

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Nova Série - Ano XXXV • n. 104 • outubro-dezembro de 1996

Fundadores

1.ª Fase: WALDEMAR FERREIRA

Fase Atual: PROF. PHILOMENO J. DA COSTA (†)
PROF. FÁBIO KONDER COMPARATO

Supervisor Geral: PROF. WALDÍRIO BULGARELLI

Comitê de Redação: MAURO RODRIGUES PENTEADO, HAROLDO D. VERÇOSA,
JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, ANTONIO MARTIN

1
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

Nova Série - Ano XXXV • n. 104 • outubro-dezembro de 1996

© Edição e distribuição

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Rua Tabatinguera, 140, Térreo, Loja 1 • Caixa Postal 678

Tel. (011) 3115-2433 • Fax (011) 606-3772

CEP 01020-901 - São Paulo, SP, Brasil

Diretor Responsável: CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

Diretor Editorial: AFRO MARCONDES DOS SANTOS

Assistente Editorial: MARIÂNGELA PASSARELLI

Diretor de Produção: ENYL XAVIER DE MENDONÇA

MARKETING E COMERCIALIZAÇÃO

Gerente de Marketing: MELISSA CHBANE

Gerente de Administração de Vendas: KUNJI TANAKA

CENTRO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR: Tel. 0800-11-2433

Diagramação eletrônica: Eurotexto Informática Ltda. - ME. Av. Sete de Setembro, 1000, CEP 18245-000 - Campina do Monte Alegre - São Paulo, SP, Brasil. — *Impressão:* EDITORA PARMA LTDA., Av. Antônio Bardella, 280 — CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

Impresso no Brasil

SUMÁRIO

DOCTRINA

Noção e objecto da Economia Política – ANTÓNIO JOSÉ AVELÁS NUNES	7
A definição de controlador na liquidação extrajudicial e em processos análogos – ARNOLDO WALD	35
Os contratos no projeto de Código Civil – CARLOS ALBERTO BITTAR	48
Prescrição Administrativa – RENATO SOBROSA CORDEIRO	58

ATUALIDADES

Depósito elisivo. Levantamento. Decretação da falência superveniente em outro processo – RONALDO FRIGINI	73
A decadência do direito de constituir o crédito tributário – Perigoso precedente jurisprudencial – JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA	77
As concessões e o mercado de capitais – JOÃO LAUDO DE CAMARGO	82
Considerações sobre a elaboração da Lei de S.A. e de sua necessária atualização – ALFREDO LAMY FILHO	86
Notas sobre a responsabilidade civil dos administradores e do controlador de instituições financeiras sob o regime de administração especial temporária (RAET) – HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA	95

MERCOSUL

A formação do MERCOSUL e a harmonização das regras no campo da propriedade industrial – MAURÍCIO C. DE A. PRADO	100
--	-----

TEXTOS CLÁSSICOS

Perfis da Empresa – ALBERTO ASQUINI, <i>Profili dell'impresa, in Rivista del Diritto Commerciale, 1943, vol. 41, I</i> , tradução de FÁBIO KONDER COMPARATO	109
---	-----

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

Sociedade Anônima – Empresa de radiodifusão e telecomunicação – Exigência do órgão público fiscalizador – Comprovação da nacionalidade brasileira dos acionistas – Deliberação assemblear de venda das ações que não atenderam à convocação – Ilegalidade – RICARDO DE SANTOS FREITAS	127
Sociedade por cotas – Constituição por dois sócios – Morte do majoritário – Continuidade da empresa – Representação – Gerente – Legitimidade – RENATO LUIS BUELONI FERREIRA	141
Responsabilidade da sociedade por dívida de seus sócios integrantes – Desconsideração da personalidade jurídica – RODRIGO RECARTE	146

ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO	149
-----------------------------------	-----

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO

ALFREDO LAMY FILHO

Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogado no Rio de Janeiro. Co-autor do anteprojeto da atual Lei das Sociedades Anônimas.

ANTÔNIO JOSÉ AVELÃS NUNES

Professor catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra.

ARNOLDO WALD

Advogado em São Paulo e Paris; Professor Catedrático de Direito Civil da UERJ; Presidente do grupo brasileiro da Associação Henri Capitant; Ex-presidente da Comissão de Valores Mobiliários – CVM; Ex-membro do Conselho Monetário Nacional.

CARLOS ALBERTO BITTAR

Professor titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP; Juiz do 1.º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo.

CARLOS CELSO ORCESI DA COSTA

Advogado em São Paulo.

FÁBIO KONDER COMPARATO

Doutor pela Universidade de Paris; Prof. Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Mestre e Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Advogado em São Paulo.

JOÃO LAUDO DE CAMARGO

Diretor da Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Advogado no Rio de Janeiro.

JORGE RUBEM FOLENA DE OLIVEIRA

Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado no Rio de Janeiro.

JOSÉ ALFREDO BORGES

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais; Procurador da Fazenda do Estado de Minas Gerais; Advogado em Belo Horizonte.

JOSÉ JÚLIO BORGES DA FONSECA

Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado em São Paulo.

MARISTELLA BASSO

Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo. Professora de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

MAURÍCIO C. DE A. PRADO

Advogado. Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP.

MAURO GRINBERG

Advogado; Ex-conselheiro do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

PAULO BORBA CASELLA

Doutor e Livre Docente de Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Mestre em Direito do Comércio Internacional (Paris X); Professor Associado de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Sócio de Amaral Gurgel Advogados.

PEDRO A. BATISTA MARTINS

Professor de Direito Comercial nas Faculdades Cândido Mendes e da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

RENATO LUIS BUELONI FERREIRA

Advogado em São Paulo. Pós-graduando pela Faculdade de Direito da USP.

RENATO SOBROSA CORDEIRO

Funcionário do Banco Central do Brasil.

RICARDO DE SANTOS FREITAS

Advogado em São Paulo. Pós-Graduando pela Faculdade de Direito da USP.

RODRIGO RECARTE

Advogado em São Paulo. Pós-graduando pela Faculdade de Direito da USP.

