


Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro,
respectivamente anexos aos
Departamentos de Direito Comercial e de
Direito Econômico e Financeiro da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Edição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Fundador:

WALDEMAR FERREIRA

Diretor:

PHILOMENO J. DA COSTA

Diretor Executivo:

FABIO KONDER COMPARATO

Coordenador:

WALDIRIO 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.

Serviços gráficos: Editora Parma Ltda., Av. Antonio Bardella, 280
— CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

Edição e distribuição da

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Rua Conde do Pinhal, 78 — Caixa Postal 678
Tel. (011) 37-2433 — Fax (011) 37-5802
01501-060 - São Paulo, SP, Brasil

SUMARIO

DOUTRINA

- **Garantia à primeira solicitação no comércio internacional** — Hermes Marcelo Huck 5
- **Limites à atuação do conselho fiscal** — Nelson Eizirik 13
- **Empresa — Abuso de poder econômico — Proteção ao Consumidor** — Sérgio Novais Dias 19
- **Estudo de Direito monetário: A moeda e suas funções; Obrigações monetárias; Estipulação e indexação de obrigações monetárias** — Antônio Mendes e Edson Bueno Nascimento 35
- **Extinção de condomínio sobre quota de capital de sociedade limitada** — Mário Engler Pinto Jr. 57
- **Atualidade dos contratos empresariais** — Waldírio Bulgarelli 63

ATUALIDADES

- **A nova lei antitruste brasileira: Críticas e sugestões** — Marcos Juruena Villela Souto 75
- **International Initiatives — Regarding the harmonisation of rules having an effect on payment, funds transfers, and bankruptcy** — Gregor Heinrich 83

JURISPRUDÊNCIA

- **Garante solidário — Uma construção abstrusa?** — Waldírio Bulgarelli 99

- ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO** 111

GARANTIA À PRIMEIRA SOLICITAÇÃO NO COMÉRCIO INTERNACIONAL

HERMES MARCELO HUCK

1. A GARANTIA NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS

A confiança é o princípio orientador das relações comerciais. O contrato verbal, considerado como o mais simples dos ajustes comerciais, funda-se essencialmente na confiança recíproca entre as partes. Já nos contratos mais sofisticados, e particularmente nos contratos internacionais, torna-se mais tênue o liame fiduciário, pois as partes, paralelamente à distância geográfica, normalmente apresentam grandes diferenças entre si (legais, culturais, de costume, de língua etc.). Nesse momento, para viabilizar o funcionamento das relações comerciais internacionais, as garantias contratuais ganham fundamental importância.

A despeito das distâncias e assimetrias encontradas nas relações de comércio internacional, o princípio subjacente a todas as garantias prestadas continua a ser o da confiança entre as partes. A garantia há de ser acionada tão-somente quando o inadimplemento da obrigação principal, ou seja em circunstâncias excepcionais.¹ Efetivamente, a regra mais constante na vida dos contratos é seu normal cumprimento; o inadimplemento constitui estatisticamente uma exceção.

Em conseqüência, toda a teoria que se tem desenvolvido para o estudo das garantias contratuais funda-se no even-

to excepcional do não cumprimento do contrato. Irineu Strenger, em seu estudo sobre os contratos internacionais consagra grande importância à garantia contratual, quando a define como "um conjunto de elementos convencionalmente ajustados, que permitem a boa execução do contrato".² Ainda que se tenha presente o papel relevante exercido pela garantia na boa execução de um contrato, parece exagero entender ser ela que "permite" a boa execução da obrigação. A execução do contrato não depende da garantia, pois esta apenas "assegura" seu cumprimento.

No processo de elaboração de garantias que cada vez mais e melhor assegurem a boa execução dos contratos, o costume comercial internacional tem desempenhado papel fundamental. Por outro lado e, paralelamente, o sistema bancário vem igualmente buscando fórmulas que sustentem a autonomia e independência das garantias prestadas nos contratos internacionais, quando chamadas à execução e confrontadas com os vários, distintos e muitas vezes conflitantes sistemas jurídicos nacionais.

2. AS GARANTIAS BANCÁRIAS

As garantias bancárias sofreram um notável processo de evolução, nas últimas décadas. Partindo da fiança, instituto conhecido e regulamentado na

quase totalidade dos direitos nacionais, um longo caminho na busca de garantias mais eficientes se desenvolveu.

A fiança, serviu como base segura nessa pesquisa de novas e dinâmicas formas alternativas de garantia no comércio internacional. Disseminada por inúmeros sistemas de direito positivo, regulada em praticamente todos os Códigos Civis, recebeu a fiança o tratamento de um capítulo inteiro no Código Civil Brasileiro. Reconhecida e adotada inclusive pelo sistema jurídico anglo-americano, seja através das *guarantee letters* ou das *performance bonds*, ou ainda, assemelhada aos seguros de crédito e de execução prestados por companhias seguradoras internacionais, a fiança é garantia de aceitação internacional.

A despeito desse amplo reconhecimento, vem a fiança marcada por uma exigência original, que certamente dificulta sua execução imediata, enquanto garantia de uma obrigação principal: a fiança, em qualquer de suas manifestações, implica a necessidade do inadimplemento do devedor para que possa ser acionada pelo credor. Mesmo a fiança prestada com a característica de solidariedade exige a comprovação daquele inadimplemento.

A evolução dos negócios e particularmente dos contratos internacionais ressentia-se de uma garantia com maior dinamismo, uma garantia livre de entraves e tanto quanto possível prescindindo da comprovação do inadimplemento do devedor principal, para somente então vir a ser acionada. Em nome da eficiência era preciso agilizar a execução da garantia internacional. O desejo de obter garantias próximas do absoluto imediatismo, da autonomia e da liquidez perfeita passou a inspirar o comércio internacional.

Nesse contexto evoluíram as garantias bancárias. A característica fundamental dessas garantias residia no fato de não mais se constituírem em obrigações acessórias à obrigação principal, mas sim em compromisso autônomo, passível e possível de ser executado diretamente, sem necessidade da comprovação do inadimplemento da obrigação dita principal, a obrigação-base, a obrigação garantida.

Dentro dessa necessidade, dessa busca em desvincular-se a obrigação principal da garantia, ganha inicialmente destaque a *garantia documentária*. Regulada pela CCI, através das Regras Uniformes para as Garantias Contratuais, não se confunde a garantia documentária com a fiança. A execução da garantia documentária está subordinada à apresentação de documentos previamente pactuados, tais como uma sentença judicial ou uma decisão arbitral, declarando o inadimplemento do devedor.

As garantias documentárias, apesar de reguladas pela CCI, obtiveram um sucesso restrito nas relações comerciais internacionais. Sua dificuldade de execução, sua falta de liquidez, dentre outros problemas de exigência e execução, ditaram seu insucesso. A necessidade de obtenção de um documento estranho à relação contratual para fundamentar a execução da garantia, por si só, retardava o procedimento garantidor, cujas maiores exigências eram de eficiência e dinamismo.

Entretanto, com estrutura formal semelhante à da garantia documentária, o *crédito documentado* ganhou espaço destacado no comércio internacional, desempenhando um duplo papel de garantia e de forma de pagamento. A intervenção do sistema bancário no contrato entre as partes, com a emis-

são de uma carta de crédito, concede maior eficiência ao mecanismo de pagamentos internacionais, fazendo com que o credor receba diretamente do estabelecimento bancário o crédito que tem direito, mediante a simples apresentação de documentos previamente relacionados.

De forma indireta, suprimiu-se, no momento do pagamento, a relação entre credor e devedor, bem como a possível divergência sobre cumprimento ou inadimplemento contratual. A operação de pagamento é simplificada: o credor apresenta ao Banco os documentos previamente arrolados, o Banco confere a documentação e paga.³

3. AS GARANTIAS ABSTRATAS

A incansável busca de sempre maior liquidez e eficiência para as operações comerciais internacionais, fez nascer a utilização das garantias abstratas, também chamadas garantias à primeira demanda. Nelas uma mera solicitação do beneficiário gera para o Banco garantidor a obrigação de pagar.

A estrutura formal de tal garantia é de extrema simplicidade: um ordenador (o devedor) determina ao Banco (garantidor) que pague ao beneficiário (credor) certa importância, mediante mera solicitação deste último. Não há qualquer menção ou vinculação entre a obrigação que o Banco assume de pagar ao beneficiário com eventual contrato ou obrigação de qualquer natureza, ajustada entre ordenador e beneficiário, ou seja a obrigação principal ou contrato-base. Não se exige a apresentação de qualquer documento, relacionado ou não com o contrato. A garantia será executada por simples solicitação do beneficiário, sem a necessidade da apresentação de qualquer documento ou evidência, devendo o

Banco pagar contra a ocorrência dessa solicitação.

O sucesso das garantias à primeira demanda foi imediato. Os Bancos com maior atuação internacional imediatamente aparelharam-se para tal operação e os atores do comércio internacional passaram a exigir as garantias autônomas para um número a cada vez maior de contratos. As práticas comercial e bancária desenvolveram os contornos e as aplicações de uma autêntica obrigação sem causa. Uma garantia independente e autônoma do contrato-base, adequada às necessidades do comércio internacional.

4. COMPORTAMENTO JURISPRUDENCIAL

Para a consagração desta nova concepção de garantia, entretanto, sérios obstáculos deveriam ser superados. Várias são as legislações nacionais que não admitem a existência de uma obrigação sem causa. O Direito francês é exemplo dessa orientação. Alguns autores chegaram a ver no exercício da garantia à primeira demanda uma espécie de cláusula potestativa pura. A potestatividade igualmente induz à nulidade o ato, em diversos sistemas legislativos nacionais. Assim é no Brasil, onde por força do art. 115 do CC, é considerada defesa a condição que sujeita o ato ao arbítrio de apenas uma das partes.

Ante esse quadro, frente à garantia sem causa, no primeiro momento, a Jurisprudência hesitou. Mas tal qual na condição potestativa, onde a teoria jurídica estabeleceu a distinção entre a potestatividade pura (vedada) e potestatividade simples (admitida), os Tribunais, passado o primeiro impacto, passaram a admitir a garantia à primeira solicitação, mesmo naqueles

sistemas em que o direito nacional não permitia a obrigação sem causa.

A garantia que se introduzia no sistema bancário internacional fundava-se no respeito ao princípio da autonomia da vontade, base essencial de um sistema jurídico bem estruturado e estável para os contratos internacionais. Por outro lado, a existência de garantia autônoma, se bem que não expressamente prevista nos respectivos direitos positivos, não violentava o princípio das ordens públicas nacionais.

Tão grande a autonomia da garantia abstrata à primeira demanda que chegou-se a afirmar que, no ato de sua constituição, o banqueiro não está garantindo dívida alheia, ou seja do ordenador, mas apenas assumindo uma obrigação pessoal de pagar, como se estivesse emitindo uma nota promissória a favor do credor.⁴

Em estudo versando sobre as tendências das garantias bancárias no comércio internacional, publicado em 1985, Henry Lesguillons, já constatava a tendência jurisprudencial em admitir uma garantia com característica de primeira solicitação. “Essa Jurisprudência — segundo aquele Autor francês — parece estar hoje solidamente assentada. Já quase não parece possível pleitear, diante dos Tribunais, a eventual invalidade da garantia à primeira solicitação. Há dois ou três anos já não mais se tem questionado a legitimidade da garantia automática”.⁵

O dilema maior da garantia à primeira solicitação surge quando há uma oposição do ordenador, formalmente apresentada ao Banco garantidor, para que este não pague se houver solicitação do beneficiário. Qual o comportamento a ser adotado pelo Banco ante o conflito de ordens do mesmo ordenador, primeiro para que pague mediante mera solicitação do beneficiário e depois, formalizada a demanda,

para que deixe de pagar? Um segundo dilema é o do Juiz, quando instado, por meio de medida cautelar ou assemeelhada, a determinar a sustação de tal pagamento.

A simples menção “pagamento à primeira solicitação” tem sido suficiente para justificar o pagamento pelos Bancos. Várias decisões, notadamente de Tribunais europeus, têm entendido que uma garantia emitida sem ambigüidades será suficiente para justificar o pagamento, ainda que tenha havido oposição ou contra-ordem posterior levantadas pelo ordenador.

Garantia emitida sem ambigüidades é aquela em que surge nítida a obrigação autônoma do Banco pagar, mediante mera solicitação. Tais ambigüidades podem ocorrer quando se acrescenta ao texto simples da obrigação alguns qualificadores, como “primeira solicitação justificada”, ou ainda a menção da dependência do beneficiário cumprir determinadas obrigações decorrentes ou previstas no contrato-base. O ordenador que determina ao Banco que efetue determinado pagamento ao beneficiário, contra mera solicitação deste, “após o cumprimento de suas obrigações contratuais”, está criando para o garantidor a necessidade de fazer uma prévia análise do contrato-base e seu adimplemento ou não, situação essa que deveria ser estranha a uma eficiente garantia autônoma.

Na conceituação da garantia à primeira demanda é essencial se ter presente que a abstração existe em relação ao contrato-base, ou seja há uma desvinculação entre a garantia e a obrigação que, inicialmente, se pretendia garantir. Não pode haver, entretanto, qualquer dubiedade ou imprecisão quanto ao texto da própria garantia.

Sem constatar ambigüidades e, em face de um texto claro definindo a obrigação, cabe ao Banco pagar, tão logo receba a solicitação e independentemente de qualquer questionamento. Uma interessante decisão de 1981, relatada por Lesguillons, adotada pela Court d'Appel de Paris, condenou o Banco ao pagamento, considerando injustificada sua alegação de que o ordenador havia lhe solicitado a sustação do pagamento. A decisão reconhece a autonomia da obrigação e fundamenta a condenação por ter o Banco desrespeitado "o caráter autônomo da garantia por ele emitida", qualificando a resistência do Banco garantidor em pagar como pouco séria, puramente dilatória e indicadora de má-fé.⁶

Mesmo tratando-se de uma garantia autônoma e abstrata, não implica, quando solicitada pelo beneficiário, seu pagamento irresponsável e inconseqüente por parte do garantidor. O banqueiro não deve pagar descuidadamente. Deve analisar e ler atentamente a garantia por ele outorgada. Pode sustar o pagamento, por exemplo, quando a solicitação de pagar não corresponda aos termos da garantia, ou quando o pagamento está condicionado à exibição de determinados documentos ou certidões, que não lhe são apresentadas.

As partes e o Juiz, este quando chamado a julgar uma sustação de pagamento, devem ter sempre presente que a garantia usualmente é redigida pelo próprio banqueiro. Quando não há a redação feita pelo Banco garantidor, há por parte deste uma formal aceitação dos termos em que foi redigida. Tais circunstâncias não permitem ao banqueiro-garantidor alegar falta de conhecimento dos termos da garantia. A dúvida jamais lhe beneficiará.

Não deve o Banco honrar a garantia dependente de "solicitação justificada", quando faltar tal justificação. Não deve igualmente pagar, quando o prazo da garantia já se tenha vencido, sem a ocorrência de qualquer prorrogação. As expressões que qualificam a solicitação da garantia, ou mesmo a exigência de determinadas justificativas para que se torne exigível, desnaturalizam em parte a garantia à primeira solicitação, pois impõem eventos adicionais ao conceito de simplicidade na execução. Entretanto, tais exigências têm funcionado como válvulas de segurança para proteger o ordenador contra a possível má-fé ou inconseqüência do beneficiário.

5. A FRAUDE NA GARANTIA À PRIMEIRA SOLICITAÇÃO

Em comentada decisão judicial publicada na Inglaterra, na qual serviu como relator o conhecido internacionalista Lord Denning, excluiu-se claramente o Banco-garantidor da responsabilidade pelo pagamento de garantia à primeira solicitação, em caso de fraude comprovada. "The only exception is when there is a clear fraud of which the bank has noticed".⁷

A despeito da abstração da garantia, não pode ela ser executada por meios fraudulentos. Ante a fraude (ou uma razoável acusação de fraude), distintos são os comportamentos que se deve esperar do banqueiro garantidor e do Juiz chamado a sustar a execução da garantia. Para o banqueiro, a fraude deve ser evidente, nítida, não deixando margem a qualquer dúvida ou interpretação; não cabe ao banqueiro procurá-la, nem tampouco tem ele condições ou meios de analisar em profundidade se a solicitação do beneficiário é manifestamente abusiva ou fraudulenta.

Do banqueiro não se espera mais que um exame das condições e circunstâncias em que a solicitação da garantia lhe é apresentada. Já o Juiz, chamado, em medida cautelar, para sustar o pagamento, sob o fundamento de fraude ou manifestação abusiva do credor beneficiário, deve analisar detidamente o caso, usando de todos os meios de convicção, para, constatando o ilícito, determinar a sustação do pagamento da garantia.

6. MEDIDAS CAUTELARES

Paralelamente à consagração da autonomia da garantia à primeira demanda por parte de inúmeros Tribunais, particularmente os europeus, desenvolve-se a corrente jurisprudencial, que vem admitindo a medida cautelar como forma de sustação, ao menos temporária, do pagamento da garantia pelo Banco, quando a solicitação de pagamento é feita de maneira abusiva ou fraudulenta.

Ao se buscar, por meio de uma medida liminar no processo cautelar, a sustação do pagamento da garantia à primeira solicitação, há uma necessidade evidente de se recorrer ao contrato-base ou principal, pois a prova, ou mesmo a discussão sobre a existência de má-fé, abuso ou fraude somente poderá ser encontrada mediante um exame da operação que serviu de base à garantia. Esta busca que se faz no contrato ou na obrigação originária dá uma dimensão exata de que a autonomia da garantia à primeira demanda não pode ser tão autônoma, a ponto de sua execução levar à iniquidade ou insensatez.

O abuso do beneficiário, a exigir o cumprimento da garantia, quando ele próprio deu causa ao não cumprimento do contrato, será suficiente para que o Juiz determine a suspensão do pa-

gamento da garantia, como objetivamente decidiu o Tribunal de Frankfurt em 1979.⁸

7. A AUTONOMIA DA GARANTIA

Uma garantia efetivamente autônoma deve sobreviver à eventual nulidade, resilição ou extinção do contrato que pretenda garantir. A mera discussão da possibilidade de se atingir a garantia com a nulidade da obrigação dita principal, por si só já macularia seu conceito de perfeita autonomia. Essa independência da garantia em relação ao contrato ou obrigação-base caracteriza a autonomia da garantia oferecida.

A Jurisprudência Francesa, onde mais freqüentemente são encontrados casos versando sobre a matéria, tem apresentado soluções pouco conclusivas. Lesguillons reporta julgados em ambos os sentidos. Se, de um lado o Tribunal de Commerce de Paris, em 1981, entendeu que a resilição do contrato principal, por culpa do beneficiário da garantia, implicava a suspensão desta, já o Tribunal da Grande Instance de Montluçon decidiu que a garantia, por ser um acordo autônomo, firmado por partes distintas da obrigação-base (o Banco garantidor e o beneficiário), não estava sujeita ao destino do contrato cujo cumprimento originariamente garantia.

Na demarcação das fronteiras entre a obrigação-base e a garantia à primeira solicitação, encontram-se as maiores dificuldades para um correto equacionamento jurídico desta nova modalidade de garantia. É evidente a conclusão de que a execução da garantia quando a obrigação ou o contrato por ela garantido esteja findo, resilido ou considerado nulo, há de ser considerada como abuso de direito, ou ainda má-fé. Se a parte tem ciência

de que, nos termos do contrato-base, lhe falece o direito de acionar o garantidor, será juridicamente inaceitável o ato de buscar a execução da garantia, tão-somente por ser ela conceitualmente autônoma. Concretamente, sabe o beneficiário, que exige o cumprimento da garantia, que a obrigação da qual negocialmente aquela resultou, não mais é exigível. Cobrar a garantia, nessa hipótese, é ato de flagrante má-fé.

Para evitar tal abuso, faz-se necessário, de alguma forma, vincular a sorte da garantia ao contrato ou obrigação de base, retirando-lhe parcialmente a abstração e falta de causalidade que deveriam ser suas mais eficientes características.

A Court d'Appel de Paris, em decisão de 1981, levou longe demais essa vinculação, quando afirmava: "que, sem dúvida, a anulação do contrato de base acarretaria também a da carta de garantia, da qual ele constitui efetivamente a causa; que, entretanto, sua pretensa nulidade não pode produzir efeito antes de ter sido pronunciada pela jurisdição encarregada do julgamento". Tal decisão sofreu severas críticas, mesmo de autores franceses, pois vinculava diretamente a sorte da garantia à decisão que viria a ser tomada em relação ao contrato-base, desnaturando de vez a autonomia da garantia, considerada como principal apelo pelos atores do comércio internacional.

Cumpra finalmente lembrar o risco político. O risco político está presente em praticamente todas as operações do comércio internacional. Raramente sua ocorrência tem sido considerada como motivo de força maior a justificar o não cumprimento de qualquer contrato. O ordenador, quando ajusta a garantia com o Banco em favor do beneficiário, está correndo um risco po-

lítico, tal qual no contrato-base. Assim, se não pode cumprir sua obrigação em decorrência de algum impedimento administrativo ou governamental, não terá fundamento para pedir a sustação do pagamento da garantia. A ocorrência de evento compreendido no conceito de risco político não será razão suficiente para que o ordenador, através contra-ordem ao Banco, determine o não pagamento da garantia ao credor-beneficiário.

O Tribunal de Commerce de Paris, em decisão igualmente relatada por Lesguillons, de certa forma amenizou o enfoque do risco político, dando-lhe contornos mais suaves. Numa decisão de 1981, entendeu aquela Corte de Justiça que o risco político será causa para a sustação da garantia, quando o evento impeditivo do cumprimento do contrato é oriundo de um órgão do Estado e o beneficiário da garantia é outro órgão do mesmo Estado. Assim, se daria a sustação da garantia quando o Estado reclamasse sua execução em decorrência do inadimplemento de uma obrigação que a outra parte estivesse impedida de cumprir, por força de ato ou manifestação de outro órgão do mesmo Estado beneficiário da garantia.

8. CONCLUSÃO

A garantia à primeira solicitação vem ganhando contornos mais nítidos para a formulação de uma teoria própria. Tal qual inúmeros outros institutos do direito do comércio internacional, primeiramente assumiu ela posição de destaque na prática comercial, para depois chamar a atenção dos juristas, convocados para sua definição.

Na análise dessa nova garantia sobressai a importância da boa-fé, cada vez mais importante no dinâmico pro-

cesso do comércio internacional. Custa a crer, quando se parte de uma perspectiva doméstica, quase provinciana, de garantias solidamente amarradas à sorte e destino da obrigação principal, que se venha a admitir um tipo de garantia em que a mera solicitação do credor, independentemente de qualquer evento, fato ou comprovação, seja suficiente para a execução da mesma perante o garantidor.

Entretanto, é justamente essa independência, essa praticidade, que transformam a garantia à primeira demanda em instrumento predileto de várias contratações internacionais. Sua liquidez quase absoluta, sua execução desvinculada do contrato-base, são as grandes razões de seu sucesso.

Cuidadosos e econômicos têm sido vários Tribunais nacionais, mesmo naqueles países profundamente integrados na sofisticada prática do comércio internacional, quando chamados a sustentar a execução de tal garantia, já acionada pelo beneficiário-credor. Apenas a fraude evidente ou a notória má-fé do ordenador têm servido como argumentos suficientes para convencer os julgadores. Na verdade, estão os Juízes, principalmente os dos países desenvolvidos em matéria de comércio internacional, convencidos de que a consagração da garantia à primeira demanda como efetivo meio de dar mais segurança ao comércio internacional, passa necessariamente por seu

reconhecimento pelo Judiciário. Se os Tribunais vierem a admitir, salvo casos excepcionalíssimos, que por meio de sentenças liminares em medidas cautelares, os Bancos deixem de honrar imediatamente a garantia assumida, certamente estará decretada a falência desse instituto de garantia, nascido e criado exclusivamente em nome da autonomia e da liquidez quase perfeitas. Da ponderação da Jurisprudência depende o futuro da garantia à primeira solicitação.

NOTAS

1. Rodrigo Etchenique, "Garantias Contractuales", in *Regimen Juridico de las Garantias Contractuales en el Comercio Internacional*, Ed. Centro de Estudos Comerciais do Ministério da Economia, Madri, 1981.

2. Irineu Strenger, *Contratos Internacionais do Comércio*, Ed. RT, S. Paulo, 1986, p. 154.

3. Ver análise do crédito documentado como forma de pagamento e garantia, in Luiz Gastão Paes de Barros Lcães, "O uso das cartas de crédito comerciais como instrumento de garantia", in *Direito Comercial*, 1976, pp. 3-29 e Waldirio Bulgarelli, "O crédito documentado irrevogável: Um novo título de crédito?", in *RDM* 32/57-76, 1978.

4. Arnoldo Wald, "A garantia à primeira demanda no direito comparado", in *RDM* 66/7, 1987.

5. Henry Lesguillons, "As garantias bancárias: Tendências atuais", in *As Garantias Bancárias nos Contratos Internacionais*, Saraiva, 1985, p. 5.

6. Idem, ob. cit., p. 6.

7. Idem, ob. cit., p. 9.

8. Idem, ob. cit., p. 11.

DOCTRINA

LIMITES À ATUAÇÃO DO CONSELHO FISCAL

NELSON EIZIRIK

1. Dada a importância inegável da sociedade anônima na economia contemporânea, as legislações passaram a estabelecer mecanismos de controle sobre a gestão e as contas da administração, visando, fundamentalmente, a possibilidade de revisão da contabilidade, ou seja, de *controle "a posteriori"* das contas. Tal controle tem sido atribuído a órgãos específicos, tais como os comissários na França e na Bélgica, os "auditors" na Inglaterra e nos Estados Unidos, o "Kontrollstelle" na Suíça e o Conselho Fiscal no Brasil.

2. A função primordial do Conselho Fiscal, assim, é a de exercer permanente fiscalização sobre os órgãos de administração da companhia, referente às contas e à legalidade e regularidade dos atos de gestão.

3. A atuação do Conselho Fiscal é basicamente *instrumental*, uma vez que visa transmitir aos acionistas as informações de que necessitam, quer para exercerem o direito de fiscalizar a gestão dos negócios sociais, quer para que possam votar, na assembléia geral, com conhecimento de causa (José Alexandre Tavares Guerreiro, "O Conselho Fiscal e o direito à informação", in *RDM* 45/30, jan.-mar./1982). Nesse sentido, aliás, a Exposição de Motivos da Lei das S/A, salienta que o Conselho Fiscal constitui órgão de fiscalização dos administradores e de informação da Assembléia Geral, ou seja, dos acionistas.

4. A instalação do Conselho Fiscal como órgão de fiscalização tem como fundamento, conforme refere a doutrina, a desconfiança dos acionistas minoritários com relação ao exercício do poder de controle e ao exercício das funções diretivas dos administradores da companhia (Waldírio Bulgarelli, *O Conselho Fiscal nas Companhias Brasileiras*, S. Paulo, 1988, p. 63).

Daí, inclusive, a previsão legal expressa que possibilita a participação, no Conselho Fiscal, de representante de acionistas preferenciais sem direito a voto e de acionistas minoritários (art. 161, § 4.º da Lei 6.404/76), a qual não pode ser obstada pela Assembléia Geral, mesmo no caso de eleição por acionistas titulares de ações preferenciais ao portador, conforme o entendimento da Jurisprudência (*RTJ* 99/766-783) e da Comissão de Valores Mobiliários (*Rev. CVM* 6/72, n. 21).

5. Ainda que a questão tenha gerado controvérsia doutrinária, no regime do Dec.-lei 2.627/40, e continue a causar discussões no sistema da vigente Lei das S/A, parece não haver dúvidas de que a Lei 6.404/76 conferiu ao Conselho Fiscal a natureza de órgão colegial, a deliberar pela maioria de votos de seus membros.

Com efeito, o art. 163 da Lei das S/A estabelece expressamente a competência do Conselho Fiscal (não dos Conselheiros, individualmente conside-

rados), tanto no *caput* como no seu § 7.º, referindo, ademais, a existência de atas de reuniões e pareceres, somente possíveis em órgão colegiado. Além disso, a menção ao registro da dissidência (art. 165, § 2.º) pressupõe a deliberação colegiada e a decisão pelo voto da maioria. Se dúvidas ocorrem no silêncio do Estatuto (Bulgarelli admite a competência concorrente disjuntiva dos membros — ob. cit., p. 219) não vemos como negar eficácia à disposição estatutária que consagre o sistema colegial com decisão majoritária, desde que ausentes esquemas de opressão aos interesses das minorias acionárias.

6. A competência colegial do Conselho Fiscal poderia significar a opressão do representante das minorias acionárias. Tal não se dá, porém, pelo fato de não implicar a visão colegial na exclusão da função dos membros. Nesse sentido, o § 2.º do art. 163 da Lei 6.404/76 dispõe que: — “O Conselho Fiscal, a pedido de qualquer dos seus membros, solicitará aos órgãos de administração esclarecimentos ou informações, assim como a elaboração de demonstrações financeiras ou contábeis especiais”.

7. Com efeito, inexistindo atmosfera de entendimento ou de solução de conflitos eventualmente surgidos no Conselho Fiscal, nada impede que os conselheiros ajam individualmente (Cunha Peixoto, *Sociedade por Ações*, S. Paulo, Saraiva, 1978, v. 3.º, p. 221). Assim, se o Conselho Fiscal, uma vez instado por qualquer de seus membros a solicitar informações, permanece inerte, omitindo-se no desempenho de suas funções, o membro interessado pode solicitar da administração as informações necessárias ao exercício de suas atribuições. Há, portanto, atuação individual dos membros no que se refere à solicitação de in-

formações à administração, no caso de *recusa* ou *omissão* do Conselho Fiscal enquanto órgão (José Alexandre Tavares Guerreiro, artigo cit., p. 33).

8. Temos observado, na experiência prática da advocacia empresarial, alguns casos em que acionistas minoritários, com participação social expressiva, elegem representantes seus no Conselho Fiscal com finalidades incompatíveis com o atendimento do interesse social. Tais casos manifestam um entendimento equivocado das funções do Conselho Fiscal, as quais devem ser exercidas dentro dos limites legais, sob pena de eventualmente causar, sua atuação, embaraços ilegítimos à gestão empresarial. Com efeito, trata-se de órgão de fiscalização, que não deve ser utilizado como instrumento de pressão indevido, em casos de disputas entre os acionistas.

9. Há determinadas limitações à atuação do Conselho Fiscal, como órgão, e dos conselheiros individualmente considerados. Na sociedade anônima, como na sociedade politicamente organizada, é conveniente a existência de um sistema de freios e contrapesos, uma vez que o poder ilimitado — seja o de execução, seja o de fiscalização — é sempre foco de graves imperfeições.

10. Assim, se por um lado é conveniente limitar os poderes dos órgãos de administração, visando basicamente impedir a opressão às minorias acionárias e aos investidores em geral, por outro lado parece evidente que a atribuição de poderes ilimitados ao órgão de fiscalização poderia resultar, em situações extremas, na paralisia dos administradores, impedindo a companhia de atingir suas finalidades econômicas e cumprir seu objeto social.

11. O primeiro limite à atuação do Conselho Fiscal decorre da sua posição no quadro dos órgãos societários.

Com efeito, se há relação de subordinação da Diretoria ao Conselho de Administração e destes dois órgãos à Assembléia Geral, tal não ocorre no que diz respeito ao Conselho Fiscal. Este último órgão, na realidade, é, por um lado, independente com relação ao Conselho de Administração e à Diretoria, mas, por outro lado, *não tem poderes hierárquicos sobre tais órgãos*. Ou seja, os órgãos de administração não devem obediência ao Conselho Fiscal, cabendo-lhes atender as solicitações deste último se e na medida em que decorram da lei ou de disposição estatutária.

12. Com relação à atuação individual dos membros do Conselho Fiscal, vale notar que a Lei das S/A estabeleceu uma série de regras visando a sua independência. Nesse sentido, não podem ser membros do Conselho Fiscal ocupantes de cargos em órgãos de administração e empregados da companhia ou de sociedades controladas ou do mesmo grupo, assim como o cônjuge ou parente, até o terceiro grau, de administrador da companhia (art. 162, § 2.º). Os administradores de Sociedades Corretoras de Títulos e Valores Mobiliários estão igualmente impedidos de exercer cargo de membro do Conselho Fiscal em companhia cujos valores mobiliários sejam negociados em Bolsa de Valores (art. 8.º, § 4.º da Lei 4.728/65).

13. Tendo em vista assegurar a independência do Conselho Fiscal, aplica-se plenamente aos seus membros o postulado básico da sua não submissão aos acionistas que os elegeram. Nesse sentido, o § 1.º do art. 154 da Lei das S/A dispõe que o administrador (e o conselheiro fiscal é como tal considerado para os efeitos das normas legais sobre seus deveres e responsabilidades, nos termos do art. 145) "eleito por grupo ou classe

de acionistas tem, para com a companhia, os mesmos deveres que os demais, não podendo, ainda que para a defesa do interesse dos que o elegeram, faltar a esses deveres".

14. Ou seja, a Lei das S/A determina expressamente, no seu art. 154, que *todos* os administradores (aí incluídos os conselheiros fiscais) devem exercer as suas atribuições, conferidas pela lei ou pelo estatuto, para lograr os fins e no interesse da companhia. Havendo conflito entre os interesses da companhia e os do grupo de acionistas que o elegeu, é dever do conselheiro fiscal atender aos interesses da companhia, mesmo que sacrificando os de seus eleitores. Tal se dá pelo fato de que os administradores não são mandatários dos acionistas, mas incorporificam *órgãos* da companhia. Uma vez eleitos, os administradores passam a agir sempre e necessariamente no interesse da sociedade, não do grupo de acionistas que os elegeu.

15. Nesse sentido, Modesto Carvalhosa enfatiza que tal antijuridicidade, consistente na defesa dos interesses dos eleitores "... pode ocorrer mais freqüentemente quando o grupo minoritário deseja praticar uma pertinaz oposição ao controlador e aos administradores majoritários, com o fim de vender suas ações e, assim, retirar-se da companhia. Essa prática do "strike", por demais conhecida na "common law", constitui forma de extorsão que, em muitos casos, não pode ser suportada pela companhia. Caracterizada objetivamente tal conduta dos administradores representantes de grupos, serão eles responsabilizados pelos danos que sua ação pernicioso vier a causar à companhia" (*Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, S. Paulo, Saraiva, 1982, v. 5.º, p. 150).

16. Assim, se o conselheiro fiscal age exclusivamente no interesse dos

acionistas que o elegeram, sacrificando o interesse social e impedindo ou dificultando a companhia de atingir seu objeto social e lograr seus fins lucrativos, evidentemente pode ser responsabilizado pelos prejuízos causados por tal conduta antijurídica.

17. Nesse sentido, a Lei das S/A, em seu art. 165 dispõe expressamente que: — “Os membros do Conselho Fiscal têm os mesmos deveres dos administradores de que tratam os arts. 153 e 165 e respondem pelos danos resultantes de emissão no cumprimento de seus deveres e de atos praticados com culpa ou dolo, ou com violação da lei ou do estatuto”.

18. A violação ao disposto no art. 154, § 1.º pode acarretar a responsabilidade civil do conselheiro fiscal pelos prejuízos causados à companhia.

19. Vale notar que a doutrina repele a atuação *ad terrorem* do conselheiro fiscal, caracterizada notadamente pelo excesso de solicitações imotivadas ou pela ingerência excessiva na gestão dos negócios sociais. A propósito, o Direito Francês cogita da *défense d'immixtion*, ou seja, da proibição de se imiscuir o Conselho Fiscal nos atos de gestão ordinária da companhia (Ives Djian, *Le Controle de la Direction des Sociétés Anonymes dans le Pays des Marché Communs*, Paris, 1965).

Entre nós, a Jurisprudência dos Tribunais tem entendido que o poder do Conselho Fiscal limita-se à fiscalização da gestão do exercício social em andamento, sem alcançar períodos de administração acobertados pela aprovação de Assembléias Gerais anteriores.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento da AC 62.520-1, em 1.11.85, decidiu que:

“Se ao Conselho Fiscal, como órgão, cabe a atividade de fiscalização e con-

trole da gestão administrativa da sociedade, a cada conselheiro, de per si, deve caber o acesso às informações necessárias a essa função. Porém, esse poder tem de estar delimitado pelo interesse da fiscalização de gestão do exercício social em desdobramento, sem remontar a toda a vida pretérita da entidade, alcançando períodos de administração acobertados pela aprovação de Assembléias Gerais anteriores (RT 605/58-59).

20. O exercício da fiscalização pelo Conselho Fiscal com relação às contas apresentadas pela administração é razoavelmente detalhada na Lei das S/A, uma vez que tal constitui a função básica do órgão. Nesse sentido, a lei dispõe que incumbe ao Conselho Fiscal: opinar sobre o relatório anual da administração; analisar, ao menos trimestralmente, o balancete e demais demonstrações financeiras elaboradas periodicamente pela companhia; examinar as demonstrações financeiras do exercício social e sobre elas opinar (art. 163, II, VI e VII). O controle sobre as contas é exercido com base em documentos de produção obrigatória por parte da administração. Consiste, tal controle, em acompanhamento *pari passu* do andamento da empresa, aferindo o Conselho Fiscal a sua regularidade mediante o exame dos registros contábeis.

21. Cabe ainda ao Conselho Fiscal opinar sobre certas matérias relevantes para a companhia e seus acionistas, contidas em propostas encaminhadas pelos órgãos de administração à Assembléia Geral, tais como: modificação do capital social; emissão de debêntures ou bônus de subscrição; planos de investimentos ou orçamentos de capital; distribuição de dividendos; transformação, incorporação, fusão ou cisão (Lei das S/A, art. 163, III).

22. Verificando a ocorrência de erros, fraudes ou crimes, compete ao Conselho Fiscal denunciá-los aos órgãos de administração e à Assembléia Geral (art. 163, IV). Visando impedir a obstrução do poder de denúncia das irregularidades verificadas, a lei faculta ao Conselho Fiscal a convocação de Assembléia Geral ordinária ou extraordinária (art. 163, V).

23. Por outro lado, a lei não atribui ao Conselho Fiscal competência para opinar sobre a orientação geral dos negócios estabelecida pelo Conselho de Administração, nem sobre os atos de nomeação e destituição de diretores, muito menos qualquer poder para manifestar-se previamente sobre atos ou contratos que venham a ser firmados. Ou seja, a elaboração das políticas empresariais prescinde de qualquer análise prévia ou de aprovação por parte do Conselho Fiscal.

24. Da mesma forma, embora prevendo a lei expressamente a competência do Conselho Fiscal de fiscalizar os atos dos administradores (art. 163, I), não conferiu ao órgão qualquer poder de interferir na gestão ordinária dos negócios da companhia, conduzida pelos diretores.

25. A fiscalização exercida pelo Conselho Fiscal sobre os atos dos administradores centra-se na verificação do atendimento dos seus deveres legais e estatutários. O órgão de fiscalização não tem poderes para apreciar o conteúdo da gestão societária, ou seja, não lhe cabe entrar no julgamento do mérito e da conveniência das decisões empresariais tomadas pelos administradores.

26. Com efeito, a fiscalização exercida pelo Conselho Fiscal refere-se à legalidade e regularidade dos atos dos administradores, não à sua conveniên-

cia e oportunidade, exceto nos casos expressa e taxativamente elencados no inc. III do art. 163 da Lei das S/A. Tal significa, por exemplo, que os critérios para a fixação de preços praticados pela companhia, bem como margens de rentabilidade por produto, não necessitam ser analisados previamente pelo Conselho Fiscal. Apenas caberá a fiscalização e posterior denúncia à Assembléia Geral se eventualmente caracterizado, em tais atos de gestão, descumprimento de disposição legal ou estatutária.

