

Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro

Nova Série Ano XXVII

Nº 72 Outubro-Dezembro/1988



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, JOSE ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, MAURO DEL-PHIM 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 RT
REVISTA DOS TRIBUNAIS**

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

SUMÁRIO

DOUTRINA

— Reforma da responsabilidade civil delitual em nível estadual: Auxiliando o sistema ou criando mais caos? — Victor E. Schwartz	5
— Produção publicitária. Proteção pelo Direito de Autor — Antônio Chaves	27
— Atividade comercial das empresas estatais e noção de efeitos comerciais — Eros Roberto Grau	41
— A insolvência das empresas brasileiras e o papel dos bancos de desenvolvimento — Wanderley Pinto de Medeiros	48
— O lucro inflacionário e a correção monetária integral das demonstrações financeiras — Yuichi Tsukamoto e João Francisco Bianco	57

JURISPRUDÊNCIA

— Contrato de abertura de crédito — Comentário de Mauro Delphim de Moraes	65
— Direito Autoral — Comentário de Eduardo Vieira Manso	76
— Junta comercial: Deliberação de assembleia geral e atentado — Comentário de Mauro Rodrigues Penteado	83

ATUALIDADES

— A lacuna do art. 123 da Lei 6.404/76 — Renato Ochman	91
— O Poder Judiciário e os cheques especiais — Astyr Gonzales Júnior	94
— A regulação dos contratos mercantis — Waldírio Bulgarelli	96

BIBLIOGRAFIA

— Responsabilidade civil do acionista controlador e da sociedade controladora — Fernando Boiteux, ed. Forense, 1988, 104 pp. — Waldírio Bulgarelli	101
--	-----

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO

ANTÔNIO CHAVES

Prof. Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

ASTYR GONZALES JUNIOR

Advogado no Rio de Janeiro.

EDUARDO VIEIRA MANSO

Advogado em São Paulo — Conselheiro do Instituto dos Advogados em São Paulo.

EROS ROBERTO GRAU

Prof. de Direito da Universidade de São Paulo.

JOÃO FRANCISCO BIANCO

Advogado em São Paulo — Prof. da Fundação Armando Alvares Penteado — Membro do Instituto de Direito Tributário — Especializado em Boston University.

MAURO DELPHIM DE MORAES

Advogado em São Paulo.

MAURO RODRIGUES PENTEADO

Mestre e Doutor em Direito — Prof. de Direito Comercial da Universidade de São Paulo.

RENATO OCHMAN

Advogado em São Paulo.

VICTOR E. SCHWARTZ

Advogado Crowell e Moring, Washington, D.C.

YUICHI TSUKAMOTO

Prof. da Escola de Administração de Empresas da Faculdade Getúlio Vargas — Prof. visitante da Warton Pensilvania University.

WALDIRIO BULGARELLI

Doutor em Direito — Prof. Titular de Direito Comercial da Universidade de São Paulo — Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Túlio Ascarelli — Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo e da Academia Paulista de Direito.

WANDERLEY PINTO DE MEDEIROS

Chefe do Departamento Judicial do BNDES.

de recebimento do penhor, que não houve, ou pelo menos não há referência ao mesmo.

Assim mesmo que as partes tenham estabelecido, em cláusula penhor mercantil, não obedeceram as formas estabelecidas para tanto.

6. A ação foi fundamentada com base nos arts. 774, 775 do CC, decidiu o E. Tribunal com base no art. 271 do CComercial, que trata do penhor mercantil, quando na realidade se tratava de penhor rural diferente dos anteriores, com regras próprias.

7. Quanto ao depósito, este existiu entre os autores e a firma Gaeta, e quando muito nesse contrato de depósito houve uma estipulação, a favor do Banco sujeito a condição.

8. Contudo há de se sublinhar, um fato, de importância básica: o Banco executou a dívida, e segundo o acórdão a recebeu, em seguida açãoou o depositário por ação própria.

Neste passo o v. acórdão acertou em não aceitar que o Banco ficasse com as sacas de café, quando já tinha executado e recebido em relação a outras garantias, o que segundo o r. acórdão "significaria receber duas vezes". Neste aspecto somente elogios ao r. acórdão.