NOÇÃO E OBJECTO DA ECONOMIA POLÍTICA

ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS NUNES

SUMÁRIO: 1. Enunciado da problemática: 1.1 Economia política (*Political Economy*) ou Economia (*Economics*)?; 1.2 Há uma definição para a ciência económica?; 1.3 A ciência económica surgiu com o capitalismo; 1.4 A ciência económica surgiu como "ciência da burguesia" – 2. As duas perspectivas fundamentais da ciência económica: 2.1 A perspectiva clássica-marxista (Fisiocratas – Smith – Ricardo – Marx); 2.2 A perspectiva subjectivista-marginalista – 3. Reflexão crítica: 3.1 O âmbito da ciência económica; 3.2 Mais relevantes são as limitações de uma ciência económica que faz da análise do comportamento do *homo oeconomicus* o seu núcleo essencial; 3.3 A economia marginalista é incapaz de compreender o capitalismo; 3.4 É possível uma pura "ciência dos meios"?; 3.5 A economia é uma ciência? – 4. Referências bibliográficas.

1. Enunciado da problemática

1.1 Economia Política (*Political Economy*) ou Economia (*Economics*)?

A nossa disciplina surgiu como *Economia Política*. Mas a partir de 1890 (1.^a ed. dos *Principles of Economics*, de Alfred Marshall) generalizou-se a designação *Economics*.

Com o êxito da 'revolução marginalista', a opção pela designação *economics* revela a preocupação de apresentar a disciplina como uma *teoria pura*, à semelhança da matemática ou da física, reservando-se por vezes a designação *economia* para a 'economia científica' e a expressão *economia política* para a 'economia ideológica'.

Não vejo razão para apontar a *Economia* como científica e a *Economia Política* como não-científica ou vice-versa. De todo o modo, penso que a *Economia Política*, embora não represente um *paradigma autónomo*, represen-

ta uma atitude crítica perante a *mainstream economics*, especialmente no que toca à sua pretensão de ser uma 'ciência pura', aos seus postulados individualistas, à sua defesa do equilíbrio e da harmonia, à sua recusa em considerar a perspectiva histórica e os factores dinâmicos.

Creio poder dizer-se também que a *Economics* veicula, em princípio, uma aceitação *conservadora* do *status quo*, enquanto que a *Economia Política* se coloca, em regra, numa perspectiva de transformação da sociedade.

A *Economia Política* significa também que a *teoria económica* se assume como a *historie raisonnée* de que fala Schumpeter a propósito da teoria económica de Marx: "O objeto da ciência económica é essencialmente um processo histórico continuado", tendo em conta que "as idéias económicas são um produto do seu próprio tempo e lugar, e não podem ser tidas como coisas distintas do mundo que interpretam".

1.2 Há uma definição para a ciência económica?

Não é fácil *definir* a ciência económica.

Há cerca de um século, Marshall definiu-a como “o estudo da humanidade nos assuntos correntes da vida”. Poderia deixar esta definição, que parece de bom senso, e passar à frente.

Mas não falta quem defenda que “aquilo que os economistas fazem” actualmente pouco tem a ver com as preocupações correntes das pessoas de carne e osso, afastando-se do desejo de Marshall de enviar os seus estudantes para a vida “com cabeças frias mas com corações quentes”, “com capacidade para atenuarem os sofrimentos sociais que os rodeiam”.

Em regra, os manuais limitam-se a dar a noção de ciência económica que o seu autor considera mais correcta. Não adoptarei aqui esta solução, por considerar preferível — desde logo no plano pedagógico — *problematizar* a questão, enunciando e mostrando o significado das principais perspectivas analíticas em confronto, com o objectivo de estimular um debate sempre aberto, sem fornecer receitas nem impor catecismos, mas sem esconder as minhas idéias.

Seguindo a lição de Paul Sweezy, de Joan Robinson, de John Hicks, de Claudio Napoleoni (entre outros), distinguirei as duas grandes correntes (ou paradigmas) que actualmente se perfilam no âmbito da ciência económica: o *paradigma clássico-marxista* (Fisiocratas — Smith — Ricardo — Marx) e o *paradigma subjectivista — marginalista* (que vem de Say e de Senior, que se afirmou com a chamada ‘revolução marginalista’, e que hoje se apresenta como a *mainstream economics*, que tem no já clássico ensaio de Lionel Robbins sobre a *natureza e o significado da ciência económica* —

1.^a ed., 1932 — a sua síntese mais elaborada e representativa).

1.3 A ciência económica surgiu com o capitalismo

Vale a pena começar por analisar, muito rapidamente, o contexto histórico em que surgiu a *economia científica* e quais os caminhos da sua evolução, como *produto social*, até aos dias de hoje.

Começarei por dizer que a ciência económica nasce, verdadeiramente, no século XVIII, durante o período em que a sociedade capitalista emergente se contrapunha à velha sociedade feudal, fazendo caminho à custa da transformação e da destruição desta.

Antes desta época vários autores escreveram sobre temas de economia. Mas esses textos integravam-se em discursos relativos à moral, à política ou ao direito, muito longe de configurarem uma ciência económica autónoma relativamente a estas disciplinas. Não se aceitava na prática nem se concebia no plano teórico que os processos económicos pudessem gerar os seus próprios imperativos, originar as suas próprias leis ou proporcionar as bases de uma disciplina intelectual autónoma. Antes do século XVIII, a esfera da actividade económica não era considerada autónoma: a economia era vista como um simples meio ao serviço da realização de valores ou fins de ordem moral ou religiosa, ou — no caso dos mercantilistas — um meio de construir, de manter e de aumentar o poder político do soberano e do estado.

Tanto na esfera da produção como na esfera do consumo, tudo é decidido segundo critérios de *poder*. Nas formações sociais pré-capitalistas, a produção está em absoluto subordinada ao consumo, mas o consumo não é um fim em

si mesmo, é uma simples condição material para o desenvolvimento das actividades que então se admitia corresponderem à 'dignidade' do homem. O consumo encontra a sua 'justificação' fora do processo económico, não constituindo, por isso, um elemento integrante do processo de produção.

Mesmo as relações de troca que tinham por objecto uma parte do excedente apropriado pelos senhores diziam respeito apenas à *esfera da circulação*, completamente desligadas da *esfera da produção*. Só com o advento do capitalismo as relações de troca reflectem as relações de produção e são determinadas por elas. Foi isto o que compreendeu Adam Smith, que fez da Economia Política, essencialmente, uma teoria da produção.

As revoluções burguesas vieram pôr termo ao estatuto de servidão, proclamando que todos os indivíduos são *seres livres, sujeitos de direitos e de deveres*.

