

Da Conferência de Bens Intangíveis ao Capital das Sociedades Anônimas à luz da Lei 11.638/07 e Pronunciamento CPC nº 04¹

Denis Borges Barbosa

Ana Beatriz Nunes Barbosa

Um problema tangível

Em 1892, a Columbia Straw 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 de US\$ 2.750.000,00. Os fundadores supunham que, graças à posição monopolista no mercado e 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 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.

¹ Este artigo, agora atualizado, foi escrito como trabalho de curso de mestrado, e publicado originalmente em 1980, na RDM, 19 (37):33-50, (1980), e, posteriormente, BARBOSA, Denis Borges . Da Conferência de Bens Intangíveis ao Capital das S.A. Revista de Direito Empresarial do Ibmecc, v. 3, 2002. Posteriormente, já em co-autoria, BARBOSA, Denis e BARBOSA, Ana Beatriz Nunes, *Conferência de Bens Intangíveis ao Capital das Sociedades Anônima à luz da Lei 11.638/07* em A Propriedade Intelectual no Século XXI, Lúmen Júris, RJ, 2008. O presente texto foi atualizado levando em conta as alterações da lei Lei 11.638/07 e o Pronunciamento do Comitê de Pronunciamento Contábeis (CPC) nº 04 aprovado pela Deliberação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) nº 553/08.

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”.²

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

A limitação do foco deste trabalho

Escolhemos tratar do tema em sua especificidade exatamente para tentar alcançar um pouco de precisão em matéria algo difusa. A reflexão sobre a capitalização das sociedades empresariais em bens é bem rara em nosso direito, como, aliás, se vê da superficialidade com que a lei trata o tema. Mas, ainda temerosos do risco de inexatidão, optamos por focar a análise num tipo raro, ainda que ilustre, das sociedades comerciais: desde 1985 até 2001, 99,44% das sociedades levadas às juntas comerciais são de responsabilidade limitada e apenas 0,46% são sociedades anônimas.

Talvez exatamente por isso, não se registrou maior elaboração doutrinária sobre o tema nos 22 anos desde que este artigo foi publicado pela primeira vez; justificando-se por isso a sua nova edição.

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”³

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,⁴ referindo-se à Lei n° 6.404/76, não diz nem mais nem menos do que a opereta: é o valor das entradas de capital que os acionistas declaram

2 See v. Heppenheimer, 69 N. J. Eq. 36, 61 Atl. 843 (1905) citado em Cary, (Corporations and Other Business Organizations: Cases and Materials (University Casebook Series) by Melvin A. Eisenberg, William L. Cary, 1906 e ss. Ou seja, as barreiras à entrada eram irrelevantes, o que eliminaria o valor do goodwill. Este caso é de extrema importância para a análise do valor de um goodwill, para o que, claramente, é necessário utilizar-se do instrumental analítico do Direito Antitruste.

3 Cary, op. Cit., p. 1.062.

4 Comentários à Lei das S/A, Ed. Saraiva.

vinculados aos negócios que constituem o objeto da sociedade. O capital tem, para a sociedade, três principais funções:

a) perante os credores, representa o patrimônio formalmente afetado a sua garantia e, até o ponto em que é corretamente representado nos livros, uma garantia material da liquidez da sociedade;

b) perante a empresa, representa a massa de recursos postos à disposição das suas necessidades de financiamento pelos sócios;

c) perante estes, representa uma medida de participação de cada um dos 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 exequíveis e penhoráveis.⁵

Como o propósito da empresa não é garantir créditos, mas produzir, é necessário que os bens possam se integrar no processo produtivo, adequando-se ao objeto social. Voltaremos a isso mais adiante.

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. 7º da Lei nº 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 valorização dos bens conferidos significam, desta forma, o pressuposto obrigacional do vínculo societário.⁶

Os bens suscetíveis de capitalização

No dizer de ULPiano, bem é aquilo capaz de satisfazer um desejo: *bona ex est 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

5 Modesto Carvalhosa, op. Cit., vol. 1º, p.38.

6 Mas o capital não é nem requisito essencial de uma sociedade empresária. Segundo o Código Civil de 2002, art. 1.094. “são características da sociedade cooperativa: I - variabilidade, ou dispensa do capital social;”

humana objetiva, serão escassos e serão jurídica e materialmente disponíveis.⁷ Numa palavra, serão bens econômicos.

Mas – que tipo de bens será esse? Conquanto sejam, já que adequados ao capital, necessariamente *úteis* à empresa (daí bens de uso⁸) o reconhecimento de sua conferência ao capital pela contabilidade pressupõe o fato de poderem ser traduzidos em dinheiro, o que pressupõe atribuir-lhes um valor de troca.

O que não significa dizer que serão necessariamente bens do ativo imobilizado. Pode-se conferir ao capital todos ativos *subjetivamente* úteis para a empresa: por exemplo, bens que mesmo não empregados diretamente no processo produtivo, sejam dotados de liquidez tal que possam alavancar o crescimento da empresa.

A utilidade é direta, como uma máquina para a fábrica que dela necessita, ou indireta, como ouro em pó para a mesma fábrica que, empresa como qualquer outra, necessita de ativos monetários ou monetarizáveis. O que é inviável é capitalizar bens – ainda que em outro contexto sejam úteis – que não sejam pertinentes às necessidades operacionais ou não operacionais da empresa

Caso o bem atenda diretamente a uma necessidade, estamos perante o chamado bem de consumo; se, ao contrário, o bem é capaz de 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 voltados à produção, muito embora alguns sejam consumíveis no decorrer do processo produtivo.

Ora, tais bens 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* – de novo Gaio, no mesmo trecho, ou no dizer de Cícero, *quod est intelleguntur*). É tão necessário, para a atividade de uma indústria, o dinheiro entregue para integrar seu capital, quanto a patente que lhe dá exclusividade do uso de uma tecnologia, ambos os elementos integrantes da produção de seus serviços; e a concessão governamental é um bem intangível que não se confunde com o papel assinado pelo Presidente do INPI.⁹

Tais bens intangíveis compreenderiam a atividade humana, tal como objeto de direito de crédito;¹⁰ os direitos em geral, quando objetos de outros direitos;¹¹ a energia;¹² as criações do espírito humano;¹³ os objetos da personalidade, do estado civil e do estado

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

8 Modesto Carvalhosa e Nilton Latorraca, Comentários à Lei das S/A, Saraiva, vol. VI, p. 17.

9 Sobre a Avaliação de Propriedade Intelectual e Ativos Intangíveis, vide Ana Cristina França de Souza, 39ª Revista da ABPI, Mar/Abr de 1999.

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

11 Santiago Dantas, Editora Rio, Programa de Direito Civil, p. 229

12 Numa observação de René Savatier, Théorie des Obligations n° 41, evocando a noção de Gaio (quod in jure consistit), todos os bens de que necessita a empresa seriam para ela intangíveis, já que a sua própria relação, como pessoa jurídica, com as coisas materiais, seria através dos direitos exercidos sobre elas.

13 Passarelli, Teoria Geral de Direito Civil, p.34

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 úteis.

Usualmente se relacionam, 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.¹⁴.

Princípios contábeis e tributários da ativação dos bens imateriais titulados e não titulados

Vale lembrar a questão genérica da classificação de ativos. Com o Dec.-lei 1.598/77 (arts. 39 e 57) tornou-se particularmente relevante a correta classificação das verbas no balanço das empresas, que devem acompanhar independente da sua situação societária, as normas da Lei 6.404/76. É especialmente relevante, para o nosso tema, a conta de intangíveis. Constarão do Intangível, os direitos que tenham por objeto bens incorpóreos destinados à manutenção da companhia ou exercidos com essa finalidade, inclusive o fundo de comércio adquirido (art. 179, VI da Lei das S.A.s com redação dada pela Lei 11.638 de 2007), devendo tais bens serem avaliados pelo custo incorrido na aquisição deduzido do saldo da respectiva conta de amortização (art. 183 VII da Lei 6.404 atualizada) ou reavaliados conforme método de impairment, quando houver um mercado ativo, a partir do valor de custo do mesmo.

Para efeitos de reavaliação nos termos do Pronunciamento nº 04 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis que regulou a contabilização de grande parte dos intangíveis¹⁵, o valor justo deve ser apurado em relação a um mercado ativo. A reavaliação deve ser realizada regularmente para que, na data do balanço, o valor

¹⁴ Savatier, op. Cit., nº 16.

¹⁵ Conforme disposto no mesmo, este não se aplica a:

- (a) ativos intangíveis dentro do alcance de outro pronunciamento;
- (b) ágio pago por expectativa de rentabilidade futura (goodwill ou fundo de comércio) surgido na aquisição de investimento avaliado pelo método de equivalência patrimonial ou decorrente de combinação de negócios;
- (c) ativos financeiros, que atendam à definição de Instrumentos Financeiros;
- (d) arrendamentos mercantis dentro do alcance de outro pronunciamento;
- (e) direitos de exploração de recursos minerais e gastos com a exploração ou o desenvolvimento e a extração de minérios, petróleo, gás natural e outros recursos exauríveis similares;
- (f) ativos intangíveis de longo prazo, classificados como mantidos para venda, ou incluídos em um grupo de itens que estejam classificados como mantidos para venda;
- (g) ativos fiscais diferidos;
- (h) ativos decorrentes de benefícios a empregados; e
- (i) custos de aquisição diferidos e ativos intangíveis resultantes dos direitos contratuais de seguradora segundo contratos de seguro. No caso dos ativos intangíveis, mesmo relacionados a contratos de seguro, os requerimentos de divulgação contidos neste Pronunciamento são aplicáveis (itens [Error! Reference source not found.](#), [Error! Reference source not found.](#)).

Deleted: 118

Deleted: 128

contábil do ativo não apresente divergências relevantes em relação ao seu valor justo¹⁶.