27. Daí decorre que solicitações do Conselho Fiscal ou de Conselheiro referentes a informações analíticas sobre a política de preços, estratégias de vendas e de exportação de produtos, "marketing", etc., podem, se eventualmente inoportunas, por ainda não elaboradas definitivamente tais políticas, ou por gerar a produção de tais informações custos excessivos, ser objeto de recusa pela diretoria. Em tal caso, caberá ao Conselho de Administração ou à Assembléia Geral decidir sobre o cabimento ou não da prestação das informações.

28. Saliente-se que a hipótese acima mencionada é inteiramente diversa daquela em que o administrador recusa-se a colocar à disposição do Conselho Fiscal documentos legalmente exigidos, como o balancete e demais demonstrações financeiras. No caso, a recusa caracterizaria infração expressa a disposição legal (art. 163, VI e VII). Em se tratando de documentos não previstos em lei, de difícil ou onerosa preparação, ou mesmo desnecessários para o exercício das funções fiscalizadoras do Conselho, a recusa da Diretoria em elaborá-los e apresentá-los não caracteriza, à primeira vista, obstrução à legítima atuação do Conselho Fiscal, a não ser que visem os

diretores, com a recusa, ocultar atos seus contrários à lei ou ao estatuto.

29. Inexistindo, conforme antes referido, vínculo de subordinação dos Diretores ao Conselho Fiscal, é igualmente evidente que não configura infração à lei a recusa dos diretores em seguir procedimentos operacionais, administrativos ou gerenciais sugeridos pelo órgão fiscalizador.

30. Conclusões: Resumindo o que foi até aqui exposto podemos concluir que a atuação do Conselho Fiscal, como órgão, e dos conselheiros individualmente considerados, embora ampla, apresenta certos limites, necessários ao desenvolvimento normal dos negócios da companhia. Tais limites referem-se a:

1 — inexistência de relação hierárquica entre o Conselho Fiscal e os membros do Conselho de Administração e diretores;

2 — obrigatoriedade de ser o cargo de membro do Conselho Fiscal exercido com vista a atender os interesses da companhia, os quais devem prevalecer sobre os interesses dos acionistas que o elegerem;

3 — inexistência de controles por parte do Conselho Fiscal sobre a conveniência e oportunidade de decisões empresariais adotadas pelos diretores e pelo Conselho de Administração, a não ser no caso de matérias a respeito das quais a lei atribua expressamente ao referido órgão competência para opinar.

DOCTRINA

EMPRESA ABUSO DE PODER ECONÔMICO PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

SÉRGIO NOVAIS DIAS

I — Introdução. II — Empresa. III — Abuso do poder econômico: a) Dominação dos Mercados; b) Eliminação da Concorrência; c) Aumento arbitrário dos lucros; d) Repressão. IV — Proteção ao consumidor: a) Constituição Federal do Brasil; b) Código de Defesa do Consumidor; c) Ação Civil Pública. V — Conclusão. VI — Bibliografia.

I — INTRODUÇÃO

Vivemos, sem dúvida, o momento da mais fervilhante evolução do homem na face da Terra.

As modificações que o mundo experimentou desde o início do Século XX foram e têm sido profundas e estruturais.

Até antes da I Grande Guerra, quando predominava o Estado Liberal, as relações jurídicas eram centradas nas pessoas, maximizando-se sua liberdade individual.

Com a evolução, vivemos hoje a época da sociedade de massas. Em vez da liberdade individual de contratar, estes contratos são feitos através de grupos, como as convenções coletivas. A greve que até o final do Século era considerada crime, hoje constitui direito fundamental constitucionalmente garantido.

A empresa tomou lugar de destaque nas relações jurídicas, aumentando seu poder, até quase que se igualando, sob determinados aspectos, e às vezes ultrapassando, o poder do Estado.

O poder econômico nas mãos de particulares aumentou mais e mais, tendendo ao *abuso*. Sua repressão passou a ser uma necessidade fundamental para a preservação do sistema e para a proteção das pessoas a ele submetidas.

O consumidor é a parte fraca nesta sociedade de consumo. Sua proteção constitui a defesa da própria sociedade civil, abalada e prejudicada sobremaneira pelo comportamento abusivo dos fornecedores.

A empresa, o abuso do poder econômico e a proteção ao consumidor, são questões vinculadas umas às outras que merecem exame mais detido à vista do estágio atual das relações jurídicas no bojo do Estado brasileiro e da sociedade civil.

O estudo dessa problemática à luz do Direito Econômico é o que procuraremos realizar no curso do presente trabalho.

II — EMPRESA

A empresa é sem dúvida a marca registrada da nossa época. É ela o

principal sustentáculo de toda a estrutura social. Como bem observou o Prof. Fábio Konder Comparato: “Se se quiser indicar uma instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva de elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa”.¹

Quase todos os grupos e instituições sociais são estruturadas atualmente como empresa.

Numa determinada época, desde o Século passado, as sociedades foram um importante instrumento para o desenvolvimento do capitalismo. A separação do patrimônio da sociedade do patrimônio dos sócios foi uma das mais valiosas invenções jurídicas da humanidade e serviu, sobremaneira, para o incremento das atividades humanas, na busca incessante de bens de consumo.

A empresa devemos, portanto, o atual estágio de desenvolvimento do homem, o conforto, as facilidades e o benefício da vida moderna.

Por outro lado, estando o comando das empresas nas mãos de poucos, para os quais dirigiram-se as riquezas produzidas, agravou-se o problema dos desníveis sociais, da pobreza absoluta de muitos em confronto com a riqueza de alguns.

Foi nessa quadra que se percebeu que as empresas precisam ser dirigidas para o cumprimento da sua função social. Aliás, “o princípio da função social da empresa deve ser tomado, se não como fundamento, como a grande vertente do Direito Econômico”, como salienta Eros Roberto Grau.²

Não temos dúvidas que esse princípio da função social da empresa, corolário de outro mais abrangente — a função social da propriedade, é nada mais do que o caminho único para a

preservação e manutenção do desenvolvimento do capitalismo.

O capitalismo precisou fazer concessões para permanecer como opção econômica e social do mundo moderno. Com a decadência dos regimes socialistas do leste europeu o capitalismo aparece como o único caminho a ser seguido pela humanidade, o que é deveras perigoso, pois indubitavelmente o capitalismo não demonstrou até hoje a efetiva realização da função social da propriedade e a melhor distribuição de riquezas. A miséria que assola a maioria das populações dos países latino-americanos é uma demonstração que por aqui o capitalismo está longe de ser um sistema razoável, que exerça uma função social.

Para Fábio Konder Comparato “a questão do desempenho funcional das empresas constitui, portanto, um dos magnos problemas do direito contemporâneo, em razão do advento do Estado Social... aos princípios constitucionais informadores da ordem econômica e social não corresponde um cômputo aparelhamento de sanções”.³

Comparato percebeu a necessária evolução por que deve passar a empresa, cuja titularidade do controle empresarial, até então residente na propriedade do capital, passa a ter uma função social específica. O poder de controle deixa de ser um mero poder e passa a ser um poder-função.

Para Comparato, “o reconhecimento claro e conseqüente de que o controle empresarial não é propriedade, implica uma verdadeira revolução copernicana no estatuto da empresa, que passa de objeto a sujeito de direito. Com essa substituição do centro de gravidade, é o empresário que deve servir a empresa, e não o contrário.

“Uma transformação dessa ordem”, arremata Konder Comparato, “acarreta a substituição, como causa negocial,

do fundamento (Grund), que é a propriedade do capital, pela finalidade (Zweck). A empresa personalizada, tal como a fundação, tornar-se-á um patrimônio finalístico".⁴

A repressão do abuso do poder econômico e a proteção ao consumidor são aspectos de uma mesma vertente, a qual impõe o controle das exacerbações da empresa em prol de sua própria sobrevivência.

A repressão ao abuso do poder econômico evita a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros, aspectos extremamente nocivos à saúde do capitalismo moderno. Em termos macro, essas providências repressivas correspondem à proteção do consumidor. Contudo, as sanções jurídicas específicas são fundamentais para a defesa do consumidor, razão porque o Código de Defesa do Consumidor, recentemente editado no Brasil, vem atender a essa necessidade fundamental, possibilitando o equilíbrio entre o fornecedor e o consumidor.

Com essas providências estatais de repressão ao abuso do poder econômico e a proteção ao consumidor, a empresa, como instituição, toma novo fôlego e caminha devagar para atender a sua função social como base estrutural de todo o nosso sistema econômico.

III — ABUSO DO PODER ECONÔMICO

Dispõe a Constituição Federal do Brasil de 1988, no § 4.º do art. 173, que: "A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros".

A Constituição anterior já dispunha sobre o assunto, tratando igualmente do domínio dos mercados, da elimi-

nação da concorrência e do aumento arbitrário dos lucros, *ex vi* do art. 160, V, *verbis*: "repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação de concorrência e o aumento arbitrário dos lucros".

A nota distintiva está na nova Constituição que já considera abuso do poder econômico o ato que *visse* alcançar um daqueles objetivos, conquanto a Constituição anterior fale em abuso do poder econômico *caracterizado* por uma daquelas situações de domínio dos mercados, de eliminação da concorrência e de aumento arbitrário dos lucros.

A Carta Magna de 1988 é, portanto, mais ampla, reprimindo os atos que tenham por finalidade alcançar um daqueles objetivos, mesmo que ainda não os tenha conseguido realizar.

Faremos, então, o exame de cada uma dessas situações, cuja intenção de alcance caracteriza abuso do poder econômico, para depois tratar da sua repressão.

Antes, porém, cabe analisar o conteúdo jurídico da expressão abuso de direito.

Para Jossierand "o abuso consiste ... em pôr o Direito a serviço de fins ilegítimos, porque inadequados à sua missão social".⁵

Depois de examinar alguns casos de abuso do direito, Manoel Gonçalves Ferreira Filho salienta: "Veja-se bem que, em todos esses casos, o exercício do direito é desviado de sua finalidade última e geral: o bem comum".

"Mais precisamente falando — continua o Prof. Ferreira Filho — deve-se ter em mente que a ordem jurídica positiva confere direitos subjetivos (ou admite a sua aquisição) sempre tendo em vista o interesse geral. A índole própria de cada direito — sua função — é a de *meio* para o *fim* que é o

justo, faceta primordial do bem comum. Assim, por exemplo, o direito de usar da coisa, que é próprio do dono, tem em mira o proveito deste, mas um proveito que não contraria, serve, ao contrário, o interesse de todos. Aí a chamada “função social da propriedade”, mero aspecto da “função social” de qualquer direito subjetivo. Se ocorre a cisão, no exercício do direito, entre a função e o fim, se a função é desvirtuada de tal sorte que entra em colisão com a finalidade, ocorre o abuso. Tal exercício assim se torna ilegítimo e também ilegal.

“Note-se enfim que a exageração do abuso do direito está na prática de delito quando do exercício do direito subjetivo. Evidentemente não se pode conceber como exercício *regular* de um direito o que importa na prática de delitos”.⁶

O poder econômico é, a princípio, um poder legítimo. Constitui, hoje em dia, contudo, o que Comparato chamou de poder-função, ou seja, o poder exercido para o fim social a que se destina.

Entre as práticas do poder econômico, a Constituição Federal considerou abusivas e, portanto, passíveis de repressão pelo Estado, aquelas que visem a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

a) Dominação dos Mercados

Qual o conteúdo semântico da expressão dominação dos mercados? Qual o alcance do dispositivo constitucional supramencionado que reprime o abuso do poder, econômico que vise à dominação dos mercados? É a resposta para essas questões que procuraremos delinear neste momento.

Os mercados a que se refere a Constituição são, naturalmente, os mercados nacionais.

Mas que mercados são esses? A doutrina construiu a teoria dos *mercados relevantes*.

Não importa exatamente a extensão ou grandiosidade do mercado, ou a natureza específica do produto. Há que se ter em conta, na realidade, a relevância do mercado.

Benjamim M. Shieber apresenta um problema e cita um famoso caso ocorrido na Justiça dos Estados Unidos, para concluir com a conceituação de mercado relevante, a saber: “Suponhamos que uma firma domine o mercado nacional que abrange todo o território nacional na produção de garrafas coloridas. Que outra domine a produção de fios de cobre; e outra, a produção de manteiga. Que é o mercado relevante em cada uma dessas hipóteses? Garrafas coloridas só ou garrafas coloridas e brancas? Fios de cobre só ou fios de cobre, fios de aço, e fios de alumínio? Manteiga só ou manteiga e margarina, ou manteiga e margarina e outras gorduras? . . .

“Podemos mostrar como nos Estados Unidos houve dificuldade na definição do mercado relevante em termo do produto negociado. No caso já citado do papel celofane, *United States vs. E. I. Du Pont de Nemours & Co.*, 351 U. S. 377 (1956), a Suprema Corte dos Estados Unidos dividiu-se. Quatro Juízes afirmaram que o mercado não era relevante, contra três (dois Juízes não tomaram parte no julgamento), que diziam que o era. Durante todo o período abrangido pelo caso, a Du Pont produziu quase 75% do papel celofane vendido nos Estados Unidos, e o papel celofane representava menos de 20% de todas as vendas de produtos flexíveis para embalagem. Incluídos como produtos flexíveis para embalagem em adição ao celofane temos, por exemplo, papel, folhas de alumínio e plástico. Todos os Juízes

admittam que, se o papel celofane fosse um mercado relevante, a Du Pont havia monopolizado a produção e venda desse produto, mas eles divergiam entre si sobre a questão de saber se o mercado relevante era o de papel celofane ou de todos os produtos flexíveis para embalagem. Os quatro Juizes que constituíram a maioria concluíram que o mercado relevante era constituído de todos os produtos flexíveis para embalagem e não só do celofane.

"Eles disseram que a regra geral é a seguinte: "O mercado relevante é composto de produtos que razoavelmente podem ser substituídos um pelo outro quando empregados nos fins para os quais são produzidos — levando em consideração o preço, a finalidade e a qualidade deles...".

"A regra da possibilidade razoável de substituição de um produto por outro para determinar se os dois são do mesmo mercado, parece-nos necessária para evitar o absurdo de que cada produto constituiria um mercado, v. g., cada marca de refrigerante ou cada marca de cigarro. Mas, frisamos que a regra deve ser usada levando-se em consideração o fim precípua da lei antitruste, que é sustentar a concorrência. Para alcançar esse fim, impõe-se a necessidade de um rigoroso exame de verificar se os produtos são na realidade substituíveis razoavelmente um pelo outro. Por exemplo, o fato de existirem produtos que podem tecnicamente ser substituídos por outro produto, não deve ser significativo se geralmente não são substituídos pelo público em geral. Assim, o fato de que as baixelas de prata podem ser usadas para substituir travessas de louça não deve resultar na conclusão de que baixelas de prata são uma parte do mercado relevante de aparelhos de pratos de louça.

"Na dúvida deve-se optar pela decisão que proporcionou ao público os benefícios da concorrência, porque este é o espírito orientador da lei antitruste".⁷

"A lei regulamentadora" (Lei 4.137/62), diz Celso Ribeiro Bastos, "fala em mercados nacionais, no plural. Andou muito bem, porque o mesmo produto pode ter diversos mercados, especialmente delimitados.

"De outra parte, os mercados são determináveis também em função do produto, é dizer, há mercados formados em função de um único produto, não sendo aceitável qualquer outro análogo, ou com características afins.

"Há outros, contudo, que comportam um grande teor de substitutividade, o que vale dizer, retirado um produto de oferta, ele pode ser facilmente substituído por outro.

"O texto Constitucional não se refere, portanto, ao mero produto, visto que como demonstrado pode haver o controle de um produto *sem haver o domínio* do mercado".⁸

Dominar um mercado significa, segundo Benjamim M. Shieber, "ter autoridade, grande influência ou poder sobre esse mercado".⁹

Para Pontes de Miranda "dominar os mercados nacionais, entende-se: ficar em situação de poder impor preço de mão-de-obra, de matéria-prima, ou de produto, ou de regular, a seu talante, os efeitos".¹⁰

Segundo Celso Ribeiro Bastos, "dominar obviamente significa estar em condições de impor sua vontade sobre o mercado. Não importa que esse domínio se exerça numa parcela pequena do território nacional. Dependendo da natureza do produto, da qualidade e do preço dos transportes, o seu mercado pode ser nacional, regional ou local. Mercado vem a ser o ponto abstrato de convergência entre com-

pradores e vendedores, e é claro que conforme as condições acima apontadas a amplitude desse mercado pode variar geograficamente".¹¹

A dominação dos mercados é, nos termos da Constituição, por si só um abuso do poder econômico.

Evidentemente, o legislador constituinte quis evitar os males para o consumidor que a dominação dos mercados naturalmente traz, em face da não concorrência entre as empresas, o que normalmente conduz à degradação da qualidade dos produtos e ao aumento dos preços.

b) Eliminação da Concorrência

Ao comentar a lei antitruste brasileira, de n. 4.137/62, Benjamim M. Shieber pontifica que: "Concorrência ou competição no campo econômico consiste na luta entre diversas empresas para conseguir maior penetração no mercado, quando se fala de vendedores, ou uma maior ou melhor parte de oferta, quando se fala de compradores. É esta luta que a lei antitruste tenciona proteger e amparar, e que já foi objeto de cuidados por parte de muitos dos países do mundo.

"Os motivos que levaram os legisladores a adotar uma política antitruste, uma política em prol da concorrência, baseiam-se em duas razões distintas: uma de natureza econômica e uma de natureza político-social. A base econômica vê na política antitruste uma defesa da concorrência, e na concorrência o melhor método, no regime capitalista, de conseguir preços que reflitam o custo industrial, amplitude da produção e a inovação de produtos e tecnologia. O fundamento político-social vê na política antitruste um meio de limitar o poder de elementos particulares sobre o campo

econômico e destarte sobre o Estado e outros membros da comunidade".¹²

Não se pode negar valor às preocupações de Celso Ribeiro Bastos, segundo o qual "é freqüente hoje desacreditar-se da livre concorrência. Ela, segundo certos autores, seria uma realidade caduca, uma vez que não se encontram mais presentes as condições de um mercado realmente competitivo, independentemente de medidas individuais tendentes a deformá-lo".¹³

Mas, a questão da concorrência vai muito mais além, como argumenta Luís Cabral de Moncada ao dizer que "as regras da concorrência dos nossos dias não se limitam a defender o mercado e desenvolvem-no, no pressuposto de que seu funcionamento livre decorre de ordem econômica mais justa e eficiente. A defesa da concorrência é levada a cabo porque se acredita ser ela o melhor garante da prossecução, como que implícito, de certos objetivos de política econômica.

"O objetivo das leis de defesa da concorrência é o de assegurar uma estrutura e comportamento concorrenciais dos vários mercados no pressuposto de que é o mercado livre que, relacionando os mais capazes, logra orientar a produção para os setores suscetíveis de garantir uma melhor satisfação das necessidades dos consumidores e, ao mesmo tempo, a mais eficiente afetação dos recursos econômicos disponíveis, que é como quem diz os mais baixos custos e preços. A concorrência é assim encarada como o melhor processo de fazer circular e orientar livremente a mais completa informação econômica quer ao nível do consumidor quer ao nível dos produtores, assim esclarecendo as respectivas preferências".¹⁴

Vale salientar que a livre concorrência constitui um dos princípios fun-

damentais da ordem econômica insculpida na Constituição Federal de 1988, *ex vi* do seu art. 170, IV.

É evidente que uma simples aquisição de uma pequena padaria por empresa concorrente na cidade de Salvador não constituiria um abuso do poder econômico. Qual é, porém, o critério de avaliação da eliminação da concorrência como abuso do poder econômico?

A Suprema Corte dos Estados Unidos, desde 1911, consagrou um princípio que denominou de *rule of reason*, ou *regra da razão*, segundo a qual “todo e qualquer contrato, combinação sob a forma de truste ou qualquer outra forma ou conspiração em (*desarrazoada*) restrição do tráfico ou comércio entre os Estados, ou com as nações estrangeiras, é declarado ilícito...” (Shierman Act, art. 1.º).

Para Benjamim M. Shieber, “a regra da razão requer um levantamento da conjuntura econômica em que se celebram o ajuste ou acordo em restrição da concorrência, para averiguar se este foi razoável em termos de tal conjuntura. E também requer uma investigação da conjuntura econômica que resultou da celebração do acordo em restrição da concorrência. O Juiz Brandeis delineou os elementos que fazem parte de tal levantamento nas seguintes palavras: “Para determinar a questão da licitude de uma restrição do comércio, normalmente o Tribunal deve considerar os fatos peculiares ao ramo de negócios tanto antes da imposição da restrição, como depois, a natureza da restrição e seus efeitos reais e prováveis. A história da restrição, o mal que se cria existente, a razão que levou à adoção do remédio, a finalidade que se visava atingir — todas essas considerações são relevantes...” (v. Chicago Broad of Trade

vs. United States, 246 V. S. 231 (1918)”.¹⁶

Há contratos, porém, que têm por finalidade própria e específica a eliminação da concorrência. É exemplo um ajuste entabulado entre o fornecedor de filmes para cinema e todas as empresas exploradoras de cinema da cidade, fixando um preço certo para eliminar a concorrência entre elas. Neste caso, parece-nos que a prática é sempre abusiva pois mesmo que o preço inicialmente pactuado seja baixo, não prejudicando diretamente aos consumidores, na realidade abre caminho para um aumento concertado no futuro, prejudicando o mercado de consumo em face da eliminação da concorrência.

c) Aumento arbitrário dos Lucros

O Direito Antitruste norte-americano e o europeu não reprimem especificamente o aumento arbitrário dos lucros, confiando apenas na concorrência e na supressão dos monopólios para conseguir uma baixa dos preços dos produtos.

A Lei Brasileira 4.137/62 dispõe, no seu art. 2.º, II, que considera-se uma das formas de abuso do poder econômico “elevar sem justa causa os preços, nos casos de monopólio natural ou de fato, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os lucros sem aumentar a produção”.

Segundo Celso Ribeiro Bastos, que considera a norma da Lei 4.137/62 como interpretação razoável do preceito constitucional de 1988, “para que o lucro se torne inconstitucional, cumpre que ele resulte de uma situação sobre a qual o detentor do meio de produção possui uma situação de força. É arbitrário, portanto, todo aumento de lucratividade que decorra de uma decisão empresarial, aprovei-

tando-se de uma situação objetiva de mercado distorcido, que não faça corresponder a este aumento uma queda nas vendas. Isto ocorre nas situações de monopólio. De fato, sendo o único fornecedor, as leis de mercado deixam de operar e o aumento de preços tornar-se-á impositivo ao adquirente de bens e serviços, por falta de alternativas. É verdade que todo monopólio apresenta limites. Além de um certo ponto o aumento de preços não redundará em acréscimos de lucratividade. A venda do produto cai; o consumidor preferirá não adquiri-lo ou procurará algum sucedâneo muito remoto e precário. Mas dentro de certos limites a situação monopolística de mercado leva sem dúvida a um aumento da lucratividade sem um desejável aumento da produção".¹⁶

d) Repressão

Compete ao Estado a repressão ao abuso do poder econômico.

É, sem dúvida, uma tarefa difícilíssima que demanda estrutura administrativa competente, ágil e eficiente.

Nesse passo já alertava Pontes de Miranda que "...fixar preço e perseguir trustes, sem aparelhamento quase genial, se não genial, de economia e administração públicas, é o mais perigoso dos empirismos. Acabam os trustes, cartéis e outras figuras de absorção, por trabalhar com as mãos do Estado. Então o banqueiro, o açambarcador, o chefe de truste e do cartel, tomam os postos-chaves da própria intervenção (e. g., os Bancos do Estado, o Ministério da Fazenda, os postos-chaves da política exterior, as autarquias, a imprensa, as comissões de controle) e, sob a máscara do Estado, a força econômica vocifera: "L'état, c'est moi".¹⁷

Nos Estados Unidos da América, o órgão estatal responsável pela exe-

ção da Lei Antitruste é o *Bureau da Concorrência*, da Federal Trade Commission (FTC) que conta atualmente com 150 advogados e 10 escritórios regionais. Todas as transações comerciais de fusão de empresas cujo valor patrimonial envolvido supere os US\$ 15 milhões precisam ser registrados no "bureau".

No Brasil, a repressão ao abuso do poder econômico é atribuição da SNDE — Secretaria Nacional de Direito Econômico e do CADE — Conselho Administrativo de Defesa Econômica, órgãos do Ministério da Justiça.

A recente Lei 8.158, de 8.1.91, que disciplina a defesa da concorrência no âmbito da administração, estabelece a competência da SNDE nos termos seguintes:

"Art. 1.º — Compete à Secretaria Nacional de Direito Econômico — SNDE, do Ministério da Justiça, apurar e propor as medidas cabíveis com o propósito de corrigir as anomalias de comportamento de setores econômicos, empresas ou estabelecimentos, bem como de seus administradores e controladores, capazes de perturbar ou afetar, direta ou indiretamente, os mecanismos de formação de preços, a livre concorrência, a liberdade de iniciativa ou os princípios constitucionais da ordem econômica.

"Parágrafo único — Compete, igualmente, à SNDE adotar as providências necessárias à repressão das infrações previstas na Lei 8.002, de 14 de março de 1990".

A Lei 8.158/91 enuncia no seu art. 2.º várias formas positivas de distorções do mercado, atribuindo à SNDE a adoção das providências necessárias para evitá-las.

No art. 3.º a lei relaciona 18 diferentes tipos de infração à ordem econômica, declarando que assim se constituem todos os atos que produzam

ou tenham por objeto produzir um daqueles efeitos, ainda que os fins visados não sejam alcançados.

O art. 4.º esclarece que a SNDE atuará de ofício ou mediante promoção de qualquer interessado e nos arts. 5.º, 6.º e 7.º estabelece o procedimento e as providências a serem tomadas pela SNDE.

Pelo disposto no art. 10, a SNDE e o CADE são igualmente órgãos consultivos, cujo procedimento de consulta é vinculatório para estes órgãos.

O art. 13 da Lei 8.158/91 alterou a redação do art. 74 da Lei 4.137/62, disciplinando a limitação ou redução da concorrência, o qual, pela sua importância para o tema em exame, merece reprodução integral, *verbis*:

“Art. 74 — Os ajustes, acordos ou convenções, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou reduzir a concorrência entre empresas, somente serão considerados válidos desde que, dentro do prazo de (trinta) 30 dias após sua realização, sejam apresentados para exame e anuência da SNDE, que para sua aprovação deverá considerar o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos:

a) tenham por objetivo aumentar a produção ou melhorar a distribuição de bens ou o fornecimento de serviços ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico ou incrementar as exportações;

b) os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, do outro;

c) não sejam ultrapassados os limites estritamente necessários para que se atinjam os objetivos visados;

d) não implique a eliminação da concorrência de uma parte substancial do mercado de bens ou serviços pertinentes.

§ 1.º — Também poderão ser considerados válidos os atos que trata este artigo, ainda que não atendidas todas as condições previstas no *caput*, quando a restrição neles contida for necessária por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que a restrição tenha duração prefixada e, ao mesmo tempo, se comprove que, sem a sua prática, poderia ocorrer prejuízo ao consumidor ou usuário final.

§ 2.º — Incluem-se nos atos de que trata o *caput*, aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer outra forma de agrupamento societário ou concentração econômica, cuja consequência implique a participação da empresa ou grupo de empresas resultante, em (vinte por cento) 20% de um mercado relevante de bens ou serviços.

§ 3.º — A validade dos atos de que trata este artigo, desde que aprovados pela SNDE, retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo órgão no prazo de (sessenta) 60 dias após sua apresentação, serão automaticamente considerados válidos, perfeitos e acabados, salvo se, comprovadamente, seus participantes deixarem de apresentar eventuais esclarecimentos solicitados ou documentos necessários ao exame dentro dos prazos marcados pela SNDE, hipótese em que o prazo de exame ficara prorrogado na proporção do atraso na apresentação dos elementos solicitados.

§ 4.º — Se os ajustes, acordos ou convenções de que trata este artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou se deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, a SNDE, na eventualidade de concluir pela sua não

aprovação, deverá determinar as providências cabíveis às partes no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência pelo qual sejam eliminados os efeitos nocivos à concorrência que deles possam advir.

§ 5.º — Poderão as partes que pretenderem praticar atos de que trata este artigo, previamente à sua realização, consultar a SNDE sobre a validade dos atos a serem celebrados, devendo a consulta respectiva ser apreciada no prazo de (sessenta) 60 dias, considerando-se a falta de resposta nesse prazo como concordância com a realização do ato, ressalvada a ocorrência de fato previsto na parte final do § 3.º acima.

§ 6.º — Sem prejuízo das demais cominações legais, inclusive aquelas constantes do art. 11 da Lei Delegada 4, de 26 de setembro de 1962, com a redação que lhe foi dada pela Lei 7.784, de 28 de junho de 1989, se for o caso, a não apresentação dos atos previstos neste artigo para registro e aprovação implicará a abertura de processo na SNDE, para as providências de sua competência”.

Há autores que simplesmente não acreditam na livre concorrência, como é exemplo o Prof. José Afonso da Silva que diz: “Pululam leis antitrustes, sem eficácia. O que cumpre reconhecer, na verdade, é que não existe mais economia de mercado nem livre concorrência, desde que o modo de produção capitalista evoluiu para as formas oligopolistas. Falar hoje em economia descentralizada, como economia de mercado, é tentar encobrir uma realidade palpável de natureza diversa. A economia está centralizada nas

grandes empresas e em seus agrupamentos. Daí por que se torna praticamente ineficaz a legislação tutelar a concorrência. É que a concentração capitalista não é um fenômeno patológico, mas uma realidade fundamental do novo Estado industrial, como bem observa Farjat: “A verdade é que não é preciso buscar, na regulamentação econômica da concorrência, o que não se encontra (ou jamais se encontrou). A concorrência não é (ou nunca foi) o que se acreditava que ela era, à época em que cresceram as legislações antitrustes. Os fenômenos, as combinações, as posições dominantes, as práticas restritivas, as concentrações não são, em si mesmas, fenômenos patológicos, mas constituem, ao contrário, uma realidade fundamental do novo Estado industrial — a ordem privada econômica”. É uma realidade que não se modificará com mera determinação legal formal, senão com as transformações de seus próprios fundamentos”.¹⁸

A concentração empresarial nem sempre constitui abuso do poder econômico. Esta reunião de empresas às vezes traz resultados altamente positivos para a Nação, como se espera dos acordos firmados em dezembro de 1990 em Portugal e na Tcheco-Eslováquia para a fabricação de automóveis. Em Portugal, Ford e Volkswagen associaram-se, formando uma espécie de Autolusitana, patrocinada pela Comunidade Econômica Européia (CEE) e o governo português, para cuja consecução a CEE entrou com 70% do capital, o governo português com 30% e as montadoras apenas com a tecnologia. Na Tcheco-Eslováquia a associação foi com a Volkswagen e a Skoda.

A questão é, assim, complicadíssima, demandando o máximo de sensibilidade dos governos para localizar e re-

primir as práticas que realmente impliquem em abuso do poder econômico, prejudicial que é, afinal, ao consumidor e à própria sobrevivência do capitalismo.

IV — PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

A exacerbação do abuso do poder econômico implica na prática de delitos civis, administrativos e criminais, assim concebidos no direito positivo.

Os danos ao consumidor decorrem da irresponsabilidade do poder econômico e da acanhada repressão dos abusos praticados em cada caso.

O consumo transformou a sociedade moderna em dois segmentos distintos: o fornecedor e o consumidor; que se alteram, dependendo da posição ocupada pela pessoa física ou jurídica na relação de consumo.

Sendo o consumidor a parte mais fraca nesta relação, os sistemas jurídicos atuais da maioria das nações procuram protegê-lo dos abusos cometidos pelos fornecedores.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 previu a proteção do consumidor e o Código de Defesa do Consumidor, em vigor desde 11.5.91, é tido como a lei mais avançada do mundo na proteção ao consumidor. O consumidor é também objeto de proteção pela ação civil pública prevista na Lei 7.347, de 24.7.1985. É desses instrumentos normativos que cuidaremos a seguir:

a) Constituição Federal do Brasil

Os direitos do consumidor foram tratados pela Constituição Brasileira em vários artigos, demonstrando o interesse e o zelo na proteção deste segmento social.

Eis os dispositivos:

“Título II — Direitos e Garantias Fundamentais

“Art. 5.º — (*Omissis*).

(“...).

“XXXII — O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;”

(“...).

“Título VII — Ordem Econômica e Financeira

“Art. 170 — A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme aos ditames da Justiça social, observados os seguintes princípios:

(“...).

“V — defesa do consumidor;

(“...).

“Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

“Art. 48 — O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará Código de Defesa do Consumidor.”

Dentre os princípios constitucionais, José Afonso da Silva denomina de *princípios de integração* a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego, assim chamados porque “todos estão dirigidos a resolver os problemas da marginalização regional ou social”.¹⁰

b) Código de Defesa do Consumidor

Em 11.5.91 entrou em vigor no Brasil o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, editado pela Lei 8.078, de 11.9.90.

As normas do Código são de ordem pública e interesse social, como expressamente declara o art. 1.º.

O Código pretende disciplinar por completo as relações de consumo.

Logo no primeiro capítulo do título I resolveu definir as figuras principais que são o consumidor, o fornecedor, além do produto e do serviço.

A definição foi ampla, considerando *consumidor* “toda pessoa física ou jurídica que adquire e utiliza produto ou serviço como destinatário final” (art. 2.º, *caput*).

Alguns aspectos dessa definição saltam aos olhos, a saber:

a) consumidor pode ser pessoa física ou jurídica;

b) consumidor adquire e utiliza produto ou serviço;

c) consumidor é sempre o destinatário final do produto ou serviço.

O Código primou pela proteção genérica dos consumidores, tanto que no parágrafo único do art. 2.º declarou que “equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

No que concerne à responsabilidade pelo fato, do produto e do serviço, o art. 17 do Código equiparou aos consumidores todas as vítimas do evento danoso.

Ao dispor sobre as *práticas comerciais* e sobre a *proteção contratual*, destacando-se no primeiro caso a oferta e a publicidade, e no segundo as cláusulas abusivas e o contrato de adesão, o Código, no seu art. 29, equiparou aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas, ou seja, nos capítulos V e VI do título I. Isto quer dizer que, na publicidade, por exemplo, a proteção estende-se a todas aquelas pessoas sujeitas à propaganda veiculada, independentemente de ter adquirido e utilizado o produto ou serviço.

O *fornecedor*, para o Código, “é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, exportação, distribui-

ção ou comercialização de produtos ou prestação de serviços” (art. 3.º, *caput*).

Produto, para o Código, “é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial” (§ 1.º do art. 3.º).

Serviço, para o Código, “é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista” (§ 2.º do art. 3.º).

Importa verificar que o Código não limita na relação produtiva a figura do fornecedor para efeito de atribuição de responsabilidade. Se, por exemplo, um veículo Ford causar danos ao adquirente por defeito nos amortecedores Cofap, tanto a Ford quanto a Cofap respondem pelos danos sofridos pelo consumidor e por terceiros, conforme expressamente dispõem os §§ 1.º e 2.º do art. 25 do Código, *verbis*:

“Art. 25 — (*Omissis*).

“§ 1.º — Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores.

“§ 2.º — Sendo o dano causado por componente ou peça incorporada ao produto ou serviço, são responsáveis solidários seu fabricante, construtor ou importador e o que realizou a incorporação”.

A oferta ao público, contudo, só obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dele se utilizar, como dispõe o art. 30 do Código, *verbis*: — “Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dele se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”.

Pelos atos dos seus prepostos ou representantes autônomos, o fornecedor é solidariamente responsável, *ex vi* do art. 34 do Código.

O art. 81 do Código dispõe que a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercido em Juízo individualmente, ou a título coletivo. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de interesses ou direitos difusos, de interesses ou direitos coletivos, e de interesses ou direitos individuais homogêneos (parágrafo único do art. 81).

O Código cria o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor — SNPC, integrado pelos órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e as entidades privadas de defesa do consumidor (art. 105).

A política do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor é coordenada pelo Departamento Nacional de Defesa do Consumidor, da Secretaria Nacional do Direito Econômico — SNDE, do Ministério da Justiça (art. 106).

Lembrando a convenção coletiva de trabalho, o Código institui a Convenção Coletiva de Consumo, através da qual as entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos da categoria econômica podem regular, por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo, obrigando apenas as filiadas das entidades signatárias (art. 107).

São essas, em linhas gerais, as características fundamentais do Código de Defesa do Consumidor.

c) Ação Civil Pública

O Código de Defesa do Consumidor, nas suas disposições finais, alterou a

Lei 7.347, de 24.7.85 (Lei de Ação Civil Pública), embora esta desde sempre já incluísse na sua proteção a responsabilidade por danos causados ao consumidor, ao lado dos danos causados ao meio ambiente, a bens e direito de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, assim como a qualquer outro interesse difuso ou coletivo (art. 1.º).

São partes legítimas para propor a ação civil pública o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, bem como a autarquia, a empresa pública, a fundação, a sociedade de economia mista ou a associação que esteja constituída há pelo menos um ano e que inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao consumidor (art. 5.º).

Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o Juiz determinará o cumprimento de prestação da atividade devida ou a cessação de atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor (art. 11).

Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido pelo Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados (art. 13).

A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova (art. 16).

São essas, em ligeiras considerações, as notas principais da lei da ação civil pública.

V — CONCLUSÃO

Como salienta Werter R. Faria “tanto a liberdade de empresa, como de concorrência, não podem exercitar-se em prejuízo dos legítimos interesses econômicos da população. O art. 5.º, XXXII da Constituição determina que o Estado promova a defesa dos consumidores e o art. 170, V, atribui a essa tutela nível de princípio da ordem econômica. É preciso então conciliar a proteção dos interesses dos consumidores com a liberdade de empresa e de concorrência”.²⁰

Da análise que empreendemos neste trabalho podemos concluir que as leis de repressão ao abuso do poder econômico, aliadas ao Código de Defesa do Consumidor e à Lei de Ação Civil Pública, formam o aparelhamento jurídico para a realização da função social da empresa.

O Brasil é conhecido, porém, pelas excelentes leis que dispõe e ao mesmo tempo pela sua quase total inaplicação. É preciso, antes de tudo, uma mudança de mentalidade e uma conscientização de todo o povo de seus direitos e das suas obrigações.

A efetiva função social da empresa tem de ser alcançada, os abusos do poder econômico devem ser reprimidos, o consumidor haverá de ser protegido e defendido neste País.

O futuro da sociedade capitalista passa por estas mudanças, aliada à melhor distribuição da riqueza nacional que precisa de fato ocorrer sem demora.

A liberdade de empresa e de concorrência têm ampla espaço na medida em que se realiza a finalidade social da propriedade e da empresa.

Nada disso, contudo, resolve o mais grave e aflitivo problema da população que é a pobreza. De que serve a proteção ao consumidor se a pessoa não tem dinheiro para consumir? De que vale para o miserável (que constitui boa parte da população brasileira) a repressão ao abuso do poder econômico se ele está à margem do processo econômico?

Em extraordinário artigo intitulado “Por que não a soberania dos pobres?” Fábio Konder Comparato salienta: “é escusado lembrar que esse ideal da felicidade coletiva não se realiza nem nas sociedades globalmente atrasadas nem nas subdesenvolvidas. Nas primeiras — cada vez menos numerosas no mundo atual — há igualdade na miséria. Já as segundas são sociedades investidas, em determinado momento histórico, pelo mundo industrial e que engendraram um processo de evolução profundamente desigual, promotor de desequilíbrios acentuados entre classes, regiões e setores econômicos. Paradigma das nações desenvolvidas é, sem dúvida, o nosso País, oitava potência industrial do mundo, mas que se situa em 84.º lugar quanto à repartição do produto nacional pelo número de habitantes. É que nas sociedades subdesenvolvidas — nunca é demais repisar — o simples crescimento da riqueza global, do produto nacional, não elimina, antes acentua os desequilíbrios internos.

