

Revista de Direito
Mercantil
Industrial
Econômico
Financeiro

Nova Série Ano XXVI
N. 68 Outubro-Dezembro/1987



REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Fundador:

WALDEMAR FERREIRA

Diretor:

PHILOMENO J. DA COSTA

Diretor Executivo:

FÁBIO 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

— Resgate de ações de sociedade anônima — Osmar Brina Corrêa Lima	7
— Sociedade anônima — Atos “ultra vires” — Validade ou não das prestações de garantias — Romano Cristiano	17
— Empréstimo entre sociedades — Walter Douglas Stuber	25
— Da responsabilidade dos administradores de instituições financeiras — Francisco José de Siqueira	31
— O irredentismo da “nova contabilidade” e as operações de “leasing” — Fábio Konder Comparato	50

JURISPRUDÊNCIA

— Liquidação extrajudicial de instituição financeira — Arresto de bens dos administradores — Decisão da Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça — Comentário de Priscilla M. P. Corrêa da Fonseca	63
— Propriedade industrial — Proteção à marca — Decisão da Oitava Câmara Civil do Tribunal de Justiça — Comentário de Waldemar Álvaro Pinheiro	66
— Sociedade de fato — Ação declaratória de existência de uma sociedade de fato integrada por duas sociedades anônimas (regularmente constituídas), uma delas posteriormente falida, e para efeito de reconhecimento de solidariedade ambas nas dívidas de uma e outra (inclusive a da em quebra) perante o autor — Acórdão recorrido que extinguiu o processo, sem exame do mérito, por falta de possibilidade jurídica do pedido — Comentário de Sergio Murilo Zalona Latorraca	71
— Firms que operam no mesmo setor, ou seja, exportação — A mais antiga, com tradição no ramo, estará efetivamente prejudicada com a semelhança — A firma nova deve sempre se distinguir de qualquer outra inscrita no registro do lugar — Independentemente de concorrência, mormente quando ambas tratam de nomes de fantasia — Apelo provido — Comentário de Newton Silveira	77
— Irregularidades — Irregularidades relacionadas com a divulgação de informações referentes ao desempenho esperado da COBRASMA S/A, com elaboração de projeções, bem como a verificação de suficiência e qualidade das informações divulgadas, em infringência ao disposto no art. 8.º da Instrução CVM n. 32/84 (substituído pelo art. 8.º, Instrução CVM n. 60/87, arts. 14, e § 1.º, e 17, II, da Instrução CVM 13/80) — Comentário de Waldírio Bulgarelli	83

ATUALIDADES

— Contabilização de operações de arrendamento mercantil — Thomas Benes Felsberg e Miriam C. R. Câmara	105
— O papel da lei na perspectiva balzaquiana — Waldírio Bulgarelli	113
— Simulação. Ininvocababilidade por qualquer dos participantes — Terceiro. Quem é no ato simulado — Antônio Chaves	117

BIBLIOGRAFIA

— Curso de Propriedade Industrial — Newton Silveira, 2.ª ed., Ed. RT, 1987, 206 pp. — Waldírio Bulgarelli	120
— Questões de Direito Societário e Mercado de Capitais — Nelson Eizirick, Forense, RJ, 1987, 270 pp. — Waldírio Bulgarelli	120

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO

ANTÔNIO CHAVES

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

FÁBIO KONDER COMPARATO

Prof. Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Doutor em Direito pela Universidade de Paris, Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli, Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros, do Instituto dos Advogados de São Paulo e do Instituto dos Advogados do Pará, Membro da Sociéte de Législation Comparée de Paris.

FRANCISCO JOSÉ DE SIQUEIRA

Advogado do Banco Central do Brasil domiciliado em Salvador, Mestre em Direito pela Universidade de Pernambuco.

MIRIAM C. R. CÂMERA

Advogada em São Paulo.

NEWTON SILVEIRA

Doutor em Direito Comercial, 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 Procurador junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

OSMAR BRINA CORRÊA LIMA

Procurador da República, Prof. da Faculdade de Direito da UFMG.

PRISCILLA M. P. CORRÊA DA FONSECA

Prof. Assistente Doutora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

ROMANO CRISTIANO

Procurador do Estado em São Paulo.

SÉRGIO MURILO ZALONA LATORRACA

Advogado em São Paulo.

THOMAS BENES FELSBERG

Advogado em São Paulo.

