

Pareceres

AQUISIÇÃO DE ATIVOS E ASSUNÇÃO DE PASSIVOS EMPRESARIAIS

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES

1. Exposição e consulta. 2. A transferência de elementos ativos e passivos de uma sociedade e o fenômeno da sucessão. 3. Aquisição de ativos e assunção de passivos do Banco B. 4. Não se caracteriza na espécie, direta ou indiretamente, negócio de incorporação. 5. Inexistência de solidariedade entre a Seguradora e as demais patrocinadoras.

1. Exposição e consulta

1.1 Somos honrados com a seguinte consulta formulada pelos Drs. Rubens Opice Filho e Maria Isabel de Almeida Alvarenga, de Machado, Meyer, Sendacz e Opice Advogados, na qualidade de advogados do Banco A. A FMB (Fundação) move ação declaratória contra o Banco A e a BS (Seguradora), em curso perante a 16ª Vara Cível da Comarca do Recife.

1.2 Mencionada demanda, na verdade, cumula duas ações distintas, sendo que na primeira, dirigida contra o Banco A, pleiteia a Fundação o reconhecimento de que o Banco A é sucessor do Banco B, e, nessa qualidade, responde pelas obrigações que o último assumiu perante a Fundação. A sucessão, nos termos da petição inicial, decorreria do instrumento particular de contrato de compra e venda de ativos e assunção de passivos e outras avenças celebrado entre o Banco B e outras empresas do Grupo B e o A, em 25.5.96.

1.3 Na segunda, envolvendo a Seguradora, está pleiteando o reconhecimento de que esta, por força do disposto no art. 34, § 2º, da Lei Federal 6.435, de 1977, responde solidariamente com as demais

patrocinadoras pela integralidade das obrigações assumidas por cada uma delas perante a Fundação.

1.4 Diante da ação proposta pela Fundação, e em face dos documentos que nos foram presentes (cópia da petição inicial, acompanhada de todos os documentos que a instruem), somos consultados sobre as seguintes questões:

I — Com relação ao pedido de reconhecimento de que o Banco A é sucessor do Banco B:

1) O negócio de compra e venda de ativos e passivos celebrado entre o Banco B e outros e o Banco A em 25.5.96 caracteriza-se, direta ou indiretamente, como incorporação?

2) É o Banco A sucessor do Banco B?

3) Houve cancelamento da inscrição do Banco B como patrocinador?

4) Quem responde pelos encargos de patrocinador, durante o período de liquidação e/ou intervenção do Banco B?

5) Com a extinção do Banco B, ficará caracterizado o cancelamento da inscrição do patrocinador, de acordo com o regulamento da Fundação?

6) Não caracterizada a sucessão do Banco B pelo Banco A como entidade patrocinadora da Fundação, quem arcará com a eventual responsabilidade por cancelamento da inscrição da patrocinadora?

II — Com relação ao pedido de reconhecimento de existência de solidariedade entre a Seguradora e as demais patrocinadoras:

1) Em face da legislação vigente, em especial do art. 34 da Lei 6.435/77, e do Convênio de Adesão celebrado entre a Fundação e respectivas Patrocinadoras-Instituidoras, em 9.4.91, existe solidariedade entre as patrocinadoras pela integralidade das obrigações assumidas por cada qual perante a Fundação?

1.5 Para responder aos dois blocos de quesitos acima reproduzidos, iremos preliminarmente, antes de abordar cada um desses blocos, tecer em duas seções sucessivas algumas considerações sobre os dois tópicos em torno dos quais gravitam as referidas perguntas: sucessão e solidariedade empresariais.

2. A transferência de elementos ativos e passivos de uma sociedade e o fenômeno da sucessão

2.1 Em primeiro lugar, cumpre precisar o sentido do conceito jurídico de sucessão. Como se sabe, toda relação jurídica admite alterações na composição de seus elementos essenciais, no curso de sua existência, sem que lhes afetem a individualidade. Apesar das modificações efetuadas, o vínculo subsiste na sua identidade. Essas alterações podem ser introduzidas no elemento pessoal, material ou causal das relações jurídicas. Verifica-se a alteração do elemento pessoal quando se dá a substituição de um dos sujeitos da relação. A essa mudança do sujeito na posição ativa ou passiva de uma relação jurídica, dá-se o nome de *sucessão*: sucessão no poder, ou mais especificamente no direito, e sucessão no dever.

2.2 Não basta, porém, a mudança da pessoa para que ocorra a sucessão. Opera-

se a sucessão quando, na relação jurídica, se substitui um sujeito por outro, sem alteração do vínculo, que permanece idêntico, ou seja, com os mesmos direitos e deveres, aplicando-se aqui, com sobradas razões, a regra do *nemo plus iuris*. O sucessor, ou *avente causa*, passa a ocupar a mesma posição concreta em que se encontrava o autor da transferência, ou *dante causa*. A identidade da relação jurídica, ao lado da diversidade dos sujeitos, constituem, portanto, os caracteres da sucessão.¹

2.3 Ora, a sucessão pode ter lugar por negócios *inter vivos* ou *mortis causa*. A necessidade da sucessão para evitar que a relação jurídica se extinga com a morte de um dos sujeitos, explica, juntamente com outros fatores, a importância do fenômeno sucessório *mortis causa*, a ponto de, por antonomásia, ser encarado como direito sucessório exatamente o direito relacionado com a sucessão hereditária. Mas a sucessão ocorre também por atos *inter vivos*.

