

Revista de Direito Mercantil

Industrial Econômico Financeiro

Nova Série Ano XXVI
N. 67 Julho-Setembro/1987



REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Fundador:

WALDEMAR FERREIRA

Diretor:

PHILOMENO J. DA COSTA

Diretor Executivo:

FABIO KONDER COMPARATO

Coordenador:

WALDÍRIO BULGARELLI

Redatores:

ANTONIO MARTIN, CARLOS ALBERTO SENATORE, HAROLDO M. VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, MAURO DELPHIM DE MORAES, MAURO RODRIGUES PENTEADO, NEWTON DE LUCCA, NEWTON SILVEIRA, PAULO SALVADOR FRONTINI, RACHEL SZTAJN, VERA HELENA DE MELLO FRANCO.

Edição e distribuição da

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Rua Conde do Pinhal, 78 — Tel. (011) 37-2433
01501 - São Paulo, SP.

SUMÁRIO

DOCTRINA

- **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional** — Manoel Pedro Pimentel 5
- **O regime jurídico das ações escriturais** — Arnaldo Wald 17
- **A responsabilidade civil dos administradores das instituições financeiras** — Newton de Lucca 32
- **A operação de seguros e sua qualificação jurídica** — Vera Helena de Melo Franco 39
- **O inadimplemento do contrato de câmbio de exportação** — Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa 57
- **A mora e a Resolução 1.129 do Banco Central** — Waldírio Bulgarelli 70

JURISPRUDÊNCIA

- **Arresto cautelar de ex-administradores de instituição financeira** — Decisão da 8.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo — Comentário de Priscila M. P. Corrêa da Fonseca 82
- **Microempresa** — Isenção de Imposto sobre Serviços — Município da Capital — Segurança concedida — Apelação parcialmente provida para excluir condenação da impetrada na verba honorária (Súmula 512-STF) — Comentário de Newton Silveira 87
- **Concessão de concordata a empresa de assistência médica** — Decisão transitada em julgado do juízo distrital de Cajamar/SP — Comentário de Hélio da Silva Nunes 90

ATUALIDADES

- **Estabelecimentos comerciais** — Lojas — Supermercados — Sintonização de aparelhos receptores de serviços de radiodifusão — Direitos autorais — Antônio Chaves 101
- **O “factoring” e a Lei 4.595/64** — Túlio Freitas do Egito Coelho 109
- **Créditos em moeda estrangeira na falência e na concordata** — José Edgard Amorim Pereira 115
- **A proteção jurídica do logiciário** — Eduardo Vieira Manso 122

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTES NÚMEROS

ANTÔNIO CHAVES

Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP.

ARNOLDO WALD

Catedrático de Direito das Faculdades de Direito da Universidade Federal Fluminense e da Faculdade de Ciências Jurídicas do Rio de Janeiro.

EDUARDO VIEIRA MANSO

Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo e Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito de Osasco (SP)

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da USP; Professor Assistente de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP; Professor de Direito Comercial dos Cursos de Graduação e especialização das Faculdades Metropolitanas Unidas; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli; Coordenador da Divisão Regional de Fiscalização do Mercado de Capitais do Banco Central do Brasil, em São Paulo.

HÉLIO DA SILVA NUNES

Advogado em São Paulo.

JOSÉ EDGARD AMORIM PEREIRA

Professor de Direito Comercial da Universidade Federal de Minas Gerais, Consultor Jurídico do BDMG.

MANOEL PEDRO PIMENTEL

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

NEWTON DE LUCCA

Mestre, Doutor e Livre-Docente em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

NEWTON SILVEIRA

Doutor em Direito Comercial e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Diretor da "Cruzeiro do Sul/Newmarc", Patentes e Marcas Ltda.; Secretário Geral Adjunto do IIDA — Instituto Interamericano de Direito do Autor; Advogado e Procurador junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

PRISCILA M. P. CORRÊA DA FONSECA

Professora Assistente da Faculdade de Direito da USP.

TULIO FREITAS DO EGITO COELHO

Advogado em Brasília.

VERA HELENA DE MELO FRANCO

Advogada; Professora Assistente Doutora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

WALDIRIO BULGARELLI

Bacharel, Doutor, Professor Livre-Docente e Adjunto em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie — Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli; do Instituto Paulista de Direito Agrário; do Instituto dos Advogados de São Paulo; do Instituto dos Advogados Brasileiros e da Academia Paulista de Direito.

dem ser guindados ao pólo passivo da constrangedora ação cautelar, já que a eles falta a necessária *legitimatío ad causam*.