9. Não deve ter existido quaisquer traslado do compromisso de depósito, por sua evidência e lógica, e muito menos em razão desse instrumento o Banco se tornou depositário.

10. No julgamento, nas decisões há de se responder à *quaestio facti* e à *quaestio juris*, após haverá a ordenação *in concreto* da sanção estatutária. Tais são as funções essenciais da decisão judicial.

Esta é a nossa análise e ponderação a respeito do v. acórdão.

São Paulo, 16 de novembro de 1988.

Mauro Delphim de Moraes

DIREITO AUTORAL — Caricaturas — Utilização comercial sem autorização do caricaturista — Indenização devida.

A caricatura é obra intelectual e a sua reprodução em bonecos, com a finalidade de exploração comercial, enseja reparação.

Ap. Cível 98.377-1 — 2.^a C. — São Paulo — j. 31.5.88 — Rel. Des. Fortes Barbosa — v. u.

ACÓRDÃO — Vistos, relatados e discutidos...

Acordam, em 2.^a Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, rejeitadas as preliminares, dar provimento parcial ao recurso.

Trata-se de apelo interposto contra a r. sentença de fls. 257-268, que julgando inteiramente procedente a ação, condenou a ré ao pagamento de *indenização devida por dano moral e dano patrimonial*, por utilização indevida de obra intelectual do autor, encontrando-se os valores devidos nos procedimentos referidos, condenando a ré, ainda, ao pagamento de custas, despesas processuais e verba honorária arbitrada em 10% sobre o valor que, através de duas formas de liquidação, for obtido separada ou conjuntamente e, para efeito de atualização monetária, cada verba devida ao autor será imediatamente à apuração convertida em OTNs ou outro critério de igual valor no aspecto legal.

De resto, determinou o Magistrado que, após o trânsito em julgado da r. sentença apelada, se ainda não tiver ocorrido a entrega das máscaras ao autor, expeça-se mandado de apreensão do material, sendo a contrafação entregue ao autor.

O recurso foi arrazoado (fls. 270-282) com pedido de ilegitimidade ativa e passiva das partes inserido no bojo das razões e não em preliminar, foi contra-arrazoado (fls. 284-290) e devidamente preparado, sobe, agora a julgamento de 2.º grau.

É o relatório.

Em primeiro lugar, as preliminares que já foram repelidas pela bem lançada sentença apelada são insubsistentes.

A primeira, relacionada com a ré ser uma empresa, pessoa jurídica, portanto, sendo a mesma incapaz de produzir ou mesmo reproduzir uma obra artística é positivamente inveraz.

É que a empresa é representada por seus diretores, empregados e prepostos e, no caso, foram eles os exibidores nas diversas lojas da empresa de caricaturas nitidamente atribuíveis ao apelado, em tema de autoria, pelos caracteres mostrados via fotográfica e laudos periciais, inclusive o do assistente técnico, que ao procurar generalizar a situação acabou por admitir a nitidez dos traços do apelado.

Se a empresa não respondesse via seus representantes pelos eventuais atos ilícitos que venha a praticar, ainda que em tema de direito autoral, quem responderia?

Assim, a ilegitimidade de parte passiva fica, desde logo, afastada.

Quanto ao fato de que as caricaturas do Dr. T. N. e do Dr. P. S. M., serem obras conjuntas de dois autores, o apelado e A. S. que não é parte no processo, em nada desvincula a legitimidade ativa do autor, P. C., *ad causam* para propor a ação, sendo desnecessário indagar-se da participação de A. ou não na elaboração dos desenhos, sim, porque caricatura é desenho e protegido pela Lei 5.988/73.

Assim, se A. não ingressou em Juízo, ao autor em nada atinge o seu direito de petição que é inegável e garantido a nível constitucional (art. 153, §§ 3.º e 4.º, da CF) restando a A., querendo, e não o fez, habilitar-se como litisconsorte ativo de natureza facultativa.

Rejeita-se, também, esta preliminar.

A caricatura é um desenho e é obra do intelecto sim e a demanda em questão é semelhante a outra julgada recentemente por esta Eg. Câmara, atinente a um locutor esportivo que pleiteava direitos na edição de obra referente e correlata com suas atividades esportivas, mandada fazer por fitas cassete por uma emissora de rádio.

