

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tulio Ascarelli
e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro,
respectivamente anexos aos
Departamentos de Direito Comercial e de
Direito Econômico e Financeiro da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Edição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Fundador:

WALDEMAR FERREIRA

Diretor:

PHILOMENO J. DA COSTA

Diretor Executivo:

FÁBIO KONDER COMPARATO

Conselho Editorial:

ANTONIO MERCADO JÚNIOR, DARCY ARRUDA MIRANDA JÚNIOR, EGBERTO LACERDA TEIXEIRA, FRAN MARTINS, GEORGE COELHO DE SOUZA, GERD WILLI ROTHMANN, HERNANI ESTRELLA, J. C. SAMPAIO DE LACERDA, JOÃO NASCIMENTO FRANCO, LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, MAURO BRANDÃO LOPES, MODESTO SOUZA BARROS CARVALHOSA, NELSON ABRÃO, OSCAR BARRETO FILHO, PAULO BARBOSA LESSA, PAULO ROBERTO CABRAL NOGUEIRA, RODOLFO ARAÚJO, RUBENS REQUIÃO, RUY BARBOSA NOGUEIRA, RUY JUNQUEIRA DE FREITAS CAMARGO, SYLVIO MARCONDES, THEÓPHILO AZEREDO SANTOS, WALDIRIO BULGARELLI, PAULO SALVADOR FRONTINI, NEWTON DE LUCCA, VERA HELENA DE MELLO FRANCO

Coordenador:

WALDIRIO BULGARELLI

Secretários Executivos:

NEWTON SILVEIRA
VERA HELENA DE MELLO FRANCO

Registrada no Departamento de Polícia Federal sob n. 257.P.209/73.

Edição e distribuição da

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Rua Conde do Pinhal, 78 — Tels. (011) 37-8689 e 37-9772

01501 — São Paulo, SP.

SUMÁRIO

DOCTRINA

— O desenvolvimento econômico como fim constitucional — Fábio Nusdeo	9
— A revocatória no direito cambiário — Bomfim Viana	18
— Da conferência de bens intangíveis ao capital das sociedades anônimas — Denis Borges Barbosa	33
— Os incentivos fiscais do imposto sobre a renda e as subscrições de capital do fundo de investimento no nordeste — FINOR — Luiz Mélega	51
— Contrato preliminar — Sérgio de Godoy Bueno	68
— Marcas e patentes no Exterior — Wilson Silveira	82
— Os valores mobiliários brasileiros como títulos de crédito — Waldírio Bulgarelli	94
— A cessão de controle acionário é negócio mercantil? — Fábio Konder Comparato	113

JURISPRUDÊNCIA

— Cambial — Nota promissória — Vencimento a certo tempo da vista — Prazo prescricional não decorrido — Registro desnecessário na espécie — Apelação não provida — Comentário de Mauro Rodrigues Penteado	125
— Prisão civil — Decretação contra o devedor por não haver devolvido as duplicatas que lhe foram enviadas para aceite — Admissibilidade — Medida não inconstitucional ou ilegal — “Habeas corpus” denegado — Inteligência dos arts. 153, § 17, da CF e 885 do CPC — Prisão civil — Decretação contra sonegador de duplicatas que foram enviadas para aceite — Revogação pretendida por não proposta a ação principal nos 30 dias subseqüentes — Inadmissibilidade — Medida cautelar ainda não executada — “Habeas corpus” denegado — Inteligência dos arts. 806, 808, II e 885 do CPC — Comentário de Sebastião Silveira	129
— Crime contra a propriedade industrial — Violação de privilégio de invenção — Pretendida ausência de justa causa para a ação penal por ter sido reconhecida judicialmente a nulidade da patente — Decisão, entretanto, não transitada em julgado — “Habeas corpus” denegado — Inteligência dos arts. 169, I, II e III, do Dec.-lei 7.903/45 e 648, I do CPP — Comentário de Sebastião Silveira	136
— Ação ordinária — Sentença (Proc. 5.209, 6. ^a Vara Federal-RJ — Juiz Carlos Augusto Thibau Guimarães) — Comentário de Newton Silveira	139
— Sociedade comercial — Responsabilidade limitada — Marido e esposa — Execução contra a sociedade — Penhora de bens dos sócios — Embargos de terceiro precedentes — Apelação provida — Voto vencido — Comentário de Waldírio Bulgarelli	151
— Título extrajudicial — Notas promissórias — Execução contra avalista que pretende chamamento ao processo do emitente dos títulos — Indeferimento — Aplicabilidade do princípio da solidariedade cambial — Agravo conhecido e não provido — Comentário de José Alexandre Tavares Guerreiro	155

ATUALIDADES

— Supremo decide: Consórcios podem usar alienação fiduciária — Paulo Salvador Frontini	163
— Alienação fiduciária em garantia — Alterações propostas na respectiva legislação pelo Projeto de Lei 1.960/1979, de autoria do Dep. Odacir Klein — Luiz Mécga .	166
— INPI vitorioso nos dois primeiros litígios judiciais relativos a contratos de exploração de patente e de transferência de tecnologia — Denis Allan Daniel	173
INDICE REMISSIVO	183

LISTA DE COLABORADORES

BOMFIM VIANA

Professor na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, Doutor em Direito pela USP — Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli.

DENIS ALLAN DANIEL

Agente da Propriedade Industrial

Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito

DENIS BORGES BARBOSA

Advogado no Rio de Janeiro; Assessor Jurídico do Presidente do Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

FÁBIO KONDER COMPARATO

Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Doutor em Direito pela Universidade de Paris; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli; Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto dos Advogados de São Paulo; Membro da "Société de Legislation Comparée", de Paris.

FÁBIO NUSDEO

Professor Livre-Docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO

Advogado em São Paulo

LUIZ MÉLEGA

Bacharel em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Assessor Jurídico do Centro da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo.

MAURO RODRIGUES PENTEADO

Mestre em Direito; Professor-Assistente de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

NEWTON SILVEIRA

Diretor da Cruzeiro do Sul/Newmarc Patentes e Marcas Ltda.; Secretário Geral Adjunto do IIDA — Instituto Interamericano de Direito de Autor; Advogado e Procurador Junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

PAULO SALVADOR FRONTINI

Professor-Assistente Doutor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SEBASTIÃO SILVEIRA

Advogado em São Paulo

SERGIO DE GODOY BUENO

Advogado e Mestrando na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

WALDIRIO BULGARELLI

Bacharel, Doutor e Livre-Docente em Direito pela Universidade de São Paulo na disciplina de Direito Comercial; Professor dos Cursos de Graduação e Pós-graduação da Faculdade de Direito da USP; Professor Titular de Direito Comercial na Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli; do Instituto Paulista de Direito Agrário; do Instituto dos Advogados de São Paulo e do Instituto dos Advogados Brasileiros.

WILSON SILVEIRA

Advogado em São Paulo

DOCTRINA

1

DA CONFERÊNCIA DE BENS INTANGÍVEIS AO CAPITAL DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS

DENIS BORGES BARBOSA

Um problema tangível

Em 1892, a Columbia Straw Paper Company, empresa industrial sita em New Jersey, foi formada com o objetivo de adquirir todas as fábricas do país que produzissem papel de embrulho. O capital, tal como estabelecido pelos fundadores, era constituído de cinco milhões de dólares, resultado da conferência de 37 fábricas, no valor total de US\$ 2,750,000.00. Os fundadores supunham que, graças à posição monopolista no mercado, que a soma das fábricas asseguravam à empresa, haveria na conferência um valor autônomo, maior do que a adição dos bens materiais individualmente considerados.