WALDEMAR ÁLVARO PINHEIRO

Advogado em São Paulo.

WALDIRIO BULGARELLI

Bacharel, Doutor, Prof. Livre-Docente e Adjunto em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Prof. 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.

WALTER DOUGLAS STUBER

Advogado em São Paulo.

JURISPRUDÊNCIA

LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA — Arresto de bens dos administradores

AI 85.899-1 — SP — 2.ª C. — j. 26.6.87 — rel. Des. Munhoz Soares — v. u.

ACÓRDÃO — Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento 85.899-1, da comarca de São Paulo em que são agravantes Rubens Araújo de Guzzi Oliveira e outros, sendo agravado o Ministério Público: Acordam, em 2.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Consequente à decretação da liquidação extrajudicial do COMIND — Banco de Investimentos S/A, liminarmente deferiu o MM. Juiz o arresto de bens dos requeridos, ex-administradores da entidade liquidanda. Resume o recurso o pedido de que a medida de arresto seja revogada, bem como os autos do inquérito sejam devolvidos ao Banco Central do Brasil, para fins de apreciação da defesa administrativa que os agravantes apresentaram.

Bem processado o tempestivo recurso, sobrevieram as manifestações do Ministério Público que, tanto em 1.º, como em 2.º graus, finalizaram conclusão opinativa pelo seu improvimento, tendo o MM. Juiz *a quo* mantido a r. decisão agravada. É o relatório que a espécie comporta.

A pretensão dos agravantes é a de sustar o andamento do inquérito administrativo, e tal, fundados em motivo de que a comissão de inquérito não reconheceu ou apreciou argumentos que delinearam como defesa no respectivo procedimento. E, por isso, querem a suspensão das medidas assecuratórias que lhes foram impostas como garantia.

Ora, o que se colhe de fls. 77-81 é que tais argumentos levantados a título de defesa dos agravantes foram expressamente apreciados, chegando aquela comissão até a apreciação do montante e estimativa dos prejuízos acarretados àquela empresa em liquidação extrajudicial, sendo certo que tal demonstrativo se encontra a fls. 81 e 82 destes autos de agravo, notando-se no item “gestão” o escalonamento de tais prejuízos em relação a cada ano, chegando o Banco Central, através sua comissão ao apontamento das causas que determinaram a situação de insolvência da sociedade de crédito em apreço.

Assim, se a comissão designada pelo Banco Central bem apreciou os argumentos contidos na defesa dos agravantes, não é possível que se entveja nesse comportamento um cerceamento de defesa. Ou, por outro lado, o procedimento instaurado administrativamente “destina-se a prover o Ministério Público de elementos para aforar a cautelar, de que trata o art. 45 da Lei 6.024/74, e, ou, a ação reparatória prevista no art. 46 do aludido diploma legal. Ora, cumpridas tais finalidades, com a remessa dos autos à Justiça Estadual — única competente para conhecer e julgar tais demandas — inexistem razões para a pretendida suspensão” (fls. 88).

Assim, examinado todo o agravo manifestado pelos inconformados recorrentes de fls. 2, bem é de ver, em confronto com as demais peças do processado, que a pretensão dos agravantes não se encontra forrada com o melhor fomento jurídico, ressentindo-se de boas razões que estivessem lastreadas naquele ulterior procedimento, já que suas defesas foram apreciadas.

Por isso é que a contraminuta, com o superior respaldo da E. Procuradoria-Geral, é acolhida e a este integra como razões de decidir, e bem porque as lições ali transcritas (fls. 88 a 90), ajustando-se à espécie, oferecem-lhe fulcro consentâneo à decisão que ora se adota. Do exposto, nega-se provimento.

O julgamento teve a participação dos Des. Silva Ferreira pres., e Luiz de Azevedo, com votos vencedores.

São Paulo, 26 de junho de 1987 — Munhoz Soares, relator.

COMENTÁRIO

É inequívoco que, no processo administrativo desencadeado para apurar as causas da queda das instituições financeiras, o meio de defesa posto à disposição dos administradores consubstancia-se nas “alegações e explicações”, as quais, por força do que prescrevem os arts. 42 e 43 da Lei 6.024/74, devem preceder, necessariamente, a apresentação do relatório final.