É que o fato de ter o apelado adaptado ou não fotografias dos dois políticos em nada altera a condição de desenho humorístico das eventuais adaptações se é que assim quer chamar o apelante as caricaturas...

É que inconfundivelmente as caricaturas dependem da mente criativa do apelado, que possui traços inconfundíveis, verificados em perícia judicial e como tal em face de genuinidade e especialização, passíveis de serem identificados como seus e exclusivamente seus.

Ora, se assim é, induvidosamente a apelante, ao colocar os bonecos caricaturais em suas lojas e os exibir a pretexto de atração de freguesia para vender seus produtos violou o direito autoral do autor do desenho, no caso P. C. e assim deve resarcí-lo, porque tal como o locutor esportivo o fato deste último retratar um jogo efetivo e real de futebol não exclui o direito atinente a sua genuinidade aos caracteres próprios na transmissão da partida não se podendo exigir deste locutor que irradiasse um jogo irreal só porque os personagens do jogo de bola estão vivos...

Assim, é ingenuidade pensar que um cartunista, que é uma modalidade de desenhista, viesse a desenhar políticos inexistentes só porque se não o fizesse não incorreria em atividade criativa...

Em suma, o Magistrado, quanto aos danos materiais, decidiu com inteiro acerto, de vez que o autor faz jus a uma indenização devendo o direito patrimonial ser resarcido “*Na exata medida em que o seria se o autor tivesse permitido a utilização das caricaturas para fins publicitários.* Entretanto, para que tal ocorra há necessidade de se provar quantas caricaturas foram reproduzidas, em quantas lojas foram expostas e por quanto tempo. Sob esse aspecto, a apuração será feita em liquidação de sentença, por artigos, processo em que, demonstrado o fato, poderá ser feita a necessária perícia para a fixação do montante devido” (transcrito *in verbis* da r. sentença apelada a fls. 267, *in fine/268*).

Quanto aos danos morais, não os há.

É que a apelante exibiu os bonecos para fins publicitários relacionados à venda de “jeans” fato que causa prejuízo material ao apelado, mas não moral, de vez que o apelado prejuízo decorrente de contrafação grosseira que indicaria decadência do cartunista em sua arte, não pode existir em tema de publicidade de vendas de roupas jeans aonde os

bonecos são utilizados sem finalidades artísticas ou criativas, mas tão-somente como “chamariz” de venda de produtos que, por sinal, por serem conceituados, não podem ser adiconadores de uma má imagem ao autor verdadeiro das caricaturas.

Houve sim, pirataria, em termos de participação efetiva do apelado na publicidade mas não dano moral.

Os clientes das casas de roupas aludidas não são entendidos em *cartuns*, não são freqüentadores de exposições, não são *experts* em arte e não foram ao local para “ver” os bonecos e apreciar a arte do autor deles, foram comprar calças etc., e se preferiram um outro boneco como maior atrativo de compra ou de vendagem para a apelante de seus produtos, o fizeram em razão de preferências políticas já manifestadas na época e não em razão da sugestividade ou não dos bonecos, até porque o clima político vigente na época não pode levar a tal conclusão.

Em suma, o apelado não foi “pirateado” por colega, por colecionador de arte por *marchand* de *cartuns*, não havendo qualquer dano moral, que, ao contrário do que se pretende, não é *caudatário automático da utilização indevida*.

No caso, a utilização indevida não referiu-se ao ramo de atividade do apelado e, portanto, em dano moral não há que se falar, até porque nenhum dos clientes das lojas por onde transitaram os bonecos mesmo em vitrines, sequer sabiam quem seria o autor deles e nem se preocupavam com isso...

Assim, resta o dano material, pelo qual, indiscutivelmente, o apelado será resarcido na forma proposta na sentença, porque é incabível que uma firma comercial use a criação intelectual de um artista sem o necessário resarcimento econômico e financeiro, o que constitui, à obviedade, violação de direito autoral a nível material.

Isto posto, rejeitam-se as preliminares e dá-se provimento parcial ao apelo da ré para afastar da r. sentença condenatória tão-somente o dano moral, pelo qual, por inexistente, não será devida indenização, mantida, no mais, a r. sentença apelada em sua integridade, inclusive, no tocante aos ônus da sucumbência apurável na forma preconizada pelo Juízo de 1.º grau.