Priscila M. P. Corrêa da Fonseca

MICROEMPRESA — Isenção de Imposto sobre Serviços — Município da Capital — Segurança concedida — Apelação parcialmente provida para excluir condenação da impetrada na verba honorária (Súmula 512-STF).

A Lei 7.256/84 firmou o principio geral de que tanto as pessoas jurídicas como as firmas individuais seriam consideradas microempresas (art. 2.º) e o firmou usando de competência constitucional exclusiva (EC 1/69, art. 8.º, XVII, “a” e “b”), que juridicamente não pode ser delegada aos Estados-membros e aos municípios. É bem de ver que o conceito de empresa é de natureza jurídica, não cabendo ao legislador municipal pretender alterá-lo, ainda mais para estabelecer distinção inadmissível, como a ocorrida no caso, em que se discriminou entre pessoas jurídicas e firmas individuais, para privilegiar aquelas e excluir estas últimas dos mesmos benefícios fiscais.

1.º TACivSP — 3.ª C. — Ap. 354.677 — j. 1.9.86 — Rel. Alexandre Germano — v. u.

ACÓRDÃO — Vistos, relatados e discutidos (...) acordam, em 3.ª Câmara do 1.º Tribunal de Alçada Civil, por votação unânime, dar provimento parcial aos recursos.

Mandado de segurança concedido pela sentença de fls. 46/47, para determinar o registro da firma individual do impetrante na categoria de microempresa, reconhecendo-lhe o direito de usufruir dos benefícios e privilégios assegurados pela lei.

Recurso de ofício e apelo voluntário da Municipalidade, esta pleiteando integral reforma da decisão, ou ao menos que seja excluída da condenação a verba honorária.

Com as contra-razões, subiram os autos, manifestando-se a Procuradoria Geral da Justiça pelo improvemento dos recursos.

É o relatório.

Os recursos têm provimento parcial.

Acertadamente foi concedida a segurança, destacando o MM. Juiz que, dentro das atribuições constitucionais que detém, o Poder Federal, através do Plano Nacional de Desburocratização, construiu o conceito de microempresa e, visando amparar considerável parcela do poder produtivo da classe empresarial até então desassistida, outorgou-lhe benefícios, vantagens e privilégios. Trata-se, como assinalou o Magistrado, de conceito genérico, a influenciar as normas relativas ao comércio e à indústria, atividades que interessam a todo o País, não podendo, como pretende a Municipalidade, entregar-se à discrição dos Estados ou dos Municípios a interpretação dos conceitos já expendidos pelo Poder detentor da exclusividade dessas definições. A hipótese pretendida pelo poder municipal impetrado possibilitaria que o reconhecimento da microempresa ficasse entregue ao casuístico critério dos eventuais detentores do poder regional ou local. Assim, concluiu a sentença, a norma invocada pelo impetrado e sua assistente, é de evidente inconstitucionalidade, pois fere privilégio legislativo da União e o princípio da isonomia.

No caso, está em questão a Lei Municipal 9.801, de 18.12.84, que concede isenção do ISS às microempresas e dá outras providências. Ao definir a microempresa, tal diploma legal adotou critério menos abrangente do que o fixado na Lei 7.256/84 (Estatuto da Microempresa) e, assim, excluiu o empresário em nome individual, privilegiando apenas as pessoas jurídicas.

Ora, como destacou o ilustre Promotor de Justiça José Francisco da Silva Lopes, a Lei 7.256/84 é norma jurídica complexa quanto à sua natureza constitucional, contendo matéria de Direito Civil, Comercial, Tributário e Administrativo, e foi concedida, à luz do Programa Nacional de Desburocratização, para trazer ao mundo da legalidade parcela significativa do setor produtivo, sugestivamente denominado de “economia invisível”. Por

isso, dentre outros aspectos, firmou o princípio geral de que tanto as pessoas jurídicas como as firmas individuais seriam consideradas microempresas (art. 2.º) e o firmou usando de competência constitucional exclusiva (EC 1/69, art. 8.º, XVII, "a" e "b"), que juridicamente não pode ser delegada aos Estados-membros e aos municípios.

Ademais, a LCF 48, de 10.12.84, editada com respaldo no art. 19, § 2.º da Carta Constitucional e para fins de conceder isenções de impostos estaduais e municipais, autorizou Estados-membros e municípios a definirem as microempresas em função das características econômicas regionais ou locais, atendendo, ainda, à participação efetiva dessas empresas na arrecadação dos tributos estaduais ou municipais (art. 2.º).