Não obstante assim seja, mostra-se solidificada, em tais espécies de procedimentos, a posição do Banco Central que neles não entrevê qualquer caráter decisório ou contencioso, razão pela qual afirmam, com freqüência, as comissões de inquérito, ser inviável, em tal sede, uma decisão administrativa, seja para absolver, seja para isentar de responsabilidades os administradores. Chega-se até mesmo a asseverar, como ocorreu no caso COMIND, que o verdadeiro contencioso, e portanto, a “defesa”, faz-se na ação judicial própria, na qual se apura a responsabilidade civil.

Em outras palavras, as alegações e explicações prestadas pelos ex-administradores, e que consubstanciam no processo administrativo em questão a respectiva defesa, restam sistematicamente ignoradas pelas comissões de inquérito. Ou seja, o relatório é exarado como se essas peças inexistissem nos autos. E, o que é pior e mais grave, nessas condições, isto é, sem que seja examinada tal defesa, é o indigitado inquérito remetido à Justiça a fim de que, desde logo, seja dado início às medidas cautelares constritivas tendentes a assegurar a efetivação da responsabilidade dos ex-administradores.

E não se afirme, a esse propósito, tal qual o Banco Central, que o inquérito realizado nas instituições submetidas ao regime da Lei 6.024/74 não teria caráter decisório, nem contencioso, motivo pelo qual a defesa se faria perante o Poder Judiciário.

É que, perante a Justiça, o direito de defesa se deduz na ocasião procedimental oportuna e através de meio processual adequado, *id est*, a contestação. Essa e não outra, é a peça que será examinada pelos órgãos judicantes para efeito de, na esfera judicial, atribuir ou não aos ex-administradores a responsabilidade pelos prejuízos causados às instituições liquidandas.

Caso contrário, ou seja, se não tivesse o procedimento administrativo caráter contencioso ou decisório por qual razão, indaga-se, reclamaria a lei a oportuna apresentação das “alegações e explicações” e que, tal como expressamente dispõe o art. 43, configuram a “defesa” dos ex-administradores? Se a lei, segundo rudimentar princípio de hermenêutica, não deve conter palavras inúteis, é de se arrear desde logo que contemplasse e exigisse o aperfeiçoamento de atos igualmente inúteis ou desnecessários.

Ademais, se a defesa dos ex-administradores precede, na ordem procedimental, à elaboração do relatório final da comissão de inquérito, e este constitui a conclusão de todo o processado, é evidente que o mesmo deverá conter o exame e a decisão acerca não apenas do apurado, como do que naquela peça foi aduzido, sob pena de insanável nulidade.

Não prevalece, assim, em face da exigência de apresentação da defesa, o argumento de que não teria o procedimento administrativo caráter decisório ou contencioso. E é evidente que, ao não reconhecer no inquérito essa natureza, o Banco Central faz *tabula rasa* do direito de defesa dos ex-administradores, vulnerando também o *due process of law*.

Com efeito, ainda que exercendo o seu poder de autotutela, a Administração Pública “não tem o direito de impor aos administradores gravames e sanções que atinjam, direta ou indiretamente, seu patrimônio, sem ouvi-los adequadamente, preservando-lhes o direito à defesa” (José Frederico Marques, “A garantia do *due process of law* no Direito Tributário”, in *RDP* 5/29). Hely Lopes Meirelles, em monografia sobre o assunto, também alinhou, entre os princípios reguladores do processo administrativo, o da garantia de defesa, que, conforme explicita, decorre do devido processo legal constitucionalmente protegido (*O Processo Administrativo*, Resenha Tributária, 1975, p. 22).

Não seria demais aqui recordar que a defesa *la garantie des garanties de la légalité* ou *le minimum de toute procédure légale*, para nos valermos das palavras de Michel Stassinopoulos (in *Le Droit de La Défense devant les Autorités Administratives*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1976, p. 52) — deve ser considerada “comme un élément essentiel du droit et non pas comme une formalité proprement dite” (ob. cit., p. 53). Até porque, como observa Marcel Waline, “le droit d’être entendu est aussi vieux que le monde” (“Le principe audi alteram partem”, in *Libre Jubilaire du Conseil d’État du Luxembourg*, 1957, p. 500).

E pouco importa, sob esse aspecto, que se faculte aos ex-administradores a apresentação da defesa, quando é certo que a mesma não é sequer apreciada. Seria o mesmo, reconheça-se, que se ter a eles negado aquela oportunidade procedimental.