O julgamento teve a participação dos Des. Silva Ferreira (pres.) e Cezar Peluso, com votos vencedores.

São Paulo, 31 de maio de 1988

Fortes Barbosa, relator.

COMENTÁRIOS

Três reflexões suscitam o v. acórdão em análise: uma relativa aos direitos de personalidade das pessoas cujas imagens foram caricaturadas em desenhos que serviram de moldes para bonecos postos à venda no comércio em geral; outra, referente ao valor da indenização em que foi condenado o contrafator das caricaturas mediante a técnica mercadológica conhecida como *merchandising* — e a última concernente à exclusão de indenização de danos morais.

I — Quanto ao direito de imagem das pessoas caricaturadas

Já tive oportunidade de escrever: “As caricaturas são espécie de paródia. São a paródia realizada através da arte plástica. No entanto, enquanto a paródia (que é caricatura em sentido amplo) é sempre imitação lícita de obra intelectual divulgada, a caricatura, em sentido estreito, é paródia — imitação — de seres que não são, em si mesmos, obra intelectual”. E acrescentava: “A própria idéia vulgar de caricatura sugere a representação cômica da imagem humana. Por isso, os problemas que a caricatura levanta, ao inverso dos postos pela paródia, dizem respeito não a direitos autorais de terceiros, mas a direitos de personalidade, em particular ao direito à própria imagem”.¹ Walter Moraes, que é reconhecidamente um especialista de escola em matéria de direitos da personalidade, em artigo de grande valor jurídico considerou que “a caricatura deforma a imagem”,

para acrescentar que, "como ela cabe no conceito de *retrato*, expresso na lei, a sua difusão depende também do consentimento do sujeito" (caricaturado). Admite, porém, Walter Moraes, acompanhando Kohler e Gitrama Gonzales, que se há de "reconhecer a tolerância, mesmo quanto aos exageros caricaturísticos que imperam nos costumes atuais"² e que, por isso, afasta a ilicitude de sua divulgação mesmo contra a vontade da pessoa figurada.

Como, no entanto, a imagem de pessoa notória, em particular dos homens públicos, torna-se objeto de legítima curiosidade popular, enquanto vinculada à sua atividade pública, ou que lhe tenha dado notoriedade, tem-se de considerar livre a divulgação de caricaturas cujo objetivo seja uma crítica, uma sátira, uma observação de humor sobre tal pessoa, respeitados, sempre, seus predicados pessoais indisputáveis, como sua honra, sua dignidade, sua reputação, sua liberdade etc.

Portanto, o livre uso da imagem alheia, mediante sua desfiguração intencional através da caricatura, há de ter em conta, primeiramente a notoriedade de tal pessoa, porque apenas essa notoriedade legitimará a curiosidade popular em torno de tal imagem, sendo, do contrário, mera ingerência na esfera íntima de uma pessoa desprovida de fama, causadora de uma ofensa a seu direito de personalidade. Em segundo lugar, a divulgação da caricatura haverá de estar contida numa oportunidade jornalística, ou seja, deve, de alguma forma integrar uma notícia, o que pressupõe a existência de motivo atual. Finalmente, a publicação haverá de ter como objetivo (causa final) uma crítica com o propósito de fazer rir (sorrir, de preferência).

Tendo-se em conta esses requisitos de licitude da divulgação de caricaturas, nem mesmo o autor delas, no caso concreto, teria direito de autorizar sua reprodução em três dimensões (na forma de bonecos), porque para tal fim não se haveria de lhe reconhecer liberdade para a utilização da imagem alheia.

Portanto, a entrega das máscaras ao autor das caricaturas, com o trânsito em julgado da sentença que a determinou, não terá a força de constituir uma titularidade sobre elas, porque também o caricaturista não poderá publicá-las, seja vendendo-as, seja distribuindo-as publicamente como brindes, ou para qualquer outro fim, ainda que não visando ao lucro. O efeito da restituição dessas máscaras, portanto, será apenas o de pôr fim à violação de direito autoral do caricaturista, sem que a posse desses bens lhe transmita qualquer direito sobre as imagens caricaturadas.

