilitação de crédito. Conforme o Relator do conflito no STJ, Ministro Luis Felipe Salomão, o art. 24, § 2º, inciso II, do Decreto-Lei nº 7.661 teve sua redação revogada com o advento da Lei nº 11.101, o que acarretou a redução das hipóteses não submetidas aos efeitos da recuperação. “De fato, o cotejo dos dispositivos legais permite concluir que, com a restrição ocorrida após a entrada em vigor da nova Lei de Falências

e Recuperação Judicial, as demandas relativas à quantia ilíquida continuam tramitando no juízo em que estiverem sendo processadas”, disse o ministro.

• Solução coletiva: Salomão destacou que admitir a execução individual de alguns poucos créditos, após a decretação da falência, é ferir de morte a possibilidade de uma solução coletiva para o problema da Encol, podendo gerar tratamento diferente até mesmo para credores da mesma classe. Como a hipótese do julgamento era a execução de um crédito remanescente reconhecido em favor do credor em ação de conhecimento que tramitou no juízo da 20ª Vara Cível de Cuiabá, segundo o ministro, os atos de execução devem ser processados no juízo da falência, ou seja, 11ª Vara Cível de Goiânia. CC 118734. (Conteúdo extraído do *site* do Superior Tribunal de Justiça)

### **Projeto permite que pequenas empresas participem do mercado de capitais**

A Câmara dos Deputados analisa o Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 368/2013, do Deputado Otavio Leite (PSDB-RJ), que permite que as pequenas e microempresas recorram ao mercado de capitais, inclusive por meio de plataformas de serviços na Internet, para a obtenção de recursos financeiros para o desenvolvimento e expansão de suas atividades. Pelo texto, as normas e regulamentos para isso serão definidos pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM). A proposta deixa claro ainda que as pequenas e microempresas poderão receber, por ações e fundos de investimento privados, recursos financeiros oriundos de quaisquer pessoas físicas ou jurídicas, incluindo as sociedades anônimas (S/A), as sociedades em conta de participação. “Impedir que uma S.A. ou outras sociedades e fundos participem do capital de uma pequena ou microempresa é um entrave para o desenvolvimento econômico”, afirma Leite. “O projeto visa romper com essa lógica que, a rigor, vem travando o desenvolvimento econômico do País”, complementa. Para ele, “é preciso estimular ao máximo a destinação do capital para atividades produtivas”. • Tramitação: A proposta será analisada pelas comissões de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio; de Finanças e Tributação; e de Constituição e Justiça e de Cidadania. Em seguida, será analisada pelo Plenário. (Conteúdo extraído do *site* da Câmara dos Deputados Federais)

## Índice por Assunto Especial

### DOCTRINA

#### Assunto

##### SUCESÃO PATRIMONIAL

- A Sintonia entre o Direito Sucessório e a Administração na Sociedade Limitada (Rosilene Gomes da Silva Giacomini) .....11
- Herdeiro Não É Sinônimo de Sucessor (Pedro Podboi Adachi).....9

#### Autor

##### PEDRO PODBOI ADACHI

- Herdeiro Não É Sinônimo de Sucessor.....9

##### ROSILENE GOMES DA SILVA GIACOMINI

- A Sintonia entre o Direito Sucessório e a Administração na Sociedade Limitada .....11

### EMENTÁRIO

##### SUCESÃO PATRIMONIAL

- Sucessão empresarial – crédito não tributário – ocorrência .....2210, 24
- Sucessão empresarial – execução – não configuração .....2211, 24
- Sucessão empresarial – sociedade – redirecionamento – possibilidade .....2212, 25
- Sucessão patrimonial – demonstração inequívoca – satisfação do crédito – fraude – reconhecimento .....2213, 25
- Sucessão patrimonial – despersonalização jurídica – responsabilidade direta dos sócios – configuração.....2214, 26
- Sucessão patrimonial – responsabilidade solidária – reconhecimento – possibilidade.....2215, 26
- Sucessão patrimonial – sociedade – municipalidade – doação – negócio jurídico – observação.....2216, 26