Os trabalhadores passam a poder dispor livremente da sua *força de trabalho* (que então surge como mercadoria autónoma), substituindo-se o trabalho servil pelo trabalho assalariado, ao mesmo tempo que a propriedade feudal imperfeita é substituída pela propriedade capitalista, absoluta e exclusiva.

O processo económico ganha então a sua autonomia, não apenas em relação ao discurso metafísico, teológico ou ético, mas também relativamente ao discurso político e à lógica do poder político. A ciência económica ocupa-se agora da *sociedade económica* (ou *sociedade civil*) concebida como um *sistema*, um conjunto de relações sociais reguladas por leis próprias, *leis naturais*, que podem ser descobertas pela investigação.

Mas a revolução burguesa fez-se sentir também na filosofia, na ciência e no

mundo das idéias em geral. Ela é também a revolução racionalista, intimamente associada à revolução científica e ao método científico moderno introduzido por Bacon e por Descartes.

Os filósofos do séc. XVIII abandonaram a concepção religiosa do mundo, substituindo-a pelo conceito de *ordem natural* e proclamando um mundo de harmonia e de justiça (*lei natural* = *lei moral*) governado por *leis naturais*, tão rigorosas como as da Física.

É neste ambiente que nasce a Economia Política, apostada em aplicar ao estudo das relações entre os homens (considerados elementos da "ordem natural") o método científico do racionalismo. A Economia Política formulou o "conceito de *sociedade económica* como um sistema regido por leis próprias", admitindo pela primeira vez que "nas questões humanas existia um determinismo comparável ao determinismo das leis naturais".

Entendendo-se que o sistema capitalista de produção partilhava da 'racionalidade' inerente à ordem natural, o objecto da ciência económica passa a ser o de descobrir as *leis naturais* que regulam o processo de produção e de distribuição do produto social.

O conceito de *ordem natural* ergueu-se contra o *ancien régime*, autoritário, discriminatório, regulamentador. Ao autoritário direito divino opunha-se o *direito natural* libertador dos indivíduos, reconhecendo a cada um o direito de prosseguir o seu próprio interesse. A *ordem económica*, regida pela *lei natural*, asseguraria os melhores resultados para a comunidade.

Contra a orientação mercantilista de 'governo da economia' pelo estado, os fisiocratas defendem o princípio do *laissez-faire, laissez-passer*, e a existência de uma "ordem natural", governada por "leis soberanas", "estabelecidas para

todo o sempre pelo Autor da Natureza”, leis que são *leis físicas*, num mundo em que a lei física e a lei moral se confundem em favor da primeira na unidade da lei natural.

Os *conceitos normativos* da teoria económica clássica entroncam na tradição da lei natural dos séculos XVII e XVIII, período em que a *natureza* e a *razão* substituíram Deus como fundamento da ordem social.

Segundo Adam Smith, a Economia Política propõe-se “enriquecer tanto os indivíduos como o soberano”. Mas este desejo de enriquecer surge ao arrepio dos valores que dominaram a civilização cristã europeia anterior à Reforma e que se mantiveram até a consolidação da nova civilização burguesa e capitalista. Para que os novos valores se impusessem contra a moral tradicional era necessário encontrar para eles uma *justificação moral*. A *filosofia da liberdade natural* que informou a economia política smithiana deu a resposta a esta necessidade, ao ligar o desejo de enriquecer a *princípios universais* decorrentes da *natureza humana* e da *razão humana*. A *natureza* e a *razão* legitimavam uma prática que a *teologia* condenava. E esta forma de *justificação moral* casava-se perfeitamente com o ambiente cultural do tempo.

1.4 A ciência económica surgiu como “ciência da burguesia”

Parece claro que a Economia Política nasceu perfeitamente enquadrada na nova ideologia burguesa. A filosofia social presente em *A Riqueza das Nações* assenta na defesa do *individualismo*, na confiança no “*sistema de liberdade natural*”, na afirmação de uma *antropologia optimista*, que servia integralmente o objectivo ideológico fundamental da nova classe burguesa: a afirmação

de que os seus interesses eram objectivamente coincidentes com os da sociedade como um todo.

Não será, por isso, descabido que aqui se acolha a tese — sustentada por Marx e pelos autores marxistas — segundo a qual a economia política clássica surgiu e desenvolveu-se como “ciência da burguesia”.

2. As duas perspectivas fundamentais da ciência económica

2.1 A perspectiva clássica-marxista (Fisiocratas — Smith — Ricardo — Marx)

Desde os fisiocratas que a ciência económica se interroga acerca da origem da *riqueza* e da natureza do *excedente social* e procura explicar como é que ele se distribui entre as várias *classes sociais*, em sociedades caracterizadas pelo *conflito social*. E creio que, desde os fisiocratas, ficou claro que as leis que regulam a distribuição do excedente estão intimamente ligadas aos princípios que enquadram o processo social de produção e à *estrutura de classes da sociedade*.

— O *Tableau Économique* é a primeira tentativa de construir um *modelo* quantificado em que se analisa o processo de produção/distribuição dos bens e dos rendimentos no quadro do *sistema económico tomado como um todo*.

Entre outros contributos, os fisiocratas introduziram o conceito de *trabalho produtivo*: aquele que é capaz de produzir um *excedente* ou *produto líquido*, i. é, a parte da produção social que fica depois de se reconstituírem as condições de reprodução da actividade produtiva.

O trabalho produtivo é identificado com uma espécie de *trabalho concreto*,

o trabalho agrícola, porque só ele pode aproveitar os frutos da *fertilidade natural da terra*, uma *dádiva do Autor de todas as coisas*. Em última instância, *Dieu seul est producteur*, concepção que reflete ainda a permanência de uma mentalidade pré-científica.

Localizar a *origem do excedente* no *processo produtivo* e não na esfera da circulação é outro mérito dos fisiocratas, que enterraram definitivamente a crença — tão marcada nos textos dos mercantilistas — de que a riqueza resulta do comércio.

Os fisiocratas não reconheceram a existência de um excedente na indústria, o que os impediu de se aperceberem do *lucro industrial* como uma das formas possíveis do excedente social e de compreenderem e enquadrarem teoricamente a ordem capitalista então emergente.

De todo o modo, creio que a preocupação central dos fisiocratas foi o *crescimento económico* e que, como homens do seu tempo, estavam interessados, acima de tudo, em *transformar o mundo*. Talvez isto possa ajudar a entender que Quesnay tenha pressentido as limitações do modelo adoptado no seu *Tableau*. “Não é por acaso — escreve Napolconi — que no *Tableau* o produto líquido é considerado em termos de valor. Deste modo ficava expressa a necessidade de uma *teoria do valor*, isto é, de uma teoria orientada para explicar a formação do valor de troca das mercadorias.”