Com a mudança das normas aplicáveis, temos que intangíveis em regra, serão amortizados exceto se estes não tiverem uma vida útil definida (Pronunciamento nº 04/04 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis supra citado).

Pelo Pronunciamento do Comitê de Pronunciamentos Contábeis nº 04, a amortização deve ser iniciada a partir do momento em que o ativo estiver disponível para uso e deve cessar na data em que o ativo é classificado como mantido ou, ainda, na data em que ele é baixado (quando for vendido ou não houver expectativa de benefícios econômicos futuros). Levar-se-á em conta a estimativa de vida útil do bem.

No caso de intangíveis reavaliados, conforme permitido pelo Pronunciamento nº 04 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis, deve-se notar que a amortização acumulada na data da reavaliação deve ser:

- a) atualizada proporcionalmente à variação no valor contábil bruto do ativo, para que esse valor, após a reavaliação, seja igual ao valor reavaliado do ativo; ou
- b) eliminada contra o valor contábil bruto do ativo, atualizando-se o valor líquido pelo valor reavaliado do ativo.

Já os ativos intangíveis com vida útil indefinida não devem ser amortizados, mas deve-se testar a perda de valor de tais bens face ao valor recuperável com o seu valor contábil anualmente; e sempre que existam indícios de que os ativos possam ter perdido valor.

Existem várias hipóteses de amortização incentivada na legislação tributária, especialmente no tocante aos bens intangíveis¹⁷

Avaliação de Intangíveis

O principal problema da capitalização de tais bens intangíveis é a avaliação: “patentes de invenção, marcas, são difíceis de avaliar com exatidão”.¹⁸ As várias formas de

¹⁶ O método de reavaliação não permite:

- (a) a reavaliação de ativos intangíveis que não tenham sido previamente reconhecidos como ativos; nem
- (b) o reconhecimento inicial de ativos intangíveis a valores diferentes do custo.

Caso um ativo intangível em uma classe de ativos intangíveis reavaliados não possa ser reavaliado porque não existe mercado ativo para ele, deve ser reconhecido pelo custo menos a amortização acumulada e a perda por desvalorização.

¹⁷ Por exemplo, os incentivos da Lei 10.973 de dezembro de 2004 (Lei de Inovação).

¹⁸ Rubens Requião, op. Cit., vol. I, p. 274

calcular o valor da patente (ou demais ativos) tendem a repetir o sistema de avaliação dos fundos de comércio.

Para fixar o valor do fundo de comércio leva-se em conta o lucro médio apurado pela empresa nos exercícios mais recentes, projetando tal taxa para os exercícios futuros e capitalizando o montante para obter o valor atual da expectativa razoável do lucro futuro ¹⁹. O equivalente jurídico da organização empresarial, do aviamento dos intangíveis da empresa, é assim quantificado e definido como a reditibilidade da empresa.

Esta capacidade de obter réditos resulta, seja da localização do estabelecimento, seja da qualidade dos seus produtos ou serviços, ou da eficácia da veiculação publicitária; é aquilo capaz de captar, entre os concorrentes igualmente disputando o mesmo mercado, a boa vontade da clientela. É o *goodwill* do direito anglo-saxão, ou a clientela na versão latina.

Ativação de *know how* e outros valores imateriais não titulados

A teoria contábil faz distinção entre bens intangíveis identificáveis (as patentes, as cartas-patentes de instituições financeiras, as marcas, etc.) e os não identificáveis (o *know-how*, o aviamento em geral, etc.). Aqueles são passíveis de cessão singular, registrada nas demonstráveis contábeis, estes, só são registrados quando cedidos como parte de um conjunto de bens estruturados para a produção empresarial - e, acreditamos, já atuando num mercado determinado.

Como ativar, pois, o *know-how* ou o resultado de serviços técnicos, que não sejam objeto de cessão conjunta com um estabelecimento ²⁰? Como classificar o *know-how* próprio?

É preciso perceber que, além de não serem identificáveis, as tecnologias sem patente ou registro de cultivar, assim como os signos distintivos sem registro, *não* são objeto de direitos exclusivos (ou *direitos de exclusiva*).

Não há um direito *erga omnes* de impedir que terceiros, em geral, usem uma marca não registrada, ou empreguem uma tecnologia sem privilégio. Há, porém, formas de evitar que o concorrente imediato da titular da tecnologia ou da marca o faça, se, ao empregá-las, violou as regras de boa conduta empresarial do mercado em questão. Em suma, não

19 Luiz Autuori, Fundo de Comércio, Forense, 1957. G.B. Vegni-Neri, Arbitramento de Aluguel, Nacional, 1979; Denis Borges Barbosa, Aviamento ou Fundo de Investimento. Panorama da Tecnologia, abr. 1988. Barbosa, Mario Figueiredo, Valor da clientela no fundo de comercio, Rio de Janeiro, Forense, 1989.

20 Rubens Requião, Curso de Direito Comercial, 1º volume, 21ª edição, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 203/4: "O fundo de comércio ou estabelecimento comercial é o instrumento da atividade do empresário. Com ele o empresário comercial aparelha-se para exercer sua atividade. Forma o fundo de comércio a base física da empresa, constituindo um instrumento da atividade empresarial. O Código italiano o define como o complexo dos bens organizados pelo empresário, para o exercício da empresa". Oscar Barreto Filho, Teoria do Estabelecimento Comercial, 2ª edição, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 75: "complexo de bens, materiais e imateriais, que constituem o instrumento utilizado pelo comerciante para a exploração de determinada atividade mercantil."

há propriedade de tal tecnologia, ou de tal signo, mas apenas a oponibilidade relativa e condicional que deriva das regras de concorrência leal.

Exceto, uma vez mais, pela possibilidade de reavaliação, tais bens só figuram no ativo contábil das empresas no caso de aquisição de terceiros ou consoante permitido pelo Pronunciamento nº 04 em relação a bens auto gerados abaixo explicitado.

Em importante estudo, Fábio Konder Comparato²¹ menciona a divisão entre intangíveis identificáveis e não identificáveis, precisando que, via de regra, somente os primeiros se poderiam classificar no imobilizado. Abre-se a possibilidade, no entanto, de imobilizar o valor de tais bens, quando integrantes da cessão de um conjunto de coisas e direitos organizados para a produção empresarial.

Distinguimos, pois, várias hipóteses, para as quais procuremos figurar exemplos ilustrativos:²²

a) A empresa “a” gerou tecnologia para a qual obteve patente. O privilégio constará do intangível pelo seu custo de aquisição, ou seja, as retribuições do INPI e custos de agência (salvo reavaliação do ativo).

b) A empresa “a” vende sua patente para a sociedade “b”, pelo valor de mercado; para “b”, a patente, que lhe é necessária para a exploração de objeto social, figurará no imobilizado pelo valor de aquisição) Idem, mas ao invés de venda, houve conferência ao capital; a patente ficará no ativo pelo valor de avaliação.

d) A empresa “a” desenvolve tecnologia imprivilegiável. Não haverá ativação da mesma (salvo reavaliação do ativo).

e) A empresa “a”, que detém segredos de indústria (ou clientela, etc.) com os quais opera o estabelecimento X, vende ou confere como capital à sociedade “b” o estabelecimento, computando no seu preço o segredo transferido; o todo vai ao ativo intangível de “b”.

f) A sociedade “b” compra tecnologia de “a”, mas não adquire um estabelecimento desta última. Se a tecnologia puder ser classificada como “assistência técnica”, há dedutibilidade; se não, há ativação do intangível²³.

Convém enfatizar a posição anterior de que o aspecto econômico de um estabelecimento, mais do que seu aspecto físico, devia ser levado em conta na ativação de bens intangíveis não identificáveis. Não nos parecia haver impedimento à ativação no imobilizado de uma tecnologia não privilegiada, mesmo adquirida sem o apoio de um conjunto físico de bem desde que se portasse, com a transferência, a cessão da clientela da cessionária.

Exemplifiquemos: a firma “a” opera no mercado “y” com a tecnologia “x”; ao transferir a tecnologia, compromete-se a não concorrer em tal mercado, com a mesma ou qualquer

21 Fábio Konder Comparato, Ensaio e Pareceres, vol. I

22 Do autor, - “Da Conferência de Bens Intangíveis ao Capital das Sociedades Anônimas” (RDM, 19 (37):33-50, 1980).

23 O que acontece quando alguém se deduz correntemente dos custos de uma tecnologia, para depois capitalizá-la? Tenho que nesses casos o reconhecimento do valor capitalizado corresponderia a um ganho de capital para efeitos do IRPJ. Caso fosse retribuída por partes beneficiárias, creio que o reconhecimento do ganho seria diferido para o momento da distribuição dos respectivos ganhos, inclusive no caso de conversão em ações.

outra tecnologia. A expectativa de receita parecia, em tese, ser suficientemente sólida para permitir a ativação na conta específica.

Mesmo neste caso, defendemos, na versão anterior deste artigo, a posição que não caberia a conferência ao capital dos bens não titulados. Acreditávamos, então, que o requisito de penhorabilidade - como garantia dos credores - é essencial a todos os bens e direitos componentes do capital das empresas.

A possibilidade constante do Código de Processo Civil, de penhora do próprio *going concern*, do estabelecimento ativo, veio, porém, modificar a convicção de que em certas hipóteses (como a do parágrafo acima) a conferência é perfeitamente possível, sem ir em detrimento da prudência que deve presidir a contabilização dos ativos ²⁴.

De qualquer forma, cabe reiterar o princípio tributário de que as despesas cujo efeito se farão sentir por mais de um exercício (salvo exceções legais, como a assistência técnica) devem ser ativadas e amortizadas.