## Índice Geral

### DOCTRINA

#### Assunto

##### MERCADO DE BIOCOMBUSTÍVEIS

- Regulação Econômica e Concorrência no Mercado de Biocombustíveis e Bioenergia: Diretivas em Contexto Brasileiro e Norte-Americano (Vinicius Diniz Vizzotto).....88

#### PROTESTO

- Considerações Gerais acerca do Protesto de Títulos e Outros Documentos de Dívida (Ana Claudia Redecker e Carla Daiane Henriques Pedroso) .....54

#### REGISTRO DE EMPRESA

- Registro de Empresa (Francisco de Salles Almeida Mafra Filho) .....46

#### SOCIEDADE

- Proporcionalidade e Igualdade de Tratamento na Exclusão de Sócio por Falta Grave na Sociedade Limitada (Luis Felipe Spinelli).....28

#### Autor

##### ANA CLAUDIA REDECKER E

##### CARLA DAIANE HENRIQUES PEDROSO

- Considerações Gerais acerca do Protesto de Títulos e Outros Documentos de Dívida .....54

##### CARLA DAIANE HENRIQUES PEDROSO

##### E ANA CLAUDIA REDECKER

- Considerações Gerais acerca do Protesto de Títulos e Outros Documentos de Dívida .....54

##### FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO

- Registro de Empresa.....46

##### LUIS FELIPE SPINELLI

- Proporcionalidade e Igualdade de Tratamento na Exclusão de Sócio por Falta Grave na Sociedade Limitada .....28

##### VINICIUS DINIZ VIZZOTTO

- Regulação Econômica e Concorrência no Mercado de Biocombustíveis e Bioenergia: Diretivas em Contexto Brasileiro e Norte-Americano .....88

### PARECER JURÍDICO

#### Assunto

##### SOCIEDADE

- Competência do Bacen para Fiscalização de Entidades Que Atuam no Mercado Financeiro. Aprovação de Atos Societários pela Referida Instituição. Efeito Homologatório *Ex Tunc*. Impossibilidade de a SRFB Desconsiderar Operações e Atos Aprovados pelo Bacen, por Vedação Imposta pelos Artigos 109 e 110 do CTN. Norma Antielisão. Rejeição pelo Congresso Nacional (Artigos 13 a 19 da MP 66/2002). Carência de Fundamentação Legal de Autuação Fiscal Desconsiderativa de Operações Homo-

logadas pelo Bacen. Aspectos do Processo de Desmutualização pela Bovespa e BM&F Supervisionado pela CVM – Parecer (Ives Gandra da Silva Martins).....165

#### Autor

##### IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

- Competência do Bacen para Fiscalização de Entidades Que Atuam no Mercado Financeiro. Aprovação de Atos Societários pela Referida Instituição. Efeito Homologatório *Ex Tunc*. Impossibilidade de a SRFB Desconsiderar Operações e Atos Aprovados pelo Bacen, por Vedação Imposta pelos Artigos 109 e 110 do CTN. Norma Antielisão. Rejeição pelo Congresso Nacional (Artigos 13 a 19 da MP 66/2002). Carência de Fundamentação Legal de Autuação Fiscal Desconsiderativa de Operações Homologadas pelo Bacen. Aspectos do Processo de Desmutualização pela Bovespa e BM&F Supervisionado pela CVM – Parecer .....165

#### ACÓRDÃO NA ÍNTEGRA

#### Assunto

##### HOLDING

- Administrativo – Embargos à execução fiscal – Poder de polícia – Multa imposta pelo Conselho Regional de Administração –  *Holding*  – Descabimento (TRF 2ª R) .....2217, 129

#### EMENTÁRIO

##### AÇÃO CAUTELAR

- Ação cautelar – cancelamento do protesto – tutela satisfativa – cabimento .....2218, 136
- Ação cautelar – pessoa jurídica – empréstimo – CDC – inaplicabilidade.....2219, 136

##### AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE EMPRESARIAL

- Ação de dissolução de sociedade empresarial – sociedade comum – relação entre sócios – prova escrita – ausência.....2220, 137