II — Quanto ao valor, ou mais propriamente, ao critério da indenização dos chamados "danos patrimoniais"

Diz o v. acórdão anotado que "o Magistrado, quanto aos danos materiais, decidiu com inteiro acerto, de vez que o autor faz jus a uma indenização devendo o direito patrimonial ser resarcido *na exata medida em que o seria se o autor tivesse permitido a utilização das caricaturas para fins publicitários*. Entretanto, para que tal ocorra há necessidade de se provar quantas caricaturas foram reproduzidas, em quantas lojas foram expostas e por quanto tempo..."

Sem embargo de todo o respeito e de toda a admiração que de mim é credor o ilustre Relator, meu amigo Des. Fortes Barbosa, não é possível concordar com seu raciocínio e, pois, como o do MM. Juiz que proferiu a sentença de 1.º grau, desde que fosse possível admitir-se o direito do caricaturista a essa indenização.

Em primeiro lugar, não se estará, com tal critério, impondo uma condenação no pagamento de verdadeira indenização, pois o que o infrator acabará por pagar exatamente aquele mesmo valor que pagaria se não tivesse cometido o ilícito autoral, mediante uma verdadeira "licença judiciária", porque o "acordo" entre as partes terá sido imposto através de um julgamento do Poder Judiciário. Tal critério, sem nenhuma sombra de dúvida, somente beneficia o infrator, porque, além de pagar apenas após a execução da sentença, o valor, a despeito de corrigido monetariamente, nunca estará verdadeiramente atualizado.

Sobretudo, no entanto, esse modo de condenar me parece inconstitucional, tanto na ótica da Constituição de 1967-69, como na de 1988. É que ambas, assim como as constituições anteriores, atribuem e garantem, aos autores de obras literárias, artísticas ou científicas, o direito *exclusivo* de utilizar suas obras, sendo indubitável que essa utilização é de natureza econômica (nas constituições anteriores à de 1967, essa garantia tinha como conteúdo o direito, também exclusivo, de *reproduzir* as obras literárias, artísticas ou científicas, o que afastava da tutela constitucional todas as demais modalidades de utilização dessas obras, que se podem efetuar de modo diverso da sua reprodução; todavia, a reprodução é modo de utilização e, pois, quando a garantia constitucional passou a referir-se à utilização, somente ampliou genericamente o conteúdo, para impedir que qualquer modalidade de tirar proveito econômico das obras intelectuais pudesse ser considerado, por interpretações restritivas, como excluídos da proteção incondicionada).

Ora, garantir a utilização exclusiva somente pode significar atribuir unicamente ao autor daquelas obras o poder de decisão sobre as condições para sua exploração econômica. Desse modo, nem mesmo o legislador poderia instituir licenças legais, que visassem à estipulação de autorizações compulsórias para utilização de obras intelectuais, pois, certamente, essa norma estaria em contradição com o preceito constitucional.

Diz, com efeito, o § 25 do art. 153 da CF ainda vigente quando escrevi esta nota: "Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas pertence o direito exclusivo de utilizá-las", concluindo que "esse direito é transmissível por herança, pelo tempo que a lei fixar". De tal modo o direito autoral pertence aos autores mesmo até que lei ordinária alguma o declarasse. E pertence com exclusividade, isto é, sem nenhuma concorrência de quem quer que seja, muito menos do próprio Estado, eis que a regra constitucional se dirige principalmente no sentido de limitar os poderes estatais em face dos particulares. A Constituição deferiu ao legislador ordinária competência apenas para limitar a duração no tempo do direito autoral, em vista da sucessão do autor, por causa de sua morte. E, mesmo assim, não lhe impôs um limite, nem máximo, nem mínimo para essa duração, de modo que a lei ordinária até poderia dizer que o direito autoral seria perpétuo, assim como diz que é vitalício quando os sucessores do autor são seus filhos, seus pais ou seu cônjuge.

E a regra correspondente a essa, aprovada para integrar a nova Constituição Federal, dispõe, entre outras coisas que "aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissíveis aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar".

Se o Poder Judiciário puder substituir a vontade do autor, para definir o montante da sua remuneração, quando o próprio autor não foi ouvido, estar-se-á, por certo, desprezando a exclusividade de que trata a garantia constitucional.