“O *desenvolvimento nacional*, entendido como processo de progressiva eliminação das desigualdades sócio-econômicas, constitui, por conseguinte, o objetivo fundamental dos países do chamado Terceiro Mundo, onde ocupamos lugar de relevo. A organização constitucional não pode ignorar essa realidade, sob pena de girar em falso.

“A resposta à indagação formulada há pouco é, pois, evidente: a soberania

nia dos economicamente fracos há de exercer-se, em nosso País, no sentido do desenvolvimento nacional.

“Não basta, porém, a declaração solene de objetivos no texto constitucional. Importa, sobretudo, organizar a sociedade para a consecução desse resultado, com o aparelhamento de poderes adequados e controlados”.²¹

Não temos dúvidas que esse objetivo só pode ser alcançado como resultado de uma opção política e da *planificação* ajustada e consciente do Estado.

Da planificação não se pode fugir. Aliás, como salienta Luís S. Cabral de Moncada, “a conclusão geral é contudo a de que não há opção entre planificação e não planificação, mas só entre boa e má planificação”.²²

No Estado intervencionista atual, a planificação é uma necessidade e constitui o único caminho nacional para que se alcance a diminuição das desigualdades sociais, pois na sua falta o processo econômico se perde pelo caminho e os agentes econômicos mais fortes se beneficiarão insaciavelmente.

“A planificação — arremata finalmente Luís Cabral de Moncada — surge como um processo de intervenção do Estado, qualificada por certas características especiais, já apontadas, e oferece-se como uma metodologia axiologicamente *não neutra*, ou seja, comprometida, porque entra sempre em conflito com o *status quo* econômico e social, recusando-lhe as conseqüências globais”.²³

VI — BIBLIOGRAFIA

Bastos, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil (Promulgada em 5 de outubro de 1988)*, S. Paulo, Saraiva, 1990, v. 7.º.

Comparato, Fábio Konder. Aula inaugural dos “Cursos Jurídicos da Faculdade de Direito da USP”, em 1983, período diurno, in *Direito Empresarial*, S. Paulo, Saraiva,

1990; “Por que não a soberania dos pobres?”, in *Rev. de Direito Constitucional e Ciência Política*, Forense, n. 4.

Faria, Werter R. “Liberdade de Empresa e de Concorrência”, in *Constituição Econômica, Liberdade de Iniciativa e de Concorrência*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990.

Ferreira F., Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional Econômico*, S. Paulo, Saraiva, 1990.

Grau, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*, S. Paulo, Ed. RT, 1981.

Miranda, Pontes. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969*, S. Paulo, Ed. RT, 2.ª ed. rev.

Moncada, Luís Cabral. *A Problemática Jurídica do Planejamento Econômico*, Coimbra Editora, 1985; *Direito Econômico*, Coimbra Editora, 2.ª ed.

Shieber, Benjamim M. *Abusos do Poder Econômico (Direito e Experiência Antitruste no Brasil e nos EUA)*, S. Paulo, Ed. RT, 1966.

Silva, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, S. Paulo, Ed. RT, 1989.

NOTAS

1. Aula inaugural dos “Cursos Jurídicos da Faculdade de Direito da USP”, em 1983, período diurno, in *Direito Empresarial*, Saraiva, 1990, p. 3.

2. *Elementos de Direito Econômico*, S. Paulo, Ed. RT, 1981, p. 132.

3. Ob. cit., p. 13.

4. Comparato, ob. cit., p. 21.

5. *De l'Esprit des Droits et de Leur Relativité*, p. 254, apud Manoel Gonçalves Ferreira Filho, in *Direito Constitucional Econômico*, S. Paulo, Saraiva, 1990, p. 216.

6. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ob. cit., p. 218.

7. Benjamim M. Shieber, *Abusos do Poder Econômico (Direito e Experiência Antitruste no Brasil e nos EUA)*, S. Paulo, Ed. RT, 1966, pp. 47 e 49.

8. Ob. cit., p. 51.

9. Celso Ribeiro Bastos, *Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988)*, S. Paulo, Saraiva, 1990, v. 7.º, p. 98.

10. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969*, 2.ª ed. rev., Ed. RT, t. 6, p. 51.

11. Celso Ribeiro Bastos, ob. cit., p. 98.

12. Benjamim M. Shieber, ob. cit., pp. 31 e 32.

13. Ob. cit., p. 98.
14. *Direito Econômico*, 2.ª ed., Coimbra ed., p. 313, *apud* Celso Ribeiro Bastos, in ob. cit., p. 99.
15. Ob. cit., pp. 91 e 92.
16. Ob. cit., pp. 101 e 102.
17. Pontes de Miranda, ob. cit., t. 6, p. 50.
18. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, S. Paulo, Ed. RT, 1989, pp. 664 e 665.
19. Ob. cit., p. 665.
20. "Liberdade de Empresa e de Concorrência", in *Constituição Econômica, Liberdade de Iniciativa e de Concorrência*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990, pp. 108 e 109.
21. Fábio Konder Comparato, "Por que não a soberania dos pobres?", in *Rev. de Direito Constitucional e Ciência Política*, Forense, n. 4, p. 128.
22. *A Problemática Jurídica do Planejamento Econômico*, Coimbra Editora, 1985, p. 45.
23. Ob. cit., p. 46.

DOCTRINA

ESTUDO DE DIREITO MONETÁRIO: A MOEDA E SUAS FUNÇÕES; OBRIGAÇÕES MONETÁRIAS; ESTIPULAÇÃO E INDEXAÇÃO DE OBRIGAÇÕES MONETÁRIAS

ANTÔNIO MENDES
EDSON BUENO NASCIMENTO

1. Introdução — 2. Elementos da Teoria Geral do Direito Monetário: os conceitos de base: 2.1 A moeda: conceitos e funções; 2.2 A soberania monetária do Estado: *jus cudendae monetae*, conversibilidade de moedas e sustentação legal do monopólio estatal da moeda; 2.3 O “direito de senhoria” e a irresponsabilidade monetária do Estado dos pontos de vista interno e internacional — 3. Elementos básicos da conceituação de obrigações monetárias: 3.1 Considerações acerca da inflação; 3.2 Dívidas de valor e dívidas de dinheiro e o conceito jurídico de obrigações monetárias; 3.3 O regime jurídico das taxas de juros — 4. Estipulações em moeda nacional e em moeda estrangeira e a indexação de obrigações monetárias estipuladas em cruzeiros: 4.1 Regime Comum — O curso legal e forçado da Moeda Nacional; 4.2 Regime de Exceção — Os contratos em moeda estrangeira; 4.3 Considerações críticas acerca da indexação de obrigações monetárias estipuladas em cruzeiros — 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

1. A *idéia do valor* é tema que tem preocupado filósofos, juristas e economistas, em todos os tempos e em todos os lugares. Aristóteles, S. Tomás e Savigny, para citar apenas três dos mais conhecidos, *pensaram o valor* dos pontos de vista filosófico, teológico e jurídico. É desnecessário dizer, todavia, que até hoje não há definição satisfatória do que seja *valor* na filosofia, no direito ou na economia.

2. Quem sabe a *idéia de valor* tenha vindo ao espírito humano pela necessidade do homem em *mensurar* as coisas. Depois de aprender (ou intuir?) a *medir o espaço* (uma polegada, dois palmos, três jardas ou quatro milhas) e o *tempo* (uma hora, duas

luas, três dias, quatro meses ou um ano), o homem pode ter sido tomado pela necessidade de “medir” coisas: “quanto vale aquela vaca?”

3. Talvez por isto, S. Tomás tenha achado necessário distinguir *mensuratum* — expressão comparativa de quantidade — de *mensura* — o que serve para medir.¹ Nesta ordem de idéias, *valor* seria a *medida das coisas*. Medir *grandezas variáveis* (a distância entre Curitiba e São Paulo; o tempo que dura um Século; e o preço daquela vaca) seria, afinal, fixar um *valor* para as *coisas*, seja a coisa o espaço, o tempo ou um quadrúpede.

4. E de maneira muito provavelmente intuitiva, empírica, alguém *valorou*: “aquela vaca *vale* três ovelhas!” A partir daí quem tivesse três ovelhas

poderia trocá-las (*troca*) por uma vaca, e vice-versa. Ocorre, porém, que até este ponto o homem ainda praticava a *economia de troca*, a todos os títulos rudimentar e restrita. Afinal, o proprietário das três ovelhas poderia estar precisando de dois galões de azeite e não de uma vaca. Como, então, evoluir de uma *economia de troca* para uma *economia de mercado*? Por meio da instituição de um *instrumento de troca* que fosse comum e equivalente a todos os bens e não mais a dois tipos de bem reciprocamente considerados.

5. Muito cedo, pois, na experiência humana, os *agentes econômicos* intuíram que não bastava, para fazer circular as riquezas e para satisfazer as necessidades sociais, estabelecer a relação de equivalência entre três ovelhas e uma vaca. Era preciso ir além e estabelecer uma relação de equivalência comum a todos os bens. Esta idéia é certamente o germe que resultou na aparição da *moeda*.

6. Com efeito, a relação aritmética $1 \text{ vaca} = 3 \text{ ovelhas}$ é “uma medida” (*mensura*), assim como a relação $1.000 \text{ gramas} = 1 \text{ kg.}$ também é “uma medida” (*mensura*). Era preciso, pois, evoluir de *uma medida* (“*mensura*”) para *medida* (“*mensuratum*”). Com esta distinção, criou-se o conceito de *moeda*, que é a *medida* comum a todos os bens: por meio de *moeda* (*instrumento de troca*) é possível comprar, conforme se queira, uma vaca, três ovelhas ou dois galões de azeite. A criação da *moeda* é, pois, o marco da passagem da “*economia de troca*” para a “*economia de mercado*”.

7. Nestes limiares da experiência humana, o Estado ainda não tinha feito a sua aparição, não se falava ainda em *direito de senhoria*,² e se estava a milênios do moderno conceito jurídico de *curso forçado*. Neste

universo primitivo, sem soberano e sem monopólio estatal da moeda, imperava o *metalismo*: o *valor* da moeda era identificado por determinada quantidade de determinado *metal*; a moeda tinha valor intrínseco, calculado em razão da quantidade e da qualidade do metal em que era cunhada. Sendo raro e escasso, de difícil extração e beneficiamento, de aspecto lúcido e atraente, durável e resistente, o *ouro* foi eleito pelas sociedades primitivas o *lastro monetário* por excelência. Por isto, no dizer de Keynes, o ouro é a *reliquia bárbara*.

8. Todavia, o ouro — rígido, pouco elástico e de manuseio difícil — não pode acompanhar a velocidade com que cresceram as economias humanas. Por outro lado, o desenvolvimento econômico das sociedades humanas também determinou o surgimento do *Estado*. Estes dois fatores, somados, determinaram outra evolução: passou-se paulatinamente da *doutrina metalista* para o *conceito estatal da moeda*, com o que deixou a moeda de corresponder a uma determinada quantidade de determinado metal para tornar-se, modernamente, uma espécie de *título de poder liberatório emitido pelo Estado, com curso forçado previsto em lei e com aceitação obrigatória para cancelar débitos*.

9. Consolidou-se, assim, com o passar dos séculos, o monopólio estatal da cunhagem e da emissão da moeda, ao mesmo tempo em que se desenvolveu ao redor do Estado um complexo de normas jurídicas destinado a assegurar ao Estado a ferrenha manutenção deste privilégio: restrições judiciais e legais à livre estipulação monetária nos negócios privados; instituição legal do curso forçado da moeda; a supervalorização do conceito de soberania monetária do Estado e a inexistência de meios jurídicos para coi-

bir o abuso estatal da senhoriagem, que resulta na irresponsabilidade monetária do Estado; a capitulação do crime de moeda falsa, do crime de evasão de divisas, e outros crimes correlatos nas leis penais; as restrições cambiais; e outras mais.

10. É certo, contudo, que a lógica extrema do *Poder* é não estabelecer limites ao exercício mesmo do poder: o *Poder Absoluto* não conhece limites. Com isto, não tardaram a surgir as *práticas monetárias abusivas* dos Estados: a diminuição arbitrária da quantidade de metal na cunhagem das moedas (rebaixamento do valor intrínseco); o aumento arbitrário do valor nominal das moedas (elevação do valor extrínseco); as emissões inflacionárias de moeda; e outros expedientes do gênero.

11. Diante das práticas estatais abusivas, era natural que os particulares passassem a instituir *mecanismos de proteção* contra os efeitos nocivos das manipulações monetárias arbitrárias. E a reação do monarca não tardou: proibiu-se a estipulação entre particulares de cláusulas destinadas a proteger créditos contra os efeitos nefastos da política econômica do príncipe. Já no Século XVI, em França, proibia-se drasticamente tais estipulações,³ da mesma maneira que o direito brasileiro atual⁴ proíbe expressamente as estipulações de pagamento em ouro ou em moeda estrangeira entre residentes no País. Vê-se, assim, que nada há de novo embaixo do sol.

12. É em períodos de incertezas, porém, quando falece a confiança do público no Estado e a inflação ou a hiperinflação campeiam, que os particulares se lançam à busca angustiante de mecanismos jurídicos de proteção de ativos monetários e financeiros.

13. Alguns destes mecanismos podem oferecer algum grau de proteção

contra os efeitos corrosivos da inflação sobre os créditos resultantes de obrigações monetárias. Não basta, porém, que estes mecanismos sejam eficazes no proteger legítimos direitos; é preciso mais: impõe-se que estes mecanismos sejam *lícitos*.

14. Este estudo propõe-se a elaborar um *aparelho conceitual* a partir do qual se possa examinar, caso a caso, se determinado negócio é lícito à luz do Direito vigente no País. Serão vistos apenas os conceitos de base da *teoria geral do direito monetário*: os conceitos e funções da moeda e os elementos constitutivos da soberania monetária do Estado (na *primeira parte* do trabalho); a definição do que sejam obrigações monetárias nas modalidades dívidas de valor e dívidas de dinheiro e o regime jurídico das taxas de juros (na *segunda parte* do trabalho); a extensão e os limites dos mecanismos de proteção dos créditos monetários diante das regras do curso forçado e da inconvertibilidade da moeda nacional, das regras correntes de correção monetária, e do regime jurídico especial dos contratos em moedas estrangeiras (na *terceira parte* do trabalho).

15. A *conclusão* do trabalho será breve e de natureza essencialmente teórica e abstrata, porque as conclusões de ordem prática devem ficar reservadas, além dos limites deste estudo, para a ocasião do exame concreto de cada caso em particular.

16. Nestes termos estruturado, o presente trabalho pretende ser apenas um *estudo de direito monetário*, como indicado no título, com ênfase para a moeda e a soberania do Estado, para o conceito de obrigações monetárias, e para considerações críticas sobre as regras aplicáveis à estipulação e à indexação de obrigações monetárias.

2. ELEMENTOS DA TEORIA GERAL DO DIREITO MONETÁRIO: OS CONCEITOS DE BASE

2.1 A moeda: conceitos e funções

17. Já se viu que o conceito de moeda evoluiu de uma *concepção metalista*, quando a moeda tinha valor intrínseco ligado ao metal em que era cunhada, para a *concepção estatal da moeda*, para se tornar, nos dias atuais, *um título de poder liberatório emitido pelo Estado, com curso forçado decorrente de lei e com aceitação obrigatória para cancelar débitos*. Esta definição de moeda parece adequada do ponto de vista do direito interno.⁵

18. Esta evolução só foi possível em razão, *inter alia*, de dois fatores: o advento do Estado moderno com a conseqüente instituição do monopólio estatal da cunhagem e da emissão de moedas; e a criação do instituto jurídico do *curso forçado*, pelo qual os credores são legalmente obrigados a aceitar moeda corrente em pagamento e para cancelamento de seus créditos.

19. É certo, contudo, que esta *concepção estatal da moeda* pode entrar em conflito com a *concepção social da moeda*, que é fenômeno de sociologia jurídica, e não mais do direito positivo. Explique-se: no fenômeno jurídico da moeda, a *atitude da sociedade*, que é diferente da *atitude do Estado*, é de fundamental importância. Na verdade, é a atitude da sociedade que dá "*vida*" à moeda: se o público tiver confiança na moeda sua atitude será de retê-la, conservá-la; se, ao contrário, o público não tiver confiança na moeda sua atitude será de recolá-la o mais rapidamente possível em circulação contra a aquisição de ativos reais ou de *outra* moeda que seja *confiável*. Daí a célebre *Lei de Gresham*,⁶ segundo a qual em país

onde duas moedas circulam, a *moeda ruim* retira a *moeda boa* de circulação.

20. Por esta razão, é indispensável a *confiança* do público no *governo* para que, em determinado momento, na consciência social, a *idéia do valor* de uma moeda se separe de maneira espontânea de sua substância física, independentemente da imposição legal do *curso forçado*. Trata-se aí de um fenômeno da psicologia social que explica o *valor da moeda* pela *confiança* que o público deposita no governo.⁷

21. De qualquer maneira, a transição do *conceito metalista* (do ouro, por exemplo, como *garantia real* do valor da moeda) para o *conceito nominalista* (dissociada a moeda do seu elemento metálico) só foi possível em razão da conjugação, espontânea ou imposta, desses dois fatores: o instituto jurídico do curso forçado e a confiança do público no governo emite da moeda.

22. Ainda do ponto de vista estritamente jurídico, mas em si mesma considerada, moeda⁸ é *coisa, móvel, fungível*. O fato, porém, de ser coisa, móvel e fungível, o que um saco de batatas também é, não significa ter a moeda a mesma natureza jurídica de um saco de batatas. A moeda é diferente na essência por ser um bem destinado a satisfazer necessidades múltiplas (comprar uma vaca, três ovelhas ou dois galões de azeite), enquanto que um saco de batatas atende a necessidades bem mais limitadas. Moeda, enfim, é um bem jurídico cuja propriedade se adquire pela simples transferência de boa fé de uma pessoa para outra.

23. Estabelecidos, assim, estes elementos de definição⁹ de moeda, resta a considerar as suas *funções*. Do ponto de vista da economia, a moeda preenche as funções de *instrumento de troca*, de *unidade de conta* e de *reserva*

de valor, e, do ponto de vista jurídico, as funções de *moeda de pagamento* e de *moeda de conta*.¹⁰ Salta aos olhos que a função econômica de instrumento de troca e a função jurídica equivalente de moeda de pagamento são as funções que asseguram a caracterização básica da moeda.

2.2 A soberania monetária do Estado: "Jus cudendae monetae", conversibilidade de moedas e sustentação legal do monopólio estatal da moeda

24. O princípio segundo o qual os Estados são soberanos em matéria monetária já se tornou um axioma do direito internacional. Já constataram isso os célebres arestos da Corte Permanente de Justiça Internacional de 14 e 15.7.29, no "Caso dos Empréstimos Sérbios e Brasileiros", que afirmaram: "c'est un principe généralement admis que tout État a le droit de déterminer lui-même ses monnaies".¹¹

25. Com isto, a moeda tornou-se um dos elementos essenciais da soberania dos Estados, a ponto de um ex-Diretor Geral do FMI ter declarado: "... in my experience there is no field where governments at present attach so much importance to sovereignty as the monetary field ...".¹²

26. As prerrogativas soberanas em matéria monetária (as *jura cudendae monetae*) compreendem não somente o direito exclusivo de cunhar e imprimir moeda metálica e papel-moeda, mas também os direitos de fixar e fazer variar para cima ou para baixo o valor nominal da moeda; de estabelecer o *padrão monetário* e a organização do *sistema monetário* interno; de impor o curso forçado da moeda nacional; de estabelecer em leis penais os crimes contra a moeda e contra as prerrogativas monetárias do Estado; e,

observadas as regras do direito internacional,¹³ fixar a paridade cambial entre a moeda nacional e as moedas estrangeiras, estabelecer restrições cambiais, e disciplinar, no plano interno, os pagamentos em capital e as transferências correntes internacionais.

27. Na medida em que a moeda nacional entra em relação com as moedas de outros países surge a questão relativa à *conversibilidade* das moedas, que pode ser *interna* ou *externa*.

28. A *conversibilidade interna*, como já foi visto, praticamente desapareceu da face da Terra. A unidade monetária da grande maioria dos países não mais corresponde a determinados gramas de ouro ou de prata, prevalecendo, em quase todo o mundo, a *doutrina nominalista*, isto é, a moeda dissociada do metal e que se impõe tão-somente pelo valor nominal dos bilhetes. Vive-se os tempos da "*confiança no governo*" como *padrão monetário*; vive-se os tempos das "*moedas fiduciárias*" e da confiança como lastro das moedas.¹⁴

29. Desaparecida a conversibilidade interna,¹⁵ com o que o portador perdeu o direito de receber a soma que viesse especificada no instrumento, os bilhetes tornaram-se meros títulos representativos de "dívida" do Estado, na lição de Carvalho de Mendonça: "posto que tenha curso forçado, o papel-moeda não é economicamente uma moeda e sim uma dívida do Estado que a emite e garante. Só o ouro e a prata têm uma avaliação relativa aproximada".¹⁶

30. Isto significa que ao falecer a confiança do público portador no governo emitente da moeda, isto é, no *devedor*, a moeda se torna *ruim*, ninguém mais a quer deter, e todos buscam refúgio em ativos reais ou em *moedas boas*. Esta é a diferença onto-

lógica entre a soberania monetária tratada no plano jurídico e a soberania monetária tratada no plano real dos fatos: não é soberano quem *quer*, mas quem *pode* ser soberano!

31. Por esta razão, no dizer de Nussbaum,¹⁷ é que em países que tenham governos débeis ou que se encontrem em condições econômicas atrasadas, a moeda estrangeira pode chegar a ser preponderante como moeda “local”, independentemente e até mesmo contra as disposições e as prerrogativas monetárias do governo local.¹⁸

32. A *convertibilidade externa*, por outro lado, é um conceito jurídico que se aplica aos negócios que envolvam moedas de dois ou mais países. A convertibilidade externa consiste no direito de um residente ou de um não-residente, em determinado país, de trocar os seus haveres em moeda desse país por qualquer outra moeda estrangeira. Um turista americano, que esteja na Espanha, deve poder trocar suas pesetas em libras para seguir viagem para a Inglaterra, assim como um americano, em Nova Iorque, deve poder trocar seus dólares por francos para ir passar férias na França.¹⁹

33. O direito internacional positivo oferece um critério objetivo para estabelecer, do ponto de vista da convertibilidade externa, quais são as *moedas conversíveis* e quais são as *moedas não conversíveis*. São conversíveis as moedas dos países que se submeteram ao *regime comum* do art. VIII, dos Estatutos do FMI, e que se obrigaram a não estabelecer restrições cambiais às transferências correntes internacionais; e entram nessa categoria mais de quarenta dos países mais ricos do mundo e que são responsáveis por mais de noventa por cento do comércio internacional. E são *não con-*

versíveis as moedas dos países que ainda se encontram submetidos, em “*caráter transitório*”, ao *regime de exceção* do art. XIV, dos Estatutos do FMI, e que são autorizados a estabelecer restrições cambiais, práticas cambiais discriminatórias e taxas de câmbio múltiplas; e entram nessa categoria mais de uma centena de países considerados os mais atrasados do planeta, entre eles o Brasil.

34. Para sustentar, no plano concreto, a soberania e as prerrogativas monetárias estatais, os Estados se valem de leis: o *jus cudendae monetae* pertence ao Poder Supremo de cada Estado.²⁰ Estas normas legais de natureza monetária estão nas constituições, nas leis civis e comerciais e nas leis penais. De uma forma geral, estas leis, destinadas a assegurar o monopólio do governo no campo monetário, garantem ao Estado o monopólio da emissão e o controle de circulação da moeda nacional e o controle da circulação das moedas estrangeiras no território nacional. São, por isto mesmo, normas de *ordem pública*, de *direito cogente*.

35. No Brasil, as regras fundamentais estão na Constituição da República:²¹ é outorgada à União a competência exclusiva para emitir moeda, e, por delegação constitucional, esta competência da União é exercida exclusivamente pelo Banco Central do Brasil. Entre as normas infraconstitucionais são de fundamental importância a regra legal do *curso forçado*, que será examinada adiante,²² e as leis penais de crimes contra a moeda.

36. Constitui crime contra a fé pública, punível com reclusão de três a doze anos, o crime de moeda falsa (“falsificar, fabricando-a ou alterando-a, moeda metálica ou papel-moeda de curso legal no país ou no estrangei-

ro";²³ "nas mesmas penas incorre quem, por conta própria ou alheia, importa ou exporta, adquire, vende, troca, cede, empresta, guarda ou introduz na circulação moeda falsa".²⁴ E será punido com detenção de seis meses a dois anos "quem, tendo recebido de boa fé, como verdadeira, moeda falsa ou alterada, a restitui à circulação, depois de conhecer a falsidade".²⁵⁻²⁶

37. Constitui contravenção à fé pública a falsificação de papel que possa se parecer com papel moeda: "usar, como propaganda, de impresso ou objeto que pessoa inexperiente ou rústica possa confundir com moeda".²⁷ E, *mais importante*, também constitui contravenção à fé pública a *recusa de moeda de curso legal*: "recusar-se a receber pelo seu valor, moeda de curso legal do País".²⁸

38. Tais leis penais são reminiscências de épocas em que o direito penal se punha em defesa do monopólio do Estado a ponto de punir ferozmente, como crime, a recusa em receber em pagamento moeda com curso forçado. Nas antigas Alemanha e Inglaterra o falsificador de moeda tinha a mão direita cortada; em 1347, na França, um falsificador foi cozido em caldeira a lenha em praça pública; e em 1790, nos Estados Unidos, a falsificação era punida com pena de morte.²⁹

39. A notar, finalmente, que a lei penal brasileira também pune, com reclusão de dois a seis anos, os crimes de evasão de divisas: "efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País"; "incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele manter depósitos não declarados à reparação federal competente".³⁰

2.3 O "direito de senhoriagem" e a irresponsabilidade monetária do Estado dos pontos de vista interno e internacional

40. Foi visto até aqui, no *plano monetário interno*, que a doutrina metalista (o *padrão-ouro*) cedeu o passo à *doutrina nominalista* (o *padrão-"confiança"*). Cabe observar, agora, que o mesmo fenômeno ocorreu no *plano monetário internacional* de maneira rigorosamente simétrica: se o *sistema monetário brasileiro* está centrado *de fato*, de forma espontânea ou por adesão forçada, na "confiança" em uma economia (a brasileira) que produz anualmente pouco mais de 300 bilhões de dólares; também é certo que o *sistema monetário internacional* está centrado *de fato*, de forma espontânea ou por adesão forçada, na "confiança" em uma economia (a americana) que produz anualmente bem mais de cinco trilhões de dólares!

41. As Conferências de São Francisco e de Bretton Woods de 1945 tinham fixado o *ouro* como padrão monetário internacional e esta situação perdurou até 1971, quando a suspensão da conversibilidade do dólar em ouro por ato do Presidente Nixon fez ruir o sistema, cuja reconstrução, por imposição dos fatos e da potência americana, fez-se depois sobre o dólar. À maneira do *victoriatius*, a moeda colonial romana de dois milênios atrás, o dólar domina hoje o resto do mundo.

42. Inúmeros fatores, de ordem econômica, prática, política e geopolítica, determinaram a supressão do ouro como padrão monetário internacional: *razões econômicas* — a oferta do ouro não tem elasticidade suficiente para satisfazer as necessidades crescentes da economia mundial; *razões práticas* — o manuseio e as transferências de ouro são custosas e demoradas quando a

velocidade das transferências é crucial para a operação do comércio internacional; *razões políticas* — o sistema monetário ocidental não queria atribuir privilégios e vantagens à África do Sul e à URSS, os dois maiores produtores mundiais de ouro; e *razões geopolíticas* — a potência imperial dominante — os Estados Unidos — fez valer em seu benefício a supremacia do dólar como moeda de pagamento internacional.

43. Ao assumir a condição de padrão monetário internacional *de fato*, se não já *de direito*, o dólar conferiu ao governo americano vantagens e poderes de potência imperial e um *direito de senhoriação internacional* incomensurável: se sofrer inflação de 10% ao ano, os Estados Unidos expropriam do resto do mundo 10% da riqueza representada pelos haveres em dólares detidos por não residentes americanos. Se, a contrário senso, o dólar sofrer algum grau de deflação, poderá isso causar impulsão de recessão para o resto do mundo. Sob ameaça tácita, por um lado, de exportar inflação, ou, por outro lado, de impingir recessão, o *dólar forte* mantém a economia mundial à mercê da potência econômica americana.

44. Ora, em política monetária internacional, como aliás em política monetária interna, o *direito de senhoriação* confere ao Estado todas as vantagens e nenhum dever: ao fato de poder *expropriar* dos não-residentes o custo da inflação do dólar, não corresponde para os Estados Unidos o dever de *indenizar* os não-residentes pelas perdas sofridas. É que o Estado é *irresponsável* tanto no plano monetário internacional quanto no plano monetário interno. Qual sujeito de direito, residente ou não residente, poderia ter ganho de causa ao processar o governo brasileiro pelas perdas de

correntes dos mais de 1.765% de inflação sofrida em 1989?: “le détenteur étranger de monnaie dépréciée ne peut pas espérer que ce qui est un phénomène quasi-universel soit ou devrait être traité comme abusif”.⁹¹

45. A conclusão se impõe: o *direito de senhoriação*, nos planos interno e internacional, é a mera justificação teórico-jurídica da *irresponsabilidade monetária* dos Estados e dos abusos monetários dos governos, simplesmente porque contra a *força do princípio* não há argumentos de ordem jurídica.

3. ELEMENTOS BÁSICOS DA CONSTITUIÇÃO DE OBRIGAÇÕES MONETÁRIAS

46. Se aquele primitivo pastor, proprietário de três ovelhas, mencionado no item 4 deste estudo, fosse 12 meses depois comprar uma segunda vaca ficaria certamente indignado se ouvisse do pecuarista espertalhão: “Agora são quatro ovelhas!” “Como?” — reclamaria — “se há apenas um ano troquei uma vaca por três ovelhas!” E ficaria mais indignado ainda se ouvisse do pecuarista a seguinte justificativa: “Sobe tudo neste país!”

47. Este tipo de diálogo, provavelmente impensável na economia de troca de tempos imemoriais, é mantido a cada dia de hoje pelo consumidor de pão e leite com o padeiro da esquina. Será o padeiro da esquina um aproveitador e especulador contra a economia popular?

48. No estágio e no estado atual da economia brasileira, cada agente econômico vendedor de bens ou prestador de serviços, por pequeno que seja, aproveita e especula em maior ou menor grau com os preços. Força é reconhecer, porém, que a atitude do padeiro de esquina deve ser em parte explicada como uma *reação* contra a

má gestão das *finanças públicas*. Se entre o pastor de ovelhas e o pecuarista de antanho não se interpunha ainda um príncipe coletor de impostos que batia moedas, é certo que se interpõe, hoje, entre o consumidor de pão e leite e o padeiro da esquina, um Estado glutão.

49. Vincenzo Francomano era um montanhês de poucas letras que viveu até talvez 1950 em um pequeno vilarejo do sul da Itália. Francomano terá certamente morrido no anonimato e seu nome jamais será revelado aos manuais de finanças públicas e economia política. O fato, porém, é que Francomano nasceu pobre e morreu rico, sem jamais migrar para a América, nem arredar pé da Calábria.

50. Quando lhe perguntavam o segredo do sucesso nos negócios, Francomano desconversava, lacônico: "Ganho sete, gasto três". Sofisticados economistas e financistas que estiveram e estão à testa da política monetária deste País nunca souberam, ou se souberam nunca quiseram, ou não puderam, aplicar a "lei de Francomano": quem gasta mais do que ganha e se endivida mais do que pode, perde a independência e a alma, e hipoteca o futuro. Um governo que não aplica esta lei milenar de finanças públicas é um governo causador de inflação; inflação corrói ativos financeiros e créditos resultantes de obrigações monetárias.

3.1 Considerações acerca da inflação

51. Pode se dizer, do ponto de vista econômico, que *inflação é o aumento continuado dos preços em razão do excesso de dinheiro em circulação em relação ao volume físico de bens disponíveis*.

52. Do ponto de vista *jurídico*, contudo, *não há* propriamente uma

definição do que seja *inflação*! Basta conferir a legislação para constatar que não há definição legal de inflação. O que há são elementos conceituais esparsos, na lei, na doutrina e na jurisprudência, que, colocados uns em relação aos outros, podem permitir chegar a um conceito aproximado de inflação no plano jurídico.

53. A ausência de uma definição de inflação no direito positivo se explica talvez pela natureza do termo, que é econômica. Se os próprios economistas ainda divergem sobre o que é, de que fatores decorre, e em que diferentes graus pode haver, inflação, seria imprudente que um texto legal viesse defini-la, diante das consequências jurídicas que por certo adviriam de uma tal definição legal.

54. Isto não significa, entretanto, que o direito se abstenha de cuidar do fenômeno inflacionário. Na impossibilidade ou na inconveniência de defini-la em sentido próprio, cuida o direito de disciplinar os efeitos da inflação no plano jurídico. Assim é, por exemplo, que o direito *percebe* os efeitos que pode produzir nos negócios jurídicos a *depreciação*, que é um fenômeno econômico decorrente da inflação: constitui *depreciação* a perda do poder aquisitivo da moeda nos mercados de câmbio e/ou de bens.

55. Depois de constatar, no plano econômico, o fenômeno da *depreciação*, cuida o direito de estabelecer os institutos jurídicos equivalentes e correlatos da *desvalorização* e *revalorização* da moeda: quando uma sentença judicial ordena a *atualização* ou a *correção monetária* de uma dívida ou de uma condenação pecuniária, ou quando um ato, legislativo ou de governo, modifica a relação paritária entre o valor da moeda local e o valor de uma moeda estrangeira,³² o que se

está a fazer é disciplinar no plano jurídico os efeitos da inflação.

56. Em resumo: à *inflação* e à *deflação*, fenômenos econômicos, correspondentemente, respectivamente, no plano jurídico, a *desvalorização* e a *revalorização* da moeda.

57. Na experiência brasileira, a *desvalorização* da moeda nacional sempre se deu pela via econômica, isto é, pela inflação; enquanto que a *revalorização* nunca se deu propriamente pela via econômica da deflação, mas pela via legal das reformas monetárias e da edição de leis sobre correção monetária, ou pela via judicial da revalorização de crédito e de direitos.

58. Essas leis de reformas monetárias e sobre normas de correção monetária e essas decisões judiciais de revalorização de créditos podem ser consideradas *reações à inflação* interna à ordem jurídica formal. Não se deve esquecer, porém, de *igual importância para a sociologia jurídica*, as *reações à inflação* à margem da ordem jurídica, de que são prova o recrudescimento do mercado paralelo de câmbio e a "dolarização" dos negócios no âmbito da chamada *"economia informal"*.

59. A partir destas considerações acerca dos efeitos jurídicos de inflação, ficam introduzidos ao debate conceitos importantes ao prosseguimento deste estudo: *desvalorização* e *revalorização monetária*; *atualização* ou *correção monetária*.

3.2 Dívidas de valor e dívidas de dinheiro e o conceito jurídico de obrigações monetárias

60. A reflexão feita até este ponto do estudo mostrou as três etapas percorridas pelo direito monetário: a *doutrina metalista*, a *doutrina nominalista*,

e, finalmente, a *doutrina da valorização*. Ao tempo do metalismo a moeda valia pelo metal que lhe dava suporte físico. Depois, com o nominalismo, a moeda se impõe com a força do Estado pelo valor estampado nos bilhetes. Finalmente, com o advento das economias altamente inflacionadas, ganhou substância jurídico-positiva a idéia da proteção de direitos contra a perda de valor da moeda. A este último estágio do pensamento jurídico no campo monetário, para o qual se orientará doravante a presente reflexão, pode-se dar o nome de *doutrina da valorização*. Inserir-se nesta doutrina a idéia da *constância legal de valor*, à qual voltar-se-á com detalhes mais adiante neste texto.³³ Antes disso, cabe examinar o conceito jurídico de obrigações monetárias e a questão correlata do regime jurídico das taxas de juros, o que se fará, respectivamente, ao longo desta e da próxima seção.

61. Convém começar por distinguir *dívida de dinheiro* de *dívida de valor*. Esta distinção é importante na medida em que doutrina e jurisprudência pretendem às vezes, em determinados casos e sob certas circunstâncias, que apenas a estas últimas, isto é, às *dívidas de valor*, deveria ser assegurada *constância legal de valor*, a saber, *atualização* ou *correção monetária plena*. As *dívidas de dinheiro*, de natureza essencialmente *pecuniária* e *contratual*, só seria assegurada *constância legal de valor* se as partes tivessem expressamente estipulado no contrato a aplicação de correção monetária plena ao negócio. Assim, um crédito pecuniário que não se beneficiasse dessa estipulação seria corrigido apenas a partir da propositura da execução judicial, e não a partir do vencimento da dívida.

62. Um crédito decorrente de um mútuo por empréstimo de dinheiro constitui o melhor exemplo de uma

dívida de dinheiro. Um crédito decorrente de danos sofridos constitui o exemplo mais importante de *dívida de valor*.

63. Dívida de dinheiro, por exemplo, é uma obrigação (*ex contractu*) de pagar cem mil cruzeiros a alguém. O objeto de uma tal obrigação constitui o *pagamento de uma soma em dinheiro*.

64. Dívida de valor é coisa fundamentalmente distinta. Assim, por exemplo, as obrigações de *reparar danos* (obrigações extracontratuais *ex delicto* ou *ex quasi delicto*) ou a obrigação de *prestar alimentos* (obrigação extracontratual *ex lege*). O objeto dessas obrigações será o *pagamento de um valor a ser determinado em uma soma em dinheiro*.

65. Dívidas de dinheiro constituem *pagar uma determinada soma de dinheiro*; dívidas de valor constituem *pagar um valor a ser determinado em uma soma de dinheiro*.³⁴

66. Uma vez estabelecido para as *dívidas de valor* o valor da soma de dinheiro a ser pago, tem-se uma *dívida pecuniária*. Uma *dívida de dinheiro* também é uma *dívida pecuniária*. Ao conjunto das dívidas pecuniárias, independentemente de terem origem em dívidas de valor ou em dívidas de dinheiro, dá-se o nome de *obrigações monetárias*.

67. Assim, pois, *obrigações monetárias*, às vezes também ditas obrigações pecuniárias, são *obrigações de natureza contratual ou extracontratual cujo pagamento deve ser feito em determinada soma em dinheiro*.

68. No Direito Brasileiro, a regra fundamental aplicável ao *cumprimento* das obrigações monetárias está no *caput* do art. 947, do CC: "o pagamento em dinheiro, sem determinação da espécie, far-se-á em moeda corrente no lugar do cumprimento de obriga-

ção". Isto não significa, contudo, que as partes estejam livres para determinar que o pagamento seja feito tanto em espécie de moeda nacional quanto em espécie de moeda estrangeira. Ver-se-á mais adiante,³⁵ quando do exame das regras de *curso legal e forçado*, que o pagamento de obrigações monetárias *entre residentes deve ser feito em moeda corrente nacional*, em razão da *suspensão* dos §§ 1.º e 2.º, do art. 947, do CC, por determinação *expressa* (no que se refere ao § 1.º, do art. 947) ou *implícita* (no que se refere ao § 2.º, do art. 947), do art. 4.º, *in fine*, do Dec.-lei 857, de 11.9.69.