Bielsa, no estudo dedicado ao *Contencioso Administrativo* (Lajouane & Cia. Editore, Buenos Aires, 1936, p. 133), refere textualmente que “La sentencia debe decidir expresamente sobre el objeto y petitorio de la demanda y de la defensa; y también sobre las articulaciones substanciales y costas y costos”.

Hely Lopes Meirelles, por outro lado, examinando o conteúdo da decisão proferida pela autoridade administrativa, assinala que “O essencial é que a decisão seja motivada com base na acusação, na defesa e na prova, não sendo lícito à autoridade julgadora argumentar com fatos estranhos ao processo ou silenciar sobre as razões do acusado, porque isto equivale a cerceamento de defesa e conduzirá à nulidade do julgamento, que não é discricionário mas vinculado ao devido procedimento legal. Realmente, se o julgamento de processo administrativo fosse discricionário, não haveria necessidade de procedimento, justificando-se a decisão como ato isolado de conveniência e oportunidade administrativa, alheio à prova e refratário a qualquer defesa do interessado” (*Direito Administrativo Brasileiro*, Ed. RT, São Paulo, 11.^a ed., p. 587).

E não poderia ser de outro modo, já que o processo administrativo tende sempre “à formação da vontade administrativa” (Alberto Xavier, *Do Procedimento Administrativo*, José Bushatsky, São Paulo, 1976, p. 119). Essa vontade, em casos semelhantes àquele enfocado pelo acórdão, diz respeito, evidentemente, à verificação da responsabilidade dos ex-administradores das instituições liquidandas.

Nesse preciso diapasão, a lição de Rubens Requião, segundo a qual “o objetivo principal do inquérito é aferir a responsabilidade de cada administrador, conselheiro ou de terceiros, tendo em vista a finalidade de ressarcimento dos prejuízos causados por seus atos culposos ou dolosos” (*Curso de Direito Falimentar*, v. 2.º/226, Saraiva, São Paulo, 7.^a ed., 1985). Compartilha, ainda, de tal entendimento, o Prof. Néelson Abrão, para quem o inquérito é efetivado “para a apuração das causas da ruína financeira e a responsabilidade de seus

administradores e membros do conselho Fiscal (*Curso de Direito Falimentar*, Saraiva, São Paulo, 1980, 2.^a ed., p. 277).

O Banco Central, no entanto, prefere sistematicamente ignorar a finalidade do procedimento administrativo e relegar para apreciação do Poder Judiciário tarefa que lhe está, por força de lei, afeta, pouco relevando, com esse escopo, que reste postergado o direito de defesa dos ex-administradores, e o inquérito venha a se macular de insuprível nulidade.

Nulo que se mostra o inquérito, não há de ser com base nele que a Curadoria requererá o arresto dos bens dos ex-administradores, e ao MM. Juiz se fará viável o deferimento do pedido formulado em tais condições.

Priscila M. P. Corrêa da Fonseca

PROPRIEDADE INDUSTRIAL. Proteção à marca — Decisão da 8.^a Câmara Civil do Tribunal de Justiça.

Ap. 58.188-1 — SP — 8.^a C. — j. 15.8.85 — rel. Des. Arthur de Godoy — v. u.

ACÓRDÃO — Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 58.188-1, da comarca de São Paulo, em que é apelante Soft Machine Confecções Ltda., sendo apeladas Drugstore Magazine Augusta Ltda. e outras: Acordam, em 8.^a Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, dar parcial provimento ao recurso.

A demandante invoca a posse e, com anterioridade, o uso da marca "Soft Machine", para indicar, ainda com o emprego de desenho característico, as confecções de sua produção.

E, voltando a ação contra várias empresas, visa a obter, das demandadas, que cessem a comercialização e a fabricação de calças, macacões e camisas de brim, assinaladas por etiquetas, sinais característicos e marca de sua utilização.

Posta nesses termos a pretensão, não cabia ter o registro da marca como requisito indispensável para o exercício da ação proposta.

E porque a pretensão, como invocada, se liga, aí, à anterioridade do uso da marca, como realidade que não pode ser desconhecida, no mundo jurídico, pois tornada a marca conhecida e desejável para os consumidores, a tolerância, quanto ao indiscriminado uso por outrem, importaria no aproveitamento do sucesso angariado através do trabalho alheio.