Em três anos, a sociedade entrava em concordata. Tinha havido uma crise financeira, é bem verdade, e a introdução de polpa de madeira em substituição à palha como matéria-prima viera a inviabilizar o empreendimento, ao que se soma a má administração. Mas o principal fator da insolvência fora o fato de que, quando a sociedade começara a exercer seu monopólio, aumentando os preços, fábricas antigas, já fora de uso, voltaram a funcionar, e novas fábricas entraram no mercado, atraídas pela alta do produto.

Os credores da insolvente entraram em ação contra os promotores, alegando que o capital não havia sido realmente integralizado. Em resposta, os sócios argumentaram que o valor estimado era realístico, baseado na capitalização dos lucros esperados com o monopólio, e que este procedimento era muito comum e já tradicional. Os juízes da concordata, no entanto, deram ganho de causa aos credores, não considerando que uma empresa pudesse obter fundo de comércio antes de funcionar, e que expectativa de lucros não constituía um bem conferível ao capital.

Dizia a decisão: “Não há nada na natureza e no caráter destas propriedades (a expectativa de lucros havia sido considerada pelos promotores como propriedade) a indicar que elas pudessem ser duplicadas fácil e rapidamente, como aconteceu de fato quando os preços subiram”.¹

É da transformação de um bem intangível em um capital social que ocorre o risco de ser também intangível, no sentido depreciativo, que trata o presente trabalho.

O capital

“Some seven men form an Association
(if possible all peers and baronets)
they start off with a public declaration
to what extent they mean to pay their debt
that's called their capital”²

1. See V. Heppenheijer. 69 NJ 36.61 A 843 1905 citado em Cary, 1906 e ss.

2. Cary, *op. cit.*, p. 1.062.

A cançoneta da dupla Gilbert e Sullivan, ao descrever o espírito da Lei das Companhias Inglesas de 1862, apreende com perspicácia a função do capital de uma empresa, constituída sob a forma de sociedade com limitação de responsabilidade. A definição técnica de Modesto Carvalhosa,³ referindo-se à Lei 6.404/76, não diz nem mais nem menos do que a opereta: é o valor das entradas de capital que os acionistas declaram vinculados aos negócios que constituem o objeto da sociedade.

O capital tem, para a sociedade, três principais funções: perante os credores representa o patrimônio formalmente afetado a sua garantia, e, até o ponto em que é corretamente representado nos livros, também uma garantia material da liquidez da sociedade; perante a empresa, representa a massa de recursos postos à disposição das suas necessidades de financiamento pelos sócios; perante estes, representa uma medida de participação de cada um nos resultados e, até certo ponto, no controle da empresa. Decorre, daí, que na formação do capital só possam entrar bens que sejam capazes de satisfazer os credores *in extremis*, ou seja, que sejam executíveis e penhoráveis.⁴

Mas, como o sentido da empresa não é garantir créditos, mas produzir, é necessário que os bens possam se integrar no processo produtivo, adequando-se ao objeto social. Finalmente, para que possa dimensionar os direitos dos sócios, em relação à sociedade, os bens conferidos precisam ser mensuráveis economicamente, ou, como diz o art. 7.º da Lei 6.404/76, avaliáveis em dinheiro.

A importância de mensurar o capital num valor econômico universal — a moeda — também resulta da sua função de padrão de desempenho econômico da empresa. Tomando por base o capital (e suas reservas, no sistema da nova Lei das S/A), avaliam-se os prejuízos, os lucros, o *status* financeiro da empresa, e a sua dependência de capital de terceiros. Esta finalidade contábil do capital o transforma num padrão de vida da empresa, o marco de sua eficácia social.

Por fim, o capital, lançado no passivo dos balanços, representa o débito da sociedade para com os sócios, ou, abstraindo-se da condição de sujeito de direitos da pessoa jurídica, o débito recíproco dos contraentes, na proporção de sua participação no fundo comum, afetado aos objetos da sociedade. A existência e a correta valoração dos bens conferidos, significa, desta forma, o pressuposto obrigacional do contrato social.

O bem: corpóreo ou intangível

No dizer de Ulpiano *bem é aquilo capaz de satisfazer um desejo: bona ex es dicuntur quod beant, hoc est beatus faciunt* (fr 49.D. Verb. sig. L. 16). A definição dá um sentido demasiado amplo para descrever com precisão os bens, capazes de integrar o patrimônio da sociedade comercial: tais bens deverão atender a uma necessidade humana objetiva, serão escassos, e serão jurídica e materialmente disponíveis.⁵ Numa palavra, serão bens econômicos. Caso o bem

3. *Comentários à Lei das S/A*, vol. 1.º, p. 31.

4. Modesto Carvalhosa, *op. cit.*, vol. 1.º, p. 38.

5. Carlos Galves, *Manual de Economia Política*, pp. 65-68.

atenda diretamente a uma necessidade, estamos perante o chamado bem de consumo; se, de outro lado, o bem é hábil a criar outros bens que, por sua vez, vão atender às necessidades, existe, aí, um bem de produção. Pela função da empresa, de produzir coisas e serviços, está claro que todos os bens conferidos serão bens de produção, muito embora alguns sejam juridicamente consumíveis no decorrer do processo de produção.

Ora, bens de produção podem ser coisas tangíveis, corpóreas (*corporales haec sunt quae sui natura tangi possunt* — Gaio, Inst. II §§ 12/14) ou bens incorpóreos (*quod in jure consistunt* — Gaio, no mesmo trecho, ou no dizer de Cícero, *quod est intelleguntur*). É tão necessário, para a atividade de um banco, o dinheiro de seu capital quanto a carta-patente que autoriza seu funcionamento, ambos elementos integrantes da produção de seus serviços; e a autorização governamental é um bem intangível que não se confunde com o papel assinado pelo Presidente do Banco Central.

Tais bens intangíveis compreenderiam a atividade humana, tal como objeto de direito de crédito;⁶ os direitos em geral, quando objetos de outros direitos;⁷ a energia;⁸ as criações do espírito humano;⁹ os objetos da personalidade, do estado civil e do estado político. Evidentemente, só os bens intangíveis de caráter econômico poderão ser conferidos ao ativo, mas nem todos. Em primeiro lugar, como visto, deverão ser *bens de produção*.

Usualmente se relaciona, entre os bens intangíveis necessários a uma empresa, os direitos de crédito, a energia, as marcas, patentes, os processos secretos, as licenças, a clientela, o aviamento, o fundo de comércio, o ponto, o controle de outras empresas, a capacidade de produção, os contratos, o mercado em potencial, a boa fama dos dirigentes, etc. Numa visão mais ampla,¹⁰ todos os bens de que necessita a empresa seriam intangíveis, já que a sua própria relação, como pessoa jurídica, com as coisas materiais, seria através dos direitos exercidos sobre elas.

No entanto, destes bens, indispensáveis à empresa, nem todos podem ser capitalizados. Tal se dá pelo fato de que, garantia das obrigações sociais, os bens do capital têm de ser passíveis de penhora e execução. Deverão, além do valor de uso para a empresa, ter valor de mercado, para serem alienáveis em benefício dos credores.

Muito embora os bens do capital, perante os livros, sejam somente um bem de uso,¹¹ sua entrada na contabilidade se deve ao fato de poderem ser traduzidos em dinheiro, o que pressupõe um valor de troca.