69. Sendo *pecuniárias*, isto é, pagáveis em dinheiro, as obrigações monetárias são as obrigações de cumprimento mais simples e, por isto mesmo, as mais freqüentemente encontradas no universo dos negócios jurídicos. Também são as que propiciam *execução judicial* mais simplificada: na recusa do obrigado em pagar a soma em dinheiro constante do título executivo judicial ou extrajudicial, seus bens poderão ser convertidos — pela penhora e alienação judicial — no dinheiro necessário à solução da dívida.

70. Diferentemente, as *obrigações específicas* (de *fazer* e de *não fazer*, por exemplo), de natureza *pessoal*³⁶ ou *personalíssima*,³⁷ oferecem grandes dificuldades, senão impossibilidade, de execução judicial,³⁸ e têm o inadimplemento resolvido em *perdas e danos*.³⁹ E qual é a conseqüência do inadimplemento de uma obrigação monetária? Também é a imposição do pagamento de "perdas e danos", mas com uma sutil diferença conceitual: nas obrigações monetárias as "*perdas e danos*" consistem nos *juros de mora*.⁴⁰

71. O art. 1.056, do CC, estabelece a *regra geral* da *conversão* das

diversas espécies de obrigação em *obrigações monetárias*, em razão da recusa do obrigado ao *cumprimento específico*. São inadimplementos que se resolvem em perdas e danos. Isto significa dizer, em regra, que todas as obrigações se resolvem em obrigações monetárias. Deste ponto de vista, obrigação monetária não é *mensura*, é *mensuratum*.

72. Há, pois, de um ponto de vista filosófico, rigorosa simetria entre o papel desempenhado pelas obrigações monetárias no mundo jurídico e o papel desempenhado pela moeda na economia real. Não é, assim, por acaso que o cumprimento da obrigação monetária se faz pelo pagamento em moeda. *Nas sociedades humanas moeda é a medida material de todas as coisas.*

3.3 O regime jurídico das taxas de juros

73. Não se fez distinção até aqui entre *principal* e *acessório*, isto é, entre o valor do principal da obrigação monetária e os juros calculados sobre esse valor principal. É bem verdade que o fenômeno da inflação ignora, de forma olímpica, distinções, substanciais ou meramente bizantinas, entre acessório e principal: a inflação corrói o todo. Ademais, as considerações gerais que se fazem ao longo deste estudo aplicam-se às obrigações monetárias como um todo, sem distinguir principal de acessório.

74. É certo, porém, que um rápido exame do regime jurídico das taxas de juros se justifica, ainda que por simples rigor metodológico.

75. Disciplinar os juros é coibir a prática da usura. Esta preocupação sempre se manifestou fortemente nos ordenamentos de tradição românica, diferentemente do que ocorreu nos

países sob influência da ética capitalista protestante. *A Reforma modificou a percepção moral e jurídica do alu-guel do dinheiro.*

76. O fato é que no Brasil, como de resto na maioria dos países, a usura é punida como crime.⁴¹ É crime contra a economia popular, punível com pena de detenção de seis meses a dois anos, cobrar juros superiores à taxa permitida por lei. No plano cível a estipulação de juros usurários tem a nulidade como consequência.⁴²

77. Mas o que são juros superiores à taxa permitida por lei? Esta questão é crucial diante do que estabeleceu, a partir de 5.10.88, o § 3.º, art. 192, da Constituição da República: *“as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a 12% (doze por cento) ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.”*

78. Os defeitos técnicos dessa norma constitucional são gritantes: o que são juros reais? quis o constituinte distinguir entre juros compensatórios, juros moratórios e juros punitórios? Defeitos da norma à parte, a questão essencial é a seguinte: essa norma é auto-aplicável ou depende ainda de lei complementar?

79. Em teoria constitucional são conhecidas as noções de *validade das leis* (a legalidade do ato que a emitiu); de *vigência das leis* (caráter vinculativo e de existência da norma); e de *eficácia das leis* (a qualidade que tem a norma de produzir efeitos). A eficácia das leis, por sua vez, é *jurídica* (a qualidade da lei em ser aplicável, exigível e executável); e é *social* (fenômeno de sociologia jurídica: a con-

duta social é efetiva no sentido de cumprir a lei).

80. Esses requisitos de aplicação das leis tratam de leis "*lato sensu*", isto é, da Constituição — que é uma lei, a Maior, das leis complementares e ordinárias e, para baixo, de todos os atos de hierarquia inferior (decretos do executivo, portarias, e outros).

81. Ora, desses requisitos faltam pelo menos dois ao § 3.º, art. 192, da Constituição: *eficácia jurídica* — tal como se acha redigida a norma não é aplicável, não é exigível e não é executável; e *eficácia social* — não há hoje no país um só sujeito de direito, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que esteja cumprindo essa norma.

82. Depende essa norma de lei complementar? A resposta é afirmativa, e já foi dada recentemente pelo Supremo Tribunal Federal.⁴³

83. Estabelecido que o § 3.º, art. 192, da Constituição, ainda não é eficaz, devem ser aplicados dois outros princípios constitucionais, a saber, o *princípio da recepção* das leis anteriores pela Constituição nova e o *princípio da atemporalidade* da Constituição nova em relação às leis anteriores. Isto significa, em termos práticos, que vigora ainda no País o regime jurídico das taxas de juros anterior à Constituição de 5.10.88. É o que será examinado a seguir.

84. O regime jurídico aplicável às taxas de juros hoje no Brasil se subdivide em *regime comum* e *regime especial*.

85. O *regime comum*, como seu nome indica, se aplica a *todos*, ressalvadas as exceções do *regime especial*. Se for considerado, porém, que os beneficiários do regime especial são as *instituições financeiras*, e que restituições financeiras são por definição os maiores emprestadores de dinheiro,

fica esclarecido porque este estudo fala em *regime especial* e não em "*regime de exceção*".

86. Considere-se, para os fins deste exame, as seguintes definições de juros quanto ao *gênero* e quanto às *espécies*: "juros" são o pagamento feito pelo devedor ao credor em compensação pelo uso da soma de dinheiro emprestada; *juros compensatórios* são os juros calculados pelo tempo que durou o empréstimo; *juros moratórios* ("as perdas e danos do dinheiro") são os juros cobrados em razão do inadimplemento do devedor sobre o período da mora, isto é, entre a data do vencimento da obrigação e a data do efetivo pagamento; e *juros punitórios* (às vezes chamados "*cláusula penal*" ou "*multa contratual*") são os juros convenencionados para punir o inadimplemento da obrigação.

87. A julgar pelas taxas em que se acham estabelecidos em lei hoje no Brasil, comparadas às taxas praticadas no mercado financeiro, os juros do regime comum se colocam em situação irrealista e mesmo absurda. Confira-se.

88. A chamada *taxa legal* (aplicável aos *juros compensatórios* e aos *juros moratórios*), prevista no art. 1.063, do CC, é de apenas *seis por cento* ao ano. Esta taxa se aplica no silêncio das partes ou em virtude de lei. Se resolverem as partes estipular os juros, o limite será o *dobro da taxa legal*, isto é, 12% ao ano, por força do art. 1.º, *caput*, do Dec. 22.626, de 7.4.33.

89. *Juros punitórios*, em cláusulas penais, não podem, no regime comum, exceder 10% do valor da dívida.⁴⁴ E o *anatocismo* ("contar juros dos juros") é proibido.⁴⁵

90. Em contraste com a rigidez do *regime comum*, o *regime especial* permite que as *instituições financeiras* estabeleçam livremente as taxas segundo

as regras de mercado. É o que estabelece a Súmula 596, do STF, inspirada no art. 3.º, VI, IX e XXII, combinado com os arts. 17 e 18, da Lei 4.595, de 31.12.64: "As disposições do Dec. 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional".

91. Observe-se, porém, que o anatocismo parece vedado também às instituições financeiras. É o que transparece da Súmula 121: "É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada".

4. ESTIPULAÇÕES EM MOEDA NACIONAL E EM MOEDA ESTRANGEIRA E A INDEXAÇÃO DE OBRIGAÇÕES MONETÁRIAS ESTIPULADAS EM CRUZEIROS

92. Já foi afirmado, na introdução deste estudo,⁴⁶ que em períodos de incertezas os agentes econômicos se lançam à busca angustiante de mecanismos jurídicos de proteção de ativos monetários e financeiros; mecanismos que possibilitem o prosseguimento dos negócios e dos investimentos.

93. A conjuntura político-econômica é de perplexidades,⁴⁷ e o futuro de economia brasileira ainda é incerto, o que torna crucial para os agentes econômicos o emprego adequado de mecanismos jurídicos de proteção de ativos monetários e financeiros em geral, e de créditos decorrentes de obrigações monetárias em particular.

94. Antes, porém, de fazer algumas considerações críticas a respeito desses mecanismos de proteção de ativos econômicos e financeiros e de créditos decorrentes de obrigações monetárias, é preciso examinar o *regime jurídico*

aplicável hoje no Brasil às obrigações monetárias, que se subdivide em *regime comum*, sustentado na regra do curso legal e forçado da moeda nacional, e *regime de exceção*, aplicável aos contratos em moeda estrangeira, o que se fará, respectivamente e na ordem, ao longo das duas próximas seções.

4.1 Regime Comum — O curso legal e forçado da Moeda Nacional

95. O *regime comum* aplicável à constituição de obrigações monetárias hoje no Brasil, consiste em que a *moeda corrente nacional* deve ser estipulada como *moeda de conta* e como *moeda de pagamento*.⁴⁸ As únicas exceções a essa regra estão no *regime de exceção* a ser examinado adiante.⁴⁹

96. Esta regra decorre de uma norma de *ordem pública*, estabelecida no art. 1.º, do Dec.-lei 857, de 11.9.69: "são nulos de pleno direito os *contratos, títulos e quaisquer documentos*, bem como as obrigações que, *exequíveis no Brasil*, estipulem *pagamento em ouro, em moeda estrangeira*, ou, *por qualquer forma, restrinjam ou recusem*, nos seus *efeitos*, o *curso legal do cruzeiro*".

97. Esta regra constitui, de um lado, a *restrição legal* às *cláusulas-ouro*,⁵⁰ às *cláusulas-moeda estrangeira*,⁵¹ e às *outras cláusulas e negócios obstativos do curso forçado*, em negócios jurídicos entre *residentes* no Brasil; e, de outro lado, a *base legal do curso legal e forçado* da moeda corrente nacional.

98. Mas o que é *curso legal e forçado*? A idéia de *curso legal* implica em que a moeda é *irrecusável*⁵² em si mesma, e que a moeda é *oponível* em pagamento e tem *efeito liberatório* de dívidas, não podendo o credor se

recusar a recebê-la em quitação de seu crédito.⁵³ A moeda tem *força liberatória* decorrente de lei.

99. Isto significa que o conceito de *curso legal* é interno ao conceito de *curso forçado*. Explique-se: *curso legal* é o caráter de obrigatoriedade da moeda, isto é, não pode a moeda ser recusada; *curso forçado* é a soma do caráter de *obrigatoriedade* da moeda, isto é, o curso legal, ao caráter de *inconvertibilidade interna* da moeda, isto é, não pode o portador exigir do Poder Público a conversão da moeda em outro ativo, como o ouro por exemplo.⁵⁴

100. Em conclusão: em contratos celebrados entre *residentes* no Brasil, as *obrigações monetárias* só podem ser constituídas em *moeda corrente nacional* como *moeda de conta* e como *moeda de pagamento*.⁵⁵

4.2 Regime de Exceção — Os contratos em moeda estrangeira

101. A essa regra geral do *regime comum* a lei estabelece algumas *exceções*, que decorrem do art. 2.º, do mesmo Dec.-lei 857, de 11.9.69:

“Art. 2.º — Não se aplicam as disposições do artigo anterior” (isto é, as regras do regime comum):

I — aos *contratos e títulos* referentes a *importação* ou *exportação* de mercadorias;

II — aos *contratos de financiamento* ou de *prestação de garantias* relativos às operações de *exportação* de bens de produção nacional, vendidos a crédito para o exterior;

III — aos *contratos de compra e venda de câmbio* em geral;

IV — aos *empréstimos e quaisquer outras obrigações* cujo *credor ou devedor* seja *pessoa residente e domiciliado no exterior*, excetuados os con-

tratos de locação de imóveis situados no território nacional;

V — aos *contratos* que tenham por *objeto a cessão, transferência, delegação, assunção ou modificação* das obrigações referidas no item anterior, *ainda que ambas as partes contratantes sejam pessoas residentes ou domiciliadas no país*.

Parágrafo único — Os *contratos de locação de bens móveis* que estipulem *pagamento em moeda estrangeira* ficam sujeitos, para sua validade, a *registro prévio* no Banco Central do Brasil”.

102. Conclui-se, à luz destas disposições, que o regime de exceção comporta sempre um *elemento de estraneidade e de extraterritorialidade*, seja porque uma das partes contratantes é *não residente*, seja porque subjaz ao negócio um contrato anterior em que uma das partes contratantes é *não residente*.

103. A conclusão, pois, é que em contratos celebrados entre um *residente* brasileiro e um *não residente*, as *obrigações monetárias* podem ser constituídas em *moeda estrangeira* como *moeda de conta* e como *moeda de pagamento*. Nos contratos celebrados entre *residentes brasileiros* mas que contenham um elemento legalmente definido de *estraneidade* e de *extraterritorialidade* as *obrigações monetárias* podem ser constituídas em *moeda estrangeira* como *moeda de conta*.⁵⁶

4.3 Considerações críticas acerca da indexação de obrigações monetárias estipuladas em cruzeiros

104. Sendo de incerteza a conjuntura econômica, torna-se crucial, como mencionado acima,⁵⁷ que os agentes econômicos empreguem adequadamente *mecanismos jurídicos* destinados a

proteger ativos monetários e financeiros, em geral, e créditos decorrentes de obrigações monetárias, em particular.

105. A instituição desses *mecanismos*, correntemente chamados de *indexadores*, se deu, sobretudo, a partir de 1965, quando começou a se consolidar neste País o que convém chamar *cultura da inflação*, da qual é subproduto uma espécie correlata de *"cultura jurídica da inflação"*.

106. Sendo proibido aos agentes econômicos *residentes* estipular obrigações monetárias em *moeda forte*, relegados que foram ao regime comum,⁵⁸ restou para esses *residentes* o recurso aos *mecanismos correntes de correção monetária*, que são as regras comuns de *revalorização* das dívidas, dos contratos e das pendências judiciais. São as *regras* decorrentes expressamente de lei, praticadas no dia-a-dia da vida nacional: as *regras* de reajuste periódico dos salários, de reajuste do valor dos aluguéis, de reajuste dos contratos de fornecimento, e inúmeras outras, que já se operavam pelo índice de variação das antigas Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional (ORTN), e, depois, pelos indexadores mais diversos (BTN, BTNF, IPC, IGP, índices setoriais diversos), até as atuais RT (Taxa Referencial) e TRD (Taxa Referencial Diária), instituídas pela Medida Provisória 294, de 31.1.91, ao depois convertida na Lei 8.177, de 1.º.3.91.

107. Ora os regimes comuns e de exceção acima examinados estabelecem o que foi chamado de *extensão e limites dos mecanismos de proteção dos créditos monetários*, na introdução deste estudo.⁵⁹

108. Considerada a propensão histórica da moeda nacional à *desvalorização* pela inflação, esta *extensão e limites* são evidentes.

109. Os créditos decorrentes de obrigações monetárias submetidas ao regime comuns, e forçosamente constituídos em moeda corrente nacional, só poderão se beneficiar da proteção oferecida pelos *mecanismos correntes de correção monetária*,⁶⁰ o que significa dizer que não estarão totalmente ao abrigo da *desvalorização*.

110. Somente estarão ao abrigo da *desvalorização* decorrente da inflação sofrida pela moeda nacional, os créditos decorrentes de obrigações monetárias submetidas ao regime de exceção porque contiveram um elemento de estraneidade e de extraterritorialidade definido em lei, e que foram constituídos em *moeda forte* e não em moeda corrente nacional.

111. Qualquer negócio que não se contenha nessa *extensão* e que ultrapose esses *limites*, cairia na *ilicitude* e deveria se *esconder* na *"economia informal"* a que se fez menção anteriormente.⁶¹

112. Ora, os negócios *"dolarizados"* que são pactuados no âmbito da chamada *economia informal* são verdadeiras *construções tantálicas*, para empregar a expressão de Nussbaum,⁶² de espécie conhecida no direito monetário, e que, no mais das vezes, não são aptas a oferecer *eficácia jurídica* às partes.

113. Explique-se: uma obrigação monetária submetida ao regime comum e que fosse constituída em dólar, seria *nula* por força do art. 1.º, do Dec.-lei 857/69, e, como tal, não garantiria ao credor a execução judicial forçada no inadimplemento do devedor. Se estiver expressa em *cruzeiro* como *moeda de pagamento*, mas indexada *de fato* ao dólar como *moeda de conta*, poderá ser considerada *fraude à lei e simulação*, e sofrer a exceção do art. 104, do CC. Com uma agravante: a simulação atentada contra o curso le-

Direito

gal e forçado da moeda pode ser considerada *grave*, à maneira do que ocorre na usura (constitui circunstância agravante do crime de usura a dissimulação da natureza usurária do contrato).⁶³

114. Considerando, assim, de um lado, a *extensão e limites dos mecanismos correntes do regime comum* e a *extensão e limites do regime de exceção*, e, de outro lado, o *risco de ilicitude* para os negócios que não se contiverem naquela extensão e que extrapolarem aqueles limites, pergunta-se: em algum lugar entre esses extremos há espaço para a construção de *mecanismos especiais de proteção de créditos decorrentes de obrigações monetárias*?

115. A questão é de natureza antes teórica, certo. Na prática, porém, os agentes econômicos, no dinamismo próprio do mercado e premidos pelas necessidades imediatas e pelas práticas monetárias abusivas do Estado, começaram, há muito e sem esperar pela resposta, a estabelecer o que se chama aqui de *mecanismos especiais de correção monetária*,⁶⁴ em oposição aos *mecanismos correntes de correção monetária* vistos anteriormente.⁶⁵

116. Ao apontar a *extensão e os limites dos mecanismos correntes de correção monetária*, isto é, os limites de *indexação das obrigações monetárias estipuladas em cruzeiro*, pretende na verdade, este estudo, empreender uma viagem de volta à *idéia de valor*,⁶⁶ recuperar a idéia da *constância legal de valor*,⁶⁷ e, com isto, atualizar a *doutrina da valorização*.⁶⁸ É que os *mecanismos correntes da correção monetária* revelam-se *inapropriados e ineficazes* à proteção dos ativos financeiros a partir do momento em que a inflação atinge determinado *patamar e velocidade*.⁶⁹

117. Observe-se, para começar a atualização da *doutrina da valorização*, o que se diz no art. 1.256, do CC: "o mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade".

118. Empréstimo de dinheiro é, evidentemente, empréstimo da mais *fungível* das coisas: moeda. Ora, quem recebeu por empréstimo Cr\$ 100,00 em outubro do ano passado, e restituir, hoje, a título de pagamento os Cr\$ 100,00 corrigidos segundo as variações do BTNF e da TRD, estará restituindo coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade?

119. Muito provavelmente não! Os *mecanismos correntes de correção monetária* são empregados à falta de um indexador mais confiável. Em tese, porém, a obrigação é de restituir coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

120. É certo, porém, que as origens das regras sobre o pagamento das obrigações monetárias remontam ao Século XVIII. Pothier (1699-1772), um dos precursores do "Code Civil" de 1804, escrevia em seu "traité du contrat de prêt de consommation" por volta de 1750: "c'est une question entre les interprètes, si l'argent prêté doit être rendu sur le pied qu'il vaut au temps du payement, ou sur celui qu'il valait au temps du contrat. L'usage est constant dans notre jurisprudence, qu'il doit être rendu sur pied qu'il vaut au temps du payement".⁷⁰

121. Verificava-se, ao tempo destas considerações, um grande esforço doutrinário em favor da *doutrina nominalista* na França, pela qual se pretendia fortalecer a autoridade do princípio: as moedas deveriam se impor pelo *valor* determinado pelo rei, e não por considerações acerca do seu valor

intrínseco. Ainda que o príncipe mandasse reduzir o teor do metal em que era cunhada, a moeda deveria continuar a ter o valor nominal determinado pelo príncipe!

122. Este esforço doutrinário resultou na redação do célebre "article 1895" do "Code Civil", marcadamente *nominalista*: "L'obligation qui résulte d'un prêt en argent, n'est toujours que de la somme numérique énoncée au contrat. S'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du payement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée, et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du payement".

123. É certo, contudo, que quase dois Séculos se passaram desde o advento do "Code Civil". A política monetária do Príncipe se modificou a ponto de produzir o regime hitlerista na Alemanha como consequência direta das práticas estatais hiperinflacionárias dos anos vinte. Por esta razão, entre tantas outras, a doutrina nominalista deve ceder o passo à doutrina da valoração, já que não se encontrou remédio para erradicar a inflação.

124. Tempos depois do francês Pothier, o alemão Savigny (1779-1861) intuiu o que pode estar à base da moderna doutrina da valoração. É a chamada *doutrina do valor corrente* de Savigny:⁷¹ as obrigações monetárias devem ser tratadas em termos de "*valor corrente*" ao tempo da conclusão do contrato. Este *valor corrente* não seria o *valor nominal*, nem o *valor intrínseco* (metálico), e tampouco o *valor em termos de poder aquisitivo* medido em termos do *padrão* (então prata) da moeda em questão. Assim, se houvesse uma depreciação monetária, os tribunais deveriam desconsiderar o *valor nominal* da dívida e garantir ao credor uma soma que lhe

assegurasse o *valor corrente* que tinha quando deu seu dinheiro em empréstimo. Todavia, Savigny fazia uma exceção à sua doutrina do valor corrente quando em presença de uma regra de curso forçado. Nestes casos, dizia Savigny, os tribunais devem aplicar a regra do nominalismo monetário, "ainda quando pudessem achá-la censurável, severa e injusta".⁷²

125. É curioso constatar que mais de um século depois destas palavras, a *doutrina da valoração* ainda tem sua plena aplicação impedida pela regra do curso forçado e pela insuficiência dos mecanismos correntes de correção monetária.

126. O fato, portanto, é que ainda hoje a regra de *ordem pública* do *curso legal e forçado* se interpõe entre a *liberdade de contratar* dos agentes econômicos e a plena aplicação da *doutrina da valoração*.

127. Ora, a regra do *curso legal e forçado* da moeda também deve ter limites, e estes limites estão estabelecidos na Constituição da República, notadamente no inc. II, do art. 5.º, que trata dos *direitos e garantias fundamentais do cidadão*.

128. Estes *direitos e garantias fundamentais*, é bom que se lembre, foram estabelecidos com o intuito primordial de garantir o cidadão contra os *abusos do Estado*. O campo monetário é aquele em que o direito cede lugar ao "*non droit*" e à *força do príncipe*, e onde prevalecem as práticas estatais abusivas.

129. Isto significa, em conclusão, que a regra constitucional do art. 5.º, II, deve servir de base à atualização da *doutrina da valoração*: onde não houver expressa disposição legal proibindo, deve prevalecer a liberdade das partes de instituir *mecanismos espe-*

ciais de indexação das obrigações monetárias que sejam efetivamente suscetíveis de oferecer proteção aos créditos monetários.

5. CONCLUSÃO

130. A moeda, mais do que um instituto de direito monetário, é um símbolo a múltipla significância. E entre as coisas mais importantes significadas pela moeda está o grau de desenvolvimento econômico e político do Estado que a emite e do povo em nome do qual é emitida. Em verdade, a moeda está entre as instituições mais importantes de uma Nação. Em suma, a moeda retrata a nação e o governo, o Estado e o País.

131. Em uma economia marcada pelo corporativismo obtuso dos sindicatos de empregados e patronais; pelo capitalismo cartorialista de oligopólios que atrelam o Estado a interesses menores; pelo burocratismo parasita que se assenhorou do setor público; pelo fisiologismo da classe política; e pela mediocridade das elites econômicas e culturais, a moeda nacional — o cruzeiro — não poderia apresentar outra face: desvalorizada.

132. E não será a produção histórica de leis e “medidas provisórias” teratogênicas (“*pessima republica plurimae leges*” — a pior república é a república que tem mais leis!) que irá sanear o cruzeiro. A moeda nacional será sã quando forem saudáveis e saneados os setores público e privado da economia brasileira, e a inflação não mais for meio de “financiamento” do déficit público e meio de concentração de renda.

133. Enquanto isto não ocorrer, a busca de mecanismos especiais de correção monetária constituirá exercício de direito natural dos particulares con-

tra as práticas monetárias abusivas do príncipe.

134. Nesse sentido, o objetivo desse estudo foi o de estabelecer um aparelho conceitual e fundamentos jurídicos suscetíveis de atualizar a doutrina da valoração e de sustentar a juridicidade de mecanismos jurídicos, correntes ou especiais, destinados a proteger ativos monetários e financeiros.

NOTAS

1. Arthur Nussbaum, *Money in the Law — National and International. A Comparative Study in the Borderline of Law and Economics*, N. York, The Foundation Press, Inc., 1950; edição argentina: *Derecho Monetario Nacional e Internacional — Estudio Comparado en el Linde del Derecho y de la Economía*, B. Aires, Ed. Arayú, 1954, p. 34.

2. *Direito de Senhoriagem*: tributo que se pagava ao rei pela cunhagem da moeda. Modernamente, este conceito significa a diferença entre o valor real e o valor nominal da moeda. Pode se dizer, em consequência, que *senhoriagem* nos dias de hoje é o custo da inflação sofrido pelo público em benefício do Estado.

3. Cf. Nussbaum, ob. cit., p. 370.

4. Dec.-lei 857, de 11.9.69, art. 1.º. Na verdade, o Dec.-lei 857/69 é apenas a consolidação da legislação sobre moeda de pagamento de obrigações exequíveis, no Brasil, que começou a ser elaborada a partir de 1930, da qual se destaca o Dec. 23.501, de 27.11.33, que declarava nula qualquer estipulação de pagamento em ouro, ou em moeda estrangeira, que resultasse em restrição ao curso forçado do mil réis papel.

5. Diz-se do ponto de vista do direito interno porque a definição de moeda do ponto de vista do direito internacional poderá ser outra. Dominique Carreau, por exemplo, propõe a seguinte definição de moeda no plano jurídico internacional: “la monnaie est un ensemble de moyens de paiement, représentant un certain pouvoir d'achat, qui, par suite de la décision du pouvoir souverain de jure ou de facto, reçoivent pouvoir libérateur et circulent sur le territoire où s'exerce cette autorité suprême” (in *Souveraineté et Coopération Monétaire Internationale*, Paris, Cujas, 1969, p. 30).

6. Lei de economia atribuída a Sir Thomas Gresham (1519-1579) (“bad money drove out of circulation good money”), mas que já seria conhecida de Aristóteles, Co-

pérnico e outros, cf. F. A. Mann, *The Legal Aspect of Money With Special Reference to Comparative, Private, and Public International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1953, 2.^a edition, p. 18. No Brasil de hoje quem não quer trocar cruzeiro por dólar? Quem não quer guardar dólar e se livrar do cruzeiro?

7. O dólar americano deixou de ser conversível em ouro por ato do Presidente Nixon em 1971, e desde então aquela moeda passou a *valer unicamente*, pela *confiança* que os cidadãos americanos e de outros países depositam na *economia americana*.

8. É obvio que se diz aqui *moeda* no duplo sentido de *moeda cunhada em metal* e de *dinheiro* em forma de *papel-moeda*.

9. É evidente a utilidade destes elementos de definição de *moeda*: o termo "moeda" é o mais importante e usual nas relações jurídicas e aparece em toda parte (na Constituição, nas leis, nas sentenças, nos contratos, nos testamentos, e em outros lugares).

10. Também se pode dizer que moeda de pagamento se constitui *in solutione* e que moeda de conta se constitui *in obligatione*.

11. Ver Dominique Carreau, Patrick Juillard e Thiébaud Flory, *Droit International Economique*, Paris, LGDJ, 1978, p. 223.

12. Pierre-Paul Schweitzer, "Political Aspects of Managing the International Monetary System", in *International Affaire*, April 1976, p. 208.

13. Com a observância, no caso do Brasil, dos Estatutos do FMI, do qual é país-membro, e outros acordos bilaterais ou multilaterais em matéria de pagamentos internacionais ratificados pelo Brasil.

14. Isto significa, em termos práticos, que o *padrão monetário brasileiro*, não está no ouro nem na prata, mas na *presunção de confiança* do público na economia e no governo brasileiro. Esta confiança, todavia, está extremamente combatida. Isto faz com que a *pressão de dolarização* se mostre muito forte, principalmente nos segmentos mais sensíveis da economia, tais como nos negócios imobiliários e nas aplicações financeiras. Pode-se afirmar, portanto, que o "*padrão-dólar*" influencia fortemente o sistema monetário atual. Com isto, toma corpo cada vez mais no país o que se pode chamar "*padrão moeda-estrangeira*", ou "*padrão-divisa estrangeira*", ou "*padrão-dólar*" simplesmente. As distorções daí decorrentes são enormes. Para demonstração, basta indicar que a falta de confiança no padrão monetário brasileiro e as dificuldades legais em se estruturar negócios baseados no padrão-dólar determinaram, como consequência, a inexis-

tência de crédito voluntário interno a longo prazo para o financiamento de novos investimentos.

15. É curioso notar, a este propósito, que desapareceram das notas de dinheiro todas e quaisquer expressões que pudessem ter alguma significação jurídica do ponto de vista da conversibilidade interna. Afinal, que sentido técnico-jurídico ou lógico poderia ter aposta numa cédula de Cr\$ 100,00 a expressão: "O Banco Central do Brasil pagará ao portador e à vista Cr\$ 100,00"? Ora, pagar uma cédula de cem cruzeiros com outra cédula de Cr\$ 100,00 não faria o menor sentido. Já fazia pleno sentido, em tempos que não voltarão mais, declarar num bilhete: "O Tesouro de Pátria pagará ao portador e à vista por este bilhete de uma rúpia trinta e três gramas de ouro fino de dezoito quilates".

16. Citado por J. M. de Carvalho Santos, in *Código Civil Brasileiro interpretado*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1955, 6.^a ed., v. XII, p. 175, nos comentários ao art. 947, do Código Civil brasileiro.

17. Op. cit., p. 10.

18. Qualquer semelhança entre a situação descrita por Nussbaum e o papel desempenhado pelo dólar hoje na Argentina não é mera coincidência. No caso do Brasil, existe forte pressão no mesmo sentido.

19. Estas noções, no direito internacional positivo atual, aplicam-se somente às *transferências correntes internacionais* posto que as *transferências de capitais* foram excluídas do campo de aplicação do acordo do Fundo Monetário Internacional, por disposição expressa do art. VI, seção 3, dos Estatutos do FMI. Isto significa que todos os Estados-membros do FMI permanecem livres para estabelecer, se quiserem, restrições cambiais às transferências internacionais de capitais.

20. Ver Nussbaum, ob. cit., p. 49.

21. Respectivamente no art. 21, VII, c no art. 164, *caput*, da Constituição da República de 5. 10. 88.

22. *Infra*, ns. 95-100.

23. CP, art. 289, *caput*.

24. CP, art. 289, § 1.^o.

25. CP, art. 289, § 2.^o.

26. São ainda punidos no Código Penal o *funcionário público* do Banco de emissão que fabrica, emite ou autoriza a fabricação ou emissão de moeda com título ou peso inferior ao determinado em lei ou de papel-moeda em quantidade superior à autorizada (*sic*) (art. 289, § 3.^o: reclusão de três a quinze anos); os crimes assimilados ao de moeda falsa (art. 290: reclusão de dois a oito anos); e o fabrico, aquisição, fornecimento, pro-

priedade ou guarda de petrechos para falsificação de moeda (art. 291: reclusão de dois a seis anos).

27. Lei das Contravenções Penais, art. 44.

28. LCP, art. 43.

29. Cf. Nussbaum, ob. cit., pp. 55, 56 e 57.

30. Respectivamente no *caput* e no parágrafo único, do art. 22, Lei 7.492, de 16. 6.86, a chamada "lei dos crimes do colarinho branco".

31. F. A. Mann, "Money in Public International Law", in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International (RCADI)* 1959 (I), p. 95, citado in Carreau, *Souveraineté et...*, ob. cit., p. 124.

32. Também podem ocorrer modificações paritárias pela via legal no interior mesmo do sistema monetário: são as reformas monetárias. Pelo Dec-lei 4.791, de 5.10.42, o cruzeiro substitui o mil réis; pelo Dec-lei 1, de 13.11.65 foi instituído o cruzeiro novo valendo mil cruzeiros velhos; pelo Dec-lei 2.284, de 10.3.86, o cruzado substitui o cruzeiro; o cruzado, por sua vez, é substituído pelo cruzado novo nos termos da Medida Provisória 32, de 15.1.89, depois convertida na Lei 7.730, de 31.1.89; e pela Medida Provisória 168, de 16.3.90, depois convertida na Lei 8.024, de 12.4.90, foi instituído novamente o cruzeiro.

33. A partir do n. 116, *infra*.

34. Cf. Nussbaum, ob. cit., p. 261.

35. A partir do n. 98, *infra*.

36. Há obrigação de fazer de caráter *personalíssimo* (ver art. 881, do CC) que podem ser prestadas por terceiros na recusa do obrigado. O compromitente-vendedor que se recusa a outorgar a estrutura definitiva poderá ter sua *recusa em fazer* suprida por sentença. Ou o pintor de paredes poderá ser substituído por outro pintor de paredes.

37. Há, porém, obrigações de fazer de caráter *personalíssimo* (ver. art. 880, do CC) que só podem ser cumpridas pelo obrigado: só Picasso podia pintar um quadro de Picasso. É prestação infungível que não pode ser substituída por sentença judicial; tampouco um outro pintor poderia pintar um quadro de Picasso em lugar do próprio Picasso.

38. Os arts. 632 e ss. e 642 e ss., do CPC, tratam, respectivamente, da execução específica das obrigações de fazer e de não fazer.

39. Conversão das obrigações de fazer e de não fazer em perdas e danos: CC, art. 881 e 1.535 combinados.

40. CC, art. 1.061.

41. Lei 1.521, de 26.12.51, art. 4.º.

42. Lei 1.521/51, § 3.º do art. 4.º.

43. Julgando ação direta de inconstitucionalidade em 7.3.91, o Supremo Tribunal Federal afastou a tese de auto-aplicabilidade de regra de 12% para juros estabelecida na Constituição (cf. *Jornal Gazeta Mercantil* de 8.3.91). Para maiores considerações, ver, entre outros, Rosah Russomano, "Taxa de juros — O Art. 192 da Constituição de 1988 — Sua inquebrável unidade — A impossível autonomia de seu § 3.º — A impossível plenitude eficazal desse parágrafo", in *RDP* 89/62-70, jan.-mar./1989.

44. Dec. 22.626/33, art. 9.º.

45. Dec. 22.626/33, art. 4.º.

46. *Supra*, n. 12.

47. Com o final do Governo Sarney, a inflação brasileira se agravou e ultrapassou de 1.700% anuais ao final de 1989. As medidas de política econômica extremamente severas tomadas pelo Governo Collor, a partir de 16.3.90, fizeram a taxa de inflação cair bruscamente para perto de zero por cento ao mês, para recrudescer, gradualmente, a partir dos meses seguintes, e se aproximar de vinte por cento ao mês em janeiro de 1991. As medidas de congelamento de preços e salários tomadas ao final de janeiro de 1991, na busca da propalada "*desindexação*" da economia brasileira, não angariaram a adesão popular e foram recebidas com ceticismo pelos agentes econômicos. Nesse quadro de incertezas, nada permite garantir sucesso às tentativas do governo em debelar o processo inflacionário crônico de que padece a economia brasileira.

48. Foram vistas as funções jurídicas da moeda no n. 23 deste texto.

49. A partir do n. 101, *infra*.

50. As *cláusulas-ouro*, outrora muito praticadas, são cada vez mais raras. O declínio do *ouro*, não somente como *padrão-monetário* mas também como *indexador*, começou já no pós-guerra, no amanhã mesmo de Bretton Woods, e se consumou em 1971 quando o Presidente Nixon, em *decisão polêmica*, enviou para as calendas gregas a convertibilidade em ouro do dólar americano. Voltará o ouro a recuperar seu apogeu de outrora? Calcula-se que em 1933, haviam nos Estados Unidos estipulações em cláusulas-ouro estimadas em mais de cem bilhões de dólares, tanto em títulos das dívidas federal, estadual e municipal, quanto em títulos da dívida privada de emissão das companhias ou em hipotecas sobre imóveis. Considerava-se que essas cláusulas-ouro compreendiam tanto o principal quanto os juros; cf. Nussbaum, ob. cit., pp. 320-321.

51. É interessante notar que o art. 4.º, *in fine*, do Dec-lei 857/69, *suspendeu* de maneira *explícita* o § 1.º, e de maneira *im-*

plícita o § 2.º, do art. 947, do CC, que dispõem:

“§ 1.º — É, porém, lícito às partes estipular que se efetue (*o pagamento em dinheiro*) em certa e determinada espécie de moeda, nacional ou estrangeira”.

“§ 2.º — O devedor, no caso do parágrafo antecedente, pode, entretanto, optar entre o pagamento na espécie designada no título e o seu equivalente em moeda corrente no lugar da prestação, ao câmbio do dia do vencimento. Não havendo cotação nesse dia, prevalecerá a imediatamente anterior”.

52. Foi visto no n. 37, supra, que a recusa da moeda corrente em pagamento constitui contravenção penal.

53. Cf. Nussbaum, ob. cit., p. 62.

54. Ibidem, p. 78.

55. A propósito dessas questões, ver, entre outros, Alberto Xavier, “Validade dadas cláusulas em moeda estrangeira nos contratos internos e internacionais”, in *RF* 265/27-35, jan.-fev.-mar./1979.

56. É interessante anotar, à margem dessa afirmação, que chegou a ser cogitada, a idéia segundo a qual o Dec.-lei 857/69 proibiria apenas a estipulação de moeda estrangeira como *moeda de pagamento* e não como *moeda de conta* (ver: Brandão Lopes citado por Alberto Xavier, ob. cit., p. 32). Parece certo, contudo, que o mencionado decreto-lei trata de moeda estrangeira na sua dupla função jurídica de moeda de pagamento e de moeda de conta, sem fazer distinções entre essas duas funções.

57. Ver, supra, ns. 92 e 93.

58. Ver, supra, ns. 95-100.

59. Ver, supra, n. 14, in *fine*.

60. Sobre este conceito de *Mecanismos correntes* ver, supra, n. 106.

61. Ver, supra, n. 58.

62. Ob. cit., p. 350. Inspirado no *Supplício de Tântalo* da mitologia grega (por haver roubado os manjares dos deuses para dá-los a conhecer aos homens, Tântalo foi condenado ao suplício de estar perto de água, que se afastava quando tentava bebê-la, e ficar sob árvores que encolhiam os ramos quando lhes tentava colher os frutos), Nussbaum fala de “*Tantalus construction*”, isto é, os negócios tantálicos no direito monetário: oferecem proteção quando não é necessária, e são ineficazes quando poderiam mostrar a sua utilidade. As chamadas “*side letters*” são exemplos conhecidos de *construções tantálicas*.

63. Cf. § 2.º, art. 4.º, da Lei 1.521/51. Note-se, porém, que o atentado contra o curso legal é contravenção penal e não crime.

64. O mercado dá exemplos da prática desses *mecanismos especiais de correção monetária*: são contratos de BTNs cambiais; os chamados negócios de “*export notes*” e “*import notes*”; entre outros exemplos.

65. Supra, n. 106.

66. Mencionada no n. 1, deste estudo.

67. e 68. Mencionada no n. 60, deste estudo.

69. *Hiperinflação*, aliás, nada mais é do que o grau atingido pela inflação em tal *patamar* e em tal *velocidade*, que se verifica, não mais o descontrole, mais o *colapso do sistema de preços*.