2.4 A substituição do credor, ou do devedor, na relação jurídica, por atos de vontade, entre vivos, é, aliás, conquista do Direito moderno. Enquanto se emprestou ao vínculo jurídico natureza pessoal, não era admitido que uma pessoa penetrasse na relação para tomar a posição de outra, a não ser no caso de falecimento. O Direito romano era inflexível nesse ponto, vendo a relação jurídica apenas entre pessoas determinadas e insubstituíveis. Natural, assim, que prevalecesse a intransmissibilidade dos direitos e das obrigações. O Direito moderno, porém, abandonou o primado do elemento pessoal em favor do patrimonial, consagrando, por consequência, a regra da transmissibilidade do vínculo, por declaração de vontade dos interessados.²

1. Cf. F. Santoro-Passarelli, *Teoria Geral do Direito Civil*, trad. port., Coimbra, 1967, p. 68.

2. Orlando Gomes, *Obrigações*, Rio, 1961, p. 223; Dimas de Oliveira César, *Estudo sobre a Cessão do Contrato*, São Paulo, 1954, pp. 18 e ss.; Rosario Niccolò, verbete "Sucessione nei diritti", in *Novissimo Digesto Italiano*, v. XVIII, pp. 605 e ss.

2.5 Na sucessão *causa mortis*, opera-se a transmissão a *título universal* da totalidade das relações jurídicas do *de cuius* para os seus sucessores, considerada essa totalidade na sua unidade patrimonial, abrangendo todos os direitos e obrigações da pessoa falecida. Com a extinção da sua personalidade, todo o patrimônio do pré-morto se transfere, destarte, para os seus herdeiros. Na sucessão *inter vivos*, opera-se a transferência a *título particular*, que ocorre quando o sucessor substitui alguém em uma ou algumas relações jurídicas, particularmente consideradas, conservando, porém, o autor — que não se extingue — o seu patrimônio, feixe de outras tantas relações jurídicas.

2.6 O Direito, contudo, prevê algumas hipóteses — especialíssimas hipóteses — de transmissão universal por atos *inter vivos*. São os casos, p. ex., da incorporação, fusão e cisão de sociedades. A Lei das Sociedades por Ações (Lei 6.404, de 15.12.76), em seu art. 227, disciplina a incorporação de uma sociedade em outra, na qual a incorporadora *sucede* a incorporada em todos os direitos e obrigações. O mesmo ocorre com a fusão de duas ou mais sociedades para formar uma sociedade nova, que lhes *sucedará* em todos os direitos e obrigações, conforme previsto no art. 228 do referido diploma. Também na cisão a sociedade, que absorve parcelas do patrimônio da sociedade cindida, *sucede* a esta nos direitos e obrigações relacionadas no ato de cisão (art. 229, § 1º). Há, em todos esses fenômenos societários, uma situação análoga à da sucessão *causa mortis*, pois a incorporação, a fusão e a cisão importam em extinção total ou parcial da sociedade transmissora do complexo patrimonial.³

2.7 Advirta-se ainda que a sucessão universal se distingue da sucessão particular, não por razões quantitativas, mas por razões qualitativas. A sucessão universal não se dá apenas quando o sucessor recebe

do autor uma pluralidade de relações jurídicas, mas quando recebe essa pluralidade encarada como um complexo unificado, ou seja, como uma universalidade (pois é como universalidade que o Código Civil, art. 57, define o patrimônio). A sucessão universal significa, portanto, *successio in universitatem*, no que se contrapõe à sucessão particular, que significa *successio in singula res*, pois diz respeito, não ao patrimônio como um todo, em sua configuração complexiva e unitária, mas aos elementos positivos ou negativos desse patrimônio, que dele se destacam para serem transferidos.

2.8 Por consequência, a sucessão universal é distinta da sucessão singular, na medida em que (1ª) na primeira, a sucessão implica no desaparecimento do autor primitivo, já que não pode haver transmissão do patrimônio sem a extinção do respectivo sujeito, enquanto, na segunda, a sucessão nas posições ativas e passivas, singularmente consideradas, implica na permanência do autor da transmissão; e (2ª), na primeira, ou seja, na sucessão universal, ocorre a transferência *uno actu* da totalidade do patrimônio (ou de uma cota-parte dele) para uma ou várias pessoas, enquanto, na segunda, ou seja, na sucessão particular, transfere-se ao sucessor uma ou várias relações jurídicas, isoladamente consideradas, em uma ou múltiplas transmissões.