É bem de ver que o conceito de empresa é de natureza jurídica, não cabendo ao legislador municipal pretender alterá-lo, ainda mais para estabelecer distinção inadmissível, como a ocorrida no caso, em que se discriminou entre pessoas jurídicas e firmas individuais, para privilegiar aquelas e excluir estas últimas dos mesmos benefícios fiscais.

Ora, a evolução do Direito, inclusive pátrio, construiu o conceito de empresa como sendo a atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado, exercida profissionalmente (cf. Waldírio Bulgarelli, *A Teoria Jurídica da Empresa*, São Paulo, 1984, pp. 6, 205-6 *et passim*).

A Lei 4.137, de 10.9.62, que proíbe o abuso do poder econômico, declarou que "considera-se empresa toda organização de natureza civil ou mercantil destinada à exploração por pessoa física ou jurídica de qualquer atividade com fins lucrativos".

Já o Projeto de Código Civil evitou definir a empresa, mas conceituou o empresário como sendo quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Segundo Rubens Requião, a empresa pode ser o exercício da atividade individual, de pessoa natural; nesse caso, é a empresa individual, que se contrapõe à empresa coletiva, exercida pela sociedade comercial; a empresa não pressupõe, como se vê, necessariamente, uma sociedade comercial (*Curso de Direito Comercial*, Saraiva, 14.ª ed., 1984, vol. I, p. 58).

É que, de acordo com lição de Bulgarelli, o Direito (e se quiser o jurista) vê na empresa o *empresário*, para o fim de torná-lo o centro de imputação, como sujeito; o *estabelecimento*, como complexo de bens organizados que o empresário utiliza, e como tal objeto de negócios jurídicos autônomos; e a *atividade econômica organizada* de produção de bens e serviços para o mercado (que se expressa por meio de uma série de atos ordenados em relação a um fim a atingir), com a finalidade de estabelecer um regime jurídico específico. E através desta, da atividade, identifica o empresário não só para atribuir-lhe responsabilidade como para dar-lhe proteção (ob. cit., p. 154).

E, não bastasse a construção doutrinária acima apontada, a lei expressamente considera microempresa as pessoas jurídicas e as firmas individuais que tiverem receita bruta anual igual ou inferior ao valor nominal de 10.000 ORTNs (art. 2.º da Lei 7.256/84). O que a LC 48/84 determinou é que o município definisse as microempresas em função das características econômicas locais (art. 2.º). Portanto, um critério econômico (e apenas econômico) deve presidir a discriminação, para fins de isenção do ISS, não um critério jurídico, não previsto na legislação federal citada.

Assim, nada justifica que a Municipalidade paulistana, fugindo aos conceitos legais expressos, exclua da referida isenção as firmas individuais. Nesse aspecto, a Lei Municipal 9.801/84 viola legislação hierarquicamente superior e, conseqüentemente, contém dispositivo que não pode prevalecer.

Daí o acerto da decisão que concedeu a segurança, a qual apenas merece reparo no ponto em que condenou a impetrada ao pagamento de honorários advocatícios. Trata-se de verba incabível no caso, segundo entendimento consagrado pelo STF (Súmula 512), pelo que é a mesma excluída da condenação.

Apenas para esse fim são providos os recursos.

Presidiu o julgamento o Juiz Sousa Lima e dele participaram os Juizes Araújo Cintra (revisor) e Toledo Silva (com visto). São Paulo, 1.º de setembro de 1986 — ALEXANDRE GERMANO — relator.

COMENTÁRIO

O presente acórdão julgou recurso em mandado de segurança impetrado por empresário individual, excluído pela Municipalidade de São Paulo dos benefícios e privilégios assegurados a microempresas.

É que a Lei Municipal 9.801/84, destinada à aplicação do estatuto da Microempresa (Lei 7.256/84), veio a excluir os empresários individuais da isenção do imposto sobre serviços, estabelecendo critério diferenciado entre estes e as sociedades empresariais.

O acórdão enfrenta o conceito de empresa e a sua natureza jurídica. Pela primeira vez a empresa foi mencionada no nosso Direito positivo na lei de repressão ao abuso do poder econômico, definindo empresa como *organização* da atividade econômica. O Projeto de Código Civil veio a definir o empresário como aquele que exerce atividade econômica organizada, invertendo o conceito econômico expresso na Lei 4.137 para privilegiar a *atividade* como elemento qualificador da empresa.

Essa matéria foi objeto de tese do Prof. Waldírio Bulgarelli apresentada em concurso à Cátedra de Direito Comercial na Faculdade de Direito de São Paulo, onde o ilustre professor demonstra que a atividade empresarial é juridicamente relevante e serve como elemento qualificador da empresa.