— Tentar responder a esta necessidade foi o objetivo fundamental dos clássicos ingleses, ao elaborarem a *teoria do valor-trabalho*.

Com Adam Smith, a produtividade deixa de estar ligada à fertilidade natural da terra. A explicação do excedente deixa de assentar em um tipo de

trabalho concreto (o trabalho agrícola), radicando no *trabalho enquanto tal*, no *trabalho abstracto*, categoria introduzida por Smith e que — como ele próprio reconhece —, “embora inteligível, não é natural nem óbvia”.

Assim se equacionava a necessidade de uma teoria do valor e assim se configurava esta como uma *teoria do valor-trabalho*, ligando o valor ao *trabalho em geral*, entendido como a *origem e a medida do valor*.

A elaboração da teoria do valor-trabalho vai permitir a Smith não só explicar o *lucro capitalista*, mas também explicar todo o *sistema de trocas* que caracteriza a vida económica e pôr de pé uma *teoria da distribuição do rendimento* que tem em conta a divisão da sociedade em *classes sociais* agora claramente caracterizadas pelo modo de participação de cada uma delas na actividade produtiva.

Por mim, entendo as propostas de Smith no sentido de que *o trabalho é a única origem do valor*.

É o que resulta da noção smithiana de *trabalho produtivo*: aquele “que eleva o valor do objecto a que é aplicado”, que acrescenta “ao valor das matérias-primas a que se aplica o valor da sua própria manutenção e o lucro do patrão”.

É o que resulta também da tese de Smith segundo o qual o *lucro* e a *renda* são, a par dos *salários*, parte do “valor que os trabalhadores acrescentam às matérias-primas”.

Neste sentido, o trabalho necessário para produzir uma mercadoria cria um valor que é superior ao montante dos *salários* pagos, em termos que se limitam a assegurar a manutenção e a reprodução dos trabalhadores produtivos. A diferença entre o produto do trabalho e os salários é o *excedente*, que vai ser distribuído em *rendas* e *lucros*.

que Smith considera “deduções ao produto do trabalho”.

Alguns autores, incluindo o próprio Marx, têm visto nesta tese de Smith o embrião do conceito marxista de mais-valia e da teoria marxista da exploração. Talvez seja ir demasiado longe. A verdade é que Smith acaba por concluir que o produto do trabalho se *distribui naturalmente* entre as diferentes classes sociais. Mas também é verdade que ele não deixa de assumir o *carácter conflituante* dos interesses dos titulares das várias categorias de rendimento, na medida em que cada uma dessas categorias de rendimento só pode aumentar à custa da diminuição de outra (ou de outras).

— Com Ricardo, a teoria do valor aparece claramente como o núcleo da teoria económica. Os *Princípios* começam com a afirmação de que o *valor de uma mercadoria* “depende da quantidade relativa de trabalho que é necessária para a sua produção”.

A teoria do valor de Ricardo é a *teoria do valor-trabalho*: o valor das mercadorias explica-se pela *quantidade de trabalho* necessária para a sua produção e “não depende da *abundância* mas da *difficuldade* ou da *facilidade* da produção”, do mesmo modo que “a *utilidade* não serve de medida de valor de troca, embora lhe seja absolutamente essencial”.

Por outro lado, Ricardo sublinha que “o objecto próprio da ciência económica” não deve ser “um inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza”, mas “um inquérito a respeito da distribuição do produto da indústria entre as classes que concorrem para a sua formação”.

Na obra teórica de Ricardo reflete-se claramente o conflito social dominante na Inglaterra do seu tempo (aquele que opunha a velha classe dos proprietários

fundiários e a nova burguesia industrial). Vejamos, sinteticamente, o seu raciocínio.

O aumento da população activa obriga a cultivar terras cada vez menos férteis, e deste facto resultaria a *subida das rendas* e o aumento do preço dos produtos alimentares. Perante este aumento, os salários nominais tinham de subir, para que os salários reais continuassem a assegurar o mínimo de subsistência. Como os salários tenderiam sempre para coincidir com este mínimo de subsistência, em virtude de uma *lei natural* insusceptível de ser alterada pelos homens, ficava resolvido o problema da distribuição do rendimento, pois o *lucro* é entendido como a parte que cabe aos capitalistas depois de pagas as rendas e os salários. Sem sentir a necessidade de procurar uma lei que explique a determinação dos lucros, Ricardo limita-se a pôr em relevo que os lucros serão tanto mais elevados quanto mais baixos forem os salários.

Simplemente, apesar da subida dos salários, o valor das mercadorias não aumenta, pois o valor depende da quantidade de trabalho necessária para produzir a mercadoria e não do nível dos salários pagos. Perante a subida dos custos (salários e rendas), não subiria o produto das vendas e a taxa de lucro baixaria.

A *tendência para a baixa da taxa de lucro* criaria as condições para a emergência do *estado estacionário*. Mas Ricardo nunca põe em causa a perenidade do sistema. Regendo-se a economia por *leis naturais* (*leis eternas*, de validade *absoluta e universal*), Ricardo admite que são também *naturais e eternas* as relações com base nas quais se cria a riqueza e se opera a sua distribuição entre as classes sociais.

Com Marx, porém, a *tendência para a baixa da taxa de lucro* vai ser enqua-

drada no âmbito das contradições do modo de produção capitalista, cujo desenvolvimento há-de levar à substituição do capitalismo pelo socialismo.

— No plano da teoria económica, Marx partiu da economia política clássica, mas reelaborou-a criticamente, integrando-a na sua *teoria geral do desenvolvimento social*, baseada na *concepção materialista da história*.

• Para Marx, a produção de bens materiais é a base da vida em sociedade. E toda a produção é *produção social*. A ciência económica não se confunde com uma *tecnologia social*: o seu objecto não são as *relações do homem com a natureza*, mas as *relações sociais de produção*, condicionadas pelas *formas de propriedade sobre os meios de produção*, que, por sua vez, definem a *estrutura de classes da sociedade*. E são as *relações de produção* (entendidas como *relações de poder*) que determinam as *formas de distribuição* do produto social.