Se, após ter violado o direito do autor, cometendo até mesmo um crime contra a propriedade imaterial, o infrator ficar obrigado a pagar aquilo que pagaria se, diligentemente, tivesse negociado com o autor ou com outro titular do direito autoral, porque assim determinou o Magistrado, nenhuma exclusividade está sendo reconhecida ao autor e, principalmente, nenhuma punição estará sendo aplicada ao contrafator.

O que, porém, parece mais inaceitável no v. acórdão, é ter ele submetido a validade de sua própria e imprópria decisão a uma condição absurda, qual seja a de comprovar-se a quantidade de caricaturas contrafeitas, bem como a quantidade de lojas em que foram postas à venda. Determina, a esse respeito, aquela decisão: “Entretanto, para que tal ocorra” (quer dizer, para que haja a apuração da indenização, sem o que não será executável a condenação, segundo se entende da redação do mesmo acórdão) “há necessidade” (*necessário* é o que não pode deixar de existir, como se sabe) “de se provar quantas caricaturas foram reproduzidas, em quantas lojas foram expostas e por quanto tempo” (requisito, este, definitivamente incompreensível e absurdo, *data maxima venia*).

Pelo que se pode depreender do texto ora examinado, a r. sentença determinou, inicialmente, a entrega das máscaras ao caricaturista, além de impor a indenização na forma referida atrás, podendo-se deduzir, consequentemente, que o cálculo dessa indenização recairá sobre os exemplares não apreendidos, ou não devolvidos. Tal entendimento se extrai do que dispõe a legislação especial a respeito, porquanto o art. 122 da Lei 5.988, de 14.12.88, prescreve: “Quem imprimir obra literária, artística ou científica, sem autorização do autor, perderá para este os exemplares que se apreenderem, e pagar-lhe-á o restante da edição ao preço por que foi vendido, ou for avaliado”. E acrescenta seu único parágrafo: “Não se conhecendo o número de exemplares que constituem a edição fraudulenta, pagará o transgressor o valor de 2.000 exemplares, além dos apreendidos”.

E aí está o critério adequado para a punição do infrator, que não poderia, mesmo se beneficiado, como foi, com uma condenação que somente lhe impõe um verdadeiro “contrato posterior” e à revelia do titular do direito exclusivo de contratar. O art. 122 da LDA define uma clara espécie de pena civil, que se aplica em face da contrafação, independentemente da existência de perdas e danos que até poderão vir a ser também indenizados, se provados na instrução do feito, e com base, então na pura teoria da responsabilidade civil (culpa + nexo + dano).

O fato de tal artigo referir-se a “edição”, não impede sua aplicação à hipótese em estudo, seja porque a lei não define o que seja edição, seja porque o conceito de edição, que se tira da definição de publicação, posta pela Convenção de Berna, permite equipará-la à reprodução e distribuição pública da obra. Assim está na alínea 3, do art. 3.º, daquela Convenção (Dec. 75.699/75): “Por obras publicadas devem-se entender as obras editadas com o consentimento de seus autores, seja qual for o modo de fabricação dos exemplares, contanto que sejam postos à disposição do público em quantidade suficiente para satisfazer-lhe as necessidades, levando-se em conta a natureza da obra”.

Assim, no presente caso, a decisão deveria — para manter-se nos limites da legislação própria e para impor-se uma pena civil ao infrator — ter determinado a busca e apreensão, mais a multa igual ao valor de 2.000 exemplares, além dos

apreendidos, pelo valor pelo qual foram postos à venda, independentemente da prova da quantidade de exemplares reproduzidos, da quantidade de lojas em que foram postos à venda e do tempo em que isso se deu, tudo o que é irrelevante para a aplicação do direito que temos.

III — Quanto à exclusão de indenização por danos morais

É lastimável e incompreensível essa retrógrada resistência de nossos juízes para condenação no pagamento de danos morais, em que pese à volumosa produção doutrinária nacional e estrangeira a respeito.