Os chamados bens empresariais, para Fábio Konder Comparato, aqueles ligados à empresa enquanto organismo vivo (*going concern*, na doutrina norte-americana)¹² são bens intangíveis não contabilizáveis, porque não atribuíveis a

6. Clóvis Beviláqua, *Teoria Geral do Direito Civil*, pp. 17 e ss.

7. Santiago Dantas, *Programa do Direito Civil*, p. 229.

8. René Savatier, *Théorie des Obligations* n. 41.

9. Passarelli, *Teoria Geral de Direito Civil*, p. 34.

10. Savatier, *op. cit.*, n. 16.

11. Nilton Latorraca, *Comentários à Lei das S/A*, vol. VI, p. 17.

12. Fábio Konder Comparato, *Estudos e Pareceres de Direito Empresarial*, p. 106.

crédito ou a débito de ninguém; e porque, autogerados, não terão valor de troca até serem postos no mercado. É quanto a estes bens (e não aos intangíveis em geral como erroneamente se refere) que Modesto Carvalhosa diz que a confidência não pode ser isoladamente admitida na sociedade, embora o possa se considerados como componentes de uma universalidade.¹³

Em geral, desta forma, os bens sem valor de troca, ou cujo valor de mercado seja dificilmente avaliado, não serão suscetíveis de capitalização.

A noção de propriedade de bens intangíveis

Via de regra, diz Henn,¹⁴ a legislação dos Estados norte-americanos relaciona como bens possíveis de serem conferidos ao ativo o dinheiro, serviços prestados e *property* recebida pela sociedade. A definição do que seja *property*, para tais efeitos, é uma das maiores discussões entre os julgados norte-americanos. O *Blacks Law Dictionary*, tratando da palavra, consigna que é “o que pertence exclusivamente a alguém”; e, numa definição mais extensa, repara que “a palavra é comumente usada para denotar tudo que seja sujeito de propriedade, corpórea ou incorpórea, tangível ou intangível, visível ou invisível; tudo o que tenha valor de troca ou que constitua riqueza ou cabedal”. “A expressão é entendida como aplicando-se a toda espécie de direito ou interesse suscetível de valor”.

O conceito de propriedade da tradição continental, porém, tende a ser mais restrito, limitando-se às coisas tangíveis e a certos bens imateriais, objetos de direitos similares à propriedade. Admitindo-se a idéia de direito subjetivo como o poder de agir sobre a esfera jurídica, para atender aos interesses próprios do titular, a propriedade seria um direito subjetivo, do tipo modernamente denominado “direito absoluto”. Todos os poderes jurídicos: presumem um sujeito ativo, que os detêm; um objeto, sobre o qual o poder se exerce; um sujeito passivo, que tem o dever de respeitar o exercício do poder; e um vínculo jurídico, que une os pólos subjetivos da relação. Diferentemente do direito subjetivo de crédito, onde o poder de agir do titular recai sobre uma ação de um sujeito passivo determinado¹⁵ (para o qual o dever e o objeto de poder se confundem), nos direitos subjetivos absolutos, o sujeito passivo, que não é determinado, deve apenas abster-se de se opor ao poder do titular.

São direitos subjetivos absolutos a propriedade, os direitos humanos, os direitos políticos, o poder de usar a via pública, a liberdade de iniciativa. Mas, conforme se exerçam de forma a impossibilitar a incidência de outro direito idêntico sobre o mesmo objeto, serão tais poderes exclusivos ou não exclusivos; classificam-se entre os primeiros os reais, os de chamada propriedade intelectual, os da personalidade, etc. Evidentemente, não haverá exclusividade no acesso ao mercado, ou no trânsito pelas praças, e nem no acesso a um mercado determinado, ou a uma via pública determinada, sendo assim a livre iniciativa e o direito de ir e vir poderes do segundo tipo.

13. *Op. cit.*, vol. I, p. 39.

14. *Law of Corporations*, p. 305.

15. Passarelli, *op. cit.*, pp. 50 e ss.

Ainda quanto ao objeto dos poderes, os direitos absolutos serão de natureza econômica ou não-econômica. Se o bem sobre o qual se exerce um poder exclusivo for objetivamente necessário, escasso, além de legalmente e materialmente disponível, ou seja, se for um bem econômico patrimonial, estaremos perante um direito de apropriação, gênero que abrange os direitos reais sobre coisas tangíveis e as “propriedades” intelectuais, comerciais, etc.

A própria natureza corpórea de uma coisa, bem econômico, em seus atributos de individualidade e atualidade, condiciona a exclusividade dos direitos que se exercem em relação a ela (direito real). Tal não acontece com outros bens econômicos, incorpóreos, cuja possibilidade de duplicação autônoma¹⁶ tende a retirar seja a economicidade (pela supressão da escassez), seja sua exclusividade de fato. Tal como as praças públicas ou o ar atmosférico, o espírito, a cultura, e a inventividade humana são juridicamente *res communes omnium*; e, nas economias que adotam a liberdade de iniciativa, também o é o mercado.

Desta forma, é por uma exclusividade juridicamente criada que o direito subjetivo absoluto sobre o invento, sobre uma obra literária, ou sobre uma posição no mercado pode se tornar direito de apropriação, propriedade industrial, propriedade literária ou monopólio. Ao dizer que não havia “propriedade” nos bens trazidos ao capital da Columbia Straw Paper Corporation, o Juiz entendia que, salvo no caso de reserva jurídica de um poder exclusivo, não poderia haver a apropriação de uma parcela do mercado norte-americano.

Sem entrar em uma discussão cujos aspectos políticos, filosóficos e econômicos seriam sem dúvida relevantes, mas estão ao largo do objetivo deste trabalho, é preciso notar que, diferentemente do poder sobre uma coisa corpórea, cujos atributos de individualidade inclui a unicidade e a identificação, alguém que reinventa um produto, ou recria uma melodia, teria naturalmente “propriedade” sobre o invento ou o tema, segundo o princípio jurídico da ocupação. Tal “propriedade”, no entanto, é retirada pela Lei, que, concedeu o poder exclusivo sobre a idéia, ou sobre a forma, a outrem. Na inexistência da exclusividade forçada pela Lei, cada um dos inventores ou compositores teria um poder absoluto sobre a sua criação, sem ser exclusivo; dependendo do tipo da criação, de sua complexidade ou reproduzibilidade, o poder absoluto, mesmo se não exclusivo, daria a vantagem econômica da escassez ao seu titular. Não é outra a razão de não ter sido concebido um direito de propriedade literária antes da imprensa, como também não é outra a causa de, num mercado tecnologicamente não competitivo, como o brasileiro, o nível de patenteamento das invenções ser tão baixo.¹⁷

Porém a exclusividade jurídica da utilização de um bem imaterial, idéia, forma, ou posição no mercado dão uma *certeza* da vantagem econômica da escassez. É em nome da certeza, e não da patrimonialidade, que se reserva às “propriedades” a possibilidade de entrar no capital social. Hamilton¹⁸ nota que

16. Hegel, *Principles de Philosophie du Droit*, n. 69.

17. Sobre o assunto, o nosso “O Conceito Jurídico do Know How” recolhido na coletânea de textos distribuídos pela FINEP, Comércio de Tecnologia.

18. *Corporations*, p. 281.

“processos secretos, fórmulas, direitos de crédito eventual ou condicional, *good will*, e “propriedades intangíveis” do mesmo gênero não só são difíceis de avaliação: até sua própria existência pode ser tão efêmera que não se constitua em propriedade alguma, pelo menos para os efeitos da Lei”. E é preciso lembrar que o jurista norte-americano trabalha sobre um conceito de propriedade mais lato do que o analista acima, que inclui mesmo direitos de crédito.