A tese do Prof. Bulgarelli, originalmente reproduzida em número limitado em 1984 e, no ano seguinte editada pela Ed. RT, expõe no Cap. III a transposição do fenômeno da empresa para o Direito (1), o conceito e a qualificação jurídica da empresa (6) e a empresa como atividade (9), destacando à p. 155 da edição original:

“E aqui gostaríamos de ressaltar o que parece ter sido o verdadeiro achado na teoria jurídica da empresa, embora nem sempre clara para seus cultores: a transmutação do conceito econômico de empresa como organização da atividade econômica em atividade econômica organizada.”

Desenvolvendo a idéia, prossegue o autor:

“O relevo dado à empresa, como atividade, pela quase maioria da doutrina italiana de nossos dias e de grande parte da doutrina de outros países, não constitui nenhum artificialismo nem uma invenção inopinada, pois decorre naturalmente da idéia que se encontrava, em muitos casos subjacente, é verdade, mas sempre viva, em toda a evolução da comercialidade como critério qualificador do comerciante para sujeitá-lo a um estatuto jurídico próprio. A reiteração da prática de atos de comércio, em caráter profissional, conduzia à concepção do exercício de uma *atividade* (série de atos coordenados em razão de um fim a atingir), *econômica* voltada para o mercado e não para o próprio consumo e para obter proveito, exercida em caráter *profissional* (com habilidade e portanto conectada a uma organização de bens ou de pessoas, ou ambas, e por isso também com objetivo de obter proveito).” (pp. 175-6).

Para concluir à p. 212:

“As objeções contra a falta de um conceito unitário de empresa deixam de ter procedência, quando é definida como atividade referida a um agente que a exerce e aos bens que lhe servem de instrumento. E entenda-se que a relevância outorgada à empresa como atividade decorre da sua função qualificadora e, portanto, de se constituir na essência do fenômeno e de se apresentar como centro polarizador, valendo dizer, que só há empresário e estabelecimento, quando se está perante a atividade econômica organizada, exercida profissionalmente. Em consequência a noção de empresa, sob tal aspecto, corresponde à da empresarialidade, e pode ser conceituada como atividade econômica organizada, exercida profissionalmente. Nem procederiam as críticas — e seja-nos permitido este exercício de prolepse — de que no conceito acima não se vê o empresário nem o

estabelecimento, pois, o primeiro é compreendido por quem exerce a atividade e o segundo está contido na organização dos bens destinados à atividade.”

Em boa hora a tese do Prof. Bulgarelli desborda dos lindes acadêmicos para encontrar serventia na vida real, onde as teses são efetivamente provadas e aprovadas.

Newton Silveira

CONCESSÃO DE CONCORDATA A EMPRESA DE ASSISTÊNCIA MÉDICA — DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO DO JUÍZO DISTRITAL DE CAJAMAR/SP

Proc. 113/87 — Foro Distrital de Cajamar/SP — j. 11.8.87

Clínica Anhanguera Convênios de Assistência Médica S/A, empresa sediada neste município e Foro Distrital de Cajamar — Comarca de Jundiá, requereu concordata preventiva, dizendo, em síntese, que em razão da desestabilidade econômica do País não está suportando honrar seus compromissos dentro dos prazos estipulados e isso poderá levá-la à falência, causando sérios prejuízos à população em razão da atividade que exerce. Entende que preenche todos os requisitos para que lhe seja concedido o favor legal. Juntou documentos para comprovar as exigências da lei, dentro do prazo concedido pelo juízo.

A Doutra Curadoria manifestou-se contrária ao processamento da concordata preventiva, por entender inexistente a condição imposta no art. 158, I, da Lei de Falências.

DECIDO — A requerente vem exercendo suas atividades desde o ano de 1975, como demonstram os documentos juntados aos autos.

Inicialmente, tratava-se de sociedade civil, transformando-se em sociedade anônima em 27.3.87. Tal transformação, diz a requerente, foi para evitar a bancarrota, abrindo seu capital para terceiros. Todavia, a sua intenção malogrou.

Insurge-se a Doutra Curadoria com isso, ou seja, que só a partir da transformação é que a requerente passou a exercer o comércio.

Ocorre que essa conclusão não pode ser aceita, uma vez que, se correta, ter-se-ia por inexistente as atividades da requerente antes de 27.3.87, o que não é verdade.

A requerente especializou-se no ramo de atendimento médico e como tal vem servindo a população, desde o início de suas atividades. Presta, portanto, serviços dirigidos ao bem comum e de alta finalidade social.