A expressão “danos morais” deve ser entendida em dois sentidos: um amplo, genérico, em que tem o significado de “danos não patrimoniais”; outro, mais específico e estrito, quer significar qualquer ofensa a um bem da personalidade humana (expressão que, rigorosamente, é redundante, mas que se justifica em virtude da existência de personalidade não-humana, como é a das chamadas “pessoas jurídicas”). O dano moral, *stricto sensu*, é a própria ofensa a direito de personalidade, isto é, é um *damnum in re ipsa, vel damnu in se*. Sua existência está na violação de um dever jurídico de respeito àqueles bens, que integram e compõe a pessoa humana. Em razão da variedade dos bens da personalidade, parece inevitável a variedade de danos, com a consequente variedade de reparações devidas em caso de serem injustos, ou decorrentes de atos ilícitos. Por isso, quando o bem violado é um bem não visível da personalidade, classifica-se como “personalíssimo” e o dano que o atinge é um “dano personalíssimo”; sendo visível, é um bem estético da personalidade e o dano, por conseguinte, é um “dano estético”; incidindo a ofensa a um bem do sistema psíquico, trata-se de um “dano psíquico”, ou “espiritual” ou mesmo “anímico”.

Ora, a violação de um direito autoral dito “moral”, não corresponde a um *dano moral*, mas a um “*dano intelectual*”, eis que o bem ofendido é um “bem intelectual”, de natureza mística, que o distingue assim das coisas corpóreas ou materiais, como das coisas incorpóreas ou imateriais. Tais bens também podem ser considerados de vários ângulos, conforme sua relação aos seus criadores, ou seja, aos autores das obras intelectuais, de modo que os danos que sofrem também se classificam em razão de tais considerações: “danos culturais”, quando a obra é atingida como bem cultural; “danos autorais”, quando a violação ofende à qualidade autoral do criador da obra, e “danos personalíssimos” (situação que os equipara aos danos personalíssimos relativos aos bens da personalidade, podendo-se, mesmo, considerar uma única hipótese, ambíltera ambivalente).

Ora, sem dúvida, o dano intelectual não se equipara, também para fins de aplicação das regras da responsabilidade civil, nem ao dano moral (que, sem embargo de ser *in re ipsa*, carece de demonstração pelo menos lógica), nem ao dano material, cuja comprovação deve ser cabal. O dano intelectual decorre da simples violação da norma legal e impõe, independentemente da prova tópica de sua existência, uma sanção que é pena civil e não indenização, nem reparação do próprio dano.

A omissão do nome do autor de uma obra intelectual, tal como se deu na hipótese em mira, é um dano intelectual, que se classifica como dano autoral, eis que determina uma falsidade quanto à autoria de uma obra intelectual, publicando-a anonimamente. Tal violação de direito moral do autor é um delito autoral e, como tal, é punido por pena civil de natureza autoral, de conformidade com

o disposto no art. 126 da mesma Lei 5.988, assim: "Art. 126. Quem, na utilização *por qualquer meio ou processo*, de obra intelectual, deixar de indicar ou de anunciar, como tal, o nome, pseudônimo ou sinal convencional do autor, intérprete ou executante, *além de responder por danos morais*, está obrigado a divulgar-lhe a identidade: a) (*omissis*); b) em se tratando de publicação gráfica ou fonográfica, mediante inclusão de errata nos exemplares ainda não distribuídos, sem prejuízo de comunicação, com destaque, por três vezes consecutivas, em jornal de grande circulação, do domicílio do autor, do editor, ou do produtor; c) em se tratando de *outra forma de utilização*, pela comunicação através da imprensa, na forma a que se refere a alínea anterior".

E aí está a sanção que haveria de ter sido imposta ao contrafator, no caso em estudo, que, em verdade, se resume na única condenação razoavelmente possível, além da retirada de circulação dos bonecos contrafeitos, para sua destruição e operar-se a *restitutio in integrum* que a regra da busca e apreensão visa a consumar.

São Paulo, 20 de setembro de 1988.

Eduardo Vieira Manso

NOTAS

1. Na *RT* 444/20.
2. *Idem*, loc. cit.

JUNTA COMERCIAL: DELIBERAÇÃO DE ASSEMBLÉIA GERAL E ATENTADO

COMENTÁRIO

Em recente decisão, reproduzida no final deste comentário, a Junta Comercial do Estado de São Paulo indeferiu o arquivamento de ata de assembleia geral de sociedade anônima que aprovava operação de aumento de capital, sob o fundamento de que a mesma configurava atentado (CPC, 879, III), por abanger matéria objeto de anterior deliberação assemblear, cujos efeitos se encontravam suspensos por liminar concedida em medida cautelar, ainda *sub judice* (Prot. 22.609/88, decisão do Plenário publicada no *Boletim JUCESP* 399, de 18.8.88, p. 1).