Não admitidos na conferência ao ativo, em atenção ao princípio da garantia dos credores e da coobrigação dos sócios, os bens intangíveis desprovidos de direitos exclusivos não emergem na contabilidade de um *going concern* pelo princípio de conservadorismo daquela arte.¹⁹

A conferência de bens intangíveis: serviços

Como já foi dito, o direito norte-americano aceita, como bens admissíveis à conferência, os serviços prestados. A lei do Estado de Nova Iorque usa uma expressão mais restrita: *labour done*. Os serviços prestados antes da constituição da empresa, em primeiro lugar, são em algumas decisões considerados como insuscetíveis de capitalização, pois, àquela época, a companhia não poderia contratar tais serviços.²⁰ Mas também se exclui a promessa de serviços futuros, pois tais serviços só seriam úteis à empresa enquanto um *going concern* e não seriam, assim, suscetíveis de liquidação pelos credores da sociedade; além disto, a dificuldade de avaliação, principalmente quando tais serviços são prestados pelos fundadores tornaria o bem incapaz de ser capitalizado.²¹ No entanto, o *Model Business Act* da Ordem dos Advogados norte-americana admite que, com a concordância de todos os acionistas, poderão ser trocadas por promessa de serviços.

Como explica Herwitz,²² a proibição é mais ou menos irrelevante, já que uma sociedade poderia fazer um adiantamento, a conta de serviços futuros, e o prestador, com a soma adiantada, adquirir ações. A soma paga ao prestador seria contabilizada como um ativo, e amortizada na proporção em que os serviços fossem prestados. De outro lado, referindo-se aos serviços pré-operacionais, Bom-bright²³ lembra que a proibição pode ser superada através da superavaliação de bens materiais conferidos, deixando uma certa margem para cobrir o custo dos serviços.

O conceito de “serviços prestados”, assim, se restringe ao trabalho em favor da empresa, pelo qual se creditou o acionista. A aplicação do permissivo se limitaria, então aos aumentos de capital posteriores à constituição da empresa.

No direito brasileiro, parte da doutrina não admite conversão de trabalho em capital. Modesto Carvalhosa, apoiando-se em Trajano de Miranda Valverde,²⁴ entende que “qualquer prestação pessoal, como as de fundador ou de indústria,

19. Nilton Latorraca, *op. cit.*, p. 18, vol. VI.

20. Cary, *op. cit.*, p. 1.066.

21. *Idem*, p. 1.069.

22. *Apud* Cary, *op. cit.*, p. 1.068.

23. *Apud* Cary, *op. cit.*, p. 1.067.

24. *Op. cit.*, vol. I, p. 59.

é insuscetível de retribuição através de ações”. Tal se daria pela natureza de “sociedade de capital” das companhias. Para contemplar a retribuição dos serviços pré-operacionais, ou o de terceiros, haveria o mecanismo das partes beneficiárias, o qual retira do titular os poderes de soberania societária, e reduz a participação nos lucros a 10% do apurado.

Sem precisar se referir aos artifícios de que falam os autores norte-americanos, é no entanto, preciso lembrar que a prestação de serviços nada tem de incompatível, pelo menos em princípio, com a formação de capital. Em primeiro lugar, o trabalho é reconhecido mesmo pelos autores clássicos da Economia como uma fonte de valor; a construção da sede da empresa, com os bens materiais conferidos por outros sócios, não deixaria de crescer ao capital. Nada haveria, assim, de fraude ao princípio de garantia aos credores, no aporte de serviços ao ativo. E o “bem” serviço estaria, ainda falando em tese, abrangido no teor do art. 7.º da Lei 6.404/76, desde que avaliável em dinheiro. Ademais, a promessa unilateral de serviços estaria dentro dos limites previstos no art. 10 da mesma Lei, notando-se apenas quanto aos serviços do próprio subscrito, as mesmas objeções referidas a seguir quanto às notas promissórias.

No entanto, é preciso reconhecer que as objeções anteriormente levantadas, principalmente quanto a serviços prestados pelos fundadores, tornam uma medida de prudência a limitação da retribuição dos serviços às partes beneficiárias.

Idem: energia

Diz Savatier, citando M. Champier, que energia é uma grandeza física, suscetível de várias formas e finalmente capaz de produzir um trabalho mecânico ou calor.²⁵ “Tal trabalho” — prossegue Savatier — “como o de homem, se vende somente em seus resultados, dos quais não pode ser isolado na forma de um bem corpóreo”. E, mais adiante: “Objeto de crédito, a energia jamais poderá ser um objeto de propriedade”.

É, como o trabalho humano, um bem que se consome ao mesmo tempo que é produzido, produzindo valor, embora a diferença daquele possa ser armazenado e acumulado. Em baterias, ou, como energia hidráulica em represas, por exemplo,²⁶ pode ser alienado como calor atual, e não promessa de valor, ou valor despendido.

Desta forma, seja como crédito, seja como força estocada, a energia poderia ser conferida ao capital, no segundo caso não diferindo, quanto aos efeitos, de qualquer bem material consumível.

Idem: direitos de crédito

Entre as proibições mais reiteradas na lei norte-americana, de bens insuscetíveis de conferência, está a de “notas promissórias”. Proíbem a prática o *Model Business Corporation Act* da ABA, as leis de Michigan, Montana, North Carolina,

25. *Op. cit.*, n. 41.

26. Savatier, *op. cit.*, n. 42.

Ohio, Oklahoma, Tennessee, etc.²⁷ Cary²⁸ comenta que há um notável dissenso sobre se uma nota promissória é *property* ou dinheiro, e se há diferença, para efeitos de conferência, entre notas avalizadas ou não, e notas emitidas pelo subscritor ou por terceiros. Segundo o autor, há um consenso razoável no sentido de que notas emitidas pelo subscritor e não avalizadas, não podem integrar o capital.

Sobre o mesmo ponto, diz Rubens Requião:²⁹ “Referimo-nos à integralização das ações através da entrega à sociedade de letras de câmbio ou notas promissórias do mesmo valor. Levando-se esses créditos à conta de capital, como se esta entrada fosse realizada em dinheiro, lançam o crédito no realizável, ficando o subscritor como devedor da sociedade. Aparece o subscritor com suas ações integralizadas, e também realizado o capital social, embora não se resgate o título de crédito”.

Modesto Carvalhosa também parece não aceitar um título de crédito de responsabilidade do subscritor como valor capitalizável, pois só se refere à cessão.³⁰

A lei brasileira, no seu art. 10, parágrafo único, menciona que, ao contrário do que acontece no regime do CC (arts. 1.073 e 1.074) o subscritor responde não só pela existência do crédito como também pelo seu pagamento. Não havendo título de crédito, ou não constando na cártula a assinatura do subscritor, este será responsável pelo crédito, mas subsidiariamente. Rubens Requião³¹ considera tal garantia insuficiente, sugerindo que se adote a prática de só emitir a ação após o pagamento do título.

Nem todos os títulos de crédito terão o mesmo tratamento. As ações, debêntures, e valores em geral admitidos no mercado de balcão ou à bolsa ou emitidos por instituições, a não ser no caso de instituições financeiras subscritoras, não admitem responsabilidade subsidiária do conferente. De outro lado, os títulos de disponibilidade de mercadoria, conhecimentos de carga e de depósito, tratando-se de cártula de prestação de espécie, não comportam a responsabilidade do subscritor no caso, por exemplo, de perecimento da mercadoria após a tradução ou o endosso, por efeito de caso fortuito ou força maior.

Atenção especial merecem os títulos de participação, ações de companhias e de sociedades em comandita por ações. O crédito, aí, é de uma prestação eventual, o dividendo ou a parcela devida na liquidação, e de um poder de participar da vida da sociedade.

Está claro que o subscritor não responderá pelo pagamento em caso de não haver dividendo. Mas responderá, como se verá a seguir, no caso de, ao crédito individual de cada ação, a conferência se fazer intentando somar o valor do contrato e o propósito de se fraudar.