Sobre a base das relações de produção assenta a superestrutura jurídica, política e ideológica da sociedade. Ao estudar as *relações de produção*, a economia política marxista toma em conta as *formas jurídicas* da propriedade dos meios de produção, estuda as relações entre as *classes sociais*, analisa o papel da instância política, releva a influência recíproca entre a *estrutura económica da sociedade* e a *superestrutura*.

Marx abordou a realidade social sob uma perspectiva global (simultaneamente histórica, económica, política e sociológica). Mas talvez possa dizer-se, com Henri Lefebvre, que se Marx não é um sociólogo, *há uma sociologia no marxismo*.

• Marx reconhece o mérito científico de Smith e de Ricardo. Mas afirmou a sua própria obra teórica como *crítica da economia política*, i. é, crítica da *economia política burguesa*. E defendeu que esta atingira com Ricardo o seu limite, ao formular *ingenuamente* (a qualificação é de Marx) o antagonismo dos interesses de classe presente na sociedade capitalista como “a lei natural, imutável, da sociedade humana”.

• Marx parte da teoria do valor de Ricardo para explicar em que medida ela revela que a essência do sistema é a *exploração da força de trabalho*.

Desfazendo a confusão entre trabalho e força de trabalho, Marx defende que o empregador capitalista compra a *força de trabalho* do operário (o *trabalho em potência*) e não o *trabalho*. O capitalista paga a força do trabalho pelo seu valor (representado no *salário*), adquirindo o direito de a utilizar na produção e adquirindo também o direito de se apropriar da diferença entre o valor da força de trabalho e o valor que ela cria, superior ao seu próprio valor.

Este *mais-valor*, esta *mais-valia* é uma parte do valor criado pela força de trabalho que é apropriada pelos empregadores capitalistas, sem qualquer *justificação moral* baseada na quantidade de trabalho por eles despendida (nisto consiste a *exploração*).

Em vez da *distribuição natural* do produto do trabalho entre as diferentes classes, Marx defende que a distribuição do produto do trabalho é uma consequência lógica da natureza das *relações sociais de produção* características do capitalismo.

Fazendo ironia com a *concepção fixista* dos clássicos ingleses (“Com todas estas eternidades imutáveis e imóveis — escreve ele — houve história,

mas deixou de haver”), Marx defende que as categorias e as leis económicas não passam de “produtos históricos e transitórios”, “tão pouco eternos como as relações que exprimem”.

A economia política assume-se, pois, como *ciência teórica* (voltada para o estudo das leis de movimento dos vários modos de produção), e, simultaneamente, como *ciência histórica*, convertendo a teoria económica em análise histórica e a exposição histórica em *histoire raisonnée* (como salienta Schumpeter).

E assume-se como *ciência de classe*, como *ciência do proletariado*, propondo-se “dar à classe operária (...) a consciência das condições e da natureza da sua própria acção”. À semelhança do que foi, a seu ver, o papel da economia política burguesa relativamente à ordem feudal, Marx propõe-se *compreender os mecanismos* e explicar as *leis de funcionamento* do modo de produção capitalista, para ajudar a classe operária a transformá-lo.

2.2 A perspectiva subjectivista-marginalista

— Os primeiros sinais de rotura com a perspectiva clássica no que toca à teoria do valor e à teoria da distribuição surgem com Jean-Baptiste Say, que considera como fundamentos do valor a *utilidade* e os *custos de produção*.

Na sequência da *teoria dos três factores de produção*, Say identifica a teoria da distribuição do rendimento como a teoria da formação dos preços dos factores de produção. Deste modo, o lucro deixa de ser visto como um excedente e a distribuição do rendimento deixa de ser vista como um processo inseparável do processo social de produção e por ele condicionado.

Por outro lado, a teoria de Say afasta a idêia de conflitualidade social: os

titulares de cada um dos factores de produção recebem, pela sua *contribuição produtiva*, a remuneração resultante do jogo do mercado, não havendo lugar para qualquer discrepância entre a *distribuição natural* do rendimento e a *justiça social*. Pela primeira vez desde os fisiocratas, as *classes sociais* desaparecem da análise económica.

— Precusores da teoria subjectiva do valor e da perspectiva subjectivista da teoria económica foram também McCulloch e Nassau Senior. Segundo este último, o *valor* (o *custo real*) de um bem é igual ao *trabalho* necessário para o produzir mais a *abstinência* dos detentores do capital. O custo monetário integra o *salário* mais o *lucro*, que deixa de ser considerado um excedente.

— Mas foi a partir de 1870 que a ciência económica estruturou novos conceitos subjectivos de valor, centrando a investigação no estudo das *variações dos preços de mercado*, com base no *raciocínio na margem*.

Entre os precusores, destacam-se Cournot, Von Thünen e Gossen.

Quase simultaneamente (entre 1871 e 1874) e sem qualquer ligação entre si, Menger, Jevons e Walras enunciaram o *princípio da utilidade marginal decrescente* e começaram a utilizá-lo de forma consciente e conseqüente na sua elaboração teórica. Estava lançada a ‘*revolução marginalista*’, a ‘*revolução subjectivista*’, a ‘*revolução da utilidade marginal*’, a ‘*revolução do equilíbrio económico geral*’.

A nova *economia subjectivista-marginalista* representa um corte radical com a *economia política clássica*.

Destacarei algumas diferenças mais importantes.

1. Ao afirmarem que a actividade económica consiste na produção de utilidades com vista à satisfação das necessidades, os marginalistas estão a defender que é o consumo – e não a acumulação – o principal factor impulsionador da economia, privilegiando a *soberania do consumidor* em vez do papel do *capitalista-acumulador-investidor*, que Ricardo considerava o mais importante.

A análise desloca-se da *produção* (da oferta) e do *custo* para a *procura* e para a *utilidade*.

2. A economia política clássica colocava-se numa *perspectiva dinâmica* e a sua preocupação fundamental foi o estudo das *causas da riqueza das nações*, da *dinâmica do crescimento económico*, do qual se esperava a melhoria das condições de vida das pessoas.

A teoria económica marginalista adoptou uma *perspectiva estática*: a sua preocupação central passou a ser a de definir os requisitos da *afecção eficiente* de recursos existentes em *quantidades limitadas* aos seus vários *usos alternativos* (aspecto em que o socialismo seria incapaz de racionalidade).

“Pela primeira vez, a Economia tornou-se, verdadeiramente, na ciência que estuda a relação entre objectivos *dados* e meios escassos *dados* que têm usos alternativos. A *teoria clássica do desenvolvimento* foi substituída pelo conceito de *equilíbrio geral* num *quadro essencialmente estático*.”