O parecer da dnota Procuradoria Regional em que se fundou a decisão não explicita todas as condições e peculiaridades da deliberação da assembleia, cuja ata teve seu arquivamento indeferido. Por havê-las apenas sintetizado, de modo simplificado e genérico, criou, com a publicidade dada no Boletim oficial daquele órgão, "precedente" que sói cristalizar-se em "orientação dominante".

Como modesta contribuição para que isto não venha a ocorrer neste caso, abalançamo-nos a demonstrar a erronia da tese tão genericamente lançada, convencidos que estamos, ao menos em face do teor do decisório, que ela desatende às necessidades ditadas pela dinâmica da vida empresarial, podendo mesmo impedir ou dificultar que a sociedade cumpra sua função social (cf. item 1, abaixo), não se coaduna com a boa aplicação da lei acionária (item 2) e da lei processual (item 3), além de discrepar da doutrina (item 4) e da jurisprudência (item 5).

ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO

Antônio Chaves — Artigo sobre: Produção publicitária. Proteção pelo direito de autor	27	Mauro Rodrigues Penteado — Comentário sobre: Junta comercial: Deliberação de assembleia geral e atentado	83
Astyr Gonzales Júnior — Artigo sobre: Poder Judiciário e os cheques especiais (O)	94	Poder Judiciário e os cheques especiais (O) — Artigo de Astyr Gonzales Júnior	94
Atividade comercial das empresas estatais e noção de efeitos comerciais — Artigo de Eros Roberto Grau	41	Produção publicitária. Proteção pelo direito de autor — Artigo de Antônio Chaves	27
Contrato de abertura de crédito — Comentário de Mauro Delphim de Moraes	65	Reforma da responsabilidade civil delitual em nível estadual: auxiliando o sistema ou criando mais caos? — Artigo de Victor E. Schwartz	5
Direito Autoral — Comentário de Eduardo Vieira Manso	76	Regulação dos contratos mercantis (A) — Artigo de Waldírio Bulgarelli	96
Eduardo Vieira Manso — Comentário sobre: Direito autoral	41	Renato Ochman — Artigo sobre: Lacuna do art. 123 da Lei 6.404/76 (A)	91
Eros Roberto Grau — Artigo sobre: Atividade comercial das empresas estatais e noção de efeitos comerciais	76	Victor E. Schwartz — Artigo sobre: Reforma da responsabilidade civil delitual em nível estadual: auxiliando o sistema ou criando mais caos?	5
Insolvência das empresas brasileiras e o papel dos bancos de desenvolvimento (A) — Artigo de Wanderley Pinto de Medeiros	48	Waldírio Bulgarelli — Artigo sobre: Regulação dos contratos mercantis (A) — Notas bibliográficas sobre: "Operações com moeda estrangeira", de Ricardo José Martins	96
João Francisco Bianco — Artigo sobre: Lucro inflacionário e a correção monetária integral das demonstrações financeiras (O)	57	— Notas bibliográficas sobre: "Responsabilidade civil do acionista controlador e da sociedade controladora", de Fernando Boiteux	101
Junta Comercial: Deliberação de assembleia geral e atentado — Comentário de Mauro Rodrigues Penteado	83	Wanderley Pinto de Medeiros — Artigo sobre: Insolvência das empresas brasileiras e o papel dos bancos de desenvolvimento (A)	101
Lacuna do art. 123 da Lei 6.404/76 (A) — Artigo de Renato Ochman	91	Yuichi Tsukamoto — Artigo sobre: Lucro inflacionário e a correção monetária integral das demonstrações financeiras (O)	48
Lucro inflacionário e a correção monetária integral das demonstrações financeiras (O) — Artigo de Yuichi Tsukamoto e João Francisco Bianco	57		57
Mauro Delphim de Moraes — Comentário sobre: Contrato de abertura de crédito	65		