Mas não só títulos de crédito, cuja intangibilidade é atenuada ante a cartularidade do Direito e a materialidade do papel, podem ser conferidos. Créditos,

27. Henn, *op. cit.*, p. 305.

28. *Op. cit.*, p. 1.067.

29. *Curso de Direito Comercial*, vol. 2.º, p. 52.

30. *Op. cit.*, p. 51.

31. *Op. cit.*, p. 52.

em geral, podem ser cedidos, não se admitindo, porém, créditos resultantes de contratos bilaterais,³² pois não haveria aumento de disponibilidade em favor da sociedade; excetua-se, evidentemente, da regra, as obrigações correspondentes a créditos já satisfeitos.

Crédito, não conferível é o da quota de sociedade de responsabilidade limitada onde não se permite aos sócios a livre disponibilidade de seu *status socii*. Não há, no caso, a penhorabilidade indispensável.

Idem: os direitos de clientela

Os bens da empresa, ou em noção mais estrita e menos correta, do estabelecimento, não são reuniões díspares e ilógicas de coisas e direitos. Como são bens de produção, individualmente, e serão no todo, um universo voltado para a produção, a organização com este fim específico acresce o valor de cada elemento individual. Tal organização é denominada “aviamento”.

Por sua vez, este valor do todo dos bens tem um efeito no mercado, dando ao organizador uma posição determinada perante a concorrência. Como o exercício do comércio é legal, e a concorrência incentivada no sistema econômico capitalista, esta situação jurídica da sociedade empresária perante o mercado é um direito absoluto, denominado “clientela”.

Como já vimos, tais direitos, são voltados indistintamente contra todos, que devem ao titular respeito ao exercício legal do poder. Serão exclusivos se o ordenamento jurídico atribuir ao titular o monopólio, a possibilidade de ser o único a exercer um direito de clientela.

A expressão “direitos de clientela” deve-se a Paul Roubier,³³ que concebeu como um *tertius genus*, ao lado dos reais e dos pessoais. Incluir-se-ia no conceito os de propriedade intelectual: os de propriedade industrial e os de científica, artística ou literária; as marcas de indústria e de comércio; as *appellations d'origine*; o fundo de comércio, na acepção francesa; os monopólios legais. Ao lado destes, constituindo a face não exclusiva dos direitos de clientela, poríamos as invenções não patenteadas e o segredo de empresa; o monopólio de fato; o ponto; o *good will*, ou seja, o próprio aviamento considerado como todo.

Poder-se-ia argumentar que, quanto a um inventor ou criador individual, cuja atividade não se caracterizasse como de empresa, e classificação seria mal aplicada. No entanto, com a exclusividade concebida ao criador, protege-se não só os direitos morais quanto os econômicos; e, em relação a estes, a noção é adequadamente aplicável. Está claro que, quanto à empresa, mesmo os direitos “morais” seriam incluídos na clientela, pois fama, talento, gênio, são condicionantes positivos do faturamento.

Note-se, por fim, que, contra boa parte da doutrina, consideramos a clientela como um bem da empresa, e não do estabelecimento. Vincular uma posição no mercado ao *local good will* é conservar uma visão estreita, de pequeno comércio, que ignora a complexidade da moderna empresa.

32. Modesto Carvalhosa, *op. cit.*, vol. I, p. 39.

33. Chavanne e Burst, *Droit de la Propriété Industrielle*, p. 2.

A propriedade intelectual

Paul Roubier inclui neste conceito tanto os privilégios (de invenção, de modelo de utilidade, de modelo industrial, de desenho industrial) quanto os direitos autorais. São as criações do espírito humano, a que a ordem jurídica concedeu ao titular o estatuto de direitos absolutos exclusivos. Como bens intangíveis cuja propriedade é assegurada, são contabilizados no ativo permanente, mais precisamente no ativo imobilizado.

A propriedade intelectual pode ser conferida à sociedade a título de cessão total, com passagem de todos os direitos; pode ser entregue a título de licença exclusiva; pode sê-lo a título de licença não exclusiva. Em se tratando de patentes, como há autonomia em cada um dos direitos concedidos pelos vários Estados, a exclusividade pode ser limitada ao mercado do país da sociedade. Se o contrato de licença não o vedar (o que é raro), a obra ou o invento pode ser sublicenciado à sociedade.

O principal problema da capitalização de tais bens intangíveis é a avaliação: "patentes de invenção, marcas, são difíceis de avaliar com exatidão".³⁴ Tais dificuldades crescem quando o bem é transferido a título de licença (locação) não exclusiva: "o valor real da licença só seria apurável quando uma organização equipada e organizada usar ou vender o processo".³⁵ Em outras palavras, o valor do bem seria dependente do aviamento em que ele se insere.³⁶

Não acreditamos que um contrato de licença não exclusivo possa ser conferido ao ativo, pois o seu valor de mercado e o seu potencial de lucratividade ficariam dependentes exclusivamente do licenciador, que via de regra, é também o subscritor. Mesmo quando existia uma exclusividade em termos nacionais, o subscritor-licenciador tem considerável controle sobre o valor conferido, pois pode impedir a importação dos produtos licenciados em países estrangeiros, onde vigore sua patente.

Outra questão é de se uma patente depositada, mas não concedida ou uma licença de patente nas mesmas condições, poderia ser conferida. Não há propriedade industrial sem o pronunciamento do Estado que, ao expedir a patente constitui a exclusividade.³⁷ Desde o depósito, porém, há tipicamente uma expectativa de direito. A legislação em vigor permite o licenciamento desde o requerimento, mas prescreve que do ato jurídico nenhum pagamento resultará (entenda-se: pagamento do licenciado). Parece claro que uma expectativa de direito não seja bem suscetível de conferência, por faltarem-lhe os requisitos de garantia patrimonial.

Outro é o caso com os direitos autorais, cuja existência independe de reconhecimento do Estado. No entanto, não deveriam ser admissíveis à conferência obras sem registro, pois, sem a inscrição *ad probandum tantum*, não se poderia eficazmente determinar o valor do bem.

34. Rubens Requião, *op. cit.*, vol. I, p. 274.

35. Cary, *op. cit.*, p. 1.100.

36. Para os critérios de avaliação, vide Antônio Luiz Figueira Barbosa, *Comércio de Tecnologia*, CNPQ.

37. Rubens Requião, *op. cit.*, vol. I, p. 209.

Tais propriedades são, em primeiro lugar, temporárias. O bem será assim capitalizado descontando-se o valor já amortizado. Além disso, a propriedade intangível é extremamente frágil; por exemplo, quanto a privilégios, há o dever de usar o invento, o modelo, etc., sob pena de licença compulsória ou caducidade; quanto à propriedade autoral, os direitos morais do escritor ou compositor, podem se exercer a qualquer tempo, impedindo a reprodução da obra.

Caso ainda a ser considerado é a conferência de privilégio de titular estrangeiro, concedido sem a prioridade legal. Pelo Código da Propriedade Industrial (art. 30, § 1.º) tais privilégios não geram *royalties*, como também não geram, quanto à licenciadora, a licença dada à subsidiária nacional de empresa estrangeira (Lei 4.131/62). Fora os aspectos do capital estrangeiro, que serão analisados em seção própria, pode-se lembrar que, embora não frugífera, a propriedade continua intacta quanto ao valor de uso e, até certo ponto, quanto ao de troca. Não haveria, do ponto de vista do Direito Societário, óbice a conferência desta patente defectiva.