2.9 Daí que pode haver a transferência de grande parte, senão mesmo da quase totalidade dos elementos patrimoniais ativos e passivos de um sujeito, sem que se opere a sucessão universal. Haverá aí a transmissão, a *título particular*, de uma multiplicidade de relações jurídicas, mas não a transmissão do *patrimônio*, incorrendo, por consequência, a extinção do respectivo titular, que continua com o seu patrimônio próprio, composto de direitos e obrigações remanescentes — alguns desconhecidos e outros de algum modo supervenientes — não transferidos ao sucessor.⁴

3. Evaristo de Moraes Filho, *Sucessão nas Obrigações e a Teoria da Empresa*, v. I, Rio, 1960, p. 142; Cesare Ruperto, "La successione universale tra vivi nel nostro Diritto", in *Rivista del Diritto Commerciale*, ano XLVII (1950), parte prima, pp. 122 e ss.

4. Raul Ventura Fusão, *Cisão, Transformação de Sociedades*, Coimbra, 1990, p. 270; Pontes de

2.10 No Direito alemão, aliás, está previsto o exemplo extremo do contrato societário — *Vermögensübertragung* — através do qual uma sociedade por ações ou uma sociedade em comandita pode, sem se extinguir, transmitir a totalidade de suas relações ativas e passivas, sem que isso implique sucessão universal, mas sim em múltiplas sucessões singulares. Dispõe o § 361 do *AktG* que a transmissão de todas as relações jurídicas de uma sociedade — *Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens* — difere da transmissão das relações jurídicas da sociedade consideradas como um todo — *Übertragung des Vermögens der Gesellschaft als Ganzes* — característica das incorporações, fusões ou cisões, que provocam a extinção do autor da transmissão (§§ 339 e 360).⁵

2.11 No primeiro caso, por importar num contrato obrigacional (*Ein Vertrag...*), a sucessão singular do lado ativo e do lado passivo resulta da vontade das partes; no segundo caso, a sucessão a título universal se opera *ex vi legis*.

3. Aquisição de ativos e assunção de passivos do Banco B

3.1 E aqui chegamos ao primeiro bloco dos quesitos que nos foram formulados. Em 24.5.96, foi decretada a intervenção do Banco B, por meio do Ato 531 do Banco Central do Brasil. No dia seguinte ao da decretação da intervenção administrativa, e dando prosseguimento às tratativas rela-

tivas à “aquisição de ativos e assunção de passivos”, que vinham sendo mantidas com o próprio Banco Central do Brasil (a quem as partes interessadas haviam submetido formalmente a operação, por carta de 25 de abril), o Banco B celebrou com o Banco A um “Instrumento Particular de Contrato de Compra e Venda de Ativos e Assunção de Passivos e Outras Avenças”.

3.2 Meses mais tarde, em 17.12.96, seria assinado pelas mesmas partes signatárias um “Instrumento Particular de Re-Ratificação” do contrato de compra e venda de ativos e assunção de passivos, acima referido. Logo depois, em 19.12.96, seria decretada a liquidação extrajudicial do Banco B, através do Ato 596 do Banco Central do Brasil, publicado no *DOU* de 20.12.96.

3.3 Ora, já na correspondência de 25.4.96, endereçada ao Banco Central, se esclarecia que “O Banco A dever(ia) adquirir ativos e assumir passivos do Banco B” objeto de uma “relação de ativos e passivos” a ser estabelecida na data da efetivação do negócio, ficando certo e ajustado, no seu item 5, que, *in verbis*:

“5. Com exceção dos passivos descritos e de outras obrigações especificamente assumidas nos contratos a serem assinados com o Banco B e outras empresas do Grupo, o Banco A não assumirá qualquer outra obrigação, responsabilidade, custo, despesa, encargo ou dívida do Banco B e/ou de outras empresas do Grupo, seja ou não a mesma conhecida na Data do Fechamento.”

3.4 Celebrado o “Contrato de Compra e Venda de Ativos e Assunção de Passivos e outras Avenças” entre o Banco B — já sob intervenção — e o Banco A, em 25.5.96, foram listados nos Anexos I e II os ativos e passivos “objeto do contrato”, ficando expressamente ajustado na cláusula terceira que:

“Terceira: Não estão incluídos no objeto deste contrato a transferência de outros passivos do Banco B e do Banco B Leasing, nem de outras sociedades controladas, que não aqueles listados, respectivamente, nos Anexos I e II, não assumindo o

Miranda, *Tratado de Direito Privado*, ts. V (pp. 51-52, 59-60) e XXIII, 3ª ed., Borsóli, Rio, 1971.

5. “§ 361 (*Vermögensübertragung in anderer Weise*). (1) Ein Vertrag, durch den sich eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens verpflichtet, ohne dass die Übertragung unter die § 339 bis 360 fällt, wird nur mit Zustimmung der Hauptversammlung wirksam. § 339 (Wesen der Verschmelzung) [...] Die Verschmelzung kann erfolgen: 1. durch Übertragung des Vermögens der Gesellschaft (übernehmende Gesellschaft) gegen Gewährung von Aktien dieser Gesellschaft (Verschmelzung durch Neubildung).”