Atualmente, o Pronunciamento do Comitê de Pronunciamentos Contábeis nº 04, diversas vezes citado, considera que goodwill, Marcas, títulos de publicações, listas de clientes e outros itens similares, gerados internamente, e gastos incorridos com estes não devem ser reconhecidos como ativos intangíveis.

No tocante aos demais bens titulados ou não, além de atender às exigências gerais de reconhecimento e mensuração inicial de ativo intangível, a entidade deve aplicar os requerimentos e orientações para verificar se um ativo intangível deve ser contabilizado:

- a) Nenhum ativo intangível resultante de pesquisa (ou da fase de pesquisa de projeto interno) deve ser reconhecido. Os gastos com pesquisa (ou da fase de pesquisa de projeto interno) devem ser reconhecidos como despesa quando incorridos; e
- b) Um ativo intangível resultante de desenvolvimento (ou da fase de desenvolvimento de projeto interno) deve ser reconhecido somente se a entidade puder demonstrar todos os aspectos a seguir enumerados:
 - (i) viabilidade técnica para concluir o ativo intangível de forma que ele seja disponibilizado para uso ou venda;
 - (ii) intenção de concluir o ativo intangível e de usá-lo ou vendê-lo;
 - (iii) capacidade para usar ou vender o ativo intangível;
 - (iv) forma como o ativo intangível deve gerar benefícios econômicos futuros. Entre outros aspectos, a entidade deve demonstrar a existência de mercado para os produtos do ativo intangível ou para o próprio ativo intangível ou, caso este se destine ao uso interno, a

24 Ainda que como forma derradeira de satisfação de créditos: REsp 36.870-7, 5P, Relator o Ministro Hélio Mosimann, Ementa: "EXECUÇÃO FISCAL. NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA. INDICAÇÃO NÃO ACEITA PELA FAZENDA. PENHORA EM DINHEIRO. MOVIMENTO DIÁRIO DA EMPRESA EXECUTADA. IMPOSSIBILIDADE DE SIMPLES DEPÓSITO EM CONTA BANCÁRIA, SEM OUTRAS FORMALIDADES LEGAIS. PEDIDO INDEFERIDO. Embora admitida a penhora em dinheiro, a pretensão não consiste numa simples penhora sobre determinada importância já existente em poder da executada, seja no caixa como na conta corrente. Diz respeito à penhora sobre o movimento diário do caixa da devedora. Em tal hipótese, exige-se a observância de outras formalidades, como a nomeação de administrador, com apresentação da forma de administração e do esquema de pagamento. Recurso provido".

- (v) sua utilidade; disponibilidade de recursos técnicos, financeiros e outros recursos adequados para concluir seu desenvolvimento e usar ou vender o ativo intangível; e
- (vi) capacidade de mensurar com segurança os gastos atribuíveis ao ativo intangível durante seu desenvolvimento.

Note-se que somente poderão ser computados os valores correspondentes à soma dos gastos incorridos a partir da data em que o ativo intangível atende os critérios de reconhecimento e não os anteriormente efetuados.

O reconhecimento de despesas relacionadas aos intangíveis também é regulado no Pronunciamento CPC nº 04.

Os bens empresariais autogerados

Não se pode deixar de considerar com mais atenção a questão dos ativos que, pelas limitações da arte contábil, deixam de ser reconhecidos nos livros da empresa. Com efeito, nem todos os bens da empresa são reconhecidos pela contabilidade. Só o serão aqueles que representem *créditos* ou *débitos*, eis que tradicionalmente a contabilidade não se volta à introspecção da vida econômica da empresa.

Fábio Konder Comparato nota a importância da noção de “bens empresariais”, diversos dos que foram adquiridos de terceiros ou dados em aporte de capital à empresa pelos subscritores. São eles bens gerados pelo próprio negócio. Ora, sendo o balanço uma estrutura de compensação de créditos e débitos a terceiros, o capital próprio integralizado (ou o patrimônio líquido, já num sentido mais econômico) figura como o índice de débito aos sócios; em princípio, não há, nele, lugar para os valores autogerados, como, por exemplo, o próprio potencial de lucratividade.

Como acima disposto: goodwill, Marcas, títulos de publicações, listas de clientes e outros itens similares, gerados internamente, e gastos incorridos com estes não devem ser reconhecidos no balanço como ativos.

Logo, ativos como patente ou marca só serão corretamente inscritos no ativo das empresas pelo seu valor real ou de mercado quando adquiridos de terceiros. Entende-se como valor real de um direito de propriedade industrial o seu potencial de gerar receita num mercado específico em que atua a empresa, graças à exclusividade do uso de um signo distintivo, ou a exclusividade de emprego de uma tecnologia; o montante, capitalizado, da expectativa da receita resultante destes direitos exclusivos virá a ser o valor real da patente ou da marca.

Ora, se os *bens empresariais* de Fábio Konder Comparato são ligados à empresa enquanto organismo vivo (*going concern*, na doutrina norte-americana)²⁵, eles não são

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

contabilizáveis, porque não atribuíveis a crédito ou a débito de ninguém; e porque, autogerados, não terão valor de troca até serem postos no mercado.

Note-se que o Decreto-Lei 2.323 de 26 de fevereiro de 1987 enfrentou a questão dos bens autogerados no tocante ao seu reconhecimento como ativo contábil. A norma trouxe em seu art. 20 (refletido no RIR/99, art. 436 § 3º) um incentivo bastante interessante para as empresas que desenvolvem no país tecnologia patenteável, assim como para aquelas que adquirem direitos de patentes desenvolvidas no Brasil. Para as pessoas jurídicas que se valem do benefício, torna-se possível aumentar o capital com o valor real da tecnologia patenteada de que dispõem, sem com isso atrair tributação.

O incentivo consiste na possibilidade de reavaliar, sem incidência do Imposto de Renda, as patentes e os direitos de exploração referentes às mesmas, desde que decorram de pesquisa ou tecnologia desenvolvida em território nacional por pessoa jurídica aqui domiciliada. Uma vez reavaliada a patente, o respectivo valor será levado ao capital e, enquanto mantida a patente ou direito numa conta do ativo permanente da empresa, persistirá a isenção.

Conferência ao capital de bens autogerados em outra empresa

Uma vez gerados numa empresa, poderão eles (que, salvo o caso indicado logo acima, não têm *valor contábil*) serem contribuídos ao capital de outra?

Não admitimos na conferência ao ativo, de maneira singular e isolada, em atenção ao princípio da garantia dos credores e da coobrigação dos sócios, os bens intangíveis desprovidos de valor certo e que não se entranhem em direitos exclusivos - como, por exemplo, são exclusivas as marcas registradas, o *software*, os cultivares, as patentes ou os desenhos industriais; ou seja, os que não emergem na contabilidade de um *going concern*, pelo princípio de conservadorismo daquela arte.²⁶ Tal não é, no entanto, a posição majoritária da doutrina e do mercado.

Para não colidir com essa maioria, vale precisar que - por exemplo - se se transferem contratos de serviços que, além do pagamento previsto no seu termo, traduzem uma clientela razoavelmente esperada, pode-se num caso específico aceitar a capitalização desse sobrepreço ou ágio, representado pelo excesso do valor de aquisição da receita monetário contratual, como *aviamento*, fundo de comércio ou *clientela*.

Só entendemos possível o reconhecimento desse valor em uma única circunstância: se houver simultaneamente uma cessão de clientela, representada, por exemplo, por pactos de não concorrência, e transferência de outros ativos pertinentes à manutenção do fluxo de receita, importando numa *antecipação razoável da receita futura* proveniente de tal parcela do mercado. Ou seja, quando haja uma cessão (ainda que parcial) de uma universalidade, que garante uma *cessão de clientela já existente*.

26 Nilton Latorraca, op. Cit., vol. VI

Concordamos, assim, com Modesto Carvalhosa quando diz que a conferência de tais bens não pode ser *isoladamente* admitida na sociedade, embora possa se considerados como componentes de uma universalidade.²⁷

O Pronunciamento nº 04 do Comitê de Pronunciamento Contábil considera que o valor a ser contabilizado de ativo adquirido é o seu preço de compra, acrescido de impostos de importação e impostos não recuperáveis sobre a compra, após deduzidos os descontos comerciais e abatimentos; e qualquer custo diretamente atribuível à preparação do ativo para a finalidade proposta, mas não custos operacionais como uso, transferência ou reinstalação do bem.

Já em relação a ativos adquiridos em uma combinação de negócios, permite-se o reconhecimento do intangível na data da aquisição, separadamente do ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (*goodwill*) apurado em uma combinação de negócios, independentemente de o ativo ter sido reconhecido pela adquirida antes da aquisição da empresa, se for separável, o valor precisável e demais requisitos para reconhecimento de bens. Se um ativo não for singularizável no tocante ao seu valor, será considerado o grupo de ativo separado do ágio.

Note-se que o pronunciamento ainda considera que: Se não existir mercado ativo para um ativo intangível, o seu valor justo será o valor que a entidade teria pago por ele, na data de aquisição, em operação sem favorecimento entre partes conhecedoras do assunto e dispostas a negociar com base na melhor informação disponível. Na apuração desse valor, a entidade deve considerar o resultado de operações recentes com ativos similares.

A regra legal de pagamento de bens ao capital

A Lei 6.404/76 é muito dúctil e inespecífica, mesmo complacente, no tocante à capitalização de bens:

Art. 7º O capital social poderá ser formado com contribuições em dinheiro ou em qualquer espécie de bens suscetíveis de avaliação em dinheiro.

A mais recente tendência legal e doutrinária igualmente aceita como capital qualquer bem suscetível de avaliação. Como diz Fabio Ulhoa Coelho²⁸ em sua análise do novo Código Civil, considera:

“... Note-se que qualquer gênero de bem suscetível de avaliação em dinheiro pode servir à formação do capital social. Bens móveis, ou imóveis, corpóreos ou incorpóreos, todos se prestam a tal finalidade...”