##### AÇÃO DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL

- Ação de resolução contratual – consórcio – descumprimento – não entrega do bem – sucessão empresarial – não comprovação.....2221, 137

##### AÇÃO DECLARATÓRIA

- Ação declaratória – nulidade de cambial – danos morais e materiais – negativa de relação jurídica de compra e venda – emissão de duplicata .....2222, 137

##### AÇÃO MONITÓRIA

- Ação monitoria – cheque – citação não realizada – prescrição .....2223, 139
- Ação monitoria – cheque prescrito – inicial – causa de pedir .....2224, 139
- Ação monitoria – contrato de abertura de conta-corrente – cheque especial .....2225, 141
- Ação monitoria – duplicata mercantil – sociedade empresária – redistribuição dos autos .....2226, 142

##### AÇÃO REGRESSIVA

- Ação regressiva – CDC – relação de consumo – proteção – ausência .....2227, 142

##### AÇÃO RENOVATÓRIA

- Ação renovatória – locação comercial – valor do aluguel – laudo pericial – ausência de erro – situação real do imóvel.....2228, 143

##### CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO

- Cédula de crédito bancário – capitalização mensal de juros – legalidade .....2229, 143
- Cédula de crédito bancário – relação de consumo – ausência .....2230, 144

##### CHEQUE

- Cheque – execução – princípios – ofensa .....2231, 144
- Cheque – prática de agiotagem – inversão do ônus da prova.....2232, 145

##### COMPETÊNCIA

- Competência – transporte marítimo internacional – redistribuição do processo .....2233, 145

##### CONTRATO

- Contrato – demurrage – prazo prescricional quinquenal – incidência .....2234, 145
- Contrato – promessa de compra e venda – atraso na entrega do imóvel – alegação de exceção de contrato não cumprido – inoccorrência .....2235, 145
- Contrato de compra e venda de fundo de comércio Contrato de compra e venda de fundo de comércio – ponto comercial – indisponibilização – omissão – má-fé; rescisão contratual – parcelas pagas – restituição – possibilidade .....2236, 146

##### CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE FUNDO EMPRESARIAL

- Contrato de compra e venda de fundo empresarial – nota promissória – cláusula contratual – inadimplemento – caracterização .....2237, 146

##### CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE EMPRESARIAL

- Contrato de plano de saúde empresarial – relação de consumo – não configuração.....2238, 146

**CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS**

- Contrato de prestação de serviços – nota promissória – data de emissão – ausência .....2239, 147

**CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS**

- Contrato de prestação de serviços educacionais – curso de maquiagem profissional e design de sobancelha – ação de rescisão contratual cumulada com indenização por danos morais .....2240, 147

**CONTRATO EMPRESARIAL DE ATIVIDADE MUSICAL**

- Contrato empresarial de atividade musical – contrato – inexperiência – desproporcionalidade das obrigações – lesão – configuração .....2241, 148

**DANO MORAL**

- Dano moral – serviço de telefonia – negativa indevida – presunção – sentença mantida .....2242, 148

**DEFESA DO CONSUMIDOR**

- Defesa do consumidor – empréstimo bancário – capital de giro – cláusulas abusivas – inaplicabilidade.....2243, 149
- Defesa do consumidor – inscrição indevida – dano moral – ausência.....2244, 149

**DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA**

- Desconsideração da personalidade jurídica – art. 50 do CC – prova documental – incidência – possibilidade.....2245, 150

**DIREITO À IMAGEM**

- Direito à imagem – indenização – uso pelos empregados de camisetas com marcas de fornecedores e clientes sem prévia autorização – pagamento devido .....2246, 151

**EXECUÇÃO**

- Execução – duplicata – prescrição – citação – inoportunidade .....2247, 152
- Execução – título extrajudicial – indicação de bens penhoráveis – suspensão .....2248, 152
- Execução – título extrajudicial – suspensão do processo – prazo indeterminado .....2249, 153

**EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL**

- Execução de título extrajudicial – exceção de incompetência – juízo falimentar – preclusão .....2250, 153
- Execução de título extrajudicial – inércia da autora – abandono de causa – intimação pessoal .....2251, 153

**FALÊNCIA**

- Falência – falta de pagamento – extinção do feito sem resolução do mérito – duplicatas protes-

tadas – notificação – desacordo – possibilidade .....2252, 153

**LEI DE DIREITOS AUTORAIS**

- Lei de Direitos Autorais – execução pública de obras musicais – pagamento – atividade não lucrativa – irrelevância .....2253, 154

**MARCA**

- Marca – ação de abstenção de uso – obrigação de fazer e reparação de danos materiais – tutela inibitória concedida.....2254, 155

**MONITÓRIA**

- Monitória – cheque prescrito – improcedência .....2255, 155

**PENHORA ON-LINE**

- Penhora *on-line* – ativos financeiros em nome do devedor – possibilidade.....2256, 156

**PROPRIEDADE INDUSTRIAL**

- Propriedade industrial – ação de abstenção – uso indevido de marca – conflito.....2257, 156
- Propriedade industrial – conflito entre marcas – marcas fracas – possibilidade de convivência .....2258, 156
- Propriedade industrial – uso de nome comercial – pedidos de abstenção – registro de marca – nulidade .....2259, 157

**PROTESTO**

- Protesto – ação de cancelamento – dívida quitada – declaração de anuência do credor .....2260, 157

**RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

- Recuperação judicial – justiça comum – competência – Súmula nº 115 do STJ – aplicação .....2261, 158
- Recuperação judicial – pedido de extinção das obrigações da massa falida – inoportunidade .....2262, 158
- Recuperação judicial – responsabilidade trabalhista solidária – sucessão de empregadores – grupo econômico – inexistência .....2263, 158

**SOCIEDADE**

- Sociedade – dissolução irregular da pessoa jurídica – redirecionamento – possibilidade .....2264, 159
- Sociedade – dissolução parcial – medida cautelar – falta de interesse .....2265, 160

**SOCIEDADE ANÔNIMA**

- Sociedade anônima – ações nominativas – direito de preferência – previsão no estatuto – assembleia geral – suspensão.....2266, 160

**SOCIEDADE EMPRESÁRIA**

- Sociedade empresária – promissórias assinadas por terceiro – execução da dívida – cautela – exigência .....2267, 161

**SOCIEDADE EMPRESARIAL**

- Sociedade empresarial – apuração de haveres – provas – ausência .....2268, 161
- Sociedade empresarial – compra e venda – estabelecimento comercial – pagamento das dívidas – existência – comprovação .....2269, 162

**SOCIEDADE LIMITADA**

- Sociedade limitada – cessão – direito de preferência – observação .....2270, 162
- Sociedade limitada – cessão de quotas – contrato social – omissão .....2271, 162

**SUCCESSÃO EMPRESARIAL**

- Sucessão empresarial – responsabilidade tributária – caracterização .....2272, 163

**TEORIA DA APARÊNCIA**

- Teoria da aparência – duplicatas sem aceite – mercadorias – comprovante de recebimento – requisitos .....2273, 163

**TÍTULO DE CRÉDITO**

- Título de crédito – protesto – cancelamento – duplicata sem aceite – relação contratual – ausência .....2274, 164
- Título de crédito – protesto cambial – sustação – nulidade .....2275, 164

**CLIPPING JURÍDICO**

- 3ª Turma reconhece aplicabilidade do CDC em contrato de seguro empresarial .....231
- Projeto substitui concordata por recuperação judicial ou extrajudicial no Código Civil .....232
- BV Financeira deve indenizar cliente em R\$ 20,9 mil por cobrança indevida .....232
- Empresa condenada a indenizar por descumprimento contratual .....233
- Juízo de Goiânia é competente para processar atos de execução contra massa falida da Encol .....234
- Projeto permite que pequenas empresas participem do mercado de capitais .....235

ÍNDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO ..... 236

NORMAS EDITORIAIS PARA ENVIO DE ARTIGOS . 7