Banco A qualquer responsabilidade pelos seguintes passivos: (i) referentes às ações trabalhistas em andamento; (ii) relativos ao Fundo de Pensão do *Banco B*; (iii) de natureza fiscal previdenciária decorrentes de atos ou fatos anteriores à efetiva transferência da atividade operacional bancária objeto deste Contrato; (iv) resultantes de ações de qualquer natureza que estejam em andamento; (v) perante o Banco Central do Brasil originários de assistência financeira, empréstimos de liquidez e saldo devedor na conta de reservas bancárias; (vi) perante o BNDES, FINAME e CEF.”

3.5 Essa cláusula seria objeto da re- ratificação subscrita pelas partes em 17.12.96, ratificando-a em todos os seus termos, exceção feita à retificação do erro de concordância gramatical do início do parágrafo, excluindo-se a referência, *in fine*, ao BNDES e FINAME. Em 19.12.96, seria baixado o ato de liquidação coacta do *Banco B*.

3.6 Como se observa, não houve *in casu* uma sucessão a título universal dos créditos e dos débitos do *Banco B* pelo *Banco A*, mas sim *múltiplas sucessões, a título particular*, de elementos ativos e passivos listados no negócio, posto que não se extinguiu o *Banco B*, primitivo titular, que permaneceu com o patrimônio remanescente — inclusive com os passivos “relativos ao Fundo de Pensão do *Banco B*”, objeto da presente consulta.

3.7 A sucessão a título universal — como vimos acima — está umbilicalmente ligada ao pressuposto de fato da morte de uma pessoa física ou, de um modo mais geral, ao pressuposto da extinção de um sujeito, pois não pode haver transmissão do patrimônio sem a extinção do respectivo sujeito, uma vez que o patrimônio é o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa, suscetível de apreciação pecuniária.⁶ A sucessão *inter vivos* a título particular pres-

cinde da extinção do sujeito, pressupondo apenas um ato de disposição da parte do titular primitivo, e correlativamente um ato de vontade do sucessor.

3.8 Nem se diga (argumentando com os próprios termos do Instrumento Particular de Contrato de Compra e Venda de Ativos e Assunção de Passivos) que, “em razão da transferência de ativos e passivos objeto do presente contrato”, teria o *Banco A* assumido “de imediato e sem solução de continuidade, diretamente ou através de sociedades controladas congêneres, os negócios bancários e financeiros delas decorrentes”, passando “a operar todas as agências do *Banco B* localizadas no Brasil” (cláusula segunda) — o que equivaleria a dizer que teria havido, aí, a transmissão global do patrimônio de um para outro sujeito.

3.9 O estabelecimento não compreende elementos do passivo de seu titular, de modo que a transmissão dos débitos ao adquirente do estabelecimento não resulta, quer da natureza da obrigação, quer da lei. O estabelecimento comercial não é em nosso Direito uma *universitas iuris*, mas uma *universitas facti*, e, portanto, o seu passivo não se transmite automaticamente com o fenômeno da alienação da universalidade dos bens ativos, podendo resultar apenas da vontade das partes. E no caso *sub examine* as partes convencionaram expressamente a inclusão de determinados passivos, com a exclusão de outros tantos.

3.10 A sucessão nos débitos *ope legis* é um efeito necessário apenas nas hipóteses limitadas de sucessão a título universal, ou seja, nos casos de herança, incorporação, fusão e cisão de sociedades.⁷ Exceção feita a essas hipóteses tópicas, prevalece a regra de que somente a vontade das partes pode estipular a assunção deste ou daquele débito do alienante, surgidos da exploração do estabelecimento alienado.

3.11 É exatamente dentro desses quadrantes que a Lei 9.447, de 15.3.97

6. Miguel Motos Guirão, *Fusión de Sociedades Mercantiles*, Madri, 1953, “La fusión forzosamente lleva consigo la extinción de iure de una sociedad por lo menos”.

7. Oscar Barreto Filho, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, São Paulo, 1969, pp. 221 e ss.

(oriunda da Medida Provisória 1.182, de 17.11.95), em seu art. 6º, incisos, autoriza o interventor ou liquidante da instituição financeira submetida ao regime de intervenção ou de liquidação extrajudicial, a realizar, como providências de socorro subministradas pelo PROER, as seguintes operações:

“I — transferir para outra ou outras sociedades, isoladamente ou em conjunto, bens, direitos e obrigações da empresa ou de seus estabelecimentos;

“II — alienar ou ceder bens e direitos a terceiros e acordar a assunção de obrigações por outra sociedade;

“III — proceder à constituição ou reorganização de sociedade ou sociedades para os quais sejam transferidos, no todo ou em parte, bens, direitos e obrigações da instituição sob intervenção, liquidação extrajudicial ou administração especial temporária, objetivando a continuação geral ou parcial de seu negócio.”

3.12 No vertente caso, o *Banco B* optou, evidentemente, pela primeira alternativa, transferindo *isoladamente* (quer dizer, a título de sucessão particular) ao *Banco A* bens, direitos e obrigações da empresa ou dos seus estabelecimentos.