Com efeito, diz o Código Civil de 2002:

²⁷Op. Cit., vol. I, p. 39. Universalidade de fato é, como lembra Orlando Gomes, "o conjunto de coisas singulares, simples ou compostas, agrupadas pela vontade da pessoa, tendo destinação comum".

²⁸Curso de Direito Comercial, de acordo com o novo Código Civil e alterações da LSA, Vol 2, Saraiva, 2002

Art. 997. A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará:

(...) III - capital da sociedade, expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária;

Seguindo a mesma posição, Fran Martins²⁹ considera que nada impede que o capital seja formado com qualquer espécie de bens, corpóreos ou incorpóreos, desde que sejam suscetíveis de avaliação em dinheiro. Em relação aos bens incorpóreos, diz o autor, estes deverão ser avaliados, antes da sua incorporação, por peritos para a verificação exata do seu valor.

Não tenho, porém, a mesma indulgência quanto à questão. Entendo insuscetíveis de conferência os bens que, mesmo suscetíveis de avaliação (ou sejam bens *intra commercium*), não tenham utilidade direta para o processo produtivo, nem a utilidade secundária (a capacidade de realização útil), que presume a liquidez suficiente para representar para a empresa um equivalente razoável dos recursos financeiros plenamente fungíveis.

Conferir ao capital de uma sociedade de serviços de internet glebas vastas, certamente avaliáveis, mas ilíquidas num tempo discernível, e inaceitáveis como garantia hipotecária, é faltar com a boa fé para quem o capital possa importar – por exemplo, outros investidores ou credores em geral. Quando se realizar tal capital, o ciclo furibundo da economia da empresa já terá conduzido a contribuição aparente à pura irrelevância.

Não obstante o texto legal e a preciosa doutrina citada, parece-me claro que se impõe, assim, aos bens oferecidos ao capital não só o requisito da *comercialidade* (o de serem avaliáveis) mas o de *utilidade* para a empresa.

A noção de propriedade de bens intangíveis

Voltando à nossa perspectiva de direito comparado, a legislação dos Estados norte-americanos diverge quando relacionando os bens possíveis de serem conferidos ao ativo. O estado de Nova Iorque adota uma prática mais liberal permitindo a integralização inclusive de serviços *a serem* prestados, em valor certo.³⁰ Entre outros estados, Delaware adota uma política mais restrita permitindo que, além do dinheiro, serviços *já prestados* e “*property*” sejam recebidos pela sociedade.³¹

A definição do que seja *property*, para tais efeitos, é uma das maiores discussões entre os julgados norte-americanos. O Black’s Law Dictionary, tratando de palavra, consigna

29 Martins, Fran, “Curso de Direito Comercial”, 24ª edição, Ed. Forense, 1999.

30 Podem ser oferecidos a fim de integralizar o capital subscrito no Estado de Nova Iorque: (i) dinheiro; (ii) propriedade tangível ou intangível; (iii) Trabalho ou serviços já efetuados (na formação da sociedade com exceção dos “promoters” que são proibidos de receber qualquer remuneração); (iv) obrigação de contribuir dinheiro ou bens; e (v) obrigação de executar serviços futuros de valor certo.

31 Delaware General Corporate Law §152 permite a integralização por meio de “cash, services rendered, personal property, real property, leases of real property or a combination thereof”

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 se aplicando 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 seria um direito subjetivo, do tipo modernamente denominado “direito absoluto”. Todos os poderes jurídicos dessa espécie 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 determinado³² (para qual o dever e o objeto de poder confundem), nos denominados direitos subjetivos absolutos, o sujeito passivo, que não determinado, deve apenas abster-se de se opor ao poder do titular.

São direitos subjetivos absolutos as propriedades, os direitos humanos, os direitos políticos, o poder de usar a via pública. 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 (que não são direitos, mas liberdades) poderes do segundo tipo.

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.

Bens naturalmente apropriáveis e bens apropriados por operação de lei

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, os incorpóreos³³. Não são eles unos e iguais a si mesmos,³⁴ nem atuais, no sentido oposto ao virtual (o que Cícero descrevia como *quod intelleguntur*, ou, na noção de Blackstone, *as they exist only in*

32 Passarelli, op. Cit., pp. 50 e ss.

33 Para mais nitidez da análise, excluamos dos bens incorpóreos os de caráter financeiro.

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

contemplation). Nenhum detentor desses bens incorpóreos pode assegurar sua exclusividade de fato.

Tal dificuldade se agrava especialmente quando há a possibilidade de duplicação autônoma do bem incorpóreo ou de sua realização material. O fato de que, utilizando-se de uma mesma planta de uma máquina, engenheiros possam reproduzir ilimitadamente tanto o *blue print* quanto o próprio artefato, tende a negar à idéia desta máquina (descrita na planta) a natureza de bem econômico.

Tal se dá porque a possibilidade de reprodução irrestrita de bens físicos (ou serviços) a partir do bem incorpóreo “idéia da máquina” (o que Alois Tröller chama de regra de reprodução) retira de tais bens a escassez. Tal como as praças públicas ou o ar atmosférico, que são bens *extra commercium* porque não são escassos, também 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.

Numa intervenção, em julho de 2000, num simpósio sobre tecnologia,³⁵ assim se discutiu o tema:

“... num regime econômico ideal, as forças de mercado atuariam livremente e, pela eterna e onipotente mão do mercado, haveria a distribuição natural dos recursos e proveitos.

No entanto, existe um problema: a natureza dos bens imateriais, que fazem com que, em grande parte das hipóteses, um bem imaterial, uma vez colocado no mercado, seja suscetível de imediata dispersão. Colocar o conhecimento em si numa revista científica, se não houver nenhuma restrição de ordem jurídica, transforma-se em domínio comum, ou seja, ele se torna absorvível, assimilável e utilizável por qualquer um. Na proporção em que esse conhecimento tenha uma projeção econômica, ele serve apenas de nivelamento da competição. Ou, se não houver nivelamento, favorecerá aqueles titulares de empresas que mais estiverem aptos na competição a aproveitar dessa margem acumulativa de conhecimento.

Mas a desvantagem dessa dispersão do conhecimento é que não há retorno na atividade econômica da pesquisa. Conseqüentemente, é preciso resolver o que os economistas chamam de falha de mercado, que é a tendência à dispersão dos bens imateriais, principalmente aqueles que pressupõem conhecimento, através de um mecanismo jurídico que crie uma segunda falha de mercado, que vem a ser a restrição de direitos. O direito torna-se indisponível, reservado, fechado o que naturalmente tenderia à dispersão.”

Desta forma, o direito subjetivo absoluto sobre o invento, sobre uma obra literária, ou sobre uma posição no mercado só pode se tornar propriedade (no sentido da “property” da lei de Delaware, ou seja, bem suscetível de capitalização) através de uma restrição legal de direitos e liberdades.

Isso se dá através de uma exclusividade criada juridicamente: como ou propriedade industrial, ou propriedade literária ou um monopólio mesmo. Ao dizer que não havia “propriedade” nos bens trazidos ao capital da Columbia Straw Paper Corporation, o juiz

35 O texto é de uma palestra de Denis Barbosa in Anais do III Encontro de Propriedade Intelectual e Comercialização de Tecnologia, Rio de Janeiro, 24, 25 e 26 de julho de 2000, Rede de Tecnologia do Rio de Janeiro, Associação Brasileira das Instituições, de Pesquisa Tecnológica - ABIPTI, Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI., e foi transcrito diretamente da gravação, com as peculiaridades de um improviso oral.

entendia que, salvo no caso de reserva jurídica de um poder absoluto, não poderia haver a apropriação de uma parcela do mercado norte-americano.³⁶

A exclusividade jurídica da utilização de um bem imaterial, idéia, forma, ou posição no mercado dá uma mínima certeza de que se terá a 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.

Hamilton³⁷ nota que “processos secretos, fórmulas, direitos de crédito eventual ou condicional, *goodwill*, e “propriedades intangíveis” do mesmo gênero são difíceis de avaliação; aliás, até a 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 da tradição romanística, pois ele inclui, na vertente da *common law*, até mesmo direitos de crédito.

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 foi alterada para incluir serviços a serem prestados que tenham valor certo. Os serviços prestados antes da constituição da empresa, em primeiro lugar, são em algumas decisões considerados como insuscetíveis de capitalização, pois, aquela época, a companhia não poderia contratar tais serviços.³⁸ Mas as promessas de serviços futuros que tenham valor certo podem ser incluídas.

Outros estados consideram que, por ser difícil avaliação, os 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.³⁹ O Model Business Corporation Act⁴⁰ da American Bar Association

36 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, na verdade é negada pela lei que concede o poder exclusivo sobre a idéia, ou sobre a forma, a outrem. Na existência 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 de criação, de sua complexidade ou reprodutibilidade. 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. Sobre o assunto, o nosso *El concepto juridico de "know how"* (Revista del Derecho Industrial, Buenos Aires, 1981).

37 Corporations, p. 281

38 Cary, op. Cit., p. 1.066

39 Idem, p. 1.069

também admite que, com a concordância de todos os acionistas, poderão ser trocadas por promessa de serviços.

Como explica Herwitz,⁴¹ 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, Bombricht⁴² lembra que a proibição pode ser superada através da superavaliação de bens materiais conferido, 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.

No direito brasileiro, parte da doutrina não admite conversão de trabalho em capital. No tocante às sociedades limitadas, o Código Civil de 2002 dispõe seu art. 1.055 que, na contribuição ao capital, “é vedada contribuição que consista em prestação de serviços”, sendo admissível, entretanto, para as sociedades simples.