3. O esforço analítico passou a centrar-se no estudo do efeito das trocas na margem (a perda ou o ganho de utilidade resultante de “um pouco mais” ou “um pouco menos” de determinado bem),

com base no conceito de *utilidade marginal* (a utilidade atribuída à *última unidade disponível* de um bem).

O *cálculo marginal*, enquanto aplicação dos princípios do *cálculo diferencial*, é a *técnica*, o *instrumento* metodológico utilizado pelos teóricos subjectivistas (assim se servia o objectivo de fazer da *Economics* uma *economia matemática*, e.é, *científica*).

4. Mas a ‘revolução marginalista’ introduz também – e fundamentalmente – uma nova orientação quanto à *estrutura* e ao *conteúdo* da teoria económica. Ignora-se em absoluto o *contexto social* em que decorrem as *relações de produção*. O *valor* surge como categoria que não tem qualquer relação com a quantidade de trabalho gasta na produção dos bens. A *raridade* do bem e a *intensidade* da necessidade que ele satisfaz é que determinam o seu valor. Na formulação de Jevons, “o valor depende unicamente do grau final de utilidade”.

Desaparece da teoria económica o conceito objectivo de valor, enquanto *valor absoluto*, ligado ao custo real de produção. O que passa a ser importante é a determinação dos *preços relativos*, que funcionam como critério orientador das decisões (*racionais*) dos agentes económicos.

A vida económica é reduzida ao jogo do mercado, o ponto de encontro das disposições dos *homens económicos* que constituem a sociedade entendida *atomisticamente* como *mero somatório de indivíduos*.

As relações económicas relevantes deixaram de ser as relações entre os homens (entre as *classes sociais*) e passaram a ser as *relações entre os homens e as coisas*.

5. Desde cedo se percebeu que a teoria económica baseada na utilidade não se adapta às situações correntes na vida moderna, em que o vendedor é o empresário que produziu, para vender, grandes quantidades de *mercadorias*, que não têm para ele qualquer utilidade imediata.

A solução dos novos economistas foi a de aplicar a análise marginalista aos *factores de produção*, a partir da consideração de que o custo de qualquer produto acabado é igual ao custo dos factores utilizados na sua produção. Chega-se assim à *teoria da produtividade marginal*, que vem rematar o edifício teórico e o aparelho ideológico do marginalismo.

Segundo esta teoria, funcionando a economia de acordo com as regras da *concorrência perfeita*, cada proprietário de qualquer um dos factores de produção utilizados receberá uma parte do rendimento global exactamente proporcional à sua contribuição para o produto social, o qual se esgotará na soma dos salários, rendas e juros, *sem possibilidade de subsistir qualquer excedente*.

6. De acordo com o paradigma clássico-marxista, o salário remunera a força de trabalho, enquanto o lucro não remunera nada.

Isto significa duas coisas:

a) que a atribuição de lucros *não é uma troca*, porque não há nenhum fluxo no *circuito real* que justifique o fluxo dos lucros no *circuito monetário*;

b) que o fluxo da força de trabalho é o único fluxo real que alimenta a actividade produtiva e origina o produto social líquido. E como nem toda a receita resultante da venda do produto total vai ser distribuída em salários, segue-se que também o pagamento de

salários *não é uma troca* (não é uma *troca de equivalentes*).

Em conclusão: o problema da distribuição do rendimento não pode explicar-se no âmbito das relações de troca; só pode entender-se no quadro definido pelas *relações sociais de produção*, em função do *poder relativo das várias classes sociais*.

Diferentemente, a problemática da distribuição esgota-se, na teoria marginalista, na *esfera da troca*: ela reduz-se à questão da formação dos preços de mercado dos 'serviços produtivos' prestados por cada *factor de produção*, e esta é apenas uma parte do processo mais vasto de formação dos preços das mercadorias em mercados de concorrência. Citando Edgworth: "A *distribuição* é a *espécie de troca* pela qual o produto é dividido entre as partes que contribuíram para a sua produção". E como as trocas são sempre *trocas de equivalentes*, fica afastada a hipótese de um qualquer *excedente por 'justificar'*, fica *excluída qualquer forma de exploração*.

— Actualmente, a grande maioria dos autores que integram a *corrente económica dominante* adopta como definição da ciência económica enunciados que andam à volta da síntese de Lionel Robbins: "A Economia é a ciência que estuda o comportamento humano enquanto relação entre fins e meios escassos susceptíveis de usos alternativos."

A ciência económica afirma-se, claramente, como a ciência que estuda as *relações entre homens e bens económicos*.

— O *problema económico* — resultante da *escassez relativa dos bens económicos* perante as necessidades ou os fins a satisfazer ou a prosseguir — é, na sua essência, o problema da utilização dos bens escassos susceptíveis de usos

alternativos na satisfação de *objectivos de importância desigual* e escalonáveis segundo uma *escala de preferências*.

– O *princípio económico* é o *princípio de racionalidade económica* que orienta o *homo oeconomicus* na luta contra a escassez, é a *conduta económica*, “a conduta inteligente, preordenada a fins e logicamente adequada ao seu melhor conseguimento”, ou seja, a *economia de meios*.

– O *Juízo económico* consiste em averiguar se a acção em causa realiza a melhor escolha, na perspectiva do fim próprio daquela acção, fim relativamente ao qual a ciência económica nada tem a dizer, porque a ciência económica é *neutra em relação aos fins*, que assume como *dados*.

Todos os actos que envolvem *tempo e meios escassos* para alcançar um objectivo representam um *custo de oportunidade*, porque implicam o sacrifício da sua utilização para conseguir outro(s) objectivo(s). Eles apresentam-se sob um aspecto económico. E o objecto da ciência económica é, justamente, o estudo do “comportamento humano condicionado pela escassez”.

A definição de Robbins é, pois, uma *definição analítica*, que não assenta na classificação dos factos ou dos tipos de conduta humana em *económicos* e *não-económicos* para incluir apenas os primeiros no objecto da ciência económica. É que uma tal concepção ‘classificatória’ sempre deixaria de pé o problema – sem dúvida um *problema económico*, na óptica de Robbins – de saber como dividir o *tempo* e os *meios escassos* entre as actividades económicas e as actividades não-económicas.