4. Não se caracteriza na espécie, direta ou indiretamente, negócio de incorporação

4.1 Nem há falar, no caso, em *negócio indireto*, como alegado na inicial da ação declaratória proposta. Há nessa alegação evidente confusão no que diz respeito ao conceito de negócio indireto, além de uma referência equivocada a passagens do notável estudo de Tullio Ascarelli sobre o referido tema.⁸ De resto, o arrazoado em questão começa por abordar o assunto, com uma afirmação que, sinceramente, nenhum dos juristas que versaram a questão — in-

clusive Ascarelli — subscreveria, ou seja, de que os negócios jurídicos, quanto aos seus efeitos, se classificam em duas categorias: diretos e indiretos. O negócio indireto não dispõe de autonomia dogmática, mas apenas econômica, e pode ocorrer em toda hipótese negocial eleita para atingir outro fim, além do que lhe é típico. Como acentua Santoro-Passarelli, “porque se trata precisamente de um motivo, que permanece estranho ao negócio e à sua causa, o *negócio indireto não constitui uma categoria jurídica*” (ob. cit., p. 149).

4.2 Seria, na verdade, um contra-senso pudéssemos sistematizar a infinita variedade dos negócios que podem ser gerados pelo exercício da autonomia privada, subdividindo-os apenas nessas duas categorias: uma, dos negócios tendentes a alcançar o efeito jurídico que lhe é típico; e outra, dos negócios tendentes a alcançar, por via oblíqua, um escopo prático que os ultrapassa. Seria a própria negação da classificação jurídica que se pretende ensaiar.

4.3 O que vem a ser, afinal, o chamado negócio indireto? Pode um *negócio típico*, cujos efeitos são realmente queridos pelas partes, ser concluído por um *motivo* diverso daqueles que mais se afeiçoam à função econômica — ou seja, à *causa* — característica desse tipo negocial, via de regra correspondendo a uma finalidade econômica própria de outro negócio típico ou tipificável. Quando assim se passam as coisas, fala-se em negócio indireto. Quer dizer, temos um negócio indireto quando as partes, valendo-se de um negócio-meio, procuram, sem quebra de sua tipicidade ou de sua função econômica, atingir a consecução do escopo econômico de um determinado negócio-fim.

4.4 O exemplo clássico do negócio indireto é a venda, ajustada com a cláusula *de retrovendendo*, com fins de garantia. Não há aí nenhuma simulação. As partes querem verdadeiramente o negócio-meio (a venda com cláusula de retrovenda), com os efeitos que lhe são próprios (a translação de domínio), para conseguir indiretamen-

8. Tullio Ascarelli, “Negócio indireto”, in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, São Paulo, 1945, pp. 101 e ss.

te, através dele, um resultado prático diverso do que lhe é normal (a garantia). Trata-se de negócio perfeitamente válido, só deixando de sê-lo na medida em que o objetivo último visado for ilegítimo.

4.5 O Ministro José Carlos Moreira Alves, na sua tese de concurso,⁹ ao cogitar da venda com escopo de garantia, demonstra que o negócio em tela é válido se as partes quiseram efetivamente celebrar a retrovenda, embora com fins de garantia. Deixará de sê-lo, se as partes tão-somente o simularam, para ocultar o escopo ilícito realmente querido: a realização, p. ex., de um negócio usurário, com juros onzenários, além dos legalmente permitidos, embutidos no preço da venda efetivada.

4.6 Pois bem, é exatamente isso o que ensina Ascarelli no estudo citado (tomado como base da inicial em exame), como se pode constatar das passagens a seguir transcritas (ob. cit., pp. 103, 104, 120, 121):

“É muito freqüente encontrar, nos vários sistemas jurídicos, negócios indiretos; as partes recorrem a um determinado negócio jurídico, mas o escopo prático visado não é, afinal, o normalmente realizado através do negócio adotado, mas um escopo diverso, muitas vezes análogo àquele de outro negócio ou sem forma típica própria no sistema jurídico.

“Há, pois, um negócio indireto, quando as partes recorrem, no caso concreto, a um negócio determinado, para alcançar, consciente e consensualmente, por seu intermédio finalidades diversas das que, em princípio, lhe são típicas.

“Mas a adoção de determinado negócio, para escopos indiretos, não é feita por acaso: tem explicação no intuito de se sujeitarem as partes, não somente à forma, mas também à disciplina do negócio adotado.

“(…) o negócio indireto não é negócio simulado e não está, por conseguinte, su-

jeito ao regime da simulação. (...) As partes querem efetivamente o negócio que realizam; querem efetivamente submeter-se à disciplina jurídica dele, e não a uma disciplina jurídica diversa; querem também os efeitos típicos do negócio adotado, pois sem estes não alcançariam o objetivo a que visam, o qual, embora não se identifique com a consecução de tais efeitos, necessariamente os pressupõe.”

4.7 Ora, à vista dessas considerações, não há como ver na aquisição dos ativos e assunção dos passivos do *Banco B* por parte do *Banco A* um “negócio indireto”, já que na operação em pauta não está presente nenhuma das características que o singularizam. As partes contratantes quiseram efetivamente realizar o negócio que ajustaram, ou seja, a cessão de direitos e a assunção de débitos; e o quiseram justamente motivadas pelo desejo de alcançar *diretamente* os seus efeitos típicos, ou seja, a transmissão dos créditos e das obrigações a título de sucessão singular — sem provocar a extinção da parte alienante, nem a sucessão universal por parte da adquirente, conseqüências que sucederiam na incorporação.