70. Citado por Carreau, ob. cit., p. 39.

71. Cf. Nussbaum, ob. cit., p. 313.

72. Ibidem, p. 314.

EXTINÇÃO DE CONDOMÍNIO SOBRE QUOTA DE CAPITAL DE SOCIEDADE LTDA.

MÁRIO ENGLER PINTO JR.

1. Na concepção original do legislador de 1919, responsável pela edição do Dec. 3.708 que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro as Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada, a cada sócio deveria corresponder inicialmente uma única quota de capital, seja de valor igual ou desigual. Conforme esclarece Cunha Peixoto (*A Sociedade por Cota de Responsabilidade Limitada*, Forense, Rio, 1956, v. I, p. 135, n. 152), "a lei brasileira não formulou regras quanto ao valor das cotas e sobre a divisão do capital entre os sócios. Respeitou aqui a liberdade contratual; adotou, porém, o sistema que só permite a cada sócio, por ocasião da constituição da sociedade, a aquisição de uma cota. Com efeito, o n. 4 do art. 302 do CCom. determina que do contrato social conste a designação 'da cota com que cada um dos sócios entra para a sociedade'. Verifica-se, pois, que a palavra 'cota' foi empregada no singular, mostrando, assim, que o sócio só pode subscrever uma cota, princípio que é corrente na sociedade em nome coletivo. E, para não deixar dúvida quanto à filiação ao sistema apontado, o art. 5.º Dec. 3.708/1919, dispôs que 'para todos os efeitos, serão havidas como cotas distintas a cota primitiva de um sócio e as que posteriormente adquirir'. Portanto, esses dois dispositivos dei-

xam claro que: a) as cotas podem ser de valores desiguais; b) os sócios, no momento da formação da sociedade, só podem subscrever uma cota; c) a cota primitiva conserva sua individualidade, sendo, para todos os efeitos, considerada como distinta das posteriormente adquiridas".

2. É certo, porém, que os usos e costumes encarregaram-se de flexibilizar a norma legal, admitindo que o contrato estipulasse alternativamente a multiplicidade de quotas de mesmo valor unitário, atribuindo a cada sócio o número correspondente à sua participação no capital, a exemplo do que ocorre ordinariamente com as sociedades anônimas. Esse fenômeno foi destacado por Nelson Abrão (*Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada*, Ed. RT, S. Paulo, 1989, 4.ª ed., p. 75), ao afirmar que "a realidade, contudo, mostra que, entre nós, os usos e costumes comerciais introduziram nos contratos o regime da pluralidade de quotas, cuja serventia consiste em facilitar sua negociabilidade, permitindo a admissão de novos sócios sem excluir os primitivos e sem alterar o capital".

3. Sem embargo, porém, da evolução ocorrida na interpretação do direito aplicável a esse tipo societário, remanesce inquestionável a possibilidade atual da adoção do sistema de quota única de valor desigual no mo-

mento da celebração do contrato social, de acordo com a conveniência dos sócios. Embora isso não seja comum na prática, pode entretanto se revelar de extrema utilidade para compor determinados interesses societários, sobretudo quanto a sociedade por quotas de responsabilidade limitada foi idealizada para funcionar como *holding* de outras sociedades operacionais e, paralelamente, servir de instrumento jurídico destinado a organizar, consolidar e disciplinar o exercício do poder de controle no âmbito do grande grupo empresarial.

4. Imagine-se o caso de uma sociedade constituída com a finalidade específica de assegurar legitimamente a unidade de comando sobre determinado agrupamento de empresas nas mãos de algumas pessoas físicas ligadas por laços de parentesco. O contrato social atribui a cada família representante dos descendentes diretos do fundador uma única quota do capital, ainda quando houvesse pluralidade de membros interessados dentro da mesma estirpe. Dessa forma, estando cada família reunida em torno de uma única quota indivisa, e permanecendo esta sujeita ao regime obrigatório de co-propriedade previsto no art. 6.º do Dec. 3.708 no caso de serem vários os titulares, suas eventuais divergências internas não teriam maior influência na marcha dos negócios, pois todos os direitos de sócio seriam exercidos perante a sociedade sempre através do representante do condomínio indicado pelos respectivos condôminos. Esse representante, por sinal, poderia ainda participar da administração da sociedade integrando um órgão colegiado especialmente criado (p. ex., o Conselho de Gerentes).

5. A possibilidade de se instituir o condomínio sobre quota indivisa por ato *inter vivos*, quando for do inte-

resse das partes contratantes, é confirmada por Egberto Lacerda Teixeira (*Sociedades por Quotas*, Max Limonad, S. Paulo, 1956, n. 108, p. 237), quando ensina que “a co-propriedade, mencionada no art. 6.º do Dec. 3.708, resultará, via de regra, da sucessão *mortis causa*, prevista nos estatutos a continuação da sociedade com os herdeiros do sócio premorto ou da sucessão universal *inter vivos* quando o quotista, pessoa jurídica, dissolver-se e os seus sócios deliberarem manter indivisa a quota social. Excepcionalmente, contudo, a co-propriedade derivará de ato *inter vivos*, autorizado pelo contrato social ou celebrado com a anuência dos demais sócios”.

6. Em tais circunstâncias, a preservação do sistema de quotas únicas, ainda quando pertencentes a vários titulares, pode se revelar de grande importância para manutenção do equilíbrio de forças dentro da sociedade *holding* e, por tabela, também em relação às demais empresas controladas. O jogo de poder societário ganharia ainda especial colorido, quando nenhuma quota isoladamente represente a maioria votante. Nessa peculiar estrutura de capital, seriam inúmeras as combinações de alianças possíveis entre os representantes de cada quota indivisa para se atingir o *quorum* contratual indispensável para a tomada de determinadas deliberações.

7. Nesse contexto, a eventual extinção compulsória do regime de condomínio instituído sobre as quotas indivisas, pela via do fracionamento puro e simples, pode significar a subversão completa do quadro de forças inicialmente concebido. Conforme as peculiaridades do caso concreto, o efeito perturbador de semelhante pretensão configuraria a hipótese descrita no art. 632 do CC como impediente da divisão pura e simples da coisa

comum, ou seja, *quando esta se tornar imprópria ao seu destino* ("quando a coisa for indivisível, ou se tornar imprópria ao seu destino, e os consortes não preferirem adjudicá-la a um só, indenizando os outros, será vendida e repartido o preço, preferindo-se, na venda, em condições iguais de oferta, o condômino ao estranho, entre os condôminos o que tiver na coisa benfeitorias mais valiosas e, não as havendo, o de quinhão maior").

8. Enquanto não for regularmente deliberada pelos sócios a alteração do contrato social e suprimido o princípio da indivisibilidade das quotas do capital, elas jamais seriam passíveis de *divisão cômoda* para efeito de extinção de condomínio, equiparando-se a coisa juridicamente indivisível. Não fosse apenas por isso, vale lembrar que o art. 53, II, do CC declara como tal os bens que, "embora naturalmente divisíveis, se consideram indivisíveis por lei, ou por vontade das partes", enquadrando-se nesse último caso a disposição expressamente inserida no ato constitutivo da sociedade.

9. Todavia, também a aplicação da solução alternativa preconizada pelo art. 632 do CC (i.e. extinção de condomínio pela alienação judicial da coisa comum) afigurar-se-ia altamente problemática em relação às quotas sociais pertencentes a mais de um titular. Como adverte Fran Martins (*Sociedades por Quotas no Direito Estrangeiro e Brasileiro*, Forense, Rio, 1960, v. 2.º, p. 679, n. 306), referindo-se às sociedades com forte presença do elemento *intuitus personae*, "não poderá a quota ser objeto de venda judicial, por depender a cessão da vontade do seu proprietário, que contratou com os demais. Nesse caso, poderá a quota ser anulada e, se os demais sócios quiserem, um outro poderá ser admitido no lugar do que

foi excluído. Também não se justifica a venda judicial por não ser a quota título negociável, uma vez que dá responsabilidade subsidiária ao seu possuidor. Fazendo-se a venda judicial, qualquer pessoa poderia adquirir a quota; mas o estado de sócio de sociedade contratual não se adquire a não ser que todos os participantes do contrato dêem o seu consentimento, já que o contrato é um acordo de vontades que a lei não pode impor a ninguém".

10. Na verdade, o principal erro de enfoque do assunto está em se pretender aplicar ao regime de co-propriedade sobre quota social indivisa as regras do Código Civil, notadamente o art. 629, segundo o qual "a todo tempo será lícito ao condômino exigir a divisão da coisa comum".

11. O art. 623 do CC, que trata da "propriedade em comum, compropriedade, ou condomínio", bem como os dispositivos seguintes a respeito dos direitos e deveres dos consortes, e da administração do condomínio (arts. 624 a 641), têm o seu campo de incidência restrito exclusivamente aos *direitos reais*. Essa é a opinião do autorizado Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, Ed. RT, S. Paulo, 1977, § 1.275, p. 17), ao ressaltar que "a compropriedade é propriedade; no sentido da lei, *direito real*, de eficácia perante todos, de acordo com os princípios do direito dos registros, notadamente as regras de publicidade". Em outra passagem da obra (pp. 10-11), o Autor insiste novamente que "quem adquire bem em comum não se obriga a relações com os outros comunistas, nem, sequer, a usar ou fruir a coisa. Pode desinteressar-se inteiramente de qualquer exercício do *direito real*. (...) A comunhão pode ser de domínio (condomínio) e pode ser de *outros direitos reais*, a começar-

se pela enfiteuse. Usufruto, uso e habitação podem ser em comunhão”.

12. Além do chamado condomínio *pro indiviso* sobre direito de propriedade e seus desdobramentos, o ordenamento jurídico brasileiro também reconhece a existência de outras formas de comunhão ou exercício comum de determinados direitos, sujeitando-os, porém, a disciplina própria e nem sempre coincidente com aquela prescrita pelos arts. 623 a 641 do CC. Esse é o caso, por exemplo, da comunhão matrimonial, do condomínio em paredes, cercas, muros e valas (arts. 642 a 645 do mesmo Código), e do compáscuo (art. 646). Com relação a esse último instituto, é digna de nota a observação de Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de Direito Civil*, Forense, Rio, 1978, 3.^a ed., v. IV, n. 318, p. 168), no sentido de que “na falta de norma específica, atrai supletivamente o regime do condomínio. Com efeito, guardada a peculiaridade própria à sua limitação, o compáscuo é modalidade condominial a que se estende, *no que lhe for aplicável*, a disciplina genérica da compropriedade”.

13. Outras modalidades condominiais sujeitas a tratamento legal específico podem ser encontradas na Lei 4.591, de 16.12.64, que regulamentou o chamado condomínio *pro diviso* em edificações, bem como ainda nos arts. 487 a 494 do CCom., que se referem à comunhão naval (“achando-se um navio necessitado de conserto, e convindo neste a maioria, os sócios dissidentes, se não quiserem anuir, serão obrigados a vender os seus quinhões aos outros compartes, estimando-se o preço antes de principiar-se o conserto; se estes não quiserem comprar, proceder-se-á à venda em hasta pública”).

14. Portanto, extrai-se daí a lição óbvia de que não basta a existência de multiplicidade de titulares exercendo em conjunto o mesmo direito comum, para se configurar automaticamente situação de condomínio passível de extinção pela via do art. 623 do CC. Cada modalidade condominial aqui mencionada, além de estar sujeita a regramento especial, possui natureza jurídica própria, que pode ser absolutamente incompatível com a idéia de divisão a qualquer tempo consagrada naquele preceito codificado. Basta imaginar-se o quão absurdo seria permitir ao proprietário de unidade autônoma em edifício pleitear a extinção do condomínio sobre áreas comuns.

15. No caso da quota de capital de sociedade de responsabilidade limitada instituída sob o regime do Dec. 3.708, parece intuitivo que os direitos dela emergentes são de natureza estritamente *peessoal*. Sobre o assunto, já escreveu Fran Martins (ob. cit., v. 2.^o, n. 279, p. 634) que “as quotas das sociedades de responsabilidade limitada não se confundem, integralmente, com as participações dos sócios das sociedades coletivas ou as ações das sociedades anônimas. São, na verdade, contribuições para o capital de uma sociedade de natureza jurídica especial, gerando para os sócios, entre si, em relação à sociedade e para com terceiros, situações jurídicas distintas das que naturalmente se encontrariam, nas mesmas condições, em sociedades coletivas ou nas anônimas”.

16. O equívoco de se supor aplicável às quotas de capital das sociedades limitadas, a disciplina do Código Civil pertinente aos direitos reais, foi igualmente desfeito em lapidar Acórdão do Supremo Tribunal Federal (RE 85.271-8-MG, 2.^a Turma, Rel. Min. Moreira Alves, j. 6.4.84), que

rejeitou a equiparação do sócio à figura do possuidor para efeito de sujeitá-lo ao disposto no art. 510 em relação aos dividendos já percebidos ("o possuidor de boa-fé tem direito, enquanto ela durar, aos frutos percebidos"). Diz a ementa que, "no direito privado brasileiro, não há posse de direitos pessoais. Quota é mera participação do sócio no capital social, não se consubstanciando, sequer, em cártula, para que se possa pretender que sobre esta haveria propriedade ou posse de coisa. Portanto, se não há direito de propriedade sobre quota social, nem o sócio tem domínio e posse sobre a parcela de bens sociais correspondentes proporcionalmente à sua quota — que lhe propicia apenas a posição jurídica de sócio — inexistente posse de coisa ou posse de direito real limitado (as únicas espécies de posse, quanto ao conteúdo, admissíveis em nosso sistema jurídico) sobre quota de sociedade de responsabilidade limitada".

17. Em consequência da inserção no campo dos direitos pessoais, a *co-propriedade* sobre a quota social indivisa, a que se refere o art. 6.º do Dec. 3.708, nada tem a ver com *direito de propriedade* partilhado entre vários comunheiros. Segundo adverte Pontes de Miranda (ob. cit., t. XLIX, § 5.238, p. 383), "a comunhão, em partes indivisas, na quota, não é, a despeito da expressão *co-proprietários*, que se emprega no art. 6.º da Lei 3.708, *compropriedade*: os co-titulares são comunheiros, e não *comproprietários, porque a quota não é propriedade*. No caso de comunhão em quota, têm os comunheiros de escolher quem os represente (trata-se de representação, e não de apresentação). Os comunheiros que forem omissos sofrem as consequências da sua omissão, porque há,

no art. 6.º, regra jurídica sobre *onus de representação*".

18. Fica fácil perceber, portanto, que a modalidade condominial sobre a quota social indivisa está sujeita a disciplina legal especialíssima, em que a ênfase do legislador recai sobre a forma do exercício de direitos patrimoniais e políticos perante a sociedade (sempre através do representante dos comunheiros), e as responsabilidades daí decorrentes (solidariedade entre os comunheiros pela integralização da quota). Nada foi dito sobre a eventualidade da extinção daquele condomínio, sendo esse silêncio bastante sintomático, como observa mais uma vez Egberto Lacerda Teixeira (ob. cit., p. 233): "*Em vez de regular a divisão das quotas sociais*, o Dec. 3.708, em seu art. 6.º, dispôs acerca da co-propriedade das quotas nos seguintes termos: 'devem exercer, em comum, os direitos respectivos, os co-proprietários da quota indivisa, que designarão, entre si, um que os represente no exercício dos direitos de sócio'. Na falta desse representante, os atos praticados pela sociedade em relação a qualquer dos co-proprietários produzem efeitos contra todos, inclusive quanto aos herdeiros dos sócios. Os co-proprietários da quota indivisa respondem solidariamente pelas prestações que faltarem para completar o pagamento da mesma quota".

19. Isso demonstra a clara opção do legislador em criar situação de *condomínio obrigatório*, ao utilizar a incisiva expressão "*devem exercer em comum os direitos respectivos os co-proprietários da quota indivisa*". Nesse contexto, afigura-se totalmente despropositada a transposição das normas inseridas no Código Civil, em especial aquela que faculta a divisão da coisa comum por vontade unilateral de qualquer comunheiro para efeito de ex-

tição do condomínio, constituindo mesmo fator de provável quebra de harmonia e desestruturação do convívio societário.

20. O arremate final sobre a questão é dado por Waldemar Ferreira (*Compêndio de Sociedades Mercantis*, Freitas Bastos, 1942, 2.^a ed., v. 1.^o, p. 291) ao comentar o art. 6.^o do Dec. 3.708, e para quem “conclui-se, ao cabo das considerações até aqui desenvolvidas, poder estabelecer-se entre o sócio e o terceiro, que se lhe associa ou agrega, co-propriedade na parte ou quota social. Co-titulares são eles do direito do sócio, *in submisso*, *no entanto, aos princípios ordinários da co-propriedade*. Em regra, na observação de Azevedo Souto, nenhum co-proprietário pode ser obrigado a permanecer na indivisão, mas, *como exceção a lei, tratando-se de sociedade, admite a co-propriedade obrigatória*, por assim di-

zer. Diz ela, com efeito, deverem exercer, em comum, os direitos respectivos os co-proprietários de quota indivisa, devendo eles eleger de entre si o que os represente e exercite os direitos de sócio. Assim em Portugal, como na Alemanha ou no Brasil. Tal, porém, na sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Não nos demais tipos sociais. Nos outros, a associação ou agregação do estranho ao sócio é inteiramente desconhecida da sociedade de que este faça parte. Não tem nela o menor reflexo, direto ou indireto”.

21. Em suma, não se cabe cogitar de divisão de quota social sujeita ao regime ditado pelo art. 6.^o do Dec. 3.708, cuja peculiaridade impede a aplicação subsidiária nas normas do Código Civil sobre extinção de condomínio.

São Paulo, dezembro de 1991.

ATUALIDADE DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS *

WALDIRIO BULGARELLI

"Se dice che il contratto, al parl di Dio, sia morto. E lo è veramente" (Grant Gilmore, *La Morte del Contratto* **).

Poderia parecer redundante e ocioso escrever sobre os contratos, hoje, com a extraordinária evolução que sofreram, após a Revolução Industrial, do que redundou uma copiosa bibliografia quase assustadora,¹ mas é justamente o aspecto da sua constante renovação que obriga o operador do Direito a voltar-se para eles. Como uma das fontes mais suculentas das obrigações, impressados entre a "praxis" e as leis cada vez mais casuísticas e imperativas, os contratos, como instrumento técnico posto à disposição das partes para auto-regularem seus interesses, vão se mantendo, principalmente através de modificações nos antigos tipos e da criação de novos. Sobre tal aspecto cabe razão a Carbonnier que ao lado da família e da propriedade os coloca como um dos "pilares do direito".² É inegável que resistem, a autonomia da vontade e a liberdade de contratar à pressão do contratante mais forte e das normas delimitadoras impostas pelo Estado.

Certamente (e aqui parece estar um dos equívocos básicos que levaram a afirmações aparentemente pessimistas,

como "a crise do contrato" "o declínio do contrato" e outras do mesmo teor) pensou-se a certa altura do desenvolvimento, após a Revolução Francesa, vencidos os velhos dogmas, através do reconhecimento, na época, de novas realidades sociais que a Teoria Geral das Obrigações e dos Contratos estava definitivamente concebida e acabada, sobretudo, pela tecnicidade trazida pela pandectística alemã, o que levaria Carbonnier a mencioná-la como "a geometria euclidiana das obrigações". Estava-se, pois, em pleno reinado do contrato, aventando-se que ocorreria a passagem predicada pela Lei de Maine³ do estatuto para o contrato, portanto, em pleno esplendor de uma sociedade contratual.

Entretanto, as novas realidades trazidas à tona pelos chamados reformadores sociais do Direito, como Duguit, Josseland, Salleilles e outros, é a constância da intervenção estatal e ainda o aparecimento de novas figuras contratuais, e a evolução *interna* e *externa* dos tipos, gerando uma pormenorizada regulação dos contratos, abalando a autonomia da vontade e a liberdade de contratar, logo demonstraram que se aquela convicção de fato existiu, esfumara-se, o que explica certas perplexidades com as conseqüentes exclamações de "crise" "declínio" "éclatement" dos contratos.

* Escrito especialmente para a obra em homenagem a Roger de Carvalho Mange, promovida pela Associação dos Advogados de São Paulo.

** Tradução italiana da obra: "*The Death of Contract*", Milão, 1988.

O surgimento dos contratos regulamentados, a obrigatoriedade de contratar, a generalização e internacionalização dos contratos acrescidos da sua uniformização, os abalos conseqüentes na autonomia contratual e da vontade, e o reconhecimento do poder dos mais fortes (os empresários) de impor suas cláusulas aos mais fracos (empresários menores e consumidores), constituem em síntese os fatores mais evidentes que levaram os autores a meditar sobre o novo quadro contratual, chegando-se a imaginar se não se havia passado da fase do contrato para a instituição.

Não é despidiendo lembrar a respeito, que afinal a teoria geral dos contratos como foi sendo aceita e mais tarde incorporada aos Códigos oitocentistas, trazia além de alguns ranços decorrentes da intenção de uma espécie de libertação do sistema feudal, também um caráter nitidamente individualista, e por isso mesmo desconhecadora das novas realidades sociais que já se introduziam, como uma cunha modernista, na vida socio-econômica, através das empresas surgidas pelo advento da Revolução Industrial.

E é justamente esse novo instrumento da produção, circulação das riquezas, de forma organizada, visando à massificação do consumo que já estava acarretando profundas modificações na economia e na sociedade que certamente teria de se refletir no Direito. Portanto, uma nova sociedade totalmente diversa daquela do Século anterior (inclusive referida pela literatura, com Balzac e outros e que como diria Ascarelli desconhecia a energia elétrica e outros inventos) e que no plano jurídico geraria uma verdadeira "ruptura" (como anotou o mesmo Ascarelli) entre as novas categorias e as categorias jurídicas renovadas e aquelas herdadas da tradição romanista.

É então que a par de novas formas de produzir, transportar e vender produtos uniformizados em massa, que se constata o aparecimento de novas fórmulas negociais e organizacionais, utilizando-se dos institutos existentes, como as sociedades comerciais (principalmente, as anônimas), os títulos de crédito e os contratos, e nele introduzindo modificações relevantes não só na sua estrutura e na sua função (como por exemplo, nas companhias e nos títulos de crédito), como na sua interpretação. Nesse sentido é que se vê (o que dura até hoje) uma constante reforma na legislação das companhias⁴ o que já foi chamado de movimento de "reforma das reformas", e na lei dos títulos de crédito (a partir da visão alemã do Século passado), com a sua uniformização internacional (com as leis de Genebra) e, entre nós, por exemplo, com a criação de inúmeros títulos de crédito tais como os chamados *contratos-títulos*, ou seja, as cédulas de crédito rural, industrial, comercial e de exportação.⁵

Com os contratos não foi diferente, apesar das nuances que envolveram a sua evolução até os dias de hoje. Em decorrência dos reclamos sociais, as alterações começaram a se processar na área do Direito do Trabalho, primeiro, com a Lei sobre Acidentes do Trabalho, como ocorreu na França, ainda em fins do Século passado (que a ver de alguns teria introduzido a responsabilidade objetiva ou por risco) e a seguir com as conversões, contratos coletivos de trabalho que inclusive rompiam com um dos dogmas contratuais caros até então de que o contrato só fazia lei entre as partes não alcançando terceiros. Nessa linha de intervenção estatal assiste-se em seguida, com o surgimento do Direito Tributário, as inúmeras normas específicas, ramo do Direito a que Ripert

depois de considerá-lo novo, chegou a afirmar que ele tinha razões que só ele conhecia.

Certamente que essa pressão legislativa havia de abrir os olhos dos mais entranhados defensores da ordem dita liberal, e certamente, o seu protesto, entendendo rompida a tradicional teoria geral dos contratos e seu "éclatement",⁶ afirmando (com o que nos parece um certo ar de nostalgia):

"Elle était si belle et si simple, la notion de *contrat* dans le Code Civil.

L'article 1.134 lui rendait hommage en disant que-les conventions légalement formées font la *loi* des parties; et le mot *loi* avait alors une majesté, une grandeur, une puissance, dont nous avons aujourd'hui perdu la notion. En disant que les conventions font la *loi* des parties, le Code magnifiait donc, ao plus haut point, la liberté de l'homme *créatrice du Droit*. Du même coup, il marquait deux corollaires de cette liberté; la *responsabilité* de l'homme qui, faisant sa loi, engageait sa foi, en même temps que celle de l'autre partie, et l'*égalité humaine*, car, dans le contrat, les deux parties étaient sur le même rang, chacune y concourant avec sa liberté d'homme. C'est dans cette double et égale liberté que s'engendrait la loi du contrat. Sans doute, il y avait dès lors à cette liberté, quelques réserves, formant la notion d'*ordre public*. Mais l'ordre public de cette époque ne faisait guère que garantir et sauvegarder la liberté. Il intervenait pour protéger les incapables, pour remédier aux vices de consentement, pour empêcher, par exemple, que l'homme engageât ses services à vie (art. 1.780).

L'ordre public était lui-même alors au service de la liberté. Sauf à tenir compte de deux institutions sociales, la famille et l'État, il ne la limitait que por la servir. Malgré l'exagération

d'une certaine mystique, c'était certainement une grande chose que cet épanouissement de la liberté de tout homme, dans le Code Civil. Et pourtant, de cette conception, il reste aujourd'hui si peu! La liberté civile, celle du particulier, a vécu alors son apogée; elle est aujourd'hui en déclin, presque en débâcle, en France et même, quoique peut-être un peu moins, dans le pays voisins. Les débris en jonchent le sol. Et cette ruine s'est consommée en très peu de temps. On est surpris de constater quer vers les années 1900, le maître le plus écouté, peut-être, de la philosophie officielle d'alors, Fouillée, écrivait dans son ouvrage sur *la Science sociale*: 'Historiquement il est incontestable que le régime contractuel tend à dominer de plus en plus, les Sociétés modernes'. Telle est la candeur des philosophes quand ils se hasardent à prophétiser! Fouillée écrivait précisément cela, au moment même où l'édifice contractuel, déjà profondément miné, commençait à manifester ses lézardes. Peu de regards, pourtant, les apercevaient. Et il ne pouvait guère leur être donné de mesurer l'ampleur, les promesses et les périls de la Révolution en route. En 1912, une thèse de doctorat de l'Université de Dijon, présentée par Gounot, dénonçait il est vrai, avec éclat, la mystique de l'*autonomie de la volonté*; elle se refusait à voir dans le volonté libre des particuliers, le principe créateur initial du droit par le contrat; mais, tout en reniant cette mystique, elle voyait, du moins, dans la liberté contractuelle, le meilleur instrument de la création du droit. Or, cette qualité de meilleur instrument du droit, cest-à-dire, de la recherche du bien comun, que le droit nouveau tend à refuser, aujourd'hui, à la liberté des contractants.

Josserand a fait lumineusement apparaître que l'évolution des contrats dégénérât en révolution, dès sa chronique de 1933, sur le contrat dirigé. Il a suivi et marqué ensuite, à travers de nombreux travaux, les signes de cette révolution. Ripert, dans un esprit bien différent, a presque en même temps, appliqué au même phénomène, l'observation aigüe de sa critique juridique. Il a dénoncé l'affaiblissement du droit contractuel par la systématique accordée aux faibles, dont le régime démocratique fait, en réalité, dans l'État de nouveau forts. Sa chronique au Dalloz sur: *Le droit de ne pas payer ses dettes* amorce une satire profonde de l'évolution de notre droit actual. Son livre sur *Le régime démocratique et le Code Civil* établit toute une fresque du droit de classe, en voie de démolir le contrat".

Esta transcrição do relato de Savatier — conquanto embora um tanto longa — serve bem para mostrar o estado de espírito dos juristas ao despertar para as novas realidades, que afrontaram a velha formação contratual ditada pelo *Code*.

O fator fenomenológico causador dessas mudanças, as empresas e seu poder, ficou ensombreada por essa visão saudosa, tanto que Champeau e Paillusseau o considerariam o período de *ignorância* da empresa⁷ que seria seguido pelo período da *descoberta* vários anos depois e por influência do Direito Trabalhista e do Direito Fiscal.

Pouco importa assim que não se tivesse conhecido e firmado o conceito jurídico de empresa (aliás, até hoje, motivo de controvérsias), pois que ela já invadira o cenário jurídico através de várias cunhas (contratos, títulos e organizações) sendo impossível continuar a desconsiderá-la, como ainda hoje ocorre em algumas visões do tema.

Ora, existente a empresa e seu poder (dele diria Roussel ser comparável à da Igreja e das Corporações e muitos o consideram um verdadeiro poder normativo pela possibilidade de impor suas cláusulas às mais fracas e aos consumidores), as velhas teorias e concepções teriam de dar lugar às novas combinações e ajustes na ordem econômica com reflexos na sociedade, e sobretudo assiste-se a intervenção estatal, através de copiosa legislação ora para frear os seus excessos ora (em maior escala, diga-se) para apoiá-la.

Essa intervenção estatal intensa no mundo da economia privada sem dúvida que está por trás de grande número de perplexidades sobretudo quando comparadas à languidez do sistema dos Códigos, como aliás o viu Savatier na longa transcrição que fizemos.

Uma primeira realidade se impõe; a de que os contratos tratados nos Códigos, simplesmente, sem maiores detalhamentos e através sobretudo de normas dispositivas ou supletivas, tornaram-se, sob a pressão das empresas, complexos, e dos mais variados, como os de concentração de sociedades, de grupos, cadeias, em conjuntos, contratos impostos e dirigidos, os quais pela sua novidade e valor dos interesses em jogo reclamavam uma legislação pormenorizada. Passam, assim, as novas formas contratuais a serem consideradas "mecanismos jurídicos" como acentua Ripert⁸ ou maquinismos jurídicos como assinala Ascarelli.

Ainda, recentemente, Paillusseau nos fala dos planejamentos necessários a certos negócios demonstrando a sua complexidade. O seu depoimento é incisivo para bem se entender a situação dos negócios empresariais, a que chama de "contrats d'affaires";⁹ relatando o passado, afirma: "En esa época, la empresa estaba concentrada principalmente en su función de pro-

ducción y se remetía más o menos a los intermediarios para vender sus productos. Era la época de los mayoristas, corredores, comisionistas, concesionarios, agentes de comercio. Los contratos que ligaban a la empresa con sus intermediarios eran bien conocidos. La estabilidad económica relativa de estos modos de distribución no provocaba ninguna revolución dentro de la naturaleza y arreglos de los contratos. Su evolución se debía, sobre todo, a la toma en consideración de los factores sociales. Este tipo de relaciones de negocios no han desaparecido en su totalidad; subsisten en algunos sectores de la actividad. Pero en muchos otros dominios, los modos de distribución de sus productos por la empresa han sido completamente transformados. Esta revolución se debe a varios factores: el advenimiento del *marketing* y del *merchandising*; el considerable desarrollo de la *communication grand publique* y de los medios de esta comunicación; la aparición y desarrollo del comercio moderno (centrales de compra, supermercados, depósitos, etc.) y, por fin, la voluntad de la empresa de producción de desarrollarse rápidamente y de dominar al máximo la distribución de sus productos, en lo posible hasta el nivel del consumidor. El deseo de expansión rápida y la voluntad de controlar la distribución de los productos, han provocado la aparición de nuevos contratos: franquicia comercial (en todos los dominios de la actividad); gestión de actividad (particularmente para la gestión de los hoteles; una cadena de hoteles se encarga de administrar bajo su enseña y según sus métodos, un hotel que pertenece a inversores inmobiliarios, que há sido construido y arreglado según las instrucciones de estos últimos), etc. El desarrollo del comercio moderno ha

originado también la aparición de nuevos contratos, como, por ejemplo, los contratos de *référéncement* o los contratos de *stand*. Estes últimos, mucho menos conocidos, abarcan situaciones y modalidades muy variadas y pueden ser, para un productor un medio de establecer una relación privilegiada con un distribuidor; el productor vende sus productos al distribuidor, y éste los revende a los consumidores; el distribuidor es, pues, propietario de los productos desde su compra y sigue siéndolo hasta la revenda al consumidor; pero, como el productor ha puesto a punto una excelente técnica de venta de sus productos (un *savoir-faire* comercial y de administración) y domina bien el *merchandising*, concluye un acuerdo con el distribuidor con el objeto de la instalación de un *stand* de venta en los locales de este último (generalmente supermercados); este *stand*, que pertenece al productor, es administrado por su personal; las compras efectuadas por los consumidores originan el otorgamiento de un *ticket*, y el pago de las mercaderías se hace en la caja del negocio (el producto de la venta es, pues, a beneficio del distribuidor); aquí el productor interviene simplemente como un prestatario de servicios. En este caso, no se trata más que de un tipo de contrato de *stand*, pero existe una variedad infinita correspondiente a situaciones muy diversas. Algunos son conocidos también bajo el nombre de "Rack-Jobbing". Estes novos contratos aparecen en todos los sectores de la empresa. En el dominio de la concentración de empresas, se trata del contrato de cesión de control; en el dominio de la cooperación permanente o esporádica entre empresas industriales o comerciales, son los *montages* de los centros comerciales, los de *joint-ventures* de las centrales y de las

supercentrales de compra, de las filiales comunes, de los grupos de interés económico (GIE), de los acuerdos momentáneos de empresas, de las sociedades en participación, de los mercados y de los fondos comunes etc. o incluso los contratos concluidos con los adherentes en las cooperativas, etc. Cuando se trata de la actividad de la empresa, son, por ejemplo, los contratos de venta de conjuntos industriales llave en mano, los contratos de "gestión" de actividades, los contratos de *management*, etc. Para el financiamiento está los contratos de *crédit-bail* (*leasing*) mobiliarios o inmobiliarios, los *factoring*, los contratos de cesión o de prenda de créditos comerciales, etc. Son, también, los contratos de *sponsoring* (fianza), toda la variedad de los contratos en materia de informática; todos los que tienen por objeto los derechos de propiedad industrial, etc.." Observa ainda com acuidade, que: "la complejidad de las situaciones y de relaciones económicas y financieras no es más la única razón de la complejidad de los contratos de negocios; ésta resulta también de la existencia de exigencias jurídicas extrañas al propio acuerdo contractual de la situación o de la relación. Así, por no citar más que unas, las consideraciones fiscales, en numerosos casos, van a marcar fuertemente con su impronta los contratos de negocios; puede suceder, incluso, que éstas tengan efectos desmesurados: tal sistema se preferirá a tal otro, sin embargo, más simples, porque sus consecuencias fiscales son más favorables. Todos estos factores contribuyen a la puesta a punto de contratos, de *montages* bastante complejos, combinando el derecho de las obligaciones (de manera amplia); los mecanismos del derecho civil y del derecho comercial, el derecho de bienes y el derecho de es-

tructuras (sociedades, grupos de interés económico, asociaciones). Hay allí lo que podría denominar "alta tecnología jurídica".

Estes exemplos que se ajustam à visão de Ripert sobre os mecanismos jurídicos, podem ser acrescidos em nosso meio de inúmeros outros, dos quais destacaremos, sem preocupação de ordem, vários tipos que se espalham por toda a realidade econômica.

Assim, os chamados "arrendamento" de postos de gasolina, em que, em geral, as instalações pertencem à distribuidora de petróleo; a incorporação, construção e locação de lojas em "shopping centers"; os variados tipos de "leasing" que sofreram modificações nos tipos, interna e externamente,¹⁰ entre nós, com alteração no conceito (antes só para pessoas jurídicas e hoje também para as pessoas físicas, e no internacional, permitida a não devolução do bem, cf. Lei 7.132, de 26.10.83);¹¹ no campo da distribuição, a de concessionários de veículos terrestres e a de representação comercial autônoma (cf., Lei 6.729, de 28.11.79 e Lei 4.886, de 9.12.85, respectivamente) e ainda no campo do comércio internacional o crédito documentado ou documentário; no campo societário, as operações de fusão, incorporação e cisão e ainda os consórcios, sendo de anotar o aparecimento dos contratos ditos *parassociais*, entre os quais, surge como o principal o chamado *acordo de acionistas*; e ainda numa faixa intermediária entre a compra e venda e os societários, o contrato de "*underwriting*" previsto na Lei sobre Mercados de Capitais de 1965.

Pode-se observar, assim, sem maior esforço, que esses tipos de contratos (verdadeiros mecanismos jurídicos) distanciam-se em muito não só dos tradicionais contratos civis (sobre os

quais afinal foi construída a tão decantada teoria geral dos contratos) como também dos contratos mercantis da era pré-empresarial.

Destarte, não é de se estranhar que a regulamentação legal derivada de uma orientação intervencionista estatal, tenha exacerbado o número de leis e de leis com inúmeros dispositivos, visando de um lado abarcar toda a complexidade de certas operações, e de outro atentando para a proteção de certos interesses para forçar um equilíbrio das forças em conflito, como ocorreu entre nós, com a lei sobre representantes comerciais autônomos, sobre concessionários de transportes terrestres e ainda agora, para as relações de consumo, chamada por isso de Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11.9.90).

Não é de estranhar por isso, a crescente série de leis, que entre nós se chamou de fúria legiferante e na França de *decretomania*.

Veja-se a propósito que recentemente atingimos no plano dos decretos do executivo o n. 200.000, tendo sido pelo Decreto Federal n. 1, iniciada uma nova numeração. A propósito dessa tendência, Manoel Gonçalves Ferreira Filho em estudo de 1968, atestava que: "Crise da Lei? Crise legislativa? A referência a essas crises poderá intrigar o leigo, ou o observador desatento e superficial. Como falar em crise da Lei, em crise legislativa quando são tantas as leis e quando a cada instante novas leis se promulgam em toda parte. A multiplicação das leis é fenômeno universal e inegável. Com segurança pode-se dizer que nunca se fizeram tantas leis em tão pouco tempo. No Brasil, por exemplo, durante todo o Império, foram promulgadas cerca de 3.400 leis. Durante a primeira República, de 1891 a 1930, cerca de 2.500 leis. E

de 18.9.46 a 9.4.64, nada menos de 4.300".¹²

Ora, só em leis, veja-se que o seu número subiu para 8.100, hoje, afora os decretos, os decretos-leis, as resoluções, instruções, portarias e Medidas Provisórias.

Mas a questão não se exaure aí, no número de leis; é preciso atentar para a grandiosidade do número de seus dispositivos, o que já levou a serem consideradas *microsistemas normativos*, que alguns até consideram autônomos, pela amplitude pretendida pelo legislador, tentando abranger exaustivamente todos os aspectos da questão regulada. É só conferir o número de artigos de vários desses sistemas normativos, como o da Lei das Companhias brasileiras, com 300 artigos, afora os parágrafos, incisos e alíneas além das referências a outras leis e ainda ao revogado Dec.-lei 2.627/1940. Ainda, agora, o recente Código de Defesa do Consumidor, a que fizemos referência, apresenta-se com 119 artigos, faltando ainda a paciência beneditina que há de inspirar a contagem dos seus parágrafos, incisos e alíneas.

Ora, essa opulência legislativa representada pelo número de leis e leis com grande número de dispositivos, revela quando menos a complexidade das questões reguladas; o exemplo da Lei das Sociedades Anônimas, do Código de Defesa do Consumidor, da Lei de concessão de veículos terrestres, e assim por diante, são característicos, espelhando a realidade do mundo empresarial. Entretanto, observe-se que essas leis apesar do ambicionado, não são completas, e também a sua linguagem deixa muito a desejar. Como já advertia Bobbio a linguagem do legislador nem sempre é rigorosa, correta e completa, competindo ao intérprete essa tarefa. Exemplo dos mais gritantes, pode-se constatar no recente

Código do Consumidor, em que o art. 4.º ao invés de trazer o termo “transparência”, utilizou o de “transferência”, o que torna sem sentido a parte final do dispositivo, obrigando o intérprete a corrigi-lo na leitura.