A ciência económica transformou-se, deste modo, numa *ciência formal*, num

ramo da *praxeologia*: a *ciência da escolha*, a *teoria geral da escolha racional*, que se aplica tanto ao *homem isolado* como ao *homem em sociedade*, qualquer que seja o tipo de sociedade.

Ligando-se as proposições da Economia a *princípios universais do comportamento humano* (representados no *homo oeconomicus* enquanto *homo calculator*), assume-se a ciência económica como uma *ciência a-histórica*: a conduta económica obedece sempre ao mesmo princípio de racionalidade, seja qual for o contexto histórico e institucional em que se desenvolva.

Esta ciência económica, entendida como *teoria pura* ou *ciência positiva*, afirma-se como *ciência dedutiva*: assim como “na Mecânica pura exploramos a implicação da existência de certas propriedades dos corpos”, assim também – escreve Robbins – “na Economia pura examinamos a implicação da existência de meios escassos susceptíveis de usos alternativos”.

3. Reflexão crítica

3.1 O âmbito da ciência económica

Uma observação muito frequente é a de que a definição de Robbins atribui à ciência económica um âmbito demasiado vasto, permitindo incluir na alçada da disciplina todos os domínios em que é aplicável o *cálculo marginal* à gestão de recursos escassos, que podem incluir a estratégia e a tática militares, o desporto de competição, ou a resolução de problemas de circulação automóvel.

Von Mises advertira já que “a esfera da actividade económica coincide com a *esfera da ação racional*”. Mas, deste modo, a ciência económica transformou-se em “ciência universal da actividade humana”, em “teoria geral da acção eficaz”, noção que torna difícil o

correcto enquadramento da disciplina numa classificação das ciências e que coloca os economistas perante problemas que eles não dominam.

3.2 *Mais relevantes são as limitações de uma ciência económica que faz da análise do comportamento do homo oeconomicus o seu núcleo essencial.*

— O *homo oeconomicus* é uma entidade concebida e programada para actuar sempre de acordo com princípios universais de racionalidade económica.

A partir destas premissas, é lógica “a intenção de produzir uma ciência económica de carácter *universal*”, que faz das categorias económicas do capitalismo *categorias universais*, ‘justificadas’ enquanto corolários lógicos daqueles princípios universais de racionalidade económica. “A apologia das relações de produção capitalistas dissimula-se, então — escreve Oskar Lange —, no modo de tratar as categorias económicas do capitalismo como categorias praxeológicas universais (...), como categorias da actividade humana racional.”

— Esta *ciência praxeológica alegam alguns* — nega-se enquanto *ciência social*, não passa de um “raciocínio circular”, reduzida a uma “ciência apriorística”, a um mero “sistema tautológico”, cujas proposições são verídicas (como na lógica e na matemática) desde que não sejam contraditórias com as hipóteses de partida, sem necessidade de verificação empírica.

O que está em causa é a validade de um paradigma que reduz os homens de carne e osso — que na vida se integram em grupos ou classes sociais — a um *somatório de indivíduos isolados*, os *tolos racionais* de que fala Amartya

Sen, que actuam num espaço vazio, à margem da história, do ambiente cultural, social e institucional, do quadro legal, político e económico.

— O comportamento segundo os princípios do *cálculo económico*, longe de ser um dado invariante da natureza humana, é o produto de um longo processo de desenvolvimento histórico das relações de produção, que culminou com o advento do capitalismo.

Nas épocas anteriores à civilização capitalista, “no centro de todo o esforço e preocupação estava o homem, medida de todas as coisas” (Werner Sombart). Nesta fase da ‘economia natural’ são *múltiplos os fins* da actividade económica, que se desenvolve segundo critérios *costumeiros, tradicionais*.

Com o desenvolvimento das relações de produção capitalistas, a *actividade produtiva* (distinta da actividade para a *economia doméstica*) passa a prosseguir um objectivo homogéneo, quantificável e mensurável, o *ganho monetário*. Nasce, historicamente, a categoria do *lucro capitalista*. O *homem natural* foi substituído (como diria Sombart) pelo *homem capitalista*, que “busca o lucro racional e sistematicamente” (Max Weber). E, sobretudo, surgiu a *empresa capitalista* como realidade separada da *economia doméstica* do seu proprietário, o que aconteceu, fundamentalmente, com o desenvolvimento das sociedades comerciais e, acima de todas, as sociedades anónimas.

Estavam criadas as condições para a aplicação plena do *princípio da racionalidade económica*. Para a empresa capitalista, a maximização do lucro é o *único objectivo* a prosseguir e a adoção dos princípios do *cálculo económico* é uma exigência vital para evitar a falência e para conseguir a maximização do

lucro. Como Marx observou, o princípio da racionalidade económica surge como “uma força inerente ao capital e como um método próprio e característico do modo de produção capitalista”.

– O conceito de *homo oeconomicus* como *agente racional maximizador* traz consigo, implícito, um certo *entendimento normativo* acerca da natureza humana, representando, por isso mesmo, a afirmação de um *ideal* como se ele fosse uma *realidade*. Este é um procedimento que utiliza a atitude ‘científica’ (a afirmação *do que é*) para *justificar o ideal* que se proclamou como facto, a pretexto de que se está a *explicar a realidade*.

Por isso o conceito de *homo oeconomicus* tem sido entendido como um *conceito normativo* utilizado para justificar e legitimar as instituições económicas existentes (o mercado livre e a propriedade privada).

– Os modelos e as teorias que se baseiam no comportamento do *homo oeconomicus* enquanto *agente racional maximizador* têm provado bastante mal como instrumentos analíticos e de predição. No entanto, a *mainstream economics* continua fiel a esta premissa básica.

É que esta visão reducionista do *homo oeconomicus*, embora fazendo dele um *tolo racional*, oferece à teoria económica marginalista a ‘vantagem’ de poder contar com sujeitos económicos que se comportam com a regularidade e a previsibilidade das *agulhas magnéticas*.

Com base no seu ‘código genético de racionalidade’ (a *escala de preferências* com que é *dotado* à partida), o *homo oeconomicus* adopta (necessariamente) um comportamento perfeitamente pre-

visível, que se desenvolve de acordo com uma *lei universal* (como as da física) aplicável a todos os agentes económicos (consumidores, trabalhadores, empresários). Assim se prossegue o objectivo de fazer da *economics* uma ciência tão rigorosa e tão objectiva como as ciências da natureza.