4.8 Não foram elas, portanto, motivadas por nenhum escopo ulterior — ou *indireto* — que excedesse o escopo típico do negócio. Em outras palavras, o *Banco A*, através dessa operação, não quis “incorporar indiretamente” o *Banco B* (como se alega), mas apenas e tão-somente adquirir ativos e assumir dívidas da entidade então sob intervenção, e ora em liquidação. Até pelo contrário: as partes se utilizaram desse esquema negocial justamente porque não lhes interessava promover a incorporação do *Banco B* pelo *Banco A*, nem atingir os efeitos típicos das incorporações societárias. Em suma, trata-se de um negócio cuja motivação corresponde exatamente aos fins que lhe são típicos. Onde então o “negócio indireto”?

4.9 Sustenta-se que ao assumir o *Banco A* “os negócios bancários e financeiros” do *Banco B*, “em decorrência” da transfe-

9. José Carlos Moreira Alves, *A Retrovenda*, Rio, 1967, pp. 15 e ss.

rência de ativos e passivos, passando a operar “todas as agências deste localizadas no Brasil” — como expressamente está convencionado na cláusula segunda do Instrumento de 25.5.96 —, fica claro que o objetivo ulterior, ou oculto, buscado no negócio (e que permitiria enquadrá-lo como um negócio indireto), era, na realidade, a *incorporação das atividades do Banco B* por parte do *Banco A*. Haveria, nessa transferência de ativos e passivos, uma *incorporação societária dissimulada*, ademais viciada pela *intenção fraudulenta* de levar aos credores do *Banco B* um prejuízo, já que lhes estaria reduzindo a garantia geral que deveriam encontrar no patrimônio do devedor primitivo.

4.10 A argumentação pode, numa primeira vista, impressionar, mas não procede exatamente pelas razões acima alinhadas. Ao assumir as atividades desenvolvidas pelo *Banco B* nos estabelecimentos que lhes foram transferidos, o *Banco A* só responde pelos débitos que expressamente assumiu, remanescendo os demais débitos, não transferidos, de responsabilidade exclusiva do primitivo titular dos fundos, que aliás permanece vivo. É sabido que, como universalidade de fato, o estabelecimento comercial somente compreende elementos do ativo, não estando o sucessor obrigado às dívidas do seu antecessor, a não ser as que assumir.

4.11 E isso ocorre pela simples razão de que a transferência de estabelecimentos sempre se dá a título singular, não provocando a transmissão global do patrimônio, de um para outro sujeito. Por consequência, a referida “assunção das atividades do *Banco B*” não transforma o *Banco A*, *ipso facto*, em incorporador, ou seja, em sucessor universal do *Banco B*. Que de resto, repita-se, não se extinguiu, conservando patrimônio próprio e respondendo pelos débitos não transferidos, o que por si só é suficiente para negar a existência, na espécie, de incorporação de fato, ou de sucessão universal. O *Banco A* é, por conseguinte, apenas *sucessor a título particular* dos

ativos e passivos *expressamente* transacionados, passando a exercer com eles as atividades antes desenvolvidas pelo *Banco B* em suas agências, sem que isso implique sucessão universal.

4.12 Nem se pode reputar como ato *in fraudem creditorum* a cessão de ativos e assunção de débito em tela, pelo fato de o negócio celebrado entre o *Banco B* e o *Banco A* haver provocado redução do ativo patrimonial do devedor transmitente. Primeiro porque não constitui fraude o fato em si de o devedor ter reduzido o seu ativo patrimonial, pela alienação de bens, posto que houve, no caso, troca econômica, e não desfalque. Segundo porque o devedor, pelo fato de o ser, não perde a disposição de seus bens, podendo aliená-los, no exercício de sua autonomia de vontade. O que se caracteriza como defeito do negócio e sofre a repressão da ordem legal é a *diminuição maliciosa* do patrimônio do devedor, furtando-se dos credores a garantia geral que nele devem eles encontrar.

4.13 Quer dizer, não configura nenhum *processo fraudulento* a redução do ativo, desde que acompanhada de equivalente redução do passivo. A subtração de uma parte dos ativos do *Banco B* foi *compensada* pela liberação de passivos de valor correspondente, como que *solvendo* os débitos preexistentes. A rigor, portanto, não se impôs qualquer prejuízo a terceiros. Não constitui “fraude contra credores” o fato de o devedor reduzir o seu ativo patrimonial, para solução de débitos.¹⁰

4.14 Na realidade, o negócio em tela se traduziu primordialmente em assunção, pelo réu, de passivos do *Banco B*, como se depreende dos termos dos *consideranda* e da cláusula primeira do contrato. A causa determinante da celebração do negócio foi a delicada situação do *Banco B*, que conduziu à intervenção do Banco Central do Brasil e aconselhou a operação como forma de evitar prejuízo aos depositantes e

10. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, v. I, Rio, 1961, pp. 378 e ss.

investidores, dentro das finalidades do PROER. Tanto assim que há uma diferença significativa entre o passivo assumido (R\$ 1.013.084.000,00) e o ativo adquirido (R\$ 560.391.000,00), a ponto de o *Banco B* se comprometer a “pagar ao *Banco A* o valor relativo à diferença entre o total dos ativos e o total dos passivos listados” (cláusula primeira, § 2º).