Por isso mesmo, as normas empresariais apresentam-se com características próprias, que as diversificam em tanto das normas jurídicas em geral, posto que elaboradas com funções específicas, em que prepondera sobretudo o sentido da operacionalidade, da eficácia. Também suas sanções nem sempre são punitivas ou reparatórias apresentando-se ora, sem sanção, ora com sanções premiais, como, por exemplo, as referentes às exportações e certas atividades empresariais, às quais o Estado concede incentivos.

Perante tal quadro não é de espantar a perplexidade dos que ainda permanecem no âmbito da doutrina clássica civilista,¹³ analisando os contratos por esse prisma, lamentando a quebra por assim dizer da teoria antiga da vontade. Temos, aliás, para nós, que, na verdade, a vontade no direito se apresenta como um daqueles temas controversos¹⁴ que acabaram por tomar uma significação específica, perdendo em muito o seu aspecto psicológico, para se transformar em manifestação de interesse; lembremo-nos a propósito, das discussões em torno do conceito e alcance da vontade, a partir da doutrina germânica, com as teorias da “Willentheorie” e a “Erklarungstheorie”; a posição de Betti mencionando sempre a vontade “com a consciência que a acompanha” e inúmeras outras. Ora, a par das críticas daqueles que souberam ver que entre as chamadas manifestações de vontade, havia as provenientes dos que justamente não tinham vontade (incapazes, sociedades, etc.) surgiram também tipos de contratos em que é

difícil identificar uma perfeita manifestação de vontade, como nas relações contratuais fáticas, nos contratos de serviços públicos e nos contratos obrigatórios; o que tudo somado, deixa para o direito, a expressão vontade com significação específica, em que a conotação psicológica se apresenta ora claramente, ora apenas com um caráter de ficção, e que instrumentalmente pode ser entendida como um elemento integrador dos contratos para completar os requisitos tradicionalmente exigidos.

Ora, seria, como é, exagero admitir-se que foi deitada abaixo a autonomia de vontade e a liberdade de contratar, quando na verdade o que se fez, foi desmistificar uma e limitar a outra, com o objetivo de dar operacionalidade a várias fórmulas contratuais e atender a certos requisitos sociais. Veja-se a propósito, o ressurgimento da idéia da *função social do contrato* (como o faz, por exemplo, o nosso Projeto de Código Civil ora em trâmite no Senado Federal, após ter sido aprovado pela Câmara dos Deputados) (634-B, 1975)¹⁵ e do princípio da *boa fé*, que parecendo adormecido desde a sua inserção no Código Civil francês (art. 1.334) ganhou notável atualidade, nos últimos tempos, o que indica uma superação da tradicional teoria geral dos contratos perante a multiplicidade de formas negociais novas e atuais.

Ora, não é inútil insistir que essas transformações na ordem contratual têm suas raízes mais profundas nos negócios empresariais e que neste campo vêm prevalecendo a imaginação e a ousadia para dar-lhes operacionalidade.

Veja-se, por exemplo, o ocorrido com as sociedades por cotas de responsabilidade limitada em que se introduziu em vários países, como a Ale-

manha e a França, a sociedade unipessoal, (o que em certos casos a nossa Jurisprudência já vinha permitindo),¹⁶ o que levou a um sério abalo conceitual da velha tradição contratual das sociedades que deveriam contar ao menos com dois sócios, tendo mesmo Champeaud em recente Seminário sobre Contratos, na França, apresentado memória com o título "Le contrat de société existe-t-il encore?"¹⁷

No Brasil, então a nossa velha lei sobre sociedades por cotas não tem sido usada para uma infinidade de ajustes de interesses? Basta ver, recentemente, a utilização pela "holding" Autolatina, dessa forma de sociedade, que externamente o é, mas internamente é uma verdadeira sociedade anônima, tendo segundo alguns sido burlada a obrigação da lei do anônimo de que os conselheiros residam no País, sobre a qual a legislação sobre sociedades por cotas é omissa.

Todos esses ajustamentos de interesses em associações as mais variadas desde as sociedades tradicionais, passando pelos consórcios e chegando as "joint ventures", trouxeram um novo sopro de vida ao vetusto direito societário e intenta-se até novas classificações, como o fez E. H. Richard.¹⁸

E por outro lado, as transformações nos contratos tradicionais e na criação de novos, já leva ao estudo dos direitos das obrigações como "mecanismos jurídicos das relações econômicas".¹⁹

E, finalmente, temos o surgimento dos contratos de adesão como a manifestação mais expressiva do poder das empresas, o que criou e vem criando um sem-número de perplexidades e discussões. Certo é, contudo, que se trata de uma realidade impossível de ignorar, em nossos dias, e que levaria os vários ordenamentos jurídicos a procurar regulá-los com a intenção cristalina de pôr freios no poder em-

presarial, dando proteção ao consumidor. Foi o que finalmente ocorreu, entre nós, com a edição do Código de Defesa do Consumidor (antecedido de disposição constitucional), em que claramente se responsabiliza a empresa e se defende o consumidor. A copiosa bibliografia a que vem dando ensejo, após o primeiro choque com o rompimento de certos dogmas, verdadeiros tabus para alguns juristas, vai deixando de lado certas colocações da doutrina tradicional e passando a vê-lo, o Código, pelo ângulo da operabilidade e da carga de justiça social que encerra.

Ora, todos esses fatores demonstram de um lado que o contrato não está morto (embora essa asserção tenha sido feita por Gilmore, perante a "common law" e principalmente em relação à doutrina da "consideration") e de outro responde à questão levantada na abertura do Seminário sobre contratos a que nos referimos, por Loïc Cadiet, nestes termos: "Faut-il encore écrire sur le droit des contrats? Tout n'a-t-il pas d'ores et déjà dit?"²⁰

NOTAS

1. O que demonstra que o contrato está cada vez mais vivo, pois do contrário, escrever tanto sobre algo morto, seria uma verdadeira necropsia. Em relação à bibliografia, cf. nosso *Contratos Mercantis*, 6.ª ed., S. Paulo, 1991.

2. Cf., Jean Carbonnier, *Derecho Flexible — Para una Sociología no Rigorosa del Derecho*, trad. esp. da 2.ª ed. francesa, Madrid, 1974, a quem recorreremos para a visão sociológica do tema.

3. Concebida por Sir Henry Symner-Maine, na sua obra: *L'ancien Droit*, Paris, 1871.

4. Cf. o meu *O Conselho Fiscal nas Companhias Brasileiras*, Ed. RT, S. Paulo, 1988.

5. Cf. a propósito, o meu *Titulos de Crédito*, 8.ª ed., S. Paulo, 1991.

6. Cf., R. Savatier, *Les Métamorphoses Économiques et Sociales du Droit Civil d'Aujourd'hui*, 2.ª ed., Paris, 1952, p. 19 e ss.

7. Cf. o meu *A Teoria Jurídica da Empresa*, Ed. RT, 1985.

8. Vale a pena, nesta altura, transcrever a posição de Ripert: "L'emploi de ces titres et de ces comptes n'est pas d'ailleurs seulement le recours à un vêtement qui habilite l'acte juridique pour reprendre les expressions des glossateurs: c'est l'apparition, dans le droit, du *machinisme*. Il y aurait une étude à faire sur la mécanique juridique. On a dénoncé l'abus des constructions abstraites tentées par les juristes. Les mécanismes juridiques n'ont rien d'abstrait; ce sont les praticiens qui les créent, non les juristes. Quand les affaires deviennent tellement complexes et mettent en présence tant de personnes que le contrat ne peut plus suffire, il faut recourir à un mécanisme plus compliqué qui, mis en marche, fonctionne ensuite sans autre intervention de celui qui l'aura animé. Par exemple, une lettre de change circule et se couvre de signatures sans que le tireur sache ce qu'elle est devenue; un titre de bourse est négocié et change de mains, sans que la société sache qui est actionnaire ou obligataire; une société par actions vit sans que certains porteurs de titres se doutent des opérations qu'elle fait et des transformations qu'elle subit. Pourtant toutes ces personnes seront tenues. Le droit civil essaie d'analyser ces opérations; il propose ses vieilles formules, parle de mandat, de novation, de délégation, de stipulation pour autrui. Le commerce ne comprend pas ce langage. Il a ses machines plus perfectionnées que les opérations du droit civil et il les fait fonctionner, encore que parfois le fonctionnement, mal réglé, donne des mécomptes. Ce fonctionnement donne au droit un *caractère mécanique* qui n'est pas d'ailleurs sans danger car il ne permet pas de tenir compte de certaines situations individuelles; il faut parfois que le droit civil, qui reste sous-jacent, vienne corriger l'injustice qui résulterait de ce fonctionnement. On trouvera l'illustration de cette idée dans la partie de ce traité consacrée aux opérations commerciales. Le droit civil n'a presque jamais besoin de ces mécanismes compliqués, car il ne met guère en présence que deux ou trois personnes et le contrat lui suffit. Le droit commercial réunit souvent pour une même opération un grand nombre de personnes; de plus, il soude les rapports juridiques les uns aux autres. Il lui faut donc des mécanismes plus compliqués. On essaie vainement de les faire rentrer dans les catégories du droit civil" (*Traité Élémentaire de Droit Commercial*, at. p/ René Robert, 7.^e ed., Paris, 1972, pp. 37-38).

9. Cf., J. Paillusseau, "Les Contrats d'Affaires", in *Le Droit Contemporain des Contrats*, Ed. Paris, 1987, trad. para o espanhol, como "Contratos de Negocios", in *Rev. del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, n. 125, out./1988, p. 731 e ss.

10. Cf., *Tipicità e Atipicità nei Contratti*, obra coletiva, Milão, 1983; Giorgio de Nova, *Il Tipo Contrattuale*, Pádua, 1974; Giovanni B. Ferri, *Causa e Tipo nella Teoria del Negozio Giuridico*, Milão, 1966.

11. Cf., o meu já citado, *Contratos Mercantis*.

12. Cf., *Do Processo Legislativo*, S. Paulo, 1968, p. 11.

13. Cf., Jean-Christian Serna, *Le Refus de Contracter*, Paris, 1967.

14. Como a personalidade jurídica, por exemplo. Na abertura do Seminário, em 1960, sobre as pessoas jurídicas, afirmava René David: "La théorie des personnes morales et, peut-il sembler, les expressions mêmes de personne morale et de personnalité morale, datent du XIX siècle. On avait, jusque-là, vécu sans faire appel à cette notion; subitement, sous l'impulsion de la doctrine allemande principalement elle est passée au premier plan vers le milieu et dans la seconde moitié du XIX siècle, suscitant en tous pays des discussions passionnés; théorie de la fiction et théorie de la réalité des personnes morales s'affrontent à son sujet; une multitude de théories s'élaborent sur le même thème. Il est curieux de constater comment dans le droit, comme en toute autre chose, il existe des modes. Les questions qui ont passionné les juristes d'il y a cinquante ou cent ans paraissent aujourd'hui non pas seulement dépassées, mais bien souvent artificielles; leurs discussions nous semblent vides de substance et stériles, et nous avons peine à comprendre comment de grands esprits — car il s'agit indubitablement de grands esprits — ont pu, en autre temps, se passionner pour elles. Nous trouvons vain aujourd'hui de discuter sur la nature des personnes morales; il nous paraît clair comme le jour qu'il n'existe pas à proprement parler de "personnes" morales, ou que celles-ci, si l'on veut s'exprimer autrement, sont essentiellement différentes des individus, personnes physiques. Sans dout continuons-nous à parler de personnes morales, ou à employer d'autres expressions similaires (personnes juridiques, personnes civiles, personnes fictives, personnes artificielles, personnes qui ne sont pas de personnes physiques); mais c'est là simplement pour nous une manière commode de nous référer à différentes règles; c'est là, comme

dit le Dr. Drobning, une simple règle de renvoi" (*Verweisungsnorm*).

15. Cf. a propósito no texto, os arts. 113, 187, 421, 422, 2.063, parágrafo único.

16. Cf., o meu *Sociedades Comerciais (Empresa e Estabelecimento)*, 3.ª ed., S. Paulo, 1991.

17. Cf., *Le Droit Contemporain des Contrats*, coord. de Loïc Cadjet; Paris, 1987, p. 125 e ss.

18. Cf., "Contratos asociativos o de colaboración — Clasificaciones", in *Rev. del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, B. Aires, n. 136-138, jul.-dez./1990.

19. Cf., Philippe Malinvaud, *Les Mécanismes Juridiques des Relations Economiques — Droit des Obligations*, 4.ª ed., Paris, 1985.

20. Cf., "Interrogations sur le droit contemporain des contrats", in ob. cit., p. 7.

ATUALIDADES

A NOVA LEI ANTITRUSTE BRASILEIRA: CRÍTICAS E SUGESTÕES

MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO

I — APRESENTAÇÃO

1. O Presidente da República, com base no art. 62 da Constituição Federal, fez publicar no *Diário Oficial da União* que circulou em 3.8.90 a Medida Provisória 204, de 2.8.90, através da qual instituiu normas para a defesa da concorrência. A Medida foi reeditada com alterações através das MP 218, 246 e 276 vindo a se transformar na Lei 8.158, de 8.1.91, que teve algumas inovações em relação ao texto original.

2. A matéria, que encontra fundamento no art. 173, § 4.º, da Lei Maior, vinha, há algum tempo, sendo objeto de estudos, tanto na órbita do Poder Executivo, como no Poder Legislativo, sempre com vistas à substituição da atual Lei 4.137, de 10.9.62 — que regula a Repressão ao Abuso do Poder Econômico.

3. O Dr. Paulo Brossard, então Ministro da Justiça (hoje com assento no Egrégio STF), através da Portaria de 10.8.88, nomeou uma comissão de juristas estudiosos do assunto, a saber, Carlos Francisco Magalhães, José Ignácio Franceschini, Washington Peluso Albino de Souza e Alberto Venâncio Filho, como Presidente, tendo sido elaborado um Anteprojeto de Lei Antitruste publicado no *DOU* de 22.12.88, fls. 2.436, por determinação do pró-

prio Ministro da Justiça através da Portaria 704, de 1.12.88.

4. Em seguida, o CADE — Conselho Administrativo de Defesa Econômica, órgão autônomo vinculado à estrutura do Ministério da Justiça, fez realizar nos dias 28 a 30.6.89, na sua sede, em Brasília, o III Seminário Nacional sobre Abuso do Poder Econômico, onde os diversos segmentos ligados ao tema (tais como a Confederação Nacional da Indústria, a FLUPEME, a Confederação Nacional do Comércio, o Conselho de Defesa do Consumidor, Ordem dos Advogados do Brasil, Conselhos Regionais de Economistas, Administradores e Contadores, além de Professores de Direito Econômico e Representantes de escritórios de Advocacia que atuam perante o CADE), foram chamados a debater o Anteprojeto supramencionado. O cuidado no trato do assunto foi tanto que até técnicos e autoridades do Japão, cuja legislação antitruste é considerada uma das mais avançadas do mundo, foram especialmente convidados para fazerem exposições.

5. Tivemos a honra de participar do evento, inclusive integrando a comissão especialmente designada para a análise crítica do projeto, onde oferecemos diversas sugestões, algumas das quais, publicadas nos anais do evento — *Revista de Direito Econômico do CADE*, n. 6, pp. 22 e 33 — se fizeram

presentes no Projeto de Lei 3.845/89 apresentado pelo Dep. Federal Hélio Rosas.

6. Lamentavelmente, a evolução dos estudos não prosseguiu a contento. A desorganização dos trabalhos do Congresso Nacional, motivada não apenas pelo período eleitoral mas, sobretudo, pela avalanche de medidas provisórias, que tumultuaram por completo o normal funcionamento do Legislativo, levaram, mais uma vez, à adoção do mecanismo emergencial, abandonando a saudável e democrática prática do debate, desperdiçando idéias e experiências que em muito contribuiriam para o aprimoramento do direito e das instituições.

7. E, o que é pior, além da duvidosa oportunidade em que foi apresentada a MP 204/90 (em meio a um “disfarçado” recesso parlamentar para a campanha eleitoral), a pressa em impor um novo diploma legal acabou por fazer surgir uma aberração jurídica, repleta de inconstitucionalidades, imperfeições técnicas e incorreções.

8. Já no trato das questões penais, onde se procurou tipificar um *crime* de abuso de poder econômico, o próprio Presidente reconheceu seu equívoco ao utilizar-se de forma de Medida Provisória (a de n. 153/90), cancelando-a através de outra Medida Provisória (a de n. 175/90). É que tem se firmado o entendimento de que a regulação de matéria penal por Medida Provisória não se ajusta ao Texto Constitucional, especialmente em face do princípio da reserva legal (art. 5.º, XXXIX).

9. Acabou sendo aprovada a Lei 8.137, de 27.12.90, que trata dos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo.

10. Nesta sangria legislativa, cumpre agora analisar outro diploma legal autônomo, também de natureza represiva e já em vigor. Trata-se da Lei 8.158, de 8.1.91.

II — APRECIÇÃO

1. Aspectos Constitucionais

1.1 A Constituição Federal promulgada em 5.10.88, ao dispor em seu Título VII sobre a “Ordem Econômica e Social”, estabeleceu em seu art. 170, parágrafo único, o Princípio da “Liberdade de Iniciativa”, assegurando a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

1.2 A Lei Maior esclarece que o Poder Público só intervirá na atividade econômica para exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento e excepcionalmente explorando ele próprio atividade econômica quando assim o exigir a segurança nacional ou relevante interesse coletivo.

1.3 Dentre as hipóteses de intervenção na atividade econômica, previu o art. 173, § 4.º, da CF, que a “lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

1.4 Daí surgiu a Medida 204, que não pretendeu substituir a Lei 4.137, de 10.9.62, julgada em muitos aspectos incompleta e carecedora de aperfeiçoamentos, como se percebeu nos diversos estudos realizados. O objetivo, segundo já relatou o Prof. Tércio Sampaio Ferraz, foi adotar um mecanismo de aplicação imediata, combatendo uma alegada ineficiência e mo-

rosidade do CADE, sem, contudo, extingui-lo. Daí a criação da Secretaria Nacional de Direito Econômico. Passava o País por mais um regime de desgelamento de preços.

1.5 Não há, pois, qualquer sistematização na positivação do direito ou na criação de órgãos. Além desses três diplomas já abordados, há, ainda, o Código de Defesa do Consumidor, que, por sua vez, prevê outros órgãos públicos "incrementando o tiroteio burocrático".

2. Visão global

2.1 A Lei 8.158/91 tem 23 artigos (a MP 204/90 tinha apenas 14), sem capitulação, que tratam da atuação da Secretaria Nacional de Direito Econômico, e ainda da composição e competência do CADE. Mantém a legislação em vigor, inovando o processo de acordo com a nova estruturação dada aos órgãos.

3. Órgãos de repressão ao Abuso do Poder Econômico

3.1 Algumas modificações foram introduzidas desde a edição da MP 204/90, ressaltando a exclusão do Departamento Nacional de Proteção e Defesa Econômica — DNPDE, com a MP 276. A Lei, nesse ponto, não ousou, com vistas à solução de uma série de problemas existentes com a imensa máquina administrativa. Limitou-se a adaptar a legislação em vigor à nova Constituição, mantendo o CADE como o órgão julgador de infrações tipificadas como abusivas de poder econômico. Com isso, não adentrou no cerne da questão que tem-se sustentado, no sentido de que órgãos como a SUNAB, por exemplo, deveriam desaparecer, por inconstitucio-

nais, melhor aparelhando-se o CADE para exercer, também, a defesa do consumidor (a defesa do *consumidor* já é tutelada com a defesa do *mercado*, o inverso é que não cabe).

3.2 É que a Lei de Repressão ao Abuso do Poder Econômico deveria englobar a defesa do consumidor, já que é este, em última análise, o destinatário final do interesse jurídico tutelado pelo art. 173, § 4.º da CF. A Lei Maior, entretanto, determinou a elaboração de um Código de Defesa do Consumidor — ADCT, art. 48 — cujo objeto é menos abrangente que o da Lei de Defesa da Concorrência, que tutela o mercado e as empresas que nele atuam.

3.3 O que se fez (inovando para pior os projetos já mencionados) foi desestruturar o CADE, mantendo-lhe a competência repressiva da Lei 4.137/62 mas retirando de sua estrutura a Secretaria Administrativa, cujo papel passa a ser desempenhado pela Secretaria Nacional de Direito Econômico. Em outras palavras, ao invés de se enxugar a Administração, na esteira da reforma administrativa que vem ocorrendo, deu-se personalidade a mais um órgão público.

3.4 O CADE, criado pela Lei 4.137, de 10.9.62, com *status* de órgão autônomo, *vinculado* (e não *subordinado*) ao Ministério da Justiça e dotado de uma estrutura administrativa, perde, assim, toda a condição de independência e de adequado aparelhamento. Passa a ser mero conselho julgador, *subordinado* ao Ministro da Justiça.

3.5 Mesmo a sua função julgadora fica prejudicada, pois não interfere na fase probatória, totalmente conduzida pela SNDE. Igualmente dificultada está a sua função consultiva, prevista no art. 10, em virtude da ausência da indispensável estrutura administrativa.

4. Composição do CADE

4.1 A Lei 8.158/90, como a Lei 4.137/62 e o Projeto Hélio Rosas, mantém o Conselho com cinco integrantes (o anteprojeto do Ministério da Justiça previa seis conselheiros e dois suplentes).

4.2 O Anteprojeto do Ministério da Justiça mantinha o CADE como órgão encarregado também da *fiscalização* dos abusos de poder econômico, sem, contudo, definir-lhe a natureza jurídica, aspecto esse que já vinha da Lei 4.137/62, razão pela qual não há como fugir aos entendimentos doutrinário e jurisprudencial dominantes, segundo os quais o CADE, não tendo personalidade jurídica própria, não tem capacidade para estar em Juízo, devendo ser representado perante o Poder Judiciário através de Advocacia Geral da União. Daí não ser possível admitir-se a competência atribuída pelo art. 8.º para que o Procurador-Geral do CADE proponha ações.

4.2.1 Seria salutar o aumento da composição do CADE, de 5 (cinco) para 6 (seis) membros, de modo que se possibilitasse a sua divisão em Câmaras julgadoras e a atribuição de competências ao Plenário, inclusive para uniformizar os julgados.

4.2.2 Caberia, também, o reconhecimento de que é de importância fundamental a mesclagem na sua composição, entre juristas e economistas, já que os interesses que estão em jogo não são apenas jurídicos. Vale notar que o III Seminário sobre Abuso de Poder Econômico sugeriu, ainda, a presença de Administradores e Contadores.

4.2.3 Deveria se submeter à aprovação pelo Senado Federal o nome indicado pelo Presidente da República, mediante proposta do Ministro da Justiça, para a Presidência do CADE.

Conferir-se-lhe-ia, assim, um respaldo e uma segurança que resultariam em total isenção no exercício das funções.

4.2.4 Aliás, a aprovação prévia pelo Senado Federal, antecedendo a nomeação pelo Presidente da República, deveria, da mesma forma, integrar o critério de nomeação dos demais membros (conselheiros) do CADE.

4.2.5 Ao contrário, a lei, pretendendo manter esvaziado o CADE, preferiu retirar toda essa isenção dos seus Conselheiros, nomeados e demissíveis *ad nutum* pelo Presidente, o que pode fazer dos seus julgados um benefício ou uma perseguição, dependendo de quem seja a parte.

4.2.6 Melhor andaria se sugerisse a indicação dos Conselheiros através de lista tríplice elaborada por um colegiado dos órgãos representantes dos sindicatos patronais — Confederação das Indústrias, do Comércio, da Agricultura e dos Transportes — que são, diretamente, as interessadas na proteção da concorrência e do livre acesso ao mercado, sujeitando-se o nome escolhido pelo Presidente da República à aprovação pelo Senado Federal.

4.2.7 Ou, ainda, como debatido no III Seminário sobre Abuso de Poder Econômico, por indicação dos Conselhos Federais de Advogados, Economistas, Administradores e Contadores. Mas, enfim, que houvesse um respaldo da sociedade e/ou dos técnicos e não apenas um critério político.

5. Procuradoria do CADE

5.1 A Lei 8.158/91, na contramão do processo evolutivo, nada estabeleceu sobre o tema, frise-se, num firme propósito de manter o que existe (e não funciona).

5.2 O Anteprojeto do Min. Paulo Brossard regulava a organização e a competência da Procuradoria do

CADE, que seria composta por Procuradores designados mediante requisição dentre membros do Ministério Público Federal e Estadual.

5.2.1 Incidia, assim, em grave inconstitucionalidade por violar os princípios institucionais do Ministério Público estabelecidos no art. 127, § 1.º, da CF, que são a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

5.2.2 Os cargos e a sua distribuição, bem como a criação de órgãos do Ministério Público constituem matéria objeto de sua própria iniciativa, não podendo fazê-lo o Poder Executivo ou o Legislativo, mormente disposto em lei federal sobre membros do Ministério Público Estadual, nem, menos ainda, sujeitar a atuação desses membros do Ministério Público a dispositivos da "Lei do CADE".

5.2.3 Deve haver uma Procuradoria junto ao CADE, com a finalidade de dar início ao Processo Administrativo e fiscalizar a correta aplicação da lei, mas com seus integrantes sem vinculação ao Ministério Público, instituição autônoma e indivisível. Mais conveniente e correto seria a requisição de tais Procuradores junto à Advocacia-Geral da União.

5.3 Foi o que fez o Projeto Hélio Rosas, que previu, em seu art. 19, essa vinculação, apoiando, assim, nossa proposta no referido Seminário.

6. Apuração das Ocorrências

6.1 A consequência fundamental da bipartição do CADE não ficou no campo estrutural. Esvaziou-se a sua competência para aplicar sanções e apreciar a adequação das representações.

6.2 Compete-lhe, diretamente, instaurar o processo administrativo sem contudo, participar de sua instrução ou do cabimento da representação.

6.3 Criou-se, assim, uma semelhança com o Processo Penal, onde há a figura do Inquérito Policial e a Ação Penal, com dois gravíssimos inconvenientes.

6.3.1 O inquérito policial tem um acompanhamento de sua legalidade pelo Poder Judiciário, além da adequada orientação do Ministério Público na sua intervenção.

6.3.2 O inquérito policial, por si só, não gera consequências contra a pessoa do indiciado, que só é punido após a aplicação da pena pelo Judiciário. Aqui, a SNDE pode, desde logo, aplicar sanções.

6.4 Nas propostas mencionadas, a única diferença relevante entre o Projeto Hélio Rosas e o Anteprojeto do Ministério da Justiça é que no primeiro a apresentação de representação impõe, necessariamente, uma fase de sindicância (art. 15, § 1.º), ao passo que na do Ministério da Justiça o Conselheiro Relator poderá dispensá-la, instaurando diretamente o processo administrativo.

6.5 A sugestão do Dep. Hélio Rosas permitia uma maior aplicação do Princípio da Moralidade Administrativa consubstanciado no art. 37, *caput*, CF, pois, apesar do delicado aspecto da sindicância processar-se sigilosamente em relação ao indiciado, impedir-se-ia que, sem a devida e precisa caracterização do fato abusivo, fosse instaurado o processo administrativo, com graves consequências, jurídicas, econômicas e morais contra o acusado, e, ainda, como quer a Lei 8.158/91, que já se apliquem penas.

6.6 Parece que a Lei 8.158/91, ao dispor em seu art. 7.º, que a SNDE encaminhará o processo ao CADE para as "medidas de competência", não retirou-lhe o poder de realizar essas "averiguações preliminares" e "sindicâncias". Entretanto, antes mes-

mo dessa fase, o "pseudo-indiciado", já está sofrendo as conseqüências.

7. Infração à Ordem Econômica

7.1 A Lei 8.158/91 atinge aí o auge de sua inconstitucionalidade.

7.2 Leia-se o seu art. 1.º, *in verbis*: — "Compete à Secretaria Nacional de Direito Econômico do Ministério da Justiça, apurar e propor em medidas cabíveis com o propósito de corrigir as anomalias de comportamento dos setores, empresas ou estabelecimentos, bem como de seus administradores e controladores, capazes de perturbar ou afetar, direta ou indiretamente, os mecanismos de formação de preços a teor e concorrência, a liberdade de iniciativa ou os princípios constitucionais da ordem econômica".

7.3 A partir dessa genérica (ou até inexistente!) definição de "anomalias" (oriunda do decreto criador do CIP), a lei desce a aspectos procedimentais sobre as sanções aplicáveis, a remessa do processo ao CADE, o andamento dos atuais processos, os recursos e até mandato dos Conselheiros do CADE.

7.4 A genérica tipificação das infrações (art. 3.º), que utiliza a expressão "tais como", é totalmente incompatível com a legislação repressiva, fere o princípio da legalidade consubstanciado no art. 5.º, II, CF, segundo o qual: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

7.5 Vale frisar que o princípio da legalidade estrita do direito penal se aplica a toda e qualquer legislação repressiva (inclusive tributária e administrativa), não podendo ficar ao livre alvedrio da SNDE dizer o que é ou não perturbador da concorrência, utilizando-se de uma enumeração exemplificativa.

7.6 É certo que não se precisa chegar ao exagero do Anteprojeto enco-

mendado pelo ex-Ministro Paulo Brosard, mas algum parâmetro deve existir para delimitação desses fenômenos que são econômicos e não jurídicos (o Direito Europeu, por exemplo, cuida da matéria em dois artigos do Tratado de Roma — 85 e 86).

7.7 Pune-se, até mesmo, a tentativa, não se procurando exigir a concorrência do ato meio com o ato fim, para obtenção de um *resultado* (art. 3.º), o que deixa dúvida em relação ao teor do art. 173, § 4.º, da CF, que determina a repressão do *abuso* (e não da tentativa do abuso). A punição é prevista ainda que não haja intenção (art. 22), quando o art. 173, § 4.º, da CF, utiliza-se da expressão "que vise a" em relação ao ato dito abusivo.

8. Julgamento do Processo Administrativo

8.1 Deveria prevalecer o Projeto Hélio Rosas, que previa o julgamento em duas instâncias, sendo a primeira da competência da Câmara e a segunda, em grau de recurso, do Plenário, o que encontra-se em total consonância com o que foi sustentado no item 4.2.1 supra.

8.2 O art. 13 da Lei 4.137/62 prevê o julgamento em única instância com execução de decisão interventiva pelo Poder Judiciário (art. 48). Pode-se interpretar, agora, com a subordinação do CADE ao Ministro da Justiça, que, entre os recursos previstos no art. 21, cabe recurso das decisões do CADE àquela autoridade.

8.3 Já o Anteprojeto do Ministro Brosard previa o julgamento em duas instâncias, sendo a primeira em decisão monocrática do Conselho (art. 18, "a") e a segunda pela Câmara.

8.4 Tanto o julgamento em instância única como o juízo monocrático devem ser combatidos por não refle-

tirem a sistemática processual vigente no País e nem conferirem segurança e isenção aos julgados.

8.5 Lastimável foi que a Lei 8.158/91 instituiu recurso para as decisões mas em nada inovou quanto à filosofia, permanecendo o poder monocrático e a total subordinação ao Ministro da Justiça.

9. Cessaçãõ de compromissos

9.1 Não prevista na Lei 4.137/62 e nem na Lei 8.158/91, a declaração de *nolo contendere*, oriunda do Direito norte-americano, foi contemplada nas duas proposições que deveriam ser apreciadas pelo Congresso Nacional, embora o trabalho do Ministério da Justiça, fizesse, em seu art. 102, § 1.º, uma importante distinção de que o compromisso, embora implique numa confissão quanto à matéria de fato, não configura reconhecimento da sua ilicitude ou tipicidade como forma de abuso de poder econômico, distinção que deve estar prevista no art. 36 do Projeto de Lei 3.845/89. O acolhimento dessa inovação em muito agilizaria o combate a eventuais abusos e evitaria arbitrariedades.

9.2 O atendimento à "recomendação" do art. 7.º da Lei 8.158/91 implica em reconhecimento de culpa, pois a "recomendação" (coercitiva) só vem após a verificação da procedência da representação.

10. Consulta

10.1 A MP 204/90, tal como o Projeto Hélio Rosas não mencionou originalmente o instituto da Consulta, previsto no art. 36 do anteprojeto do Ministério da Justiça. Tal instrumento salutar, que se adequa ao direito de informação contido no art. 5.º, XXXIII, da CF e está previsto em diversas leis que tratam de processos administrativos, só veio a constar da

lei por emenda do Congresso (já que a última reedição da MP 204/90, que foi a de 276/90, também não cuidou do tema).

10.2 Esse, aliás, deveria ser o mecanismo adotado como substitutivo do exame e anuência *prévia* da SNDE em relação aos ajustes, acordos ou convenções, sob qualquer forma manifestados, que "possam" limitar ou reduzir a concorrência. Estabelece o art. 13 da Lei 8.158/91, que deu nova redação ao art. 74 da Lei 4.137/62, que tais atos somente serão considerados válidos após a apreciação da SNDE.

10.3 Criou-se, assim, uma presunção de invalidade e uma forma de intervenção na vida da empresa sem que tenha se manifestado qualquer abuso, o que parece não encontrar o amparo do art. 173, § 4.º, da CF (que autoriza a repressão quando ocorrer o abuso).

10.4 Melhor se encaixaria que, se o interessado tivesse dúvida, pedisse a instauração do processo de consulta (art. 74, § 5.º, da Lei 4.137/62, com a redação dada pelo art. 13 da Lei 8.158/91).

III — CONCLUSÃO

1. Como pode se verificar, a nova lei brasileira de defesa da concorrência está longe de ser um primor. Os seus próprios idealizadores reconhecem que foi um diploma elaborado às pressas, já que o Governo empossado em 15.3.90 não dispunha de um Programa Antitruste.

2. Trata-se de absoluto reconhecimento da falta de tradição brasileira em matéria de legislação antitruste, fruto de uma atividade estatal altamente intervencionista e de uma economia totalmente regulada, que, naturalmente, impedem o desenvolvimento desse ramo do Direito.

3. O que aconteceu nesse círculo vicioso foi um desprestígio do CADE, que até a gestão do Dr. Werter Faria, sempre teve um corpo de conselheiros formado por políticos em fim de carreira, com baixos salários e impedimento para o exercício da advocacia, os quais eram convocados para deliberarem sobre tema bastante complexo, sem disporem, para tanto, de uma estrutura administrativa compatível. Não era nada atraente!

4. Tudo isso gerou uma ineficiência que agora fica eternizada com a desestruturação do CADE e criação de *mais um órgão e mais uma lei*, sem se definir uma filosofia para a atuação governamental (como nos EUA, onde existem as "guidelines").

5. É sabido que já se fala em uma revisão de toda a legislação antitruste brasileira e, para tanto, o CADE já promoveu mais um Seminário sobre o tema, onde participaram vários especialistas do exterior.

6. Urge, pois, que tal reformulação retome o processo de participação da sociedade, interrompido desde a adoção da MP 204/90, de modo a que a nova legislação reflita as preocupações e os anseios do mercado, facilitando, assim, a sua assimilação. O País já está farto de "leis que não pegam"!

7. Nessa nova fase, é fundamental que o Governo, estimulando a competitividade e a captação de novas tecnologias, exerça, adequadamente, o seu papel constitucional de *fiscalizador* da atividade econômica, dispondo de mecanismos capazes de reprimir os abusos.

8. É preciso que se veja que, no atual momento de recuperação da economia brasileira, com vistas à competitividade internacional, serão necessárias grandes associações e acumulação de capitais. Isso não é, por si só, um

mal ou um abuso, passível de repressão ou de uma presunção de ilegalidade. Assim como não são os monopólios naturais, decorrentes do pioneirismo ou da eficiência superior. Tais situações devem ser acompanhadas de perto, mas não repudiadas, como vem se alardeando. Do contrário, o Brasil continuará à margem dos grandes investimentos. Conceitos como a *razoabilidade* da restrição (do Direito americano) e da *sensibilidade da restrição no mercado* (do direito comunitário europeu) devem ser mais difundidos, para reprimir-se apenas aquilo que é lesivo ao mercado (sem protecionismos paternalistas que premiam a ineficiência).

9. Daí a necessidade de um órgão independente e bem aparelhado, ao invés de vários departamentos e agências sem nenhum poder e total dependência de uma autoridade central. Isso contraria os mais modernos princípios de Administração Pública, que preconizam a desconcentração e a descentralização. A existência de "câmaras setoriais de preços" é motivo de piadas no resto do mundo, pois assemelha-se à legalização dos cartéis, onde os concorrentes sentam à mesa com o Governo para combinarem os preços.

10. A revisão da legislação antitruste (assim como a legislação de propriedade intelectual e direito ambiental) deve passar, também, por um processo de negociações diplomáticas, com vistas a corrigir as distorções que levaram o País a ficar alheio às novas tecnologias, o que tem caracterizado, a nível internacional, um abuso de poder econômico dos países desenvolvidos em relação aos países em desenvolvimento.

11. A permanecer a atual situação de "provisoriamente", reinará a insegurança que afasta os investidores de que o País tanto precisa para retomar um nível razoável de crescimento.

INTERNATIONAL INITIATIVES

Regarding the harmonisation of rules having an effect on payment, funds transfers, and bankruptcy *

GREGOR HEINRICH

A) INTRODUCTION

In the summer of 1991 the United Nations Commission for International Trade Law (UNCITRAL) discussed a Model Law on International Credit Transfers;¹ its adoption is envisaged for 1992.

This endeavour by the UNCITRAL Working Group on International Payments is probably the most thorough law reform initiative regarding payments currently under discussion in an international framework. The Model Law is designed to produce a comprehensive body of rules to govern relations between parties to funds transfer transactions. These rules are not intended to be part of an international convention, but will be addressed to legislative bodies for adoption as statutory law. As discussed in the Working Group, a Model Law would be more flexible than a convention because countries would be able to take those parts of it which they find useful and adapt them to their needs.²

In 1986 UNCITRAL decided to begin preparing model rules which

were at first limited to electronic funds transfers.³ Later, the draft Model Law was expanded to cover to any form of credit transfer as long as such a transfer was "international", which, under art. 1 of the present draft, applies to "a credit transfer where a sending bank and its receiving bank are in different States".⁴ A "credit transfer" (as distinguished from a "debit transfer") is understood to include "one or more payment orders, beginning with the originator's payment order, made for the purpose of placing funds at the disposal of a beneficiary".

UNCITRAL's international undertaking paralleled the United States domestic project to incorporate a new article — 4A "Funds Transfers" — into the Uniform Commercial Code (UCC).⁵ Art. 4A has, to a certain degree, had an impact on UNCITRAL's Model Law. On the one hand, the US legislative initiative had begun earlier and was always "ahead" of the discussions at UNCITRAL; on the other hand, both sets of rules address similar problems and have resulted from the desire to eliminate the uncertainties that exist with regard to the judicial nature of a funds transfer, and consequently the rights and obligations that are created as soon as more than one national jurisdiction is involved.⁶

* This presentation reflects the personal opinion of the author and not necessarily that of the Bank for International Settlements. This aug text is an up-dated version of an article published in *RDAl/IBLJ* (Paris), 1991, pp. 315-327.

UNCITRAL's Model Law and Art. 4A are not the first and only initiatives that aim to standardise certain questions arising in the context of international payments.⁷ Particularly in the light of rapid technological changes in the banking world and the increasing automatisisation of payment transactions, there is an increasing need for information⁸ and harmonisation at an international level.

A number of initiatives exist with a view to harmonising rules that directly address such issues as payments or funds transfers; others, such as those regarding bankruptcy or consumer protection, have a more indirect effect on payment issues. Some are in the form of conventions, others in the form of standard contractual clauses, recommendations or guidelines. Some of the initiatives have not been as successful as others and have not been adopted as national laws. However, some of the draft conventions have had an important indirect impact insofar as they have served as models for some of the rules laid down in other conventions or national statutes.