Modesto Carvalhosa, apoiando-se em Trajano de Miranda Valverde,⁴³ entende que “qualquer prestação pessoal, como as de fundador ou de indústria, é insuscetível de retribuição através de ações”.⁴⁴ Tal se daria pela natureza de “sociedade de capital” das companhias. Para contemplar a retribuição dos serviços pré-operacionais, ou de terceiros, haveria o mecanismo das partes beneficiárias,⁴⁵ o qual retira do titular os poderes de soberania societária, e reduz a participação nos lucros a 10% do apurado.⁴⁶

Sem precisar se referir aos artifícios de quem 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.

40 Prepared by the Committee on Corporate Laws of the ABA Section of Corporation, Banking and Business Law.

41, Apud Cary, op. Cit., p. 1.068.

42, Apud Cary, op. Cit., p. 1067.

43, Op. Cit., vol. I, p. 59.

44 Tal valoração seria natural, porém, numa sociedade de capital e indústria. Em tal entidade, prevista no Código Comercial, art. 317 e seguintes, o sócio “de indústria” ingressa na sociedade apenas com seu trabalho; não tem nenhuma responsabilidade pelas obrigações sociais, sequer limitada. No entanto, ele não pode gerir a sociedade nem figurar na firma ou razão social. Almeida, Amador Paes de, Manual das Sociedades Comerciais, São Paulo, Saraiva, 2ª ed., 1979, pp. 121 e segs. Esta modalidade desaparece com o novo código civil.

45 Já não mais é possível se utilizar esse recurso nas companhias abertas, em face do Art.47, parágrafo único, da Lei das S.A., modificado pela Lei nº 10.303, de 31 de outubro de 2001, que assim diz: “É vedado às companhias abertas emitir partes beneficiárias.”

46 Art. 36 § 2º da Lei das Sociedades Anônimas, modificada em 2001. Vale ressaltar, ainda, que art. 47, § único da LSA, dispõe que é vedado às companhias abertas emitir partes beneficiárias. Por fim, visando à captação de recursos e ao conseqüente aumento de capital, a L. 6.404, de 15.12.1976 (Lei de Sociedades por Ações), permite, em seu Art. 48, § 2º, a conversão das partes beneficiárias em ações. Paes de Almeida, Amador, Manual das Sociedades Comerciais, São Paulo, Saraiva, 1987, 5ª ed., pp. 250 e segs.

Formatted: English (U.S.)

Formatted: English (U.S.)

Formatted: English (U.S.)

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. 7º 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 subscritor, as mesmas objeções referidas a seguir quanto às notas promissórias.

No entanto, é preciso reconhecer que as objeções anteriormente levantadas, principalmente quanto aos serviços prestados pelos fundadores, tornam uma medida de prudência a limitação da retribuição dos serviços às partes beneficiárias ⁴⁷.

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.⁴⁸ “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 em que é produzido, produzindo valor, embora a diferença daquele possa ser armazenado e acumulado. Em baterias, ou, como energia hidráulica em represas, por exemplo,⁴⁹ pode ser alienado como valor 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 deferindo, quanto aos efeitos, de qualquer bem material consumível.

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, Ohio, Oklahoma, Tennessee, etc.⁵⁰ Cary⁵¹ 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 e não avalizadas, não podem integrar o capital.

47 Noto que, recentemente, se difundiu o mito da abolição das partes beneficiárias, pela proibição de seu uso nas companhias abertas. Certa foi a medida, a meu entender, mas as mesmas objeções que se antepõem a seu uso nas companhias abertas, não se estendem a outros contextos, em que tais instrumentos continuam uma maneira justa e adequada de retribuir serviços e bens intangíveis. Como lembra o dito, *abusum non tollet usum*, a não ser na anedota eterna do sofá retirado da sala.

48 Op. Cit., vol. I, p. 41.

49 Savatier, op. cit., vol. 42.

50 Henn, op. cit., p. 35

51 O. cit., p.1.067

Sobre o mesmo ponto, diz Rubens Requião:⁵²

“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.⁵³

A lei brasileira, no seu art. 10, parágrafo único, menciona que, ao contrário do que acontece no regime civil (arts. 1.073 e 1.074 do Código Civil de 1916 e Arts. 295 à 297 do Código Civil de 2002) o subscritor responde não só pela existência do crédito como também pelo seu pagamento. Não havendo título de crédito, ou não constando na cédula a assinatura do subscritor, este será responsável pelo crédito, mas subsidiariamente. Rubens Requião⁵⁴ considera tal garantia insuficiente, sugerindo que se adote a prática de só emitir a ação após o pagamento do título.

Fabio Ulhoa Coelho,⁵⁵ em análise das modificações de 2001 da Lei de S.A. (arts. 10 e 23, § 2º), já considera que o capital social pode ser formado pela cessão de créditos, somente condicionando tal cessão à aceitação pela companhia. O subscritor, entretanto, responderia pela existência do crédito e solvência do devedor e enquanto não satisfeita a obrigação perante a companhia, esta estaria proibida de emitir o certificado da ação correspondente.

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 cédula 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 sociedade 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 a conferência se fazer

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

53 Op. cit., p. 51

54 Op. cit., p. 52

55 Curso de Direito Comercial, de acordo com o novo Código Civil e alterações da LSA, Vol 2, Saraiva, 2002

intentando somar o valor do contrato ao crédito individual de cada ação, e se discernir o propósito de fraude.

Não só títulos de crédito, cuja intangibilidade é atenuada ante a cartularidade do Direito e materialidade do papel, podem ser conferidos. Créditos, em geral, desde que atendidos os critérios de comercialidade e utilidade, podem ser cedidos. Não se admite, porém, créditos resultantes de contratos bilaterais,⁵⁶ pois não haveria aumento de disponibilidade em favor da sociedade; excetuam-se, evidentemente, da regra, as obrigações correspondentes a créditos já satisfeitos.

Crédito não conferível, a meu juízo, é o da quota de sociedade de responsabilidade limitada *onde não se permite aos sócios a livre disponibilidade de seu status socii*.⁵⁷ Não há, no caso, a penhorabilidade indispensável, apesar e exatamente devido à discussão judicial e doutrinária sobre a questão. A dúvida retira a certeza indispensável à seriedade do capital.

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, à organização com este fim específico acresce o valor de cada elemento individual. Tal organização é denominada “aviamento”⁵⁸.

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”⁵⁹.

56 Modesto Carvalhosa, op. Cit., vol. I, p. 39

57 Atente-se para o que diz o CC 2002, Art. 1.057. Na omissão do contrato, o sócio pode ceder sua quota, total ou parcialmente, a quem seja sócio, independentemente de audiência dos outros, ou a estranho, se não houver oposição de titulares de mais de um quarto do capital social.

58 J.X Carvalho de Mendonça, Tratado de Direito Comercial Brasileiro, Freitas Bastos, 1959, vol. V. no. 17. Vivante, Trattato di diritto commerciale, 3o. vol., 3a. ed., no. 840. Oscar Barreto Filho, ob. cit., p. 169: aviamento é “o resultado de um conjunto de variados fatores pessoais, materiais e imateriais, que conferem a dado estabelecimento in concreto a aptidão de produzir lucros”

59 Rubens Requião (ob. cit., p. 205): “O direito sobre o fundo de comércio é, como todas as propriedades incorpóreas, um direito à clientela, que é assegurado por certos elementos de exploração. A clientela não é, como se diz, um elemento do fundo, é o próprio fundo. Essa clientela pode ser conquistada ou retida por elementos diversos: a situação do local, o nome comercial ou a insígnia, a qualidade do material ou das mercadorias. Eis porque seguidamente é um ou outro desses elementos que é o elemento do fundo”. Fábio Ulhoa Coelho, op. cit.: “Ao organizar o estabelecimento, o empresário agrega aos bens reunidos um sobrevalor. Isto é, enquanto esses bens permanecem articulados em função da empresa, o conjunto alcança, no mercado, um valor superior à simples soma de cada um deles em separado. (...) Claro que a desarticulação de bens essenciais - cuja identificação varia enormemente, de acordo com o tipo de atividade desenvolvida, e o seu porte - faz desaparecer o estabelecimento e o sobrevalor que gerava. Se o industrial desenvolveu uma tecnologia especial, responsável pelo sucesso do empreendimento, a cessão do know how pode significar a acentuada desvalorização do parque fabril.

Como já vimos, tais direitos absolutos são voltados indistintamente contra todos, que devem ao titular respeito ao exercício legal do poder. A expressão “direitos de clientela” deve-se a Paul Roubier⁶⁰ que concebeu como um *tertius genus*, ao lado dos reais e dos pessoais.

Serão exclusivos se o ordenamento jurídico atribuir ao titular uma exclusividade, a possibilidade de ser o único a exercer o direito de clientela em questão. Esse direito de exclusiva, recaindo sobre uma posição no mercado, tem muitas das características de um monopólio. Na maior parte dos casos, a exclusividade recai sobre um instrumento de ação sobre o mercado, como uma patente ou um registro de cultivar. Em certas circunstâncias, quando há uma exclusividade sobre o mercado ele mesmo (a empresa, e só ela, pode explorar o mercado daquela utilidade, naquele contexto geográfico, com qualquer instrumento disponível) ter-se-á um monopólio *stricto sensu*.

Incluir-se-ia no conceito os direitos de exclusiva de propriedade intelectual: patentes, desenhos industriais, marcas registradas, *software*, cultivares, os de propriedade industrial e os de científica, artística ou literária; as *appellations d'origine*⁶¹. Também são direitos de clientela outros direitos de exclusiva, que não são de propriedade intelectual: o fundo de comércio (na acepção francesa); os monopólios legais.

Ao lado destes, constituindo a face não exclusiva dos direitos da clientela, poríamos as invenções não patenteadas e o segredo de empresa; o monopólio de fato; o ponto; o *goodwill*, ou seja, o próprio aviamento considerado como todo.