4.15 Ademais, os atos fraudulentos, como se sabe, são atacáveis pela ação pauliana ou revocatória, prevista até no processo de liquidação extrajudicial de instituições financeiras (Lei 6.024, de 13.3.74, art. 34), tendo por objeto a nulidade do ato e a recuperação da coisa para o patrimônio do devedor. Deriva da abrangência de uma mera ação declaratória — como a que foi proposta — a pretensão de reconhecimento de vício no negócio jurídico e de sua anulabilidade.¹¹

4.16 Isto posto, podemos responder ao primeiro bloco de quesitos da consulta da seguinte forma:

1) O negócio de compra e venda de ativos e passivos, celebrado entre o *Banco B* e outros e o *Banco A*, em 25.5.96, não se caracteriza, direta ou indiretamente, como incorporação, pois lhe faltam os pressupostos essenciais presentes em toda incorporação societária: a transmissão de todo o patrimônio e a extinção da sociedade transmissente;

2) Nessas condições, o *Banco A* não é sucessor universal do *Banco B*, pois só pode haver sucessão universal através da transferência de todo o patrimônio, com a subsequente extinção do respectivo sujeito;

3.1) Por via de consequência, não houve, até o momento, o “cancelamento da inscrição” do *Banco B* como entidade patrocinadora da *Fundação*, já que, de acordo com o art. 11 do Regulamento aprovado pela Escritura de Constituição da *Funda-*

ção (repisado pelo art. 13 do Regulamento, tal como resultou da reforma a que foi submetido em 9.4.91), esse cancelamento só se dará (a) a requerimento da patrocinadora, ou (b) por força de sua “extinção”, considerada extinção “inclusive através de fusão ou incorporação a empresa não patrocinadora”.

3.2) Ora, não consta que o *Banco B* tenha requerido esse cancelamento, e evidentemente o *Banco B*, até o presente momento, *não se extinguiu*, embora tenha passado por um processo de intervenção, decretada e efetuada pelo Banco Central do Brasil, desde 24.5.96, e ingressado num processo de liquidação extrajudicial, decretado em 19.12.96. A extinção de uma companhia em liquidação — extrajudicial ou ordinária — só acontece com o *encerramento* da liquidação (Lei 6.404/76, art. 219, I; Lei 6.024/74, art. 19), conservando a sociedade liquidanda personalidade jurídica até que ocorra a extinção (Lei 6.404/76, art. 207; Lei 6.024/74, art. 17);

4) Por conseguinte, durante o período de intervenção, e ora durante o período de liquidação, o *Banco B* — que não transferiu as obrigações relativas à *Fundação* ao *Banco A* e nem se extinguiu — não se exonerou dessas obrigações, continuando a responder pelos encargos de patrocinador *com o seu patrimônio* — ou seja, com a sua “massa”, como por duas vezes a Lei 6.024, no seu art. 16, se refere ao patrimônio em liquidação (como se na liquidação extrajudicial houvesse a formação de massa, como a massa falida no processo falimentar, cuja administração é deferida ao liquidante);

5) Somente com o advento da extinção do *Banco B*, por força do encerramento da sua liquidação, é que se dará, portanto, o cancelamento da sua inscrição como entidade patrocinadora, nos exatos termos do Regulamento da *Fundação* acima referidos, não se cogitando aqui da aplicação das normas da Resolução MPAS/CPC 6.8.88 à espécie, visto que dispõem elas sobre a “retirada” ou a “saída” *voluntárias* da patrocinadora de uma entidade fechada de previ-

11. STJ-4ª T., RE 6.227-GO, rel. Min. Fontes de Alencar, j. 13.8.91, v.u., DJU 1.6.92, p. 8.048, 2ª col., em., in Theotônio Negrão, *Código de Processo Civil*, com. ao art. 4º.

dência social, e, no caso, se trata de exclusão *forçada* da patrocinadora por liquidação extrajudicial desta;

6) Evidentemente, eventuais responsabilidades por esse cancelamento só poderão ser imputadas ao *Banco B* e aos seus administradores, nos termos da legislação comum.

5. Inexistência de *solidariedade* entre a *Seguradora* e as demais patrocinadoras

5.1 Na ação declaratória movida pela *Fundação* contra o *Banco A* e o *Banco B Seguradora*, a autora pleiteia também o reconhecimento desta última como responsável solidária com o *Banco A*, na condição de sucessor do *Banco B* (que, como vimos, desenganadamente não é), e com as demais entidades patrocinadoras pela integralidade das obrigações assumidas por cada qual perante a *Fundação*, por força do disposto no § 2º do art. 34 da Lei 6.435, de 15.7.77, e em face do disposto no Convênio de Adesão. Ora, nada encontramos, nem no dispositivo citado, nem no Convênio, que nos autorizassem a dizer que existe *solidariedade passiva* entre as patrocinadoras da entidade, como passaremos a ver.