The following list — which does not claim to be exhaustive — is meant to serve as a quick reminder of such initiatives. The presentation is systematic, providing information — where available — on the title of the initiative, the place and date of its conclusion, a brief description of its contents, and a selection of essential bibliographical references.

B) INTERNATIONAL INITIATIVES **

I — Place of payment / Time of payment / Time limits⁹

** (a) Title; (b) place and date; (c) in force?; (d) ratification; (e) (further) signatures; (f) contents; (g) source; (h) literature.

1. Council of Europe:

a) European Convention on the Place of Payment of money Liabilities / Convention Européenne relative au lieu de paiement des obligations monétaires.

b) Basle, 16.5.72.

c) Not in force; requirement: 3 ratifications. However, the clauses were incorporated into other Conventions, such as the UNCITRAL and Hague Conventions on sale of goods.

e) A, D, NL.

f) The Convention consists of five articles. Payment shall be made at the creditor's habitual residence at the time of payment (art. 2.1); where payment is to be made at a different place, any increase in the expenses or any financial loss resulting from the change in the place of payment shall be borne by the creditor (art. 4).

g) *Council of Europe*, Explanatory Report on the European Convention on the Place of Payment of Money Liabilities (Strasbourg, 1972; ISBN 92-871-0457-3).

2. Council of Europe:

a) European Convention on the Calculation of Time Limits / Convention Européenne sur la computation des délais.

b) Basle, 16.5.72.

c) In force: 28.4.83 (requirement: 3 ratifications).

d) A = 11.8.77; FL = 27.1.83; LUX = 10.10.84; P = 20.11.79; CH = 20.5.80;

e) B, F, D, I, S.

f) The Convention consists of seven articles. Time-limits expressed in days, weeks, months or years shall run from the *dies a quo* at midnight to the *dies ad quem* at midnight (art. 3.1).

g) *Council of Europe*, Explanatory report on the European Convention on the Calculation of Time-Limits (Strasbourg, 1973; ISBN 92-871-0458-1).

3. *Hague Diplomatic Conference:* °

a) Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods / Convention portant sur la vente internationale des objets mobiliers corporels.

b) The Hague, 1.7.64.

c) In force 18.8.72, following ratification by five States:

d) B, GB, Israel, NL, San Marino.

e) Further signatures, ratifications or adhesions: D, Gambia, I (Italy notified the denunciation on 11.12.86 but declared that the Convention was to remain valid until 31.12.87; also in Germany, the Act by which it acceded to the UN-Sales Convention, repealed the Hague Conventions of 1964; see below I.5.c).

f) The purpose of the Uniform Law (104 articles) — that was elaborated together with a Convention and uniform law on the formation of contracts for the international sale of goods — was to eliminate as far as possible the application of rules of private international law (art. 2). The law applies to contracts of sale of goods entered into by parties whose places of business are in the territories of different states, independent of the nationality of the parties (art. 1). The application of the law may, however, be excluded by express or implied agreement (art. 3). With regard to the *place of payment*, the buyer shall in principle pay at the seller's place of business/habitual residence, "or, where payment is to be made against the handing over of the goods or of documents, at the place where such handing over takes place" (art. 59.1).

"Where, in consequence of a change in the place of business or habitual residence of the seller subsequent to the conclusion of the contract, the expenses incidental to payment are increased, such increase shall be borne by the seller" (art. 59.2). Where the parties have agreed upon a *date for the payment* or where such date is fixed by usage, the buyer shall, without need for any other formality, pay at that date (art. 60).

g) *UNTS* 834/169.

h) Dölle, *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht* (München, 1976) (with a reprint of the Convention and Uniform Law in English, French, and German on pp. 771-803); Graveson/Cohn/Graveson, "The Uniform Laws on International Sales Act 1967" (London, 1968); Honnold, "The 1964 Hague Conventions and Uniform Laws on the International Sale of Goods": *Am. J. Comp. L.* 13 (196) 326 ff.; Ndulo, "The Vienna Sales Convention 1980 and the Hague Uniform Laws on International Sale of Goods 1964: A comparative analysis", *I.C.L.Q.* 38 (1989) 1-25; Padovini, "La vendita internazionale dalle convenzioni dell'Aja alla convenzione di Vienna", *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.* 23 (1987) 47-58.

4. *International Law Association:*

a) Model rules on the time of payment of monetary obligations.

b) Seoul, (62nd Conference) aug./1986.

f) Four rules were laid down. Basic rule: payment is deemed to be made at the moment when the amount due is effectively put at the disposal of the creditor (Rule 1). Payment by bank or giro transfer, including electronic funds transfer, is deemed to be made at the moment when the amount due has been unconditionally credited

to the creditor's account (Rule 2). Rule 3 concerns payment by cheque, rule 4 payment by unconditionally guaranteed instrument of payment.

g) International Law Association (ILA), Report of the 62nd Conference held at Seoul, august 24th to august 30th 1986 (ILA: London, 1987) 24-25 (explanatory notes to draft model rules: 497-510, minutes of working session: 511-514); *ILA*, Report of the 63rd Conference held at Warsaw, august 21st to august 27th 1988 (ILA: London, 1988) 457 (remarks, definition and notes by Boechoten/Smits: 440-453).

h) The model rules draw heavily upon the Report by Prof. Schönle of Geneva University, which MOCOMILA presented to the 1984 ILA Conference: *ILA*, Report of the Sixty-first Conference, Paris, 1984 (London, 1985) 162-168; see also above, note 8.

5. United Nations — UNCITRAL:

a) United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods/Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises.

b) Vienna, 11.4.80.

c) In force 1.1.88, following ratification by ten States: Argentina, China, Egypt, F, H, I, Lesotho, Syria, USA, YUG and Zambia.

d) Further ratifications, accessions or approvals (as of 16.8.90) by: Byelorussian SSR, BG, CH, Chile, CSFR, D, DK, (DDR), E, USSR.

e) Signatures only: Ghana = 11.4.80, NL = 29.5.81, PL = 28.9.81, Venezuela = 28.9.81.

f) The Convention (101 articles) applies to contracts of sale of goods between parties whose places of business are in different States and either both of these States are Contracting

States or the rules of Private International Law lead to the law of a Contracting State. The rules do not override domestic law that outlaws proscribed transactions and invalidates proscribed contracts. It deals with two basic aspects of the sales transaction: formation of the contract and obligations of the parties under the contract. The *place for payment* is in principle at the "seller's place of business; or if the payment is to be made against the handing over of the goods or of documents, at the place where the handing over takes place" (art. 57.1). "The seller must bear any increase in the expenses incidental to payment which is caused by a change in his place of business subsequent to the conclusion of the contract" (art. 57.2). With regard to the *time of payment*, art. 58 (1) specifies: "If the buyer is not bound to pay the price at any other specific time, he must pay it when the seller places either the goods or documents controlling their disposition at the buyer's disposal in accordance with the Contract and this Conventions...".

g) *United Nations*, Final Act of the UN Conference on Contracts for the International Sale of Goods, A/CONF.97/18, 10.4.80, Annex I.

h)¹⁰ Bianca/Bonell (eds.), *Commentary on the International Sales Law: the 1980 Vienna Sales Convention* (Milan, 1987); (Convention reprinted in all six UN official languages on pp. 683-806, German: pp. 807-823, Italian: pp. 825-840); Bonell, "L'entrata in vigore della convenzione di Vienna sulla vendita e le sue conseguenze nella prassi delle contrattazioni commerciali internazionali", *Dir. Comm. Int.* (1987) 415-427 (Italian text of Convention on pp. 428-451); Caemmerer/Schlechtriem, *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, München, 1990;

Conseil Fédéral Suisse, "Message (du 11.1.89) concernant la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises", *Feuille Fédérale*, 21.3.89, pp. 709-830; Gert, *Kommentar zum Übereinkommen ... über den internationalen Warenkauf* (Heidelberg, 1991); Hännold, "Uniform Law for International Sales under the 1980-United Nations Convention" (Deventer, 1982); Convention reprinted on pp. 469-503; Ndulo, (ob. cit., I.4 h); Padovini, (ob. cit., I.4 h); Schlechtriem, *Einheitliches UN-Kaufrecht* (Tübingen, 1981); (Convention reprinted in English and French on pp. 120-167). Witz, "L'adhésion de la RFA à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises", *RDAl* (1990) n. 1, pp. 57-63. The text of the Convention in English and German is also to be found in: *RabelsZ* 51 (1987) 135-195.

II — Foreign money liabilities

1. Council of Europe:

a) European Convention on Foreign Money Liabilities/Convention Européenne relative aux obligations en monnaie étrangère.

b) Paris, 11.12.67.

c) Not in force; requirement: 3 ratifications.

d) LUX, 9.2.1981.

e) A. F. D.

f) The rules, laid down in nine articles, confer upon the debtor the right to pay in local money a sum due in a currency other than that of the place of payment, unless a different intention of the parties appears, or a different usage is applicable (art. 1). They allow the creditor to recover damages in case of delay in payment if, during the period of such delay,

the currency to which the creditor is entitled depreciates in relation to the currency of the place of payment. They enable the creditor to claim in proceedings the money to which he is entitled so as to avoid the risk of a loss which may result from conversion into the currency of the country of the forum.

g) *Council of Europe*, Explanatory Report on the European Convention on Foreign Money Liabilities (Strasbourg, 1968; ISBN 92-871-0444-1).

III — Funds Transfer / Payment / Payment Systems¹¹

1. Council on International Banking (CIB):

a) Interbank Compensation Rules.

b) New York, first effective 1.11.77; latest version, incorporating all amendments and effective interpretations, apparently effective 1.1.83.

c) (To be incorporated by contract, e.g. reference in CHIPS rules).

f) The purpose is to establish rules for settling claims for compensation between CIB member banks when such claims are the result of interbank payment errors. The rules govern compensation for lost availability of funds and do not apply to recovery of lost principal. The rules apply to all payments, to and from; foreign customers in U.S. dollars, whether made by check, CHIPS, book transfer of Federal Funds Transfer.

g) Council on International Banking, Approved Rules, (09A-069G), 23.9.82.

h) Garrison, "Interbank Standards Set for Misdirected Wire Transfers: American Banker", 23.3.83; Lingl, "Risk Allocation in International Interbank Electronic Funds Transfers: CHIPS & SWIFT", *Harvard Int'l L.J.* 22 (1981) 621-660 (639-640 at notes 103-110).

2. *European Community:*

a) Commission Recommendation on a European Code of Conduct relating to electronic payment/Recommandation de la Commission portant sur un code européen de bonne conduite en matière de paiement électronique.

b) Brussels, 8.12.87.

f) The Recommendation (4 sections) addresses "all economic partners concerned" in the relations between financial institutions, traders and service establishments, and consumers. They are limited, however, to card payment systems or POS terminals and cover: contracts, interoperability, equipment, data protection and security, fair access, relations between issuers/traders/consumers.

g) *Official Journal of the EC* (1987), n. L.365/72 (Recommendation 87/598).

h) *Commission EC*, (ob. cit., note 10); Schauss/Thunis, "Quelques réflexions à propos du Code européen de bonne conduite en matière de paiement électronique", *Droit de l'Informatique et de Télécoms*, (1988) 54-56. Thouvenel, *Les Aspects Juridiques des Moyens de Paiement Français et le Contexte Européen*, Paris. 1990.

3. *European Community:*

a) Commission Recommendation concerning payment systems, and in particular the relationship between card holder and card issuer. / Recommendation de la Commission concernant les systèmes de paiement et en particulier les relations entre titulaires et émetteurs de cartes.

b) Bruxelles, 17.11.88.

f) The Recommendation contains an Annex (8 paragraphs) that regards financial consumer protection and is, *inter alia* aimed at harmonising terms of contract and achieving the irrevocability of payment instructions communicated electronically. Issuers of payment cards and similar devices as well as system providers should conduct their activities in accordance with the provisions of the Recommendation.

g) *Official Journal of the EC*, n. L.317/55 (24.11.88) (Recommendation 88/590).

h) *Commission EC*, (ob. cit., note 11); Thouvenel (ob. cit., III.2 h).

4. *European Community:*

a) Commission Recommendation on the transparency of banking conditions applicable to cross-border financial transactions / Recommendation de la Commission concernant la transparence des conditions de banque applicables aux transactions financières transfrontalières.

b) Brussels, 14.2.90.

f) The objective of the recommendations (laid down in 6 "principles") is to increase the transparency of the information and invoicing regulations which the institutions (credit institutions and postal services) shall observe.

g) *Official Journal of the EC*, n. L.67/1 (15.3.90), (Recommendation 90/109).

h) *Commission EC*, (ob. cit., note 11).

5. "Group of Ten" Central Banks:

a) Report of the Committee on Interbank Netting Schemes of the Central Banks of the Group of Ten Countries / Rapport du comité sur les systèmes de compensation interbancaires des banques centrales des pays du Groupe des dix.

b) Basle, nov./1990.

f) The report describes the policy objectives that central banks have in common with respect to the analysed

netting systems, presents the Committee's analysis of the impact of netting on credit and liquidity risks and on the level of systemic risk and describes the broader implications of netting arrangements for central banks and supervisory authorities. It sets forth the Committee's recommended minimum standards for the design and operation of cross-border and multi-currency netting and settlement schemes, and presents principles for co-operative central bank oversight of these schemes.

The *minimum* standards mentioned above are, *inter alia*: (i) Netting schemes should have a well-founded legal basis under all relevant jurisdictions; (ii) Netting scheme participants should have a clear understanding of the impact of the particular scheme on each of the financial risks affected by the netting process; (iii) multilateral netting systems should, at a minimum, be capable of ensuring the timely completion of daily settlements in the event of an inability to settle by the participant with the largest net-debit position; (iv) all netting systems should ensure the operational reliability of technical systems and the availability of back-up facilities capable of completing daily processing requirements. The report also suggests the harmonisation of national laws in order to prevent conflict-of-law problems related to achieving binding net exposures (p. 17).

g) *Bank for International Settlements*, Report of the Committee on Interbank Netting Schemes (56 pp.; Basle, nov./1990; available in English, French, Italian, and German).

h)¹² "A summary of the report is published" in *World of Banking* (nov. dec./1990) 25-27, and 30. See also the preparatory report *Bank for Inter-*

national Settlements (BIS), "Report on Netting Schemes (prepared by the Group of Experts on Payment Systems of the central banks of the Group of Ten countries)", Basle, february, 1989; reviewed in: *World of Banking* (1989) 4-8. Further co-operative efforts with regard to payments/electronic funds transfers published at the BIS include: *Bank for International Settlements*, "Large-value Funds Transfer Systems in the Group of Ten Countries", Basle, may/1990; *idem*, *Payment Systems in Eleven Developed Countries*, Basle, april/1989 — (all prepared by the Group of Experts on Payment Systems); *idem*, *Security and Reliability in Electronic Systems for Payments* (prepared by the Group of Computer Experts of the Central Banks of the Group of Ten countries), Basle, revised edition, may/1978.

6. *International Chamber of Commerce:*

a) Guidelines on International Interbank Funds Transfer and Compensation/Principes directeurs pour le transfert international interbancaire de fonds et pour l'indemnisation.

b) Paris, febr./1990.

f) The aim of the Guidelines (18 articles) is not to provide a sophisticated set of rules, but rather a framework in which the largest number of banks can operate, particularly if they have no existing system. The Guidelines apply only to funds transfer messages between banks (in different countries), they do not contain rules on discharge of underlying obligation or time of payment. Subdivisions of the Guidelines: definitions, applicability, process, liabilities and responsibilities, compensation procedures for incorrect execution of funds transfer messages.

g) ICC Publication n. 457 (febr./1990); identical draft of 8.7.88. ICC — Policy and Programme Department, Document n. 470-30/5.

h) ICC, *Commission on Banking Technique and Practice*, Working Party Report "Inter-bank Funds Transfer and Compensation Rules", Document n. 470/Int. 232, 21.9.87.

7. *International Organization for Standardization:*

a) Bank telecommunication — Funds transfer messages/Télécommunication bancaire — Messages de transfert de fonds.

b) Geneva, 15.9.87.

c) Part 1: International standard; Part 2: Draft (see below, f).

f) *Part 1* (ISO 7.982-1): Vocabulary and data elements; Annex A: Parties to a transfer; Annex B: Telex funds transfer message field descriptors [The annexes do not form part of the Standard].

[*Part 2* (ISO 7.982-2): Universal set of data segments and elements for electronic funds transfer messages. This is still a *draft* and has not yet been published.]

Part 1 identifies and defines terms and data elements used in describing, processing, and formatting funds transfer payment orders. The terms are, generally, defined from the perspective of the receiver of a funds transfer message since it would be incumbent on him to interpret and understand the full intent and meaning of such messages.

g) *International Organisation for Standardization*, ISO 7.982-1:1987.

8. *United Nations — UNCITRAL*

a) Model Law on International Credit Transfers. (A/CN.9/WG IV).

c) Draft.

f) The Model Law is intended for use by national legislators; its 18 are in a fairly advanced stage of drafting and were discussed, but not yet adopted, by the Commission in June/1991. It constitutes the most thorough and advanced project to date for the unification of rules governing international credit transfers (= originator's bank and beneficiary's bank are in different countries). The articles — in the present draft — cover: I — *General provisions*: Sphere of application, Definitions, Variation by agreement; II — *Duties of the parties*: Obligations of sender, Payment to receiving bank, Acceptance or rejection of a payment order by receiving bank that is not the beneficiary's bank, Obligations of receiving bank that is not the beneficiary's bank, Acceptance or rejection by beneficiary's bank, Obligations of beneficiary's bank, Time for receiving bank to execute payment order and give notices, Revocation; III — *Consequences of failed, erroneous or delayed credit transfers*: Duty to assist, Duty to refund, Correction of underpayment, Restitution of overpayment, Liability and damages; IV — *Completion of credit transfer and discharge of obligation*; V — *Conflict of Laws*.

g) United Nations, *UNCITRAL*, Comments on the Draft Model Law on International Credit Transfers, Report of the Secretary General (A/CN.9/346; 15th May/1991). *UNCITRAL*, Report of the Working Group on International Payments on the work of its twenty-second session, Vienna, 26.11.-7.12.90 (A/CN.9/344; 10.1.91).

h) Bergstein, "Legal aspects of international electronic funds transfers", *RDAL* (Paris) (1987) 1-20; Carey, "Electronic funds transfers: model rules", *International Business Lawyer* (London) 16 (1988) 104-105; *Federa-*

ción Latinoamericana de Bancos (Bogotá), "Reunión conjunta de FELABAN y la Secretaría de UNCITRAL sobre letras de cambio y aspectos legales de la transferencia electrónica de fondos", *Rev. FELABAN* (1988) 13-209; Hascher/Le Guen, "Le projet de loi modèle de la CNUDCI sur les virements internationaux", *Droit de l'Informatique* (Bruxelles) n. 4 (1990) 95-106; Radcliffe, "Towards uniformity in the rules governing electronic funds transfers", *Butterworths* (London) (1988) 364-366; Schinnerer, Zum "Leitfaden — Entwurf von UNCITRAL über den internationalen elektronischen Überweisungsverkehr", *ZfRV* (Wien) 26 (1985) 226-240; Schneider, "Das UNCITRAL-Modellgesetz über den internationalen Überweisungsverkehr", *Wertpapiermitteilungen* (Frankfurt a.M.) 43 (1989) 285-293; Thévenoz, "Error and Fraud in Wholesale Funds Transfers", *UCC — Art. 4A and the UNCITRAL Harmonization Process*, Zürich, 1990; Vasseur, "Informations sur les aspects juridiques des transferts internationaux de fonds par d'autres moyens que les cartes", *Banque & Droit* (Paris) (1989) 61-66; Wulff, "Two ways to achieve the same goal: The model law on international credit transfers and the new UCC Art. 4A in the national and international contexts", *Wisconsin Int'l L.J.* 9 (1991) 69-123.

9. *Universal Postal Union/Union Postale Universale*

a) Money Orders Agreement/Arrangement concernant les mandats de poste.

b) Washington, 14.12.89.

c) In force, 1.1.91.

f) The rules (13 articles) govern the exchange of postal money orders ("mandats") which contracting coun-

tries agree to set up in their reciprocal relations; the rules on postal traveller's cheques that were contained in the previous Money Orders Agreement (1984, Hamburg Congress) were abolished at the 1989, Washington Congress. *Inter alia*, there are articles dealing with the currency of payment and conversion (art. 3), and with preparation and settlement of accounts (arts. 12 and 13).

g) *Universal Postal Union, Annotated Acts*, Berne, 1991, pp. 4-78. ["The Arrangement is published as a law in Switzerland" RO (1991) 1.797-1.805.]

10. *Universal Postal Union/Union Postale Universale*

a) Giro Agreement / Arrangement concernant le service des chèques postaux.

b) Washington, 14.12.89.

c) In force, 1.1.91.

f) The rules (17 articles) govern all the services which the giro service is able to provide for users of giro accounts and which contracting countries agree to set up in their reciprocal relations; non-postal organizations may also participate (art. 1). The rules contain provisions on transfer, inpayment into a giro account, payment by money order or by outpayment cheque, and postcheque.

g) *Universal Postal Union, Annotated Acts*, Berne, 1991, pp. 79-140. ["The Arrangement is published as a law in Switzerland" RO (1991) 1.806-1.814.]

IV — Collections

1. *International Chamber of Commerce:*

a) Uniform Rules for Collections.

b) Paris, 1978.

f) Parties to a contract have to agree to the rules (23 articles); under a certain legal opinion, however, the rules define current trade practice. The rules are binding, unless contrary to a national/state/local law. "Collection" means the handling of documents by banks in instructions received. The Rules cover, *inter alia*, liabilities and responsibilities, payment (documents payable in local currency — art. 11 — or in currency other than that of country of payment — art. 12), interest, charges and expenses.

g) ICC publication n. 322.

h) Nielsen, *Das Inkassogeschäft* (Köln, 1987).

2. Universal Postal Union/Union Postale Universelle

a) Collection of Bills Agreement / Arrangement concernant les recouvrements.

b) Hamburg, 27.7.84.

c) In force, 1.1.86, but abolished at the 1989, Washington Congress in light of an EC study pursuant to a resolution at the 1984, Hamburg Congress.

f) The "arrangement" (23 articles) regulated the collection of a wide range of commercial paper. The rules covered, *inter alia*, deposit of collectibles, the collection and forwarding of funds, liabilities.

g) *Acts of the Universal Postal Union*, v. IV (Berne) (also available in French, Spanish, etc.). ["The Agreement was published as a law in Switzerland", *Recueil Officiel des Lois Fédérales* (1985) 2.213-2.218.]

V — Bankruptcy¹³

1. Council of Europe:

a) Draft European Convention on Bankruptcy.

b) 1984.

c) Draft (of Committee of Experts on Bankruptcy Law).

f) The convention (12 articles) — in contrast to the EEC draft (above, VI.1) — only deals with two problems regarding cross-border bankruptcy procedures: the possibility of allowing a bankruptcy administrator appointed abroad to take measures to protect property and institute legal proceedings; and safeguards for foreign creditors to enable them to prove their claims in national bankruptcy proceedings.

h) Arnold, "Entwurf eines Europäischen Übereinkommens über den Konkurs", *ZIP/Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 5 (1984) 1.114-1.152 (German translation of draft convention on pp. 1.152-1.155); Guillenschmidt, "Projet de convention du Conseil de l'Europe sur certains aspects internationaux de la faillite", *Banque & Droit*, n. 7 (1989) 191-194; Lowry, "The harmonisation of bankruptcy law in Europe — The role of the Council of Europe", *J.Bus.L* (1985) 73-76.

2. Council of Europe:

a) European Convention on Certain International Aspects of Bankruptcy.

b) Istanbul, 5.6.90.

c) Not yet in force; requires three ratifications.

e) As of nov./1990: B, D, F, GR, LUX, TR.

f) The Convention (44 articles) covers similar topics as the draft convention of 1984 (above, V.1.f). In particular, it allows the opening of secondary bankruptcies in any other signatory country in which the bankrupt party possesses assets, without the need for his insolvency to be esta-

blished at local level; the secondary bankruptcy is governed by the national law of the state in which it is opened.

g) *I.L.M.* 30 (1991) 167-180 (English text).

3. *European Community:*

a) Commission, Draft of a Convention on Bankruptcy, Winding-up, Arrangements, Compositions and Similar Proceedings / *Projet de Convention relative à la faillite, aux concordats et aux procédures analogues.*

b) Bruxelles, 26.6.80.

c) Draft.

f) The Convention contains 87 articles in 9 Titles: I — Scope; II — Jurisdiction; III — Applicable law; IV — General effects of bankruptcy; V — Recognition and enforcement; VI — Interpretation by the Courts of Justice; VII — Transitional provisions; VIII — Relationship to other conventions; IX — Final provisions. Title IV, Sec. V (effects of the bankruptcy on past acts and on current contracts), art. 36 [*set-off*]: "The laws of the Contracting States must allow set-off in the event of bankruptcy, ...". The harmonised rules will eventually be a "lex specialis" in bankruptcy matters with regard to the "Brussels Convention" (see VII.3).

g) *EC Bulletin*, 1982, Supplement n. 2. (A report/commentary is published on pp. 45-116 of the Supplement.); Lemontey, "Rapport sur la Convention... III", D/222/80-FR (Commission, Direction III);

h) Aminoff, "The EEC Draft Bankruptcy Convention — An exercise in harmonizing private international law", *Legal Issues in European Integration* (1990) 121-137; Celle, "Sulla legge regolatrice degli effetti del falli-

mento sui rapporti giuridici preesistenti", *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.* 25 (1989) 837-862; Farrar, "The EEC Draft Convention on Bankruptcy and Winding Up, a progress report and evaluation", *J.Bus.L.* (1977) 320-337; Hunter, "EEC Bankruptcy Convention and the development of insolvency law in the UK", *Bus.L.Rev.* (1980) 250-252; Thieme, "Der Entwurf eines Konkursübereinkommens der EG-Staaten von 1980", *RebelsZ* 45 (1981) 459-499; (Thieme, ed.), "Materialien zum ausländischen und Internationalen Privatrecht" (Tübingen: Mohr, 1988), Bd. 32: "Vorschläge und Gutachten zum Entwurf eines EG-Konkursübereinkommens" [Bearb. von J. Thieme]. On the preliminary draft: Fletcher, "The proposed Community Convention on bankruptcy and related matters", in: (Lipstein, ed.), *Harmonisation of Private International Law by the EEC*, London, 1978, pp. 119-137.

4. *International bar Association:*

a) Model International Insolvency Cooperation Act (MIICA).

b) Helsinki, June/1989.

f) MIICA is a model statute proposed, not as a treaty, but in a format for enactment as domestic legislation. The model act provides mechanisms by which courts may assist and act in aid of insolvency proceedings in other countries; the basic purpose is to obtain a universal right for a representative of a foreign insolvency proceeding to appear and request ancillary relief with respect to assets located in another jurisdiction.

h) Glosband/Katucki, "Current Developments in International Insolvency law and Practice", *Business Lawyer* 45 (1990) 2.273-2.280 (2.279-2.280).

VI — Private International Law

1. *European Community:*

a) Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations ("Rome Convention").

b) Rome, 16.6.80.

c) In force, 1.4.91.

d) B-14.7.87, D-25.7.86, DK-7.1.86, F-10.11.83 (J.O.-3.3.91), GB-1.91, I-25.6.85, LUX-1.10.86.

e) GR, Ireland, NL.

f) Its rules (33 articles) apply even as regards contracts with a link to a non-EC country. Some main provisions: an express choice of law will be given effect (art. 3), otherwise, a contract will be governed by the law of the country with which it is most closely connected, i.e. country where party who is to effect the performance which is characteristic of the contract has, at the time of conclusion of the contract, his habitual residence/central administration/principal place of business (art. 4), under certain circumstances, effect may be given to the mandatory rules of the law of another country with which the situation has a close connection (art. 7.1).

g) *Official Journal of the EC*, 1980, n. L.266 (9.10.80); Report by Profs. Giuliano and Lagarde, *O.J.* 1980, C 282 (31.10.80).

h) Jaffey, "The English proper law doctrine and the EEC Convention", *I.C.L.Q.* 33 (1984) 531-557; Lesguillons, "Loi applicable aux obligations contractuelles: entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19.6.80", *RDAl* (1991) 267-283; Reithmann-Martiny, *Internationales Vertragsrecht* (4. Auflage, Köln, 1988) 1-33. Text and report also reprinted in North (ed.), *Contract Conflicts* (1982).

2. *European Community:*

a) Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters ("Brussels Convention").

b) Brussels, 27.9.68.

c) In force; (for respective dates, see below, d).

d) B, D, F, I, LUX, NL = 1.2.73; GB = 1.1.87; IRE = 1.6.88 (see "Conventions d'adhésion", below, g).

f) 41 articles (partially altered by the "Conventions d'adhésion").

g) *Official Journal of the EC*, n. L.299/32 (1972). "Conventions d'adhésion": *OJEC*, n. L.304/1 (1978), L.388/1 (1982), C.97/1 (1983).

h) Basedow, "Allgemeine Fragen des Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens (GVÜ)", in: *Handbuch des internationalen Zivilverfahrensrechts*, Bd.I (Tübingen, 1982) 99-179; Focsaneanu, "Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions civiles et commerciales dans la CEE" (Paris, 1982); Hartley, "Civil Jurisdiction and Judgements — The application in England of the Convention on Jurisdiction ... under the Civil Jurisdiction and Judgements Act 1982" (London, 1984); *Juris-Classeur de Droit International*, t. 9, fasc. 630 (Convention), 631 (commentary on "Généralités" by P. Je-nard/J. Lemontey), and 632-633 (commentary on specific matters by J.-P. Beraudo); Moloney/Robinson (eds.), "The Brussels Convention..." (Dublin: *I.C.E.L.*, 1989); Vander Elst/M. Weser, *Droit international privé belge et Droit conventionnel international*, t. II (Bruxelles, 1985).

3. *European Community / EFTA:*

a) EC/EFTA Parallel Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgements in Civil and Commercial

Matters / Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution en matières civile et commerciale. ("Lugano Convention").

b) Lugano, 16.9.88.

c) Not yet in force.

f) (68 articles).

g) *Official Journal of the EC*, n. L.319 (25.11.88) (Convention and Protocols). Text also reprinted in: *I.L.M.* 28 (1989) 620-643; Italian text in: *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.* 25 (1989) 735 pp.

h) Bernet/Heim, "The EC/EFTA Parallel Convention . . ." *Butterworths J.* (London) (1989) 80-82; Brogginl, "La Convention parallèle de Lugano, vue par un juriste suisse", *Sem. Judiciaire* (Genève) 112 (1990) 481-512; Droz, "La Convention de Lugano parallèle . . .", *Rev. Crit. Dir. Int. Proc.* 78 (1989) 1-51; Dutzak (ed.), "The Lugano and San Sebastian Conventions, London", *Butterworths* 1990; *Conseil Fédéral Suisse*, "Message du 21.2.90 au Parlement suisse et texte de la Convention", *Feuille Fédérale/Bundesblatt*, n. 16, vol. II, 24.4.90, p. 269 ss.

4. Hague Conference on Private International Law:

a) Convention on the law applicable to contracts for the international sale of goods / Convention sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises.

b) 22.12.86.

c) Not yet in force (requires ratification, acceptance, approval, or accession by at least five States).

e) (as of oct./1990) NL, CSFR.

f) The Convention (31 articles), bearing in mind the UN Convention on contracts for the international sale of goods (see above 1.5), determines the law applicable to such contracts

between parties: (i) having their places of business in different States; (ii) in all other cases involving a choice between the laws of different States, unless such choice arises solely from a stipulation by the parties as to the applicable law, even if accompanied by a choice of court or arbitration (art. 1). The law applicable to a contract governs, *inter alia*, also the various ways of extinguishing obligations, as well as prescription and limitation of actions (art. 12 g).

The Convention is intended to replace the Convention of 1955 on the same subject (in force for B, CH, DK, F, I, N, S, SF, Niger).

g) Act. Doc. *La Haye* (1987) 690-708 (official text in English/French) an annex contains inofficial UN-translations in Arabic, Chinese, Spanish and Russian; *Hague Conference, Collection of Conventions (1951-1988)*, pp. 326-339; the official text ("édition définitive" of the Extraordinary Sessions, 30.10.85) is also reprinted in: *RabelsZ* 51 (1987) 197-213; *Hague Conference, Convention . . .*, and Explanatory Report/Rapport explicatif (by/de von Mehren), Den Haag, may/1987.

h) Boschiero, "La nuova convenzione dell'Aja sulla legge applicabile alla vendita internazionale", *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.* 22 (1986) 507-540; Cohen/Ughetto, "La nouvelle Convention de La Haye relative à la loi applicable aux ventes internationales de marchandises", *Rec. Dalloz* (1986) n. 20, p. 20 ff., n. 21, p. 157 ff.; Lando, "The 1985 Hague Convention on the Law Applicable to Sales", *RabelsZ* 51 (1987) 60-85; Loussouarn, "La Convention de La Haye d'octobre 1985 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises", *Rev. Crit. Dir. Int. Proc.* 75 (1986) 271-296; Napolitano, "Il progetto di

una nuova convenzione sulla legge applicabile alla compravendita internazionale di merci", *Dir. Communit. Scambi Int.* 24 (1985) 19-54; Pelichet, "La vente internationale de marchandises et le conflit de lois", *Rec. des Cours*, t. 201, 1987, I, pp. 9-193 (text of Convention in E/F, pp. 195-209).

On the Convention of 1955: Zweigert/Drobnig, "Einheitliches Kaufrecht und IPR", *RebelsZ* 29 (1965) 146-165.

5. *Hague Conference on Private International Law:*

a) Note on conflicts of laws occasioned by transfrontier data flows / Note sur les conflits de lois provoqués par le flux transfrontière de données. (prepared by Michel Pelichet).

b) The Hague, nov./1988.

f) The document points out some problems of conflicts of laws in connection with some of UNCITRAL's projects, amongst others "Electronic funds transfers" (now "International Credit Transfers"). It comes to the conclusion that as long as there exist no substantive national rules there is no need to draft a convention on the applicable law. However, "the work undertaken by UNCITRAL should be closely followed, so as not to lose contact with an activity which is developing rapidly."

g) *Hague Conference*, Preliminary Document n. 5 of nov./1987 for the attention of the Special Commission of jan./1988 on general affairs and policy of the Conference.

NOTAS

1. See below at III.8.

2. UNCITRAL, Report of the Working Group on International Payments, 18th Session (ACN.9/318; 27.1.89), p. 3.

3. UNCITRAL, Report of the Working Group on International Payments, 17th Session (A/CN.9/317; 25.8.88).

4. UNCITRAL, Report of the Working Group on International Payments, 21st Session (A/CN.9/341; 13.8.90), p. 25.

5. On 1.1.91, art. 4A had been put into effect in: California, Colorado, Connecticut, Illinois, Kansas, Louisiana, Minnesota, New York, Oklahoma, Utah, Virginia, West Virginia. The text also constitutes an Appendix to the Federal Reserve System's "Regulation J" applicable to funds transfers through "Fedwire" of 28.9.90; 12 CFR Part 210 = *Federal Register*, v. 55, n. 194, 5.10.90, pp. 40.791-40.814.

6. For instance, the rules of art. 4A may also have an impact on international payments involving the United States, since under art. 4A-507 (Choice of law) parties are allowed to make a choice-of-law agreement, funds transfer systems are allowed to select the law of a particular jurisdiction to govern funds transfers carried out by means of the system, and, if no choice of law has occurred, rights and obligations between the sender of a payment order and the receiving bank are governed by the law of the jurisdiction in which the receiving bank is located. See also Ballen/Diana, *Walking a high wire: Banking Technology* (july-aug./91) 38-40.

7. On international initiatives in general, see *Unidroit*, Digest of Legal Activities of International Organizations and other Institutions, 9.^a ed., nov./1990.

8. See for instance: *Bank for International Settlements: Large Value Funds Transfer Systems* in the Group of Ten Countries, Basle, may/1990; *Organization for Economic Co-operation and Development* (OECD), Banking and Electronic Funds Transfers, by J.R.S. Revell, Paris, 1983; UNCITRAL, Report on the Legal Value of Computer Records, A/CN.9/265, 21.2.85. See also UNCITRAL, Legal guide on electronic funds transfers, (Vienna, 1987) (published in all the official UN languages); *Gutwirth/Joris*, Electronic Funds Transfers and the Consumer: The "Soft Law" Approach in the European Community and Australia: I.C.L.Q. 40 (1991) 265-301.

9. See Schönle, "Ort und Zeit bargeldloser Zahlung", in: *Festschrift für Winfried Werner zum 65. Geburtstag*, Berlin — New York, 1984, S. 817-839.

10. For Italy, see *Asam/Kindler*, Ersatz des Zins- und Geldentwertungsschadens nach dem Wiener Kaufrechtsübereinkommen vom 11.4.80 bei deutsch-italienischen Kaufverträgen: *RIW* 35 (1989) 841-849. Conetti,

"Problemi di Diritto Internazionale Privato derivanti dalla partecipazione dell'Italia alla Convenzione di Vienna del 1980", *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.* 23 (1987) 41-46.

11. Effros, "A Banker's Primer on the law of Electronic Funds Transfers", *Banking L.J.* (1988) 510-543; Ellinger, "The GIRO System and Electronic Transfers of Funds", *L.M.C.L.Q.* (1986) 178; Hellner, "Rechtsfragen des Zahlungsverkehrs unter besonderer Berücksichtigung des Bildschirmtextverfahrens", in *Festschrift für Winfried Werner zum 65. Geburtstag*, Berlin/New York 1984, S. 252-280; Schönle, ob. cit., at note 9. European Community: *Commission of the EC*, Discussion Paper — Making Payments in the Internal Market, COM (90) 447, 26.9.90; Gutwirth/Joris, ob. cit., above, footnote 5. France: Gallouédec-Genuys, *Nouvelles Technologies de l'Information et Droit de la Preuve*, Paris 1990, (extensive bibliography on pp. 117-133); Martin, "Aspects juridiques du virement", *Rev. Droit Bancaire et de la Bourse* (1989) 149-152. Germany: *Bankrecht und Bankpraxis*, Köln (Loseblatt), Bd. III Nr.6: Zahlungsverkehr; Canaris in Staub, *Grosskommentar HGB*, 4.Aufl. 1988, 10. Lfrg.: Bankvertragsrecht, 1. Teil; Hadding/Häuser, *Rechtsfragen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs*, RWS-Skript 127, Köln, 1984. Italy: *Banca d'Italia*, "White Paper on the Payment System in Italy" (Roma, 1986); *id.*,

"Analyzing the Italian Payment System: The Current Status and the Future", *World of Banking* (1987) 6-12; Maccarone, "I trasferimenti elettronici di fondi nel Diritto Italiano", *Bancario* (1984) 1.090-1.101. Switzerland: Hess, "Rechtliche Aspekte der Bankübersweisung, unter besonderer Berücksichtigung des Interbankzahlungsverkehrsystems Swiss Interbank Clearing (SIC)", *SZW/RSDA* (1990) 101-116; USA: Patrikis, "Developments in the Law of Large Dollar Electronic Payment in the United States", *RDAI* (1987) 639-648; (various authors), "Special issue on the UCC (in particular Art. 4A, EDI, financial services)", *Business Lawyer* 45 (1990) 1.389-2.052; Ballen/Diana, "Walking a high wire", *Banking Technology* (jul.aug./1991) 38-40 (on a recent case involving Security Pacific and UCC art. 4A).

12. See also Cunningham/Rogers, "Netting in the Law", *Butterworths J.* 5 (1990) 354-362; Group of Thirty, "Clearance and settlement systems in the world's securities markets", New York/London, march/1989; *idem*, "Clearance and Settlement Systems", *Status Reports: Year-End 1990*, New York/London, may/1991; Wood/Terray, "Foreign exchange netting in France and England", *IFL/Rev.* (oct./1989) 18-20.