No tema, aliás, há preciosa lição de precedente da E. 2.^a Câmara Civil deste Tribunal de Justiça, na Ap. 14.570-1, sendo relator o Des. Toledo Piza, onde se anotou que "a marca da autora tem anterioridade de uso, nada significando em especial a inexistência de registro. Teria importância se deferido o registro no INPI a outro (fls. 59), o que mudaria a questão".

E, com a adoção desse critério, o certo, em suma, é prover o recurso. Mas em termos parciais, apenas para que, afastado o decreto de carência, retornem os autos ao Juízo de 1.^o grau, com vistas à apreciação das demais matérias suscitadas na causa.

Prejudicada a arguição de nulidade da r. sentença apelada que, dizendo com a falta de oportunidade para a manifestação a respeito de documentos oferecidos, se esvaziou, agora, com a solução adotada em sede de reexame.

O julgamento teve a participação dos Des. Villa da Costa, pres. sem voto, Oliveira Lima e Fonseca Tavares, com votos vencedores.

São Paulo, 15 de agosto de 1985 — *Arthur de Godoy*, relator.

COMENTÁRIO

"To avoid an arbitrary discretion in the courts, it is indispensable that they should be bound down by strict rules and precedents, which serve to define and point out their duty in every particular case that comes before them; and it will

BIBLIOGRAFIA

CURSO DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL — Newton Silveira, 2.^a ed., Ed. RT, 1987, 206 pp.

Chega agora, à segunda edição, o Curso de Propriedade Industrial do conhecido especialista nessa matéria, Dr. Newton Silveira. Trata-se de compêndio útil para os estudantes e estudiosos, pois a matéria é tratada de maneira simples, em estilo didático, trazendo ainda em apêndice a legislação pertinente. O Autor soube aliar aos seus conhecimentos técnicos a sua experiência pedagógica, como professor doutor que é de Direito Comercial na Faculdade de Direito da USP. Cuida o Curso, além das noções fundamentais de propriedade imaterial, direitos do autor e direitos específicos da chamada propriedade industrial, também da criação intelectual aplicada à indústria, como as invenções, os modelos de utilidade, modelos e desenhos industriais e o uso industrial e comercial de obras artísticas; trata ainda dos sinais distintivos (marcas de indústria, de comércio e de serviços, título de estabelecimento e insígnia, nome comercial e sinais e expressões de propaganda) e do processo administrativo, assim como da proteção internacional. Faz ainda referências à transferência da tecnologia. Vale mencionar que as alterações introduzidas nesta segunda edição enriqueceram a obra, justificando a sua recomendação.

QUESTÕES DE DIREITO SOCIETÁRIO E MERCADO DE CAPITAIS — Nelson Eizirik, Forense, Rio, 1987, 270 pp.

Nelson Eizirik, que na área acadêmica é mestre em Direito pela PUCRJ e Professor da Faculdade de Direito Cândido Mendes e do Instituto de Direito Público, Indipo, da Fundação Getúlio Vargas-RJ, notabilizou-se pela sua dedicação aos temas do chamado mercado de capitais, tendo se destacado como Diretor do Ibmecc primeiro, depois como consultor jurídico da Bolsa de Valores do Rio de Janeiro, e como advogado, exercendo, atualmente, o cargo de Diretor da CVM-Comissão de Valores Mobiliários. Com toda essa bagagem, a que se somam várias obras publicadas além de artigos e pareceres, não é de estranhar que este seu último trabalho *Questões de Direito Societário e Mercado de Capitais*, em que reúne estudos, artigos e pareceres, venha sendo considerado uma oportuna contribuição para a melhor compreensão de importantes temas sobre o mercado de capitais e conseqüentemente, também, das companhias abertas. Versando com a segurança do especialista os inúmeros temas abordados, o Autor serve-se, contudo, de um estilo simples e harmonioso, evitando a linguagem técnica, cerrada, tornando a obra agradável e de fácil compreensão. Sendo difícil destacar entre todos os temas tratados, alguns especificamente, não se pode contudo deixar de anotar trabalhos originais, como o parecer sobre a caracterização jurídica e regime fiscal do Telepregão; o estudo sobre as sociedades anônimas com participação estatal e o Tribunal de Contas; estudo sobre o *Caso Vale* e os referentes à responsabilidade dos administradores de companhia aberta e das Bolsas de Valores. Por tudo isso é que recomendamos até com entusiasmo o livro de Nelson Eizirik.

Waldírio Bulgarelli