5.2 Dispõe o art. 34, § 2º, 2, da Lei 6.435/77, que, *verbis*:

“Art. 34. As entidades fechadas consideram-se complementares do sistema oficial de previdência e assistência social, enquadrando-se suas atividades na área de competência do Ministério, da Previdência e Assistência Social. (...) § 2º. No caso de várias patrocinadoras, será exigida a celebração de convênio de adesão, entre estas e a entidade de previdência, no qual se estabeleçam, pormenorizadamente, as condições de solidariedade das partes, inclusive quanto ao fluxo de novas entradas anuais de patrocinadoras.”

5.3 Esse dispositivo seria repetido, *ipsis litteris*, pelo art. 5º, parágrafo único,

do Decreto 81.240, de 20.1.78, que regulamentou as disposições da Lei 6.435, e enunciado na alínea 30 da Resolução MPAS/CPC 1, de 9.10.78.

5.4 Segundo a interpretação desenvolvida pela autora, o dispositivo transcrito teria instituído a *solidariedade legal* entre as diversas patrocinadoras das entidades de previdência privada, ao determinar, de maneira cogente, que, na celebração do necessário Convênio de Adesão, deverão ser pormenorizadamente convencionadas “as condições de solidariedade das partes”, inclusive quanto ao fluxo de novas entradas anuais de patrocinadoras. Ao assim dispor, o legislador já estaria *presumindo* aí a existência de obrigações solidárias.

5.5 Não é correta a inteligência que a autora pretende imprimir à referida passagem da Lei 6.435. O aludido preceito não é, positivamente, um caso de solidariedade legal, ficando isso patente quando encarado dentro do contexto maior dos princípios que informam a teoria geral das obrigações solidárias, em nosso Direito. Com efeito, um dos princípios comuns às obrigações solidárias é o da *não presunção da solidariedade*, não admitindo o nosso ordenamento jurídico-civil a chamada solidariedade presumida, tácita ou implícita. É o que dispõe o art. 896 do nosso Código, mantendo-se assim fiel à doutrina tradicional: “A solidariedade não se presume, resulta da lei ou da vontade das partes”.

5.6 Quer dizer, se a lei não a impuser, nem o contrato a estipular, não se terá a solidariedade. Entende-se assim, por importar a solidariedade um agravamento da responsabilidade dos devedores, que passarão a ser obrigados ao pagamento total, repelindo-se deste modo o princípio comum das obrigações de que *concurso partes fiunt*, ou seja, de que as obrigações se subdividem *pro parte*, de modo que cada credor só tenha direito a uma quota, ou que cada devedor só responda pela sua parte. Daí que a solidariedade é direito excepcional, *ius singulare*, devendo resultar de texto expresso de lei (solidariedade legal), ou cla-

ro ajuste entre as partes (solidariedade convencional).¹²

5.7 Com efeito, prevalecendo a presunção, prevista na lei, *contra a solidariedade*, para que essa desapareça é essencial que haja manifestação *expressa* da vontade da lei ou das partes. Embora independentemente de palavras solenes e sacramentais, o que se exige é que sejam empregadas expressões que deixem manifestada claramente a intenção de se estabelecer a solidariedade. Se não houver menção expressa e clara no título constitutivo da obrigação, ou se a lei for omissa, prevalecerá presunção contrária à solidariedade.

5.8 Daí ser incabível sustentar que a solidariedade do *Banco B Seguradora* e das demais entidades patrocinadoras resulta da obrigação imposta pelo dispositivo legal citado, quando este determina se estabeleçam, pormenorizadamente, no Convênio de Adesão "as condições" de solidariedade das partes. Mais conforme com os princípios das obrigações solidárias em nosso ordenamento será deduzir que o dispositivo de lei em tela quis apenas dizer que, em sendo

estabelecida *convencionalmente* a solidariedade, as suas *condições* deverão ser pactuadas *pormenorizadamente* no Convênio. Nada mais do que isso. Não institui, de maneira alguma, um novo caso de solidariedade legal. *Apenas estabelece que a solidariedade eventualmente pactuada no Convênio de Adesão deverá, para vencer a presunção legal em contrário, ter nesse documento as suas condições detalhadamente ajustadas.*

5.9 Ora, no Convênio de Adesão, subscrito pela *Seguradora*, não se encontra nenhuma passagem que nos leve a detectar a manifestação, explícita ou implícita, das partes signatárias em assumir qualquer obrigação solidária, cumprindo, assim, concluir, sem maiores cogitações, que prevalece, na espécie, a regra geral da não-solidariedade entre os pactuantes. A interpretação desenvolvida pela autora na inicial conspira, evidentemente, contra os termos da lei civil.

Com esta última resposta, ficam respondidos todos os quesitos que nos foram formulados.

São Paulo, 5 de março de 1998

12. J. M. Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, v. XI, 12ª ed., Rio, 1988, pp. 182 e ss.