13. Cf., Didier, "La problematique du Droit de la Faillite Internationale", *RDAI* (1989) 201-206.

GARANTE SOLIDÁRIO — UMA CONSTRUÇÃO ABSTRUSA?

PROCESSO CIVIL — Execução — Promissória e contrato instruindo a execução — Licitude — Entendimento da Corte.

A multi-instrumentalidade da execução se apresenta indubitavelmente lícita quando pertinente a um mesmo negócio. A figura do "garante solidário", que não se confunde com o avalista e com o fiador, sujeitar-se-á à execução se o título em que se obrigar se enquadrar no elenco do art. 585 do CPC.

STJ — Rec. Esp. 5.055-MG — 4.ª T. — Rel. Min. Sálvio de Figueiredo — j. 6.11.90 — v. u.

ACÓRDÃO — Vistos e relatados os autos: Decide a 4.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 6 de novembro de 1990 (data do julgamento) — *Bueno de Souza*, pres. — *Sálvio de Figueiredo Teixeira*, relator.

EXPOSIÇÃO — *O Min. Sálvio de Figueiredo*: Os embargos apresentados à execução que lhe é movida pela recorrente foram rejeitados liminarmente, por intempestivos, pela r. sentença, desafiando a interposição da apelação, havendo o Eg. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais negado provimento e, de ofício, determinado a exclusão de parcelas da execução, ao seguinte fundamento:

"Observo todavia, de ofício, que a apelada está a executar a firma apelante e seu avalista, logo, o título executivo só pode ser a Nota Promissória e não o contrato, pois não há aval em contrato. Assim, não pode exigir na execução cominações moratórias do contrato, apenas aquelas contidas na legislação e referentes à dívida líquida e certa representada pela cambial.

Como se trata de questão de ordem pública, deve o Juiz ajustar a execução aos limites legais, pois o processo de Execução não é processo de conhecimento, nele não se comporta o contraditório, mas também nele

não se pode exigir dos devedores quantia que não seja líquida e certa.

Com estas considerações, nega-se provimento ao recurso e, de ofício, determina-se a exclusão das cominações contratuais, devendo o principal contido na Nota Promissória ser ajustado ao valor principal pedido de Cz\$ 141.550,83, quantia esta que deverá ser acrescida dos juros moratórios à taxa de 0,5% ao mês e correção monetária a contar do vencimento do título, além de custas processuais e honorários advocatícios à razão de 10% sobre o valor apurado".

Inconformada, a exequente manifestou recurso especial com suporte no art. 105, III, *a* e *c* da Constituição, alegando negativa de vigência aos arts. 585, II do CPC e 135 do CC, além de dissenso interpretativo, argumentando que a execução se fundou em contrato de financiamento e em cambial concomitantemente criada para representar a dívida contraída. Ao postular a inclusão das parcelas referentes aos acessórios contratuais e legais excluídas pelo v. Acórdão, ressalta que apenas a devedora principal, emitente da promissória, recorrera da sentença.

Admitido o apelo, subiram os autos a esta Corte, não tendo a recorrida apresentado suas contra-razões.

É o relatório.

VOTO — *O Min. Sálvio de Figueiredo* (Relator): A execução lastreia-se no contrato de financiamento para capital de giro e na nota promissória a ele vinculada.

O v. Acórdão recorrido, ao excluir as verbas acessórias estabelecidas no contrato, deu como inexigíveis as parcelas alheias ao título cambial, decisão que foi de encontro a arestos dos Egrégios Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, Tribunal de Justiça de Goiás, Tribunal de Justiça do Paraná e deste Tribunal, colacionados às fls. 47/88.

Em *Títulos de Crédito*, v. IV, n. 4.690, Ed. RT, 1972, doutrina Azevedo Franceschini:

"É admissível a cobrança executiva de multa e juros, instituídos em pacto adjeto à nota promissória" — "Quanto aos juros e a multa tem se admitido que é possível a cobrança dessas verbas, desde que previstas em pacto adjeto. Esse pacto não prejudica a

regular existência, a cambiabilidade do título em cobrança.

O MM. Juiz salientou, com razão, que o que a lei veda é a inserção de tais cláusulas "no título" tendo-as como não escritas, sem prejuízo, entretanto, da obrigação principal.

Nada impede, porém, que, simultânea e paralelamente, assuma o devedor cambiário outras quaisquer obrigações em cláusulas constantes de instrumento anexo ao título, decidiu o Egrégio Supremo Tribunal Federal. (RT 291/862).

No mesmo sentido tem sido a manifestação do Colendo Tribunal de Justiça (RT 287/292, 294/252 e 305/307).

Igual é a lição de Whitaker ao admitir a validade das cláusulas extracambiárias, visto que a declaração constante do pacto adjeto constitui manifestação resultante de "relações extracambiárias" que tem inteiro vigor (ob. cit., 5.ª ed., nota 101). (Ac. de 29.9.61, da 6.ª Câm. Civ. do TJSP, na Ap. 105.415, da comarca de Itapira — Rel. Des. A. Médici Filho — in RT 323/179-181. Foi o aresto mantido em embargos, por Ac. de 15.12.61, Rel. Des. Djalma P. Franco — in RT 336/122").

A propósito, transcrevo, por oportuno, voto que proferi, na qualidade de Relator, no REsp. 3.238, também originário de Minas Gerais, em caso análogo, no qual se havia anulado *ab initio*, e de ofício, a execução:

"No REsp 2.531, também originário de Minas Gerais, de que fui Relator, julgado em 29.6.90, assim ficou ementado:

'Processo Civil — Execução — Pluralidade de títulos vinculados ao mesmo negócio — Possibilidade — Precedentes. A lei não veda que o credor instrua a execução com pluralidade de títulos vinculados ao mesmo negócio. Instrumentalizada a execução com mais de um título, a eventual imprestabilidade de um não induz, necessariamente, a invalidade dos demais. Havendo apenas um válido dentre eles, idônea se afigura a execução, ressalvada a posição de avalistas se imprestável o título cambial, uma vez inexistir aval fora deste'.

Ao votar, assinalei:

'Em verdade, não vejo como esposar a tese estampada no v. Acórdão recorrido, à míngua de expressa vedação legal. Nenhuma norma processual impede o credor de se utilizar de vários títulos representativos do mesmo crédito para aparelhar execução forçada contra devedor inadimplente'.

A propósito, já teve ensejo de manifestar-se este Tribunal, em Acórdão da Colenda 3.ª Turma, no REsp. 2.550-MG, de que foi Relator o eminente Min. Cláudio Santos:

'Execução — Contrato de financiamento e nota promissória emitida em garantia — Ausência de nulidade — Liquidez. Em nenhuma das hipóteses do art. 618 do CPC, encontra-se a de nulidade de execução aparelhada concomitantemente com o contrato de financiamento e a nota promissória emitida em garantia.

Liquidez dos títulos não afetada pela cobrança do saldo devedor. Recurso conhecido e provido'.

O que não se pode prescindir, isto sim, é da caracterização dos títulos como executivos, cujo elenco se acha definido na Seção II do Cap. III do Tít. I, do Livro II do CPC, sabido que a execução tem como pressupostos indispensáveis o título e a inadimplência do devedor.

Destarte, instrumentalizando a execução com mais de um título, caracterizados na norma processual como executivos, a eventual imprestabilidade de um não induz, necessariamente, a invalidade dos demais. E, por via de consequência, havendo apenas um dentre eles válido, idônea se afigura a execução no sentido de satisfazer o crédito do exequente, pela realização daquilo que se contém no título eficaz, ressalvada a posição de avalistas se imprestável o título cambial, uma vez inexistir aval fora deste".

Destarte, sob esse ângulo, o apelo já estaria a merecer provimento, na linha de entendimento já exposta.

Por outro lado, no entanto, embora a discussão tenha girado prioritariamente sobre a possibilidade ou não da execução simultânea de títulos diversos, é de considerar-se que no caso também se encontra o tema da admissibilidade ou não da execução de quem, além de subscrever cambial como avalista, garantiu a dívida em contrato atinente ao mesmo negócio, tema, aliás, versado nos autos.

A propósito, no REsp. 3.673-MG, e em outros que lhe seguiram, assim me pronunciei:

"Solicite vista dos autos para meditar mais detidamente sobre o tema, que tem gerado considerável polêmica nos pretórios, com reflexos neste Tribunal, importando saber qual a situação jurídica do avalista de promissória que, no mesmo negócio subjacente, assina contrato responsabilizando-se solidariamente por todo o débito.

Já assentaram esta (REsp. 2.531-MG, de que fui Relator) e a Eg. 3.ª Turma (REsp. 2.550-MG, Relator o Min. Cláudio Santos) nada impedir que a execução se arrime em mais de um título executivo, *verbi gratia*, promissória e contrato.

Por outro lado, cedição é, até porque expresso em lei, que somente há aval quando formalmente lançado na cártula cambial.

Em face de tais premissas, seria de indagar-se como situar a figura de rotulado 'garante solidário', para o qual se invocam os arts. 896 e 904 do CC.

Fiador, a meu sentir, não seria. Não ressalve-se, por faltar, muitas vezes, a assinatura da mulher, uma vez que sem a impugnação dessa a obrigação subsistiria; mas pela circunstância de que, nos termos do art. 1.483 do CC, a fiança não admite interpretação extensiva, 'jamais se presume' segundo salienta Washington de Barros Monteiro (*Curso*, Saraiva, 20.^a ed., 1985).

Existiria uma nova modalidade de garantia, ao lado do avalista e do fiador? Pode o aval ter ampliação com simples declaração em pacto adjeto, em cláusula contratual?

Vejo a problemática sob outro prisma, dentro de uma exegese na qual os institutos de um mesmo sistema não podem artrar-se, impondo-se interpretação que os harmonize.

Assim, vê-se que a execução, no sistema processual civil brasileiro, a exemplo do que ocorre hoje no melhor direito comparado, se assenta em títulos executivos judiciais e extrajudiciais. Outrossim, ao elencar, em *numerus clausus*, os títulos extrajudiciais, proclama o inc. II do art. 585 do CPC ter eficácia executiva 'o documento público, ou o particular assinado pelo devedor e subscrito por duas testemunhas, do qual conste a obrigação de pagar quantia determinada, ou de entregar coisa fungível'.

Ora, se o contrato está devidamente formalizado, nos termos do art. 585, II, CPC, constitui título executivo o documento particular através do qual alguém se responsabiliza por um determinado débito, não podendo constituir-se em óbice a circunstância do valor não estar expresso em cruzeiros no documento, mesmo porque, em anômalo regime inflacionário como o nosso, já assentou esta Corte da validade de títulos lançados não em nosso padrão monetário-cruzeiro, mas em outros padrões, formulados e oficializados pelo próprio sistema econômico, e como indiscutíveis o conhecimento e aceitação dos mesmos pelo mercado financeiro e pela própria comunidade.

Ademais, impende aduzir que eventual imprecisão no rotular essa obrigação, repercussão alguma pode ter na esfera jurídica, inclusive por força do disposto no art. 85 do CC, segundo o qual 'nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem'.

Por fim, é de acrescentar-se que, não obstante as cautelas de que precisa munir-se

o Judiciário para evitar que os mais poderosos esmaguem ou enfraqueçam ainda mais os hipossuficientes, especialmente na área econômica, não menos certo também é que o Direito, 'cette toujours et jeune chanson', não pode omitir-se ante uma realidade que reclama novas formas de proteção jurídica, sob pena de deixar de cumprir sua missão normativa de disciplinar a vida social.

Do exposto, chega-se à conclusão que, na real verdade, o pretense 'garante solidário' não passa de um devedor (CPC, art. 568, I) e como tal obrigado, e de forma ainda mais ampla que o fiador, quer por dispensar a anuência do cônjuge (embora incidente a Lei 4.121/62), quer por não dispor do benefício de ordem, com o qual é contemplado o fiador por força de lei (CPC, art. 595; CC, art. 1.491)".

Pelo exposto, conheço do recurso e o provejo para que o Eg. Tribunal de origem aprecie os embargos, afastada a nulidade da execução.

Naquela oportunidade, ementado restou: "Processo Civil — Execução — Pluralidade de títulos — Vinculação ao mesmo negócio — Possibilidade — 'Garante solidário' — Responsabilidade executiva — Natureza jurídica dos títulos.

Consoante proclamou o Tribunal (REsp. 2.531-MG), a lei não veda que o credor instrua a execução com pluralidade de títulos vinculados ao mesmo negócio. Instrumentalizada a execução com mais de um título, a eventual imprestabilidade de um não induz, necessariamente, a invalidade dos demais. Havendo apenas um válido dentre eles, idônea se afigura a execução, ressalvada a posição de avalistas se imprestável o título cambial, uma vez inexistir aval fora deste.

Sendo de cediço conhecimento que somente há aval quando formalmente lançado na cártula e que a fiança, que não se presume não admite interpretação extensiva, não se enquadra como avalista ou fiador aquele que, além de figurar como responsável em título cambial, se obriga solidariamente pela dívida em contrato vinculado ao mesmo negócio.

Se o contrato se apresenta formalmente válido como título executivo extrajudicial (CPC, art. 585-II), lícita em princípio se mostra a execução movida contra aqueles que nele se obrigaram, independentemente do rótulo que se lhes deu".

Mutatis mutandis, o raciocínio se aplica por inteiro ao caso vertente, no qual o v. Acórdão não apenas vulnerou o direito federal como dissentiu de outros julgados, inclusive deste Tribunal, dentre os quais ainda pode ser mencionado o REsp. 5.196,

Relator o Min. Barros Monteiro, decidido por unanimidade.

Pelo exposto, conheço do recurso por ambas as alíneas do permissivo constitucional e o provejo para restabelecer a r. sentença.

Votaram com o Relator os Mins. Barros Monteiro, Bueno de Souza, Athos Carneiro e Fontes de Alencar.

Presidiu o julgamento o Min. Bueno de Souza.

COMENTÁRIOS

1. Recente decisão do Superior Tribunal de Justiça (4.^a T., Rec. Esp. 5.055, j. 6.11.90, in *Bol. AASP* 1.714/275 e ss.) enfrenta a questão de qualificar, ou seja, de identificar no ordenamento jurídico, a exótica figura intitulada “garante solidário”, concluindo, equivocadamente a meu ver, diga-se desde logo, tratar-se de *devedor*.

Enfrentando um caso de processo de execução em que o credor “fundou em contrato de financiamento e em cambial concomitantemente criada para representar a dívida contraída”, o Tribunal abordou também — e é esta a questão que aqui nos interessa — a qualificação jurídica do garantidor da cambial — como avalista — e do contrato como garante solidário, nome que lhe foi atribuído.

A leitura da decisão transcrita leva à primeira impressão de que se está perante uma *construção* jurisprudencial; esta figura, a da construção, como se sabe é um instrumento integrante do chamado “arsenal jurídico”, ou uma das ferramentas jurídicas a que alude Dabin, configurando-se através do ajuste de princípios, normas, precedentes judiciais e lições doutrinárias do qual resulta ou a explicação de certas figuras e institutos jurídicos ou mesmo a criação de novos. No caso presente, a impressão primeira é de que pretendeu criar uma nova figura através da explicação da figura do *garante solidário*, que não seria nem avalista nem fiador; ora essa posição desde logo parece incorrer num desvio lógico, pois a conclusão a que

chegou o Tribunal, foi a de que o garante solidário não sendo nem avalista nem fiador, é um devedor, o que revela que não seria também garante.

Atente-se para tanto, numa das explicações encontradas no texto do relatório: “Do exposto, chega-se à conclusão que, na realidade, o pretense “garante solidário”, não passa de um devedor (CPC, art. 568, I), e como tal obrigado, e de forma ainda mais ampla que o fiador, quer por dispensar a anuência do cônjuge (embora incidente a Lei 4.121/62), quer por não dispor do benefício de ordem, com o qual é contemplado o fiador por força de lei (CPC, art. 595, CC, art. 1.491)”. Tem-se assim que aquele que firmou a garantia, e portanto assumiu, não a dívida, mas a responsabilidade como garante (em bom vernáculo, melhor fora usar garantidor, do que o francesismo garante), transforma-se, por uma espécie de mágica argumentativa do Tribunal, em devedor. Como as decisões judiciais, por força de lei, devem ser fundamentadas, e esta o foi longamente, vejamos na seqüência as linhas retóricas que orientaram a posição do Tribunal e se elas têm o condão de convencer, obtendo o consenso necessário, advertindo-se desde logo que o discurso judiciário, aqui, está endereçado a um auditório universal mas também a um auditório especializado, o dos juristas.

2. As reações contra as criações judiciárias advieram sobretudo dos positivistas, para quem o Judiciário deveria apenas “dizer a lei”, e também, politicamente, pode-se dizer, do

temor da violação da competência dos poderes, sobretudo o Legislativo e em parte o Executivo (no que lhe compete legislar), rompendo-se o monopólio legislativo. E os partidários dessa posição, que nos inícios chegavam a negar a competência ao Judiciário de sequer interpretar as leis, certamente que se baseavam também naquilo que hoje se conhece como *ideologia estática* que prega a segurança e a certeza do Direito, através de uma certa imobilidade na aplicação das normas legais.

Claro está que exceções tiveram de ser abertas nessa rígida posição, ao menos por dois grupos de razões: 1) a de que ordenamento não é completo, apresentando lacunas a que é preciso colmar, buscando no próprio ordenamento os elementos para isso; 2) de que as próprias leis, em muitos casos, previam, como até hoje ocorre uma verdadeira abertura para o social, através do emprego de *topoi* ou expressões "larges" (como dizem os franceses) tais como bem comum, boa fé, interesse público, bons costumes, e tantos outros. Do que decorreu que pela obrigação de julgar (proibição do "non liquet") e também pelo fato de ficar o Judiciário obrigado a fundamentar as suas decisões, a necessidade de se oferecer normas que orientassem, as hoje chamadas *regras de decisões* (cf., J. Wróblewski, "La règle de décision dans l'application judiciaire du droit", na obra coletiva intitulada *La Règle de Droit*, Bruxelas, 1971, p. 68 e ss.). Nesse sentido é que encontram-se em quase todos os ordenamentos, dispositivos nesse sentido, que se não chegam à amplitude do sistema suíço, em que o Juiz deve se colocar no lugar do legislador, em caso de lacuna, ao menos servem como orientação, fazendo, via de regra, como acontece no Brasil integrar o ordenamento os

princípios gerais de direito e os fins sociais da lei, o que salva o esquema legal, justificando a sua face evolutiva, tanto na parte criadora, como na chamada interpretação funcional das normas, voltada para uma visão social.

3. E terá sido certamente nessa linha que a decisão do STJ trouxe um novo aporte à questão, de certa forma problemática, da execução de títulos de crédito vinculados a contratos e da posição do avalista e ou do fiador em tais casos. E conclui por admitir a possibilidade de execução conjunta, contrato-título — o que é de certa forma e para certos casos aceitável e pela qualificação do garante solidário como uma figura especial que não se confundindo com o avalista nem com o fiador, equipara-se (ou é desde logo) devedor, o que é deveras estranhável.

4. Quanto à decisão referente à execução conjunta ou mesmo a cobrança de encargos contratuais acrescidos ao valor do título, certamente, filia-se à corrente doutrinária que a defende e à jurisprudencial que a vem acatando, e que julga admissível a cobrança executiva de multa e juros, instituídos em pacto à nota promissória, o que de certa forma liga-se à classificação doutrinária de títulos de crédito, em *dependentes* e *independentes*, tal seja a sua ligação com documentos subjacentes, como ocorre por exemplo, entre nós, com as cédulas pignoratícias e hipotecárias, já chamadas até por isso de contratos-títulos (Cf., *RDM* 72/65 e ss., 1988). A tal respeito, encontram-se exemplos significantes na regulamentação dos títulos de crédito rural, que aliás, deu ensejo à regulação dos títulos de crédito industrial, de crédito à exportação, e de crédito comercial, conforme se vê no meu livro *Títulos de Crédito*, 8.ª ed., S. Paulo, 1991.

Observe-se que nos casos de promissórias jungidas a contratos, como forma de garantia destes, o que realmente tem preocupado a Jurisprudência é a vinculação entre ambos, chegando-se mesmo à conclusão de que elas, as promissórias, perdem o seu caráter autônomo (até pela chamada cláusula de preenchimento), pois que integradas inteiramente ao contrato de que são garantia expressa. Nesse sentido fez fortuna a decisão do 1.º TACivSP in RT 576/118, em que se afirma: “Deixa ela de valer pelo que contém escrito, independentemente da demonstração extracartular de sua causa. Aqui era preciso demonstrar a existência do crédito que ela indica, pelo valor que ela indica, a partir do contrato e dos fatos integrados na sua execução. Isso não aconteceu. Sequer com os documentos unilaterais constituídos unilateralmente pela instituição financeira e por ela produzidos no processo de fls. (extratos de conta-corrente) se pode chegar a essa soma, que restou indicada, afinal, apenas nessa cártula sem abstração. Eis por que não expressando em si mesma a obrigação cambiária em discussão e não se podendo conhecer o valor preciso do débito, essa cártula carece da firmeza necessária quanto à indicação de uma obrigação líquida”. (Cf. tb. comentários de Priscila M. P. Corrêa da Fonseca, in RDM 78/58 e ss., nova fase).

5. Terá sido sem dúvida, perante tal posição que assume importância a verdadeira opção que o credor terá, por ocasião da execução, de escolher entre o *avalista* da nota promissória e o *fiador* do contrato, pois diversas são as normas reguladoras de uma e de outra, não obstante, parecerem ter sido unificadas pelo Código de Processo Civil.

Não será demasia lembrar que divergem as leis de circulação dos títulos de crédito — através do endosso e dos contratos — cessão de contrato ou cessão de crédito; que se atribui sobretudo às cambiais (Letras de Câmbio e Notas Promissórias) o caráter da abstração, enquanto os contratos são naturalmente causais, já que os nossos códigos, comerciais e civis, não acolheram como o alemão, os negócios abstratos; que as defesas do devedor são por isso mesmo, naturalmente, amplas nos contratos, ao passo que nos títulos de crédito, resumem-se a apenas três, a que se deve acrescer a exceção de dolo geral; o que é ainda reforçado pela visão formal que impera em relação aos títulos de crédito e a visão mais aberta na interpretação dos contratos, em que vale mais a intenção do que a linguagem empregada. Tudo somado, a escolha na hora da execução, para os contratos garantidos por notas promissórias, deve levar em conta essas peculiaridades, dado que não é de boa fé executarem-se os dois, autonomamente contratos e nota promissória.

Em relação aos garantidores, a execução por título de crédito há de recair no *avalista* e por contrato no *fiador*.

6. Esclarecidos esses pontos relevantes, há que se convir que o reconhecimento jurisprudencial de uma nova figura de garantidor no plano das obrigações civis, desperta, como é natural certa perplexidade, pois quando menos não se atina com o afastamento da figura do fiador, tradicionalmente reconhecido e consagrado como garantidor dos negócios jurídicos, principalmente dos contratos. Que ele não se confunde com o *avalista* é evidente, sobretudo em países como o nosso, que não aceitam o *aval*

em separado, exigindo-se que sua assinatura conste expressamente do título.

E a esta altura, surge, naturalmente, a pergunta: por que esse afã em caracterizar a figura do garante solidário, do regime da fiança e do aval, para considerá-lo, desde logo, devedor?

É o que tentaremos entender e explicar na seqüência.

7. No esforço de criação da regra de decisão, pode-se anotar, desde logo, o desejo e a intenção de não aceitar para o caso, a figura do fiador e do avalista, através do uso argumentativo baseado em norma processual.

Nesse sentido, após justificar a sua posição com base em precedentes jurisprudenciais, ou seja, a da execução conjunta do contrato de financiamento com a nota promissória de garantia, já que caracterizados como títulos executivos extrajudiciais, pelo Código de Processo Civil, afirma a decisão: "Destarte instrumentalizando a execução com mais de um título, caracterizados na norma processual como executivos, a eventual imprestabilidade de um não induz, necessariamente, a invalidade dos demais. E por via de consequência, havendo apenas um dentre eles válido, idônea se afigura a execução no sentido de satisfazer o crédito do exeqüente, pela realização daquilo que se contém no título eficaz, ressaltada a posição de avalistas se imprestável o título cambial, uma vez inexistir aval fora deste"; finalmente, ingressa no ponto nevrálgico, afirmando: "Por outro lado, no entanto, embora a discussão tenha girado prioritariamente sobre a possibilidade ou não da execução simultânea de títulos diversos, é de considerar-se que no caso também se encontra o tema da admissibilidade ou não da execução de quem, além de subscrever cambial como avalista, garantiu a dívida em contrato

atinente ao mesmo negócio, tema, aliás versado nos autos".

Pelo que se deduz, mesmo não tendo à vista o contrato referido, houve uma garantia por aval, no título de crédito, e outra no contrato, que forçosamente só pode ser a de fiador, pois como o próprio Tribunal reconhece ele é garantidor dos dois.

Ou haverá uma lacuna legal que autorize a interpretação oferecida pelo Tribunal?

8. Certamente que se conhece, pelo menos um caso, em que houve transferência da posição do devedor no contrato, em depositário, como ocorre com os contratos de alienação fiduciária, mas, é bom lembrar que essa transformação decorreu de texto expresso de lei. Conhece-se também a regra jurisprudencial de proibição do restabelecimento de quem cedeu seu estabelecimento, isto, por prazo determinado, cuja formulação é antiga, vinda dos tempos do grande pleito judiciário que envolveu a Fábrica de Juta do Conde Álvares Penteado, em que porfiaram de um lado J. X. Carvalho de Mendonça e de outro Ruy Barbosa.

No primeiro caso, sabe-se que a lei quis proteger as financiadoras e no segundo a jurisprudência procurou resguardar o adquirente de estabelecimento de boa fé.

E neste caso, o que se pretende?

9. A explicação dessa tentativa de transubstanciação de um garante em devedor, ao revelar que o julgador resolveu desconsiderar a *causa* da responsabilidade e desdenhar a separação doutrinária já antiga entre dívida e responsabilidade (*Schuld e Haftung*), divulgada há tempos no Brasil, principalmente, por Sylvio Marcondes (*Limitação da Responsabilidade do Comerciante Individual*, S. Paulo, 1956, p. 240 e ss.) e que mereceu acolhida pelo legislador, principalmen-

te, na área do Direito Tributário, em que se colhem variados exemplos (cf. Luiz Gastão Paes de Barros Leães, "A estrutura dualista das obrigações tributárias", in *RDM*, n. 1, nova fase, 1971) demonstra também que pôs de lado certas diferenças existentes entre contratos e obrigações civis e comerciais, com reflexos na fiança comercial.

O seu enfoque foi calcado no regime do Código de Processo Civil, com o que afastou também o regime dual entre títulos de crédito e contratos, sobretudo, as diferenças já apontadas em relação à lei de circulação e ao esquema de responsabilidade.

Ora, essa posição do julgador demonstra ao menos dois pontos salientes: 1) a adoção de uma ótica ideológica do tipo dinâmica, voltada para o social; e 2) uma postura psicológica peculiar.

Vejamos ambas.

10. A primeira pode-se constatar pelo intento de renovar e pela confissão feita no contexto do relatório da decisão que aqui se transcreve: "Por fim, é de acrescentar-se que, não obstante as cautelas de que precisa munir-se o Judiciário para evitar que os mais poderosos esmaguem ou enfraqueçam ainda mais os hipossuficientes, especialmente na área econômica, não menos certo é que o Direito "cette toujours et jeune chanson", não pode omitir-se ante uma realidade que reclama novas formas de proteção jurídica, sob pena de deixar de cumprir sua missão normativa de disciplinar a vida social. Do exposto, chega-se à conclusão que na real verdade, o pretense "garante solidário" não passa de um devedor (CPC, art. 568, I) e como tal obrigado, e de forma ainda mais ampla que o fiador, quer por dispensar a anuência do cônjuge (embora incidente a Lei 4.121/62, quer por

não dispor do benefício de ordem, com o qual é contemplado o fiador, por força de lei (CPC, art. 595, CC, art. 1.491)".

Trata-se, portanto de fundamento insuficiente para transformar o garante em devedor. Veja-se que se não chega ao ponto de copiar a atuação do bom Juiz Magnaud a que alude a doutrina, como rebelde às imposições de lei, e de se alinhar como seguidor extremado da chamada, entre nós, doutrina da Justiça alternativa, parece ter-se inclinado para a antiga escola do direito livre que teve o seu momento de esplendor ainda neste Século. Ora, conquanto se tenha presente, hoje, que a certeza não é um dogma absoluto, sobretudo no direito anglo-saxônico, em que é tida mais como um ponto de referência ou um ideal a se alcançar, tem-se, entretanto, a convicção de que a certeza no direito decorre de pelo menos dois elementos essenciais: o da proibição do *non liquet*, e o de uma lei bem feita e bem interpretada.

A chave afinal fica com a interpretação que deve estar afinada com o sistema e informada pelas técnicas e métodos desenvolvidos modernamente pela nova retórica e pela jurisprudência tópica.

O que parece não ter ocorrido aqui, como ainda veremos melhor.

11. A segunda, implica em indagar sobre a posição psicológica do Juiz perante o feito, levando em conta que já muito antes de Kelsen se admite que o Juiz não é um autômato, mas um ser humano, que terá suas aflições, dúvidas, certezas e visão social. Nesse sentido a doutrina, sobretudo, a chamada escola realista norte-americana vem desenvolvendo estudos e análises sobre o tema que, não obstante alguns exageros, servem para orientar o intérprete e o estudioso do direito. As-

sim é que, por exemplo, Alf Ross, considerado a ponte entre o normativismo de Kelsen e o realismo escandinavo e norte-americano, com base nos realistas Frank (*Law and the Modern Mind*, 1930), Cohen (*Transcendental Nonsense and the Funcional Approach*, 1935) e outros, resume o tema da ideologia normativa, assinalando, no texto que a seguir transcrevemos da edição argentina de 1963: "Acerca de este problema existe una gran diversidad de opiniones. El punto de vista tradicional no cuestiona que la parte dispositiva es el resultado del razonamiento hecho en los considerandos. La sentencia, de acuerdo con este punto de vista, es un silogismo. Los considerandos contienen las premisas; la parte dispositiva, la conclusión. En oposición a este punto de vista algunos estudiosos han sostenido en tiempos más recientes que el razonamiento hecho en los considerandos no és más que una racionalización de la parte dispositiva. En efecto, dicen, el Juez toma su decisión parcialmente guiado por una intuición emocional y parcialmente sobre la base de consideraciones y propósitos prácticos. Después que la conclusión es establecida, el Juez halla una argumentación jurídico-ideológica plausible para justificar su decisión. Por lo común esto no le será difícil. La variedad de las reglas, la falta de certeza de su interpretación, y la posibilidad de hacer construcciones diversas sobre los temas en debate, permitirán las más de las veces que el Juez halle un ropage jurídico pausable para revestir su decisión. La argumentación jurídica contenida en los considerandos no es más que una fachada dirigida a hacernos creer en la objetividad de la decisión."

12. Pode-se concluir assim que no caso em exame, o julgador levado por considerações de ordem ideológica,

conforme transcrevemos, adotou uma posição psicológica que se enquadra inteiramente na apreciação da segunda doutrina acima citada.

Perante os fundamentos como foram apresentados, fica-se autorizado a concluir que o julgador adotou uma tese (decisão) ou seja, a de que o *garante solidário* era menos do que avalista e mais do que fiador, e portanto o que restava era a figura do *devedor*, e isto posto, passou a fundamentá-la a todo custo, mesmo pondo de lado os vários outros aspectos que a questão comportava e que já mencionamos mas que merecem ser repisados com outros esclarecimentos.

Em primeiro lugar, ficou claro que o julgador quis proteger o credor, eliminando para isso certos óbices que a figura do fiador oferece, como a autorização marital e o benefício de ordem. É cristalina essa colocação do julgado, tanto mais que como se sabe, a regulamentação legal da fiança foi feita em favor do fiador, a partir da proibição da interpretação extensiva na responsabilidade assumida e chegando ao benefício de ordem, enquanto a figura do avalista foi concebida em favor do credor, já que o avalista segue a sorte do avalizado. Como, porém, não poderia o julgado invocar a figura do avalista, dados os termos formais exigidos, passou a desconsiderar a fiança.

Para tanto também — o que nos parece muito perigoso — afastou a *causa* da responsabilidade que aqui é um fator decisivo para se apurar qual a situação desse garante solidário. Tanto entendida subjetivamente como objetivamente a causa está a demonstrar que o garante não assumiu uma dívida, mas sim uma responsabilidade de garantia. Que a causa aqui atua como *essentialia negotii* é indiscutível (cf. o meu *Contratos Mercantis*, 6.^a

ed., 1991) surgindo como elemento esclarecedor da vontade e da intenção do agente, o que deve ser levado em conta na interpretação do negócio. Por este aspecto, é bom lembrar, que no Direito Civil pátrio, a “falsa causa vicia o ato”, e que o Direito Comercial exige para a validade do negócio a menção da causa da obrigação. Ao transformar a causa da obrigação, *garantia* em dívida, a construção jurisprudencial violou frontalmente não só a vontade e a consciência da parte, como também a própria norma tanto a civil como a comercial. Trata-se, portanto, de esforço mal sucedido e de decisão insustentável perante o bom Direito pátrio.

13. Insistamos ainda que mesmo sem ter-se o texto do contrato, a exposição da sentença leva a consideração de que o contrato, na parte referente ao garantidor, intitulou-o de *garante solidário*, pretendendo com isso não lhe competir o benefício de ordem; a desnecessidade da anuência do cônjuge e permitindo uma interpretação extensiva da obrigação por ele garantida. Portanto, um exercício evidente de refugir à figura do fiador, naquilo que o protege. Cita a propósito a sentença ainda que é: “lícita em princípio a execução movida contra aqueles que nele se obrigaram, independente do *rótulo que se lhes deu*” (o grifo é nosso).

Entretanto, há que se convir que em se tratando de contrato de adesão, cujas cláusulas foram impostas pelo credor e pela utilização da expressão *garante*, há manifesto abuso de poder, por um lado, e simulação por outro, e esta certamente pode-se presumir não de boa fé, pois tentou vender gato por lebre. Se queria a parte credora que “o garante” fosse devedor por que (dentro da liberdade contratual, relativa é claro, dado o poder do cre-

dor, no caso) não o disse; do que se infere que se trata de expressão que ou vale como garantidor, ou então foi empregada enganosamente e presumidamente de má fé. Pena que o julgador não tivesse atentado para esse aspecto, o que se compreende, pelo motivo aqui já analisado da intenção de proteger o credor.

E justamente essa posição é que não convence; por que proteger o credor que já está sobremaneira protegido de um lado pelo aval lançado na cártula e de outro pela fiança no contrato? Poder-se-ia até admitir hipótese, em que o credor ficasse desamparado por variados motivos, e então seria de se aceitar uma interpretação mais arrojada para assegurar-lhe o ressarcimento. Não é o caso, entretanto, e até poder-se-ia invocar, com alguma liberdade, o Código de Defesa do Consumidor que alcança os contratos de adesão e as operações bancárias (para esse fim equiparadas a serviços).

14. Em contrato que temos em mãos — e acredita-se semelhante ou análogo ao examinado pela sentença no caso — verifica-se a presença da financiada e dos intervenientes garantidores — trata-se, aliás, de um contrato de financiamento de capital de giro, do Banco Bradesco de Investimento S/A, com cláusula assim redigida, aliás, em caracteres minúsculos e no verso do instrumento:

“Os Intervenientes Garantidores, avalistas da nota promissória referida na letra “a” da cláusula 6.ª, supra, comparecem também neste ato na condição de devedores solidários, anuindo expressamente ao ora convencionado, responsabilizando-se incondicionalmente com a Financiada de maneira irrevogável e irretroatável, pelo total cumprimento de todas as obrigações pecuniárias ou não, assumidas neste instrumento”.

Pelo que se verifica que a Instituição credora quis reforçar a garantia (sempre garantia) do avalista, inclusive, denominando-o Terceiro Garantidor, sendo óbvio no sistema da fiança, de que este se torna devedor em caso de inadimplemento da obrigação da financiada.

Contudo, é cristalino, que ele, o interveniente garantidor não é desde logo devedor (dada a causa da obrigação) e num esquema analógico só pode ser compreendido no gênero garantidor, e portanto, na espécie de fiador (além de avalista). Do que resulta a impropriedade dessa criação jurisprudencial remetendo-o desde logo para a figura do devedor; não, e é importante que se diga, que estejamos contra o aparecimento na nossa prática comercial de novas figuras — afinal, foi isso que o Direito Empresarial moderno veio fazendo até hoje — mas no caso nos parece, realmente, abusiva e enganosa a introdução da cláusula desse tipo, que segundo a *causa* da responsabilidade, como já

demonstramos, somente pode ser aceita como a de fiador.

Infelizmente, a conclusão é a de que o julgador acolheu uma cláusula no mínimo enganosa, contra a parte mais fraca.

E tanto assim é que, como garante terá assegurado o direito de regresso contra o devedor, o que é discutível se for considerado apenas devedor solidário.

Verdade é que a Súmula 26 do STJ considera que: “O avalista do título de crédito vinculado a contrato de mútuo também responde pelas obrigações pactuadas, quando no contrato figurar como devedor solidário”, o que é correto, mas veja-se que a expressão utilizada é a de *devedor solidário* e não garante solidário, conforme se refere na decisão comentada.

Insistimos, portanto, que não se poderia mudar a causa da obrigação, a de responsabilidade por dívida de outrem, em caso de inadimplemento.

WALDÍRIO BULGARELLI

ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO

Antônio Mendes e Edson Bueno Nascimento — Estudo de Direito monetário: A moeda e suas funções; obrigações monetárias; estipulação e indexação de obrigações monetárias ..	35	of rules having an effect on payment, funds transfers, and bankruptcy	83
Atualidade dos contratos empresariais — Waldírio Bulgarelli	63	Hermes Marcelo Huck — Garantia à primeira solicitação no comércio internacional	5
Edson Bueno Nascimento e Antônio Mendes — Estudo de Direito monetário: A moeda e suas funções; obrigações monetárias; estipulação e indexação de obrigações monetárias ..	35	International initiatives — Regarding the harmonisation of rules having an effect on payment, funds transfers, and bankruptcy — Gregor Heinrich	83
Empresa — Abuso de poder econômico — Proteção ao consumidor — Sérgio Novais Dias	19	Limites à atuação do Conselho Fiscal — Nelson Eizirik	13
Estudo de Direito monetário: A moeda e suas funções; obrigações monetárias; estipulação e indexação de obrigações monetárias — Antônio Mendes e Edson Bueno Nascimento ...	35	Marcos Juruena Villela Souto — A nova lei antitruste brasileira: Críticas e sugestões	75
Extinção de condomínio sobre quota de capital de sociedade Ltda. — Mário Engler Pinto Jr.	57	Mário Engler Pinto Jr. — Extinção de condomínio sobre quota de capital de sociedade Ltda.	57
Garante solidário — Uma construção abstrusa? — Waldírio Bulgarelli ..	99	Nelson Eizirik — Limites à atuação do Conselho Fiscal	13
Garantia à primeira solicitação no comércio internacional — Hermes Marcelo Huck	5	Nova lei antitruste brasileira: Críticas e sugestões (A) — Marcos Juruena Villela Souto	75
Gregor Heinrich — International initiatives — Regarding the harmonisation	99	Sérgio Novais Dias — Empresa — Abuso de poder econômico — Proteção ao consumidor	19
		Waldírio Bulgarelli — Atualidade dos contratos empresariais	63
		— Garante solidário — Uma construção abstrusa?	99