Idem, idem: Marcas, Appellations d'Origine. Nome. Insignia. Título do estabelecimento. Indicações de proveniência. Título de periódicos

Os direitos sobre os signos distintivos são direitos de clientela em sua forma mais flagrante. A situação perante o mercado conseguida pela empresa depende da produção de coisas e serviços capazes de satisfazer necessidades econômicas, como também depende de que o público seja capaz de identificar a coisa e o serviço como tendo as qualidades necessárias. Tal função é também, embora parcialmente, desempenhada pelos modelos e desenhos industriais.

Usando a distinção do direito norte-americano entre *local goodwill* e *personal goodwill* (clientela resultante da localização e clientela resultante de fatores pessoais) os signos distintivos teriam a finalidade de assegurar que a boa vontade do público, obtida em função das qualidades pessoais da empresa (qualidade, pontualidade, eficiência, etc.) seja mantida inalterada. Está claro que a mais moderna técnica comercial tenta ampliar o papel criador de clientela dos signos distintivos, sem os quais a publicidade seria inconcebível, mas, historicamente, é como meio de conservação da clientela obtida que se concebe tais signos.

As marcas são sinais distintivos apostos a produtos fabricados, a mercadorias comercializadas, ou a serviços prestados, para a identificação do objeto a ser lançado no mercado, vinculando-o a um determinado titular de um direito de clientela. Sujeitas a registro, são propriedade industrial a partir do mesmo, não se concebendo, no direito brasileiro vigente, direito natural de ocupação sobre a marca. No entanto,³⁸ a partir do depósito haveria uma expectativa de direito, suscetível, entendem alguns, inclusive de proteção possessória.

Ao contrário dos direitos de propriedade intelectual, as marcas não são temporárias, muito embora, após 10 anos, não produzam mais *royalties* e exijam renovação de registro. Também são infrutíferas as marcas licenciadas por pessoa estrangeira a subsidiária nacional. Claro está que as marcas podem ser conferíveis

38. Pontes de Miranda, *Dez Anos de Pareceres*, pp. 73 e ss.

ao capital. Integradas ao patrimônio social, serão contabilizadas no ativo imobilizado, embora, à diferença das patentes, não serão amortizáveis, salvo no caso de licença temporária. Nos demais aspectos, os comentários acima tecidos a respeito de patentes valem também quanto às marcas, *mutatis mutandis*.

Regime idêntico ao das marcas seguem as expressões ou sinais de propaganda referidos no art. 73 do CPI, sendo porém sinais distintivos não vinculados necessariamente ao produto ou serviço. O regime brasileiro não exige, além disto, que o titular esteja exercendo a atividade a que se vincula a expressão ou sinal de propaganda, a que torna possível, ao menos em tese, a existência de empresa cujo capital seja constituído inteiramente destes signos, para locação ou venda.

O *franchising*, contrato de direito de clientela a ser examinado a parte, consiste legalmente na licença de marca, com assistência técnica e administrativa relativa ao uso “verídico” da marca, e se torna, na verdade, um contrato de transplante de aviamento.

O nome comercial, ou de empresa, no regime legal vigente, só pode ser conferível ao capital em forma de denominação própria, às sociedades anônimas e às sociedades por quotas de responsabilidade limitada. A firma, representando o nome civil dos sócios, é inalienável. A denominação, note-se, pode ser conferível conjuntamente com a empresa, ou separadamente.

Por exceção ao anteriormente postulado, há direitos de clientela que, embora sejam elementos do exercício da empresa, exercem-se em relação ao estabelecimento. Tais são o título do estabelecimento e a insígnia. Aquele é o sinal designativo da unidade técnica de produção ou circulação de bens e serviços (= do estabelecimento), este é o sinal gráfico, ou emblema, que o representa. A doutrina diverge sobre a possibilidade de alienar o título e a insígnia independentemente do estabelecimento. Em sentido contrário, Coelho de Souza e parte dos autores italianos; no sentido positivo, Rubens Requião.³⁹ O Direito francês⁴⁰ se inclina por admitir a transferibilidade, a não ser que o fundo de comércio, tal como registrado, inclua cláusula de restrição à transferência. Se tido como inalienável, evidentemente não poderia ser conferido, salvo na universalidade do estabelecimento.

Diversas das marcas, mas exercendo o mesmo efeito, são as designações de origem e as indicações de proveniência. Ambas são sinais designativos da origem dos produtos, sendo que as primeiras representam uma garantia institucional de qualidade, em função do local da vindima ou da fabricação.⁴¹ Pela sua própria natureza são bens intangíveis vinculados a um bem fundiário, ou a uma região geográfica e, assim, insuscetíveis de serem conferidos isoladamente ao capital da sociedade. O direito brasileiro regula a indicação de procedência no art. 70 do CPI.

Os títulos de periódicos são reconhecidamente elementos patrimoniais de grande valor. Suscetíveis de penhora e execução,⁴² estão plenamente capacitados

39. *Op. cit.*, vol. I, p. 203.

40. Chavanne e Burst, *op. cit.*, p. 479.

41. *Idem*, p. 489.

42. O título “O Cruzeiro” foi, no espaço de poucos meses, penhorado e executado três vezes.

a se integrarem no capital de uma sociedade. No direito francês não há proteção específica⁴³ para tal propriedade, como não há no direito brasileiro, mas é suscetível de registro de marca e de direito autoral. Devido à impossibilidade de recriação autônoma do mesmo título, devido à própria publicidade do periódico, na esfera de repercussão econômica de sua distribuição, é suscetível de proteção pelos princípios de concorrência desleal, o que, mesmo sem registro de marca, etc., o torna capitalizável. O título pode não só ser cedido; mas também ser concedido em exploração, ou usufruto.

Idem, idem: monopólios legais

O monopólio legal é o direito de clientela na sua expressão mais absoluta. Pode tomar a forma de um monopólio propriamente dito, ou de restrições da concorrência. É exemplo da primeira a concessão de serviços públicos, e da segunda a limitação numérica dos corretores de navio ou das autonomias de táxis. Diz-se monopólio o poder absoluto exclusivo de ser o único a atuar num determinado mercado; e oligopólio o poder absoluto cujos titulares sejam em número limitado. Ambos são designados por privilégios.

No direito brasileiro, o monopólio é restrito pelo art. 163 da Constituição, que confere à União o poder de instituí-los, e pela Lei 4.137/62, que visa coibir os monopólios naturais ou de fato. São monopólios legais o dos serviços públicos de energia elétrica, de telecomunicações, de transportes, o das minas; a sua exploração se faz, porém, por concessão ou permissão (esta não monopolista)⁴⁴ a particulares. Como um valor econômico da mais alta relevância, poderia, em tese, ser conferido ao ativo, por exemplo, pela própria União Federal. Mas a penhorabilidade da delegação de um poder público é, pelo menos, um assunto controverso.⁴⁵

Oligopólios, no entanto, são privilégios muitas vezes conferíveis ao capital. O valor de uma carta patente de instituição financeira, desde que haja concordância do Banco Central na transferência, constitui um elemento fundamental para uma empresa da área. A conferência de tais bens, no entanto, fica dependente da sua penhorabilidade ou não, entre os demais fatores.

Note-se, no entanto, que a conferência de um monopólio não será, necessariamente, garantia de lucratividade limitada; existe um ponto em que a situação monopolística dá prejuízo: o chamado ponto de Cournot.⁴⁶

Num sentido mais lato, são monopólios legais todos os direitos absolutos exclusivos sobre bens materiais. É neste sentido que a primeira lei antimonopólio, editada por James I da Inglaterra, excetuava a proibição “os privilégios conferidos aos inventores”.

43. Chavanne e Burst, *op. cit.*, p. 423.

44. Walter Álvares, *Direito da Energia*, p. 296.

45. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, pp. 315 e 355.