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 *goodwill* é conservar uma visão estreita, de pequeno comércio, que ignora a complexidade da moderna empresa⁶².

Direitos de exclusiva da propriedade intelectual

São as criações do espírito humano, quanto às quais a ordem jurídica concedeu ao titular o estatuto de direitos absolutos exclusivos. Como bens intangíveis cuja propriedade é assegurada, são contabilizados no ativo permanente, em princípio no ativo imobilizado.

60 P. Roubier, *Le Droit de la Propriété Industrielle*, Recueil Sirey 1952, vol. I. Chavanne e Burst, *Droit de la Propriété Industrielle*, p. 2.

61 Poder-se-ia argumentar que, quanto a um inventor ou criador individual, cuja atividade não se caracteriza como de empresa, a classificação seria mal aplicada. No entanto, com exclusividade concebida ao criador, protegem-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 ao faturamento.

62 Cabe mencionar a interessante distinção, trazida do Direito Francês, entre *clientèle*, o afluxo de receita resultante da qualidade ou reputação dos produtos ou serviços, e *achalandage*, o fluxo de receita resultante simplesmente da localização: um restaurante de estação ferroviária têm freguesia, sendo ou não de qualidade.

São as patentes de invenção, os modelos de utilidade, o software, os cultivares registrados, as marcas registradas, as indicações geográficas,⁶³ os desenhos industriais registrados,⁶⁴ os direitos autorais e conexos.

Parece tranqüila a aceitação de que tais bens sejam conferíveis ao capital. José E. Tavares Borba,⁶⁵ por exemplo, falando de patentes, diz que, embora uma invenção seja fruto da capacidade criativa do inventor, objetiva-se o direito de exclusiva em um resultado negociável e transmissível como um bem em si mesmo, prestando assim, a integralizar capital. O mesmo obviamente se aplica a todos os direitos de exclusiva.

Os direitos de exclusiva da propriedade intelectual podem ser conferidos à sociedade a título de cessão total, com passagem de todos os direitos; podem ser entregues a título de licença exclusiva; poderiam, numa hipótese a se examinar em seguida, 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.

Ativação de licenças

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”.⁶⁶ Em outras palavras, o valor do bem seria dependente do aviamento em que ele se insere.⁶⁷

Em qualquer caso, só se pode capitalizar a licença quando dada à *sociedade na qual se inscreve* em troca das ações; capitalizar os frutos de uma licença concedida a terceiros seria um contrato bilateral, inaceitável à conferência, salvo as observações já feitas acima.

Assim, seria possível capitalizar os *royalties* de uma licença conferida a terceiros se a integralização do capital subscrito se fizesse na medida em que o pagamento efetivamente se verificasse em benefício da sociedade na qual se inscreve.

63 Que, no entanto, não podem ser capitalizadas, pois não pertencem ao seu beneficiário; direito *propter rem*, está vinculado a certas condições geográficas ou – além disso – de qualidade, e são usufruídos pela coletividade das empresas que preencherem idênticas condições.

64 A exceção é a dos desenhos industriais, no regime da Lei 9.279/96, que são registrados sem exame. Entendo, pela absoluta fragilidade de tais registros, que não possam, de nenhuma forma, serem pagos ao capital. A jurisprudência, aliás, tem negado a esses desenhos não examinados até o benefício da tutela antecipada – exatamente pelo arremedo de propriedade em que se constituem. Aliás, a concessão de tais registros, sem exame, pareceria uma lesão não só às regras de concorrência, mas ao direito do consumidor – objeto potencial, pois, de uma interessante ação civil pública contra o INPI.

65 BORBA, José Edwaldo Tavares, “Direito Societário”, 6ª edição, Ed. Renovar, 2001.

66 Cary, *op. Cit.*, p. 1.100

67 Para os critérios de avaliação, vide Antonio Luiz Figueira Barbosa, *Propriedade e Quase Propriedade no Comércio de Tecnologia*, CNPQ, 1976

Também não se pode avaliar exatamente o que significa uma licença *não exclusiva*, se quem a concede pode fragmentar ou eliminar a vantagem concorrencial pela proliferação de outras licenças.

A meu ver, o ponto de separação entre o que é claramente conferível ao capital e não o é necessariamente está entre a licença exclusiva e a não exclusiva, e não entre licença e cessão.

Dentro da mesma linha de raciocínio, uma vez que se tenha conferido licença exclusiva e irrevogável, para a inteira duração da patente ou da marca (seja a licença parcial ou total), temos que haverá aquisição de direitos, muito embora o pagamento seja variável, dependente da receita ou qualquer outra base de cálculo.

Tal solução segue as linhas do direito tributário americano, sendo de outro lado compatível com o direito brasileiro da propriedade industrial, a ser admitido em seus efeitos tributários segundo as normas do art. 109 do CTN. Com efeito, a licença exclusiva *averbada* no INPI de acordo com o CPI/96 tem efeito *erga omnes*, e, se irrevogável e concedida pelo inteiro prazo do direito, corresponde a uma efetiva aquisição do direito exclusivo correspondente; o argumento de que a falta do cumprimento das obrigações por parte do licenciado poderia levar à eventual rescisão do contrato nada prova, pois ocorreria o mesmo na cessão com pagamento diferido.

A equivalência se explica pela natureza temporária destas propriedades específicas do direito industrial. As marcas e patentes são objeto de um direito exclusivo, mas limitado no tempo, ainda que, no caso dos signos distintivos, há possibilidade de prorrogar o prazo indefinidamente. Assim, a licença exclusiva perpétua e irrevogável se assimila à cessão, embora seja, teoricamente, um negócio jurídico constituindo direito pessoal e não real.

Ativação de direitos ainda não concedidos ou registrados

Outra questão é de se uma patente depositada, mas não concedida, ou uma licença de patente nas mesmas condições, poderia ser conferida.

Não há direitos de exclusiva sem o pronunciamento do Estado que, ao expedir a patente constitui a exclusividade.⁶⁸ 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.

As considerações que se fez sobre as patentes são aplicáveis igualmente aos modelos de utilidade e aos cultivares registrados.

68 Rubens Requião, op. Cit., Vol. I, p. 209.

No tocante às marca, a partir do depósito haveria uma expectativa de direito, suscetível, entendem alguns,⁶⁹ inclusive de proteção possessória. Tal não configuraria, no nosso entender, um direito a que pedidos de marca fossem conferíveis ao capital.

Outro é o caso com os direitos autorais e o software, cuja existência como direito de exclusiva independe de reconhecimento do Estado. No entanto, cabe trazer uma nota de prudência: não serão admissíveis à conferência, com a segurança que se requer, obras sem registro, pois à margem dele se faz a cessão, hoje, à luz da Lei 9.609/98, com a alternativa de fazê-la em títulos e documentos.

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., da 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.

Direitos de exclusiva sobre signos distintivos

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 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 concebem 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. Podendo ser registradas, são direitos de exclusiva a partir do registro, não se concebendo, no direito brasileiro vigente, direito de exclusiva resultante da simples ocupação da marca.⁷⁰

Ao contrário dos demais direitos de exclusiva da propriedade intelectual, as marcas não são temporárias, muito embora, após 10 anos, devam ser prorrogadas. Claro está que as marcas registradas podem ser conferíveis ao capital. Integradas ao patrimônio social,

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

70 Vide, no entanto, o direito do pré-utente, previsto na Lei 9.279/96, e as marcas não registradas, que não são protegidos por direitos de exclusiva.

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*.

O franchising, contrato de direito de clientela, consiste em licença de marca, com assistência técnica e administrativa relativa ao uso “verídico” da marca, além de serviços complementares, e se torna, na verdade, um contrato de transplante de aviamento.

O art. 2º da Lei nº 8.955/94 define o contrato de franquia do modo seguinte:

"Franquia empresarial é o sistema pelo qual o franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços, e eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício."

Caso seja conferida com exclusividade para um território, entendemos que uma franquia pode ser convertida em capital, nas mesmas condições e limitações que já o poderia a licença exclusiva de marcas.

O nome de empresa, no regime vigente, só pode ser conferível ao capital em forma de denominação, própria às sociedades anônimas e às sociedades limitadas. A firma, representando o nome civil dos sócios, é inalienável.⁷¹ A denominação, note-se, pode ser conferível conjuntamente com a empresa, ou separadamente. No regime legal do CC 2002,⁷² o nome, em qualquer de suas formas, aparentemente já não poderá ser conferível ao capital, eis que inalienável:

Art. 1.164. O nome empresarial não pode ser objeto de alienação.

Parágrafo único. O adquirente de estabelecimento, por ato entre vivos, pode, se o contrato permitir, usar o nome do alienante, precedido do seu próprio, com a qualificação de sucessor.

Superado o óbice do CC 2002 (por exemplo, entendendo-se que tal regra não cabe quanto às denominações das S.A., pois excluídas do campo de aplicação da norma geral), entendemos que adquirido o direito de usar a firma na qualidade de sucessora, ou de usar a denominação, cabe a ativação no imobilizado, como um direito de propriedade industrial, na forma do art. 179, III da Lei 6.404/76.

71 Decreto nº 916. “Art. 7º. É proibida a aquisição de firma sem a do estabelecimento a que estiver ligada. Parágrafo único. O adquirente por ato inter vivos ou mortis causa poderá continuar a usar da firma antecedendo-a da que usar com a declaração – “sucessor de...””.

72 É de se entender que os dispositivos do novo Código não revoguem, a não ser no que especificamente contrastante, a legislação anterior. O Decreto (com força de lei) nº 916, de 1890 detalha as regras aplicáveis às sociedades comerciais de pessoas, como o faz o Estatuto do Advogado no tocante a essa especialíssima sociedade civil de pessoas, de responsabilidade ilimitada, que é a sociedade de advogados. Já as regras mais estritas da Lei nº 6.404/76, em seu art. 3º, no que trata das denominações das sociedades de ações, também seria aplicável às denominações das Sociedades, que optarem por usar, ao invés de razão social, denotando as pessoas que lhe estão por detrás, a expressão impessoal que lhe permitir a lei.