O juiz não pode ficar ateadado na expressão literal da lei. Deve, ao contrário, interpretá-la e aplicá-la, sempre visando atender aos fins sociais e ao bem comum. O seu sustentáculo está no art. 5.º, da LICC.

A requerente está na sua atividade desde o ano de 1975. É cediço que os hospitais particulares são hoje verdadeiras empresas. E, como empresas, exercem o comércio, cuja finalidade é o lucro. Os hospitais particulares se propagaram em razão da falta de leitos nos hospitais da rede oficial. É comum os hospitais particulares terem convênios com a autarquia federal, para atendimento que fazem jus os trabalhadores previdenciários. E é o caso da requerente. Esses convênios, bem ou mau, são remunerados e quem deles participa, estão atendendo aos fins sociais, correndo toda a sorte de risco, como qualquer outro comerciante.

Negar à requerente o processamento da concordata preventiva somente por presumir que sua transformação para sociedade anônima foi com o intuito de fraude, seria iníquo, mesmo porque, se for apurada qualquer irregularidade no curso de seu processamento, a decisão pode ser reexaminada.

Desnecessário, por outro lado, discorrer que a concordata preventiva é situação melhor para os credores do que um decreto de falência.

Por essas razões, *defiro* o processamento da concordata preventiva da Clínica Anhanguera Convênios de Assistência Médica S/A, por entender preenchidos os requisitos legais.

Expeça-se edital, com observância do disposto no art. 161, § 1.º, I, da Lei de Falências.

Declaro suspensas as ações e execuções contra a devedora, por créditos sujeitos aos efeitos da concordata, salvo as hipóteses contidas no art. 161, § 2.º, da mesma lei.

ÍNDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO

Antônio Chaves — Artigo sobre: Estabelecimentos comerciais — Lojas — Supermercados — Sintonização de aparelhos receptores de serviços de radiodifusão — Direitos autorais ..	101	Manoel Pedro Pimentel — Artigo sobre: Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional	5
Arnoldo Wald — Artigo sobre: O regime jurídico das ações escriturais	17	Microempresa — Isenção de Imposto sobre Serviços — Município da Capital — Segurança concedida (Súmula 512-STF) — Comentário de Newton Silveira	87
Arresto cautelar de ex-administradores de instituições financeiras — Comentário de Priscilla M. P. Corrêa da Fonseca	82	Mora e a Resolução 1.129 do Banco Central (A) — Artigo de Waldírio Bulgarelli	70
Concessão de concordata a empresa de assistência médica — Comentário de Hélio Silva Nunes	100	Newton de Lucca — Artigo sobre: A responsabilidade civil dos administradores das instituições financeiras	32
Crédito em moeda estrangeira na falência e na concordata — Artigo de José Edgard Amorim Pereira	115	Newton Silveira — Comentário sobre: Microempresa — Isenção de imposto sobre Serviços — Município da Capital — Segurança concedida (Súmula 512-STF)	87
Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional — Artigo de Manoel Pedro Pimentel	5	Operação de seguros e sua qualificação jurídica (A) — Artigo de Vera Helena de Melo Franco	39
Eduardo Vieira Manso — Artigo sobre: A proteção jurídica do logiciário ..	122	Priscilla M. P. Correa da Fonseca — Comentário sobre: Arresto cautelar de ex-administradores de instituições financeiras	82
Estabelecimentos comerciais — Sintonização de aparelhos receptores de serviços de radiodifusão — Direitos autorais — Artigo de Antônio Chaves	101	Proteção jurídica do logiciário (A) — Artigo de Eduardo Vieira Manso ..	112
Factoring e a Lei 4.595/64 (O) — Túlio Freitas do Egito Coelho	109	Regime jurídico das ações escriturais (O) — Artigo de Arnoldo Wald ..	17
Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa — Artigo sobre: O inadimplemento do contrato de câmbio de exportação	57	Responsabilidade civil dos administradores das instituições financeiras (A) — Artigo de Newton de Lucca	32
Hélio da Silva Nunes — Comentário sobre: Concessão de concordata a empresa de assistência médica	100	Túlio Freitas do Egito Coelho — Artigo sobre: O factoring e a Lei 4.595/64	109
Inadimplemento do contrato de câmbio de exportação (O) — Artigo de Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa	57	Waldírio Bulgarelli — Artigo sobre: A mora e a Resolução 1.129 do Banco Central	70
José Edgard Amorim Pereira — Artigo sobre: Crédito em moeda estrangeira na falência e na concordata	115	Vera Helena de Melo Franco — A operação de seguros e sua qualificação jurídica	39