46. Hermano Duval, *Concorrência Desleal*, p. 36.

Idem, idem: “Fonds de Commerce”

O conjunto de todas as coisas e direitos reunidos para a atividade empresarial, somado com a organização destes mesmos elementos com o propósito de produzir coisas ou serviços, é o fundo de comércio.⁴⁷ Uma noção constante do Direito Comercial de todos os países, ganhou prevalência no sistema francês, no qual assumiu o *status* de “propriedade comercial”.

No direito francês o *fonds de commerce* é a reunião de meios materiais e jurídicos para a exploração de uma clientela, considerada, nota Savatier,⁴⁸ como se fosse um bem fundiário, frugífero. De um lado, é um bem móvel, pois dele se exclui o dos imóveis onde se explora a atividade, embora compreenda o direito à locação; de outro, é um bem incorpóreo, pois se destaca das coisas tangíveis que o formam. Constituído em torno da figura de um pequeno negociante, pessoa física, não se confunde com a empresa: é uma seção do patrimônio afetado ao negócio, onde só se inclui o ativo.

Com todas estas limitações, o *fonds de commerce* francês é objeto de numerosos negócios jurídicos, dos quais a venda a crédito, a anticrese e a locação-gêrência são as mais freqüentes. As transações são submetidas a registro, e adquirem uma solenidade comparável aos atos jurídicos correspondentes a bens imóveis. Todo o sistema é baseado no princípio da fixidez da locação, pelo qual o comerciante locatário é inamovível do imóvel.

É a tradição medieval do *jus intraturae*, que concedia ao artífice o direito de permanecer indefinidamente no imóvel locado ou haver uma indenização ao fim do prazo ajustado, a título de pagamento pela benfeitoria consistente no afluxo de clientela ao ponto comercial. Tal idéia chegou até o direito brasileiro, através do Decreto 24.150, que, nos *consideranda*, enumera o mesmo raciocínio que fundamentava a intratura corporativa.

Planiol nota que “o direito sobre o fundo de comércio, como todas as propriedades incorpóreas, é um direito à clientela”.⁴⁹ Esta é a razão pela qual um contrato bilateral, como o da locação, pode ser conferível ao ativo sem abalo ao princípio da vedação de integralizar o capital com créditos aos quais correspondam débitos. Não se cede a locação, mas a clientela, resultante do local *good will*.

Pode-se, também, ceder o estabelecimento, com todos os bens, os direitos, além da organização e da posição no mercado. Curiosamente, a contabilidade, que se mostra tão arredia a registrar o *goodwill* (a clientela), quando gerada pela própria empresa, aceita fazê-lo no caso de conferência de estabelecimento. Henn é explícito ao dizer que aceita-se como propriedade o bem-clientela de uma empresa lucrativa em funcionamento (*profitable going concern*);⁵⁰ no mesmo sentido, Modesto Carvalhosa,⁵¹ e Cary.⁵²

47. Rubens Requião, *op. cit.*, vol. I, p. 224.

48. *Op. cit.*, ns. 79 e ss.

49. *Apud* Rubens Requião, *op. cit.*, vol. I, p. 187.

50. *Op. cit.*, p. 306.

51. *Op. cit.*, vol. I, p. 39.

52. *Op. cit.*, p. 1.508.

É claro que, ao integrar-se num estabelecimento (ou uma empresa) alienado, o bem clientela acresce seu valor, representado pela antecipação razoável da lucratividade futura, capitalizada ao momento do negócio. Quem vende um objeto lucrativo, acresce ao preço dos bens e direitos identificados e contabilizados a expectativa dos lucros futuros: é exatamente o *goodwill*. O bem clientela ganhou valor de troca, é traduzível em dinheiro, e torna-se conferível ao capital. A objeção feita no caso *See V. Heppenheimer* não fora à conferência de bens aos quais se adicionou a perspectiva de rentabilidade, mas o fato de que “não há *goodwill* de uma empresa que ainda não funcionou”.

No entanto, não há, no caso, direito absoluto exclusivo ao bem-clientela. O titular, protegido pelo direito absoluto não exclusivo conseqüente da rejeição da concorrência desleal, mostrou-se um jogador hábil no mercado, e é isto que se paga. O fundo de comércio, na forma de propriedade comercial, ou seja, exclusividade do local *goodwill*, representa apenas parte da história. No estado atual do desenvolvimento das empresas, não é o ponto, ou exclusividade do ponto, que formam o *goodwill*, mas a organização da empresa que determina o estabelecimento, cria, mantém e desenvolve a clientela.

Idem: direitos não exclusivos de clientela. O segredo de empresa. Os inventos não patenteados. O “know-how”. “Software”.

“O segredo de empresa pode consistir em qualquer fórmula, padrão, mecanismo ou compilação de informação que é usado na atividade empresarial, e que dá ao utilizador uma vantagem sobre os competidores que não o conhecem ou não o usam. Tal pode ser uma fórmula para um composto químico, um processo de fabricação, de tratamento, ou de preservação de materiais, um modelo para uma máquina ou outro aparelho, ou então uma lista de fregueses”.⁵³

Como diz a definição legal acima, aceita pela Suprema Corte norte-americana em 1974, o segredo de empresa, gênero do qual são espécies o *know-how*, o segredo comercial, as fórmulas não patenteadas, etc., é um direito de clientela consistente na detenção de uma informação de disponibilidade escassa e útil no negócio. Não se trata de um direito exclusivo, pois não houve concessão pelo Estado de uma patente ou algo do mesmo efeito.

A definição proposta na lei uniforme sobre segredos de empresa, em elaboração no Congresso norte-americano, é a seguinte: “segredo de empresa significa uma idéia ou uma compilação de informação que (...) adquire valor comercial, atual ou potencial, seja pelo fato de se manter não revelado, ou só ser revelado em confiança e com restrições quanto a sua revelação ou uso ulterior”.

A doutrina e a jurisprudência norte-americanas têm relutado em aceitar o *know-how* como bem capaz de ser conferível ao capital. Num caso julgado em 1955, o tribunal do Estado de Nova Iorque (*Brown v. Watson*) decidiu em primeira instância, tratando do caso de um engenheiro que teria integralizado suas ações com conhecimentos técnicos: “certamente, trata-se de um intangível; no

53. N. *Restatement of Torts*. § 757, *Comment b* (1939). Texto da Lei de Ohio sobre segredo de empresa.

entanto, sua decisão de passar a trabalhar na companhia teve a função muito semelhante à cessão ou doação de *goodwill* (. . .) e, conseqüentemente, pode ser considerado propriedade". A instância superior, porém, dissentiu: "pode-se dizer que os conhecimentos especializados, experiência pessoal e os contatos de uma pessoa têm valor considerável, mas não pode ser considerado propriedade".⁵⁴ Note-se que a base da decisão em primeira instância tinha sido a equiparação de *goodwill* à propriedade, tal como já admitido na época naquele estado.

A doutrina francesa entende o contrato de *know-how* como um contrato de serviço;⁵⁵ a possibilidade de conferir um serviço já foi estudada acima. É preciso lembrar que a decisão judiciária norte-americana recém-mencionada parte também dos mesmos pressupostos.

Em trabalho anterior⁵⁶ já mantivemos a opinião de que o *know-how* é um direito de clientela. O contrato respectivo teria o objeto de ceder a posição privilegiada no mercado, consistente em deter informações úteis para a atividade empresarial, e escassas. Este entendimento está, aliás, perfeitamente de acordo com a definição legal referida no começo desta seção. A natureza de uma conferência de *know-how* não seria, na verdade, prestação de serviços, mas cessão de um bem intangível (que não seria a "informação" ou a "idéia", mas a vantagem comercial perdida ou pelo menos diminuída pela entrega a um competidor de um bem de produção escasso).