É de se notar, como já se o fez quanto à ativação das marcas, que não cabe amortização por se tratar de direito sem prazo de duração; observe-se igualmente que seria impossível ativar-se o próprio nome não adquirido de terceiros, por se tratar de bem autogerado sem possibilidade de contabilização (salvo por reavaliação).

Os nomes de domínio, sujeitos necessariamente a registro, têm de fato os pressupostos de certeza e economicidade que lhe possam garantir a conversão em capital; muito embora não previstos nem regulados, no momento que se escreve, por nenhuma norma legal, são um exemplo curioso de um direito real, reconhecido e consagrado, que não obedece ao princípio do *numerus clausus*.

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 pela Constituição, em seu art. 173. Parte da doutrina constitucionalista entende que a nova carta, ao contrário do que ocorria com a anterior, não deixa à União Federal, através de lei, o estabelecimento de monopólios⁷³. Pelo contrário, ao erigir como pressuposto da ordem econômica a livre concorrência, a Carta teria coibido a restrição à competição de qualquer natureza, a não ser nos casos em que a própria Constituição o excepciona.

Outros autores, no entanto, fundando-se em convincente argumento constitucional, admitem o monopólio com sede em lei ordinária, se atendidos os pressupostos do Art. 173 quanto à intervenção estatal, quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, acrescidos do requisito suplementar da indispensabilidade de que a ação interventiva se faça por meio do monopólio⁷⁴. Casos singulares em que isto se daria seriam os de intervenção para evitar um monopólio privado de fato.

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.⁷⁵

Oligopólios, no entanto, são privilégios muitas vezes conferíveis ao capital. O valor de uma autorização governamental de funcionamento de instituição financeira, desde que haja concordância do banco central na transferência, constitui um elemento fundamental

73 Celso Ribeiro Bastos, Comentários, op.cit., p. 76. Diogo Figueiredo Moreira Neto, Ordem Econômica e Desenvolvimento na Constituição de 1988, APEC, 1989, p. 74, Pinto Ferreira, op.cit., p. 388.

74Eros Grau, op.cit. p. 271-278.

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

para uma empresa da área. A conferência de tais bens, no entanto, fica dependente da sua penhorabilidade ou não, entre os demais fatores.

Seriam bens intangíveis desta natureza, aparentemente, os direito de utilização de satélites, de cabos submarinos, admitidos na legislação de capital estrangeiro.

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.⁷⁶

Num sentido menos preciso, são monopólios legais todos os direitos absolutos exclusivos recaindo sobre uma posição no mercado. É neste sentido que a primeira lei antimonopólio, editada por James I da Inglaterra, excetuava a proibição “os privilégios conferidos aos inventores”.

Direito de exclusiva sem propriedade intelectual: fundo de comércio em renovatória

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.⁷⁷ Uma noção constante do Direito Comercial de todos os países, ganhou prevalência nos 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,⁷⁸ como se fosse um bem fundiário, frutífero. De um lado, é 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, é a seção do patrimônio afetado ao negocio, 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-gerência 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. No Direito francês, sujeito a registro e a proteções ainda mais exacerbadas que em nosso sistema, o *fonds de commerce* teria status de direito de exclusiva, ainda que não de propriedade intelectual.

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

76 Hermano Duval, Concorrência Desleal, p. 36

77 Rubens Requião, op. Cit., vol. I, p.224

78 Op. Cit., ns. 79 e ss

comercial. Tal idéia chegou até o direito brasileiro, através do instituto da locação comercial sujeita à renovatória.

Planiol nota que “o direito sobre o fundo de comércio, como todas as propriedades incorpóreas, é um direito à clientela”.⁷⁹ Esta é a razão pela qual um contrato bilateral, como a da locação, pode ser conferível ao ativo sem abalo ao princípio da vedação de integralizar o capital com créditos aos quais os correspondam débitos. Não se cede a locação, mas a clientela, resultante do local *goodwill*.

Temos que o direito à renovatória, devidamente configurado, acrescido da clientela que acede ao local (*local good will*, *achalandage*) tem as características de certeza e economicidade capazes de possibilitar sua conferência ao capital.

Direitos de clientela sem exclusividade

Universalidades: Cessão de estabelecimento

Pode-se, também, ceder o estabelecimento, com todos os bens, os direitos, além da organização e da posição do 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 se aceita como propriedade o bem-clientela de uma empresa lucrativa em funcionamento (*profitable going concern*);⁸⁰ no mesmo sentido, Modesto Carvalhosa⁸¹ e Cary.⁸²

O Código Civil de 2002 explicitamente admite o reconhecimento do *good will* no ativo e, implicitamente, no capital, no seu art. 1.187:

Parágrafo único. Entre os valores do ativo podem figurar, desde que se preceda, anualmente, à sua amortização:

I - as despesas de instalação da sociedade, até o limite correspondente a dez por cento do capital social;

II - os juros pagos aos acionistas da sociedade anônima, no período antecedente ao início das operações sociais, à taxa não superior a doze por cento ao ano, fixada no estatuto;

III - a quantia efetivamente paga a título de aviamento de estabelecimento adquirido pelo empresário ou sociedade.

É claro que, ao integrar-se num estabelecimento (ou uma empresa) alienado, o bem clientela cresce seu valor, representado pela antecipação razoável da lucratividade futura, capitalizada ao momento de negócio. Quem vende um objeto lucrativo, cresce

79 Apud Rubens Requião, op. Cit., vol. I, p. 187

80 Op. Cit., p. 306.

81 Op. Cit., vol. I, p. 39

82 Op. Cit., p. 1.508.

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 ao 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.

Direitos não exclusivos sobre criações tecnológicas: *Know how* e outros segredos..

“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 utilizar uma vantagem sobre os competidores que não o conhecem ou não 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”.⁸³

Este “segredo de empresa” em sua perspectiva do direito americano, é gênero do qual são espécies o *know how*, o segredo de fábrica, 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.

No dizer do Regulamento 260/96 da CE ⁸⁴:

Artigo 10º

Para efeitos do presente regulamento, entende-se por:

1. « Saber-fazer », um conjunto de informações técnicas que são secretas, substanciais e identificadas por qualquer forma adequada;
2. « Secreto », o facto de o conjunto do saber-fazer, considerado globalmente ou na configuração e montagem específicas dos seus elementos, não ser normalmente conhecido ou de fácil obtenção, de modo que uma parte do seu valor no avanço que a sua comunicação proporciona ao licenciado; não deve ser entendido numa acepção estrita no sentido de cada elemento individual do saber-fazer dever ser totalmente desconhecido ou impossível de obter fora da empresa do licenciante;

83 N. Restatement of Torts. § 757, comment b (1939). Texto d Ohio sobre segredo de empresa

84 Commission Regulation (EC) No 240/96 of 31 January 1996 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of technology transfer agreements (Text with EEA relevance) Official Journal L 031 , 09/02/1996 p. 0002 - 0013

3. « Substantial », o facto de o saber-fazer abranger as informações que devem ser úteis, ou seja, poder razoavelmente esperar-se que, à data da conclusão do acordo, sejam susceptíveis de melhorar a competitividade do licenciado, por exemplo, auxiliando-o a penetrar no novo mercado ou concedendo-lhe uma vantagem concorrencial relativamente a outros fabricantes ou fornecedores de serviços que não têm acesso ao saber-fazer secreto licenciado ou a outro saber-fazer secreto comparável;

4. « Identificado », o facto de o saber-fazer descrito ou expresso num suporte material de modo a tornar possível verificar se preenche os critérios de segredo e de substância e assegurar que a liberdade do licenciado na exploração da sua própria tecnologia não é indevidamente limitada. O saber-fazer pode ser identificado mediante uma descrição constante do acordo de licença ou num documento distinto ou consignado por qualquer outra forma adequada, o mais tardar quando da transferência do saber-fazer ou pouco tempo depois, desde que esse documento distinto ou esse suporte estiver disponível em caso de necessidade;

A doutrina e 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 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 considerado propriedade."⁸⁵ 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.⁸⁶ 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 anterior⁸⁷ 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, consiste em deter informações úteis para a atividade empresarial, e escassa. 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 há “propriedade” em relação a ele, mas mera detenção, ou *possessio naturalis*. A exclusividade, se obtida,

85 Cary, op. cit., p. 1.066

86 Chavanne e Burst, op. cit., p. 177.

87 El concepto jurídico de "know how" (Revista del Derecho Industrial, Buenos Aires, 1981).

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, o *know how* e outros objetos de mesmo gênero não são suscetíveis de ser conferido ao capital, salvo quando parte de um conjunto organizado de bens de natureza concorrencial, e de forma que se assegure uma razoável oportunidade de mercado. Como dissemos quanto a outros contratos bilaterais, se houver simultaneamente uma cessão de clientela, representada, por exemplo, por pactos de não concorrência, e transferência de outros ativos pertinentes à manutenção do fluxo de receita, importando numa *antecipação razoável da receita futura* proveniente de tal parcela do mercado. Ou seja, quando haja uma cessão (ainda que parcial) de uma universalidade, que garante uma *cessão de clientela já existente*.

José E. Tavares Borba⁸⁸ também nega ao *know how* a possibilidade de integralizar capital. Para ele, o *know how* ou a experiência acumulada é indissociável da pessoa que a detém, desta forma é intransmissível a não ser como mera força de trabalho, o que a inviabiliza para integralizar o capital de uma sociedade anônima. Borba observa que o *know how* é ensinado e não transferido, se resumindo então numa prestação de serviço, sendo incompatível com os princípios que informam a integralização de capital.