Este bem, no entanto, é objeto de poder absoluto não exclusivo. Não na "propriedade" em relação a ele, mas mera detenção, ou *possessio naturalis*. A exclusividade, se obtida, seria meramente uma questão de fato, resultado de um mercado cuja competitividade informacional (tecnologia, em se tratando de *know-how*) seria relativamente baixa. A observação, acima transcrita, sobre licenças de patentes não exclusivas vale para este ponto: o seu valor para a empresa dependeria do *goodwill* a ser desenvolvido no *going concern*.

Temos assim que o segredo de empresa não é suscetível de ser conferido ao capital.

De outro lado, os programas de computador, aos quais certos países têm concedido proteção por via de direito autoral, não são no Brasil, objeto de poderes absolutos exclusivos. Não serão patenteáveis, por disposição expressa do CPI, mas, de outro lado, não deverão receber *status* de direito artístico, literário ou científico, por suas aplicações especificamente industriais.

Idem, idem: o ponto. Os contratos. A clientela, etc.

Como já expresse nas seções anteriores, só o bem intangível objeto de um direito absoluto exclusivo é suscetível de conferência. A exceção, como visto, é o conjunto de bens intangíveis, "bens empresariais", acessoriamente transferidos quando da concessão de um estabelecimento, ou uma empresa ao ativo. Pode-se,

54. Cary, *op. cit.*, p. 1.066.

55. Chavanne e Burst, *op. cit.*, p. 177.

56. O conceito jurídico de "know-how".

desta forma, limitar aos casos de incorporação e fusão, a conferência de bens intangíveis não exclusivos ao ativo.

A conferência de bens intangíveis ao ativo como investimento de capital estrangeiro.

Diz a Lei 4.131/62 que será considerado capital estrangeiro os bens (...) introduzidos no país sem dispêndio inicial de divisas (...). Concebe-se, perante os termos da lei, que seja possível o investimento de uma patente estrangeira como parte do capital de uma empresa brasileira. Átila Andrade Júnior⁵⁷ argumenta que, numa interpretação sistemática, levando em conta o decreto regulamentar (art. 50) somente bens corpóreos seriam admissíveis. Não faltariam argumentos, diz o autor, pois a dificuldade de avaliação do bem incorpóreo o tornaria insuscetível de ser considerado "capital estrangeiro" no Brasil. Mas o próprio art. 7.º da Lei 6.404, continua, permite a integralização do capital com bens incorpóreos, e há o princípio de que não se fará discriminações contra o capital estrangeiro, outras que as estipuladas na própria Lei 4.131/62.

O mesmo autor examina a posição do Banco Central do Brasil perante marcas e patentes de invenção, de um lado, e dos direitos de crédito de outro. Quanto aos primeiros, lembra, é preciso registro no INPI e no Banco Central. Após registro da licença e a averbação dos *royalties*, o valor do capital estará determinado. Não se admitiria, no entanto, a avaliação por peritos, que chegassem à conclusão diversa do valor dos *royalties* atribuídos pelo INPI.

Quanto a direitos de crédito, desde que remissíveis para o exterior (empréstimos a serem pagos, principal, os juros, ou dividendos) são aplicáveis como capital estrangeiro. Não o seriam, porém, direitos de crédito constituídos no exterior, pela incerteza de sua efetivação, em contraste com a certeza atribuída pelo registro no Banco Central do Brasil.

José Eduardo Monteiro de Barros⁵⁸ aponta ainda, quanto à conferência de patentes e marcas, a dificuldade resultante da atitude do fisco, de considerar a capitalização do valor da patente como adiantamento de *royalties*, com conseqüente cobrança do imposto de renda sobre remessas. E, como advogado, chega a aconselhar jamais conferir uma patente, já pelo ônus tributário, já pela dificuldade de avaliação.

Temos, no entanto, que examinar alguns problemas quanto este ponto. Pode uma patente ou marca, insuscetível de gerar *royalties* no Brasil, ser utilizada para integrar investimento de capital perante a Lei 4.131/62? Acreditamos que tal não se possa dar. Em tese, a determinação do valor de uso, ou valor de cessão do bem poderia ser aceito como base para o registro do capital. No entanto, como já se disse, a dificuldade de avaliação impediria a aceitação do valor proposto no Banco Central.

E, segundo ponto, pode um contrato de *know-how* ou de serviços técnicos especializados ser convertido em capital? Sabemos que tal se tem dado, seja

57. In *O Capital Estrangeiro no Brasil*, p. 5.

58. In *Curso de Direito Empresarial*, vol. III, p. 170.

através da emissão de partes beneficiárias conversíveis em ação, seja pela conversão do valor de um crédito do supridor ou prestador estrangeiro, em ações. A legalidade formal destes procedimentos parece insofismável, embora, principalmente o último, não seja compatível com o espírito da Lei das S/A nem com a da Remessa de Lucros.

O poder de controle

Para que exista poder de controle é preciso, em primeiro lugar, que exista um patrimônio cujo titular se encontra na impossibilidade física de gerir os seus bens; em segundo lugar, é preciso que se tenha conferido a outrem a função, um poder-dever de gerir tais bens, a título pessoal, mas no interesse do proprietário; e o poder de controle é o direito de dispor de bens alheios como um proprietário.⁵⁹

Na sociedade anônima, detém o poder de controle, ou a soberania sobre a empresa, quem seja o “detentor de direitos de voto que lhe assegurem maioria relativa nas deliberações sociais, a capacidade de nomear os administradores, e exerça tal direito e capacidade”. O poder é uma matéria de fato, razão por que tem igualmente soberania sobre a empresa mesmo pessoas que não pertençam à sociedade, como o credor externo, ou o supridor de insumos indispensáveis, por exemplo, além do controlador tal como, aceito pela Lei 6.404/76.⁶⁰

Bem intangível, o poder de controle não será, no entanto, um direito de clientela. Não se trata de um bem empresarial, mas de um direito sobre os bens empresariais.⁶¹ Não é o valor nominal, nem o patrimonial, nem o contábil, e nem sequer o de bolsa, que tem a ação, parte do conjunto cuja alienação visa a transferência do controle. Avalia-se a empresa como um *going concern*, como um meio de produzir lucros futuros e de atender às necessidades do controlador, outras do que o lucro direto, e é este valor o do controle.

O valor do poder do controle conferido, como fica claro, só pode ser avaliado em função do interesse relativo que tal controle representa para a sociedade que o recebe em conferência. Assim, é a assembléia geral que aprovará o preço pelo qual se adquirirá as ações, ou quotas, para ser incorporadas ao ativo permanente.⁶² Ou, numa perspectiva mais consentânea com a realidade societária, é o poder de controle da sociedade que recebe os bens em conferência que vai julgar e ponderar o valor do poder de controle conferido.

Tal bem intangível é conferível ao capital exatamente porque é contido nas ações, ou quotas com que é transferido, surgindo como um sobrevalor das mesmas. É interessante notar, porém, que este sobrevalor é subjetivo, dependendo não somente do potencial de lucratividade da empresa controlada, mas da função do controle desta para a controladora; enfim, do aviamento desta.

59. Claude Champaud, *apud* Alfredo Lamy Filho, “O Acionista Controlador e a Nova Lei das S/A”, in *Revista da OAB/RJ*, ano IV, n. LV.

60. Vide Fábio Konder Comparato, *O Poder de Controle nas S/A*.

61. Fábio Konder Comparato, *Estudos e Pareceres...*, p. 103.

62. Modesto Carvalhosa, *op. cit.*, vol. I, p. 39.