Posição contrária é sustentada por Fran Martins⁸⁹ que entende: “Do mesmo modo, o *know how*, que consiste em conhecimentos especializados e segredos sobre utilização de um a técnica própria para a exploração de certos produtos, pode também constituir elemento capaz de ser oferecido como contribuição para a formação do capital da sociedade anônima, já que o *know how* é considerado um bem alienável e, portanto, transmissível.”

Signos distintivos sem direitos de exclusiva

Há, no direito vigente, uma série de signos distintivos cuja proteção resulta apenas das regras de concorrência desleal: marcas não registradas, títulos de estabelecimento, insígnia, emblemas, recompensas industriais, sinais e expressões de propaganda.

Por exceção ao anteriormente postulado, há direitos de clientela que, embora sejam elementos do exercício da empresa, exercem-se em relação ao estabelecimento – como o título de 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.

88 BORBA, José Edwaldo Tavares, “Direito Societário”, 6ª edição, Ed. Renovar, 2001.

89 MARTINS, Fran, “Curso de Direito Comercial”, 24ª edição, Ed. Forense, 1999.

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.⁹⁰ O direito francês⁹¹ 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.

Mas, a nosso entender, carecendo da certeza registral, sujeita a todas as vicissitudes da concorrencial desleal – tais signos não seriam conferíveis ao capital, a não ser (solução reiteradamente seguida) como parte de uma universalidade.

Diversas das marcas, mas exercendo o mesmo efeito, são as designações de origem e as indicações de procedência. 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.⁹² 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.

Os títulos de periódicos, ainda que não registrados como marcas, são reconhecidamente elementos patrimoniais de grande valor. Suscetíveis de penhora e execução, segundo a jurisprudência reiterada,⁹³ estão plenamente capacitados a se integrarem no capital de uma sociedade. No direito francês não há proteção específica⁹⁴ para tal propriedade, como não há no direito brasileiro, mas como aqui, 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, mesmo sem registro de marca, o torna capitalizável. O título pode não só ser cedido; mas também ser concedido em exploração, ou fruição, à natureza de um usufruto.

O ponto. Os contratos. A clientela, etc.

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

⁹⁰ Op. Cit., vol. I, p. 203

⁹¹ Chavanne e Burst, op. Cit., p. 479

⁹² Idem, p. 489

⁹³ O título “O Cruzeiro” foi, no espaço de poucos meses, penhorado e executado três vezes.

⁹⁴ Chavanne e Burst, op. Cit., p. 423.

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

O que se discute nesta seção não é a possibilidade de utilizar-se de bens intangíveis na conferência ao capital de uma sociedade anônima, mas a homologação de tal transferência pela legislação de capital estrangeiro, para garantir os seus efeitos próprios.

Bens intangíveis são, conforme o Glossário do BACEN:⁹⁵

“São, no contexto da legislação de capitais estrangeiros, os bens não-corpóreos, tais como, tradicionalmente, a tecnologia, as marcas e as patentes, de propriedade de pessoas físicas ou jurídicas com domicílio ou sede no exterior, e que possam ser objeto de transferência ou licença de uso/exploração por prazo determinado ou de cessão definitiva a pessoas jurídicas sediadas ou autorizadas a operar no País, para aplicação em atividades econômicas, na produção de bens ou serviços.

Mais recentemente, em meados da década de 1990, passou-se a contemplar no âmbito dos "bens intangíveis", no mencionado contexto normativo, aqueles que envolvem ou se caracterizam pelo direito de utilização de satélites, de cabos submarinos, etc., usualmente tratados sob a rubrica da importação de intangíveis.”

Na versão anterior deste artigo, assim entendíamos a questão:

“Diz a Lei 4.131/62 que serão considerados capital estrangeiro “os bens (...) introduzidos no país sem dispêndio inicial de divisas (...)”.

Alvitrou-se, perante os termos da lei, que fosse possível o investimento de uma patente estrangeira como parte do capital de uma empresa brasileira. Átila Andrade Júnior argumentava, na primeira edição de seu livro sobre o capital estrangeiro,⁹⁶ 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. 7º 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 próxima 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 de 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.

(...) 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 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 inofensível, embora, principalmente o último, não seja compatível com o espírito da Lei das S/A nem com o da Remessa de Lucros.”

95 <<http://www.bacen.gov.br/htmls/firce/conceitos.htm#t14>>, consultado em 22/9/02.

96 Em o Capital Estrangeiro no Brasil, p. 5.

É forçoso rever ou, pelo menos, precisar a posição então expressa. Face ao texto da Lei 4.131/62 não será capital estrangeiro senão o bem “introduzido no país sem dispêndio inicial de divisas”; intuitivamente, não foi introduzido no país um direito criado pelo Estado brasileiro segundo suas leis. Não se argumentará que em certos casos, a tecnologia ou o signo distintivo foram efetivamente introduzidos no Brasil: o que se conferir ao capital como investimento direto, no caso, é o direito e não seu objeto imaterial. De outro lado, acreditamos serem conferível e registrável como capital estrangeiro os direitos às patentes e marcas obtidas pelo titular domiciliado no exterior em seu país ou em outros Estados estrangeiros.

É perfeitamente possível a conversão em capital, porém, dos valores remissíveis ao exterior mediante pagamento de royalties ou outros valores, correspondentes a contratos registrados ou averbados no INPI, e suscetíveis de registro perante o Banco Central. Segundo art. 50 “a”) do Dec. 55.762/65, que regulamentou a Lei 4.131/62 com as modificações da Lei 4.390/64; é facultada:

“a conversão, em investimento do principal de empréstimos registrados ou de quaisquer quantias inclusive juros, remissíveis para o exterior”.

Assim, sendo a importância remissível é conversível em investimento, registrado como capital estrangeiro, desde que aplicado em um setor econômico qualquer, de acordo com a legislação do capital estrangeiro. O royalty ou pagamento de assistência técnica (*know how*) ou serviços técnicos devido por uma empresa nacional pode ser convertido em integralização de seu próprio capital, que será registrado no BACEN em nome do titular do recebimento no exterior.

José Eduardo Monteiro de Barros⁹⁷ 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 dos 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.

Quanto a direitos de crédito, desde que remissíveis para o exterior (empréstimos a serem pagos, principal, os juros, ou dividendos) são registráveis e conversíveis como capital estrangeiro. Não 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.

A “importação de intangíveis” se acha regulada pela Carta-Circular N° 2.795, que “Regulamenta o Registro Declaratório Eletrônico - RDE de operações de transferência de tecnologia, serviços técnicos complementares e importação de intangíveis instituído pela Circular n° 2.816, de 15.04.1998”. As regras de conversão de créditos em capital estão reguladas pela Circular N° 2.997 e também previstos na Circular N° 3.074, de 4 de janeiro de 2002.

97 In Curso de Direito Empresarial, vol. III, p. 170.

Pela legislação do BACEN, considera-se conversão em investimento externo direto a operação por intermédio da qual créditos passíveis de gerar transferências ao exterior, com base nas normas vigentes, são utilizados pelo credor não-residente para aquisição ou integralização de participação no capital social de empresa no País.

O poder do controle

Para que exista poder de controle é preciso, em primeiro lugar, que haja 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.⁹⁸

Na sociedade anônima, detém o poder do controle, ou a soberania sobre a empresa, quem seja “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”.⁹⁹ O poder é uma matéria de fato, razão por que têm 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 6.404/76.¹⁰⁰

Bem intangível, o poder do controle não será, no entanto, um direito de clientela. Não se trata de um bem empresarial, mas de um direito sobre os bens empresariais.¹⁰¹ Não é o valor nominal, nem o patrimonial, nem o contábil, e nem sequer de bolsa, que tem a ação, parte do conjunto cuja alienação visa à 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 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 adquira as ações, ou quotas, para ser incorporadas ao ativo.¹⁰² 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.

98 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.

99 Nas demais sociedades, aplica-se o disposto no Art. 1.098 do Código Civil de 2002: “É controlada: I - a sociedade de cujo capital outra sociedade possua a maioria dos votos nas deliberações dos quotistas ou da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores; II - a sociedade cujo controle, referido no inciso antecedente, esteja em poder de outra, mediante ações ou quotas possuídas por sociedades ou sociedades por esta já controladas.

100 Vide Fabio Konder Comparato, O poder de Controle nas S/A.

101 Fabio Konder Comparato, Estudos e Pareceres..., p.103.

102 Modesto Carvalhosa, op. Cit., Vol. I, p.39

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.

Conclusão

Desde sua primeira publicação, inquinou-se a esse trabalho a pecha do conservadorismo. Os requisitos de um capital que seja identificável e exequível, útil e avaliável seriam antiquilhas perante um tempo que se concebem sociedades empresariais até sem capital nenhum (como as cooperativas). Espantará mais ainda a muitos que, passados vinte e dois anos, ainda se sustentem posições que, em sua origem, já se tinham por ultrapassadas.

Pois esse tempo passado, e uma considerável e matizada experiência com empresas de alta tecnologia, inclusive durante a cintilância da bolha do NASDAQ, mais nos reforçam a prudência e a moderação. Entendo que a subavaliação de bens de tecnologia pode atrapalhar, e em muito, o *funding* desses setores tão essenciais ao desenvolvimento. Mas entendo que o apoio a tais propósitos deva resultar de intervenção estatal, subvencionando e substituindo as necessidades do *funding*, ou, melhor ainda, da assunção pelos investidores de que o risco do negócio existe, tanto na sua vertente onerosa quanto na gozosa.

Mas não me parece adequado que se alegue haver capital, na teia societária, em condições menos sólidas e conservadoras do que se sentia razoável nos tempos do caso See v. Heppenheimer. O capital pode ser certamente intangível, mas aos acionistas e credores deve sempre, ao fim da linha, tocar alguma coisa.