3.3 *A economia marginalista é incapaz de compreender o capitalismo*

O marginalismo coloca-se na óptica da utilização dos *recursos existentes*, no pressuposto de que todos serão utilizados o mais eficientemente possível. A subutilização ou a não-utilização de recursos escassos perante necessidades e desejos não satisfeitos não cabe na lógica da economia marginalista: a economia tende para o *equilíbrio de pleno emprego*.

Ora a circunstância de as teses de Robbins terem sido apresentadas em 1932 – no auge da Grande Depressão – justificou desde logo a crítica de que a sua teoria excluía da análise os mais importantes problemas económicos, e de que os instrumentos da ‘lógica da escolha’ eram totalmente inadaptados para o estudo dos problemas que então se punham à sociedade.

– A economia marginalista assume-se como a *ciência das relações de troca*, reduzindo-se a esta classificação formal os *actos de escolha* relevantes para o estudo da Economia.

Este é um dos pontos em que tem incidido a crítica, sobretudo por parte dos autores de inspiração marxista. Uma vez instalada como classe dominante, a burguesia passou a considerar as relações de produção capitalistas como algo de definitivo, inalterável e indiscutível. E a teoria económica marginalista ‘esqueceu’ o interesse pelo estudo das

relações de produção, assumindo-se como *economia pura*, reduzida a uma “teoria da determinação dos preços nas condições de um *hipotético* regime de concorrência livre e perfeita” (na definição de Walras).

A crítica põe em relevo que esta identificação da ciência económica como *ciência das relações de troca* (ou *catalaxia*), encobre a apologia do capitalismo. Reduzindo o seu estudo à análise das relações de troca que se concretizam no mercado, realça-se que as trocas são *trocas de equivalentes* (de outro modo não teriam lugar...), o que significa que as *trocas voluntárias* permitem ultrapassar eventuais conflitos entre interesses divergentes, proporcionando o máximo de utilidade a todos os que delas participam.

Nomeadamente, esta *ciência das trocas* considera as relações entre o empregador capitalista e os trabalhadores assalariados como meros *actos de troca*, que concretizam *escolhas feitas livremente* por cada um dos contratantes, admitindo-se que o trabalhador pode *escolher livremente* entre trabalhar e não trabalhar, e que esta *escolha* tem a mesma natureza da *escolha* do empregador capitalista entre, v.g., contratar o operário ou não contratar, entre contratar mais operários ou adquirir máquinas novas.

Fora da análise fica a *diferenciação social* entre os que — como salienta Teixeira Ribeiro — por serem donos do capital, podem viver sem trabalhar e os que, por o não serem, têm de trabalhar para viver. E daqui derivam os críticos a incapacidade desta *teoria pura* para compreender os mecanismos de funcionamento e as categorias económicas próprias de sociedades caracterizadas por aquela diferenciação social.

Como Marx salientou, os trabalhadores não são livres de contratar ou não

contratar, pela razão decisiva de que, sendo juridicamente livres de dispor contratualmente da sua força de trabalho, eles são também “completamente desprovidos das coisas necessárias à realização da sua potência de trabalho”, circunstância que transforma aquela *liberdade de contratar em necessidade de contratar*.

Não estão, pois, em *posição de igualdade* os dois permutantes deste tipo de ‘trocas’, sem dúvida as mais importantes no seio das sociedades capitalistas. Adam Smith já tinha mostrado isto mesmo, acrescentando que quem não se dá conta deste fenómeno “é tão ignorante do mundo como deste assunto”.

Com Smith, poderá dizer-se também que “o trabalho de um operário acrescenta geralmente, ao valor das matérias-primas a que se aplica, o valor da sua própria manutenção e o *lucro do patrão*”. Esta ‘troca’ cria, como se vê, um *excedente* (que os marginalistas eliminaram), o *lucro do patrão* (A. Smith) ou a *mais-valia* (K. Marx).

O que significa que a *ciência das trocas* marginalista ‘encobre’ aspectos nucleares das relações sociais que caracterizam as sociedades capitalistas.

— O marginalismo parte da existência de *necessidades individuais* e toma como objecto da ciência económica a luta contra a escassez, com vista à *satisfação das necessidades*.

Ora a verdade é que, nas economias capitalistas, a produção não visa à satisfação das necessidades. Daí retiram vários autores a incapacidade desta ciência económica para compreender as questões fundamentais que se colocam no quadro da chamada *sociedade de consumo*, no seio da qual as necessidades humanas são “puro produto do sistema”, um simples pretexto para vender e ganhar dinheiro. A análise da

sociedade de consumo – escreve Hubert Brochier – “é um desafio à noção de *utilidade* sobre a qual se encontra alicerçado todo o edifício do marginalismo”.

A Economia entendida como *ciência da escolha* caracteriza o capitalismo com *economia de mercado livre*, no qual a *soberania do consumidor* significa que são as escolhas feitas *livremente* no mercado por *cada um* dos *indivíduos* que nele actuam, que vão decidir, em último termo, *como, o quê e para quem* se vai produzir.

Para os defensores desta concepção, “a economia de livre empresa é a *outra face da democracia*”. Como escreveu um autor, “nesta grande e contínua eleição geral da economia livre, ninguém, nem mesmo o mais pobre, é privado do seu direito de voto: estamos todos a votar a todo o momento”.

A *soberania do consumidor* é invocada também para *legitimar* os resultados das *economias de mercado livre* no que toca à distribuição da riqueza e do rendimento, com base na ideia de que esses resultados são *livremente* queridos e assumidos por todos e por cada um, através da *livre escolha individual*. Von Mises defende expressamente que, “numa sociedade capitalista, a riqueza só pode adquirir-se e conservar-se mediante uma atitude que corresponda às exigências dos consumidores. A riqueza (...) é sempre o resultado de um plebiscito dos consumidores e, uma vez adquirida, a riqueza só pode conservar-se se for utilizada da forma que os consumidores considerem mais benéfica para eles”.

Em sentido contrário, invocam os críticos a lógica da *sociedade de consumo*, em que as necessidades são ‘criadas’ à medida dos interesses das poderosas empresas que controlam a produ-

ção e em que “os desejos dos consumidores deixaram de ser uma questão de escolha individual” para se transformarem numa “produção de massa”.

Contra a ‘leitura’ da realidade segundo a qual a ‘votação’ efectuada no mercado é a base de um autêntico *governo democrático da economia*, argumenta-se que ela ‘esquece’ o facto essencial de que no mercado se efectua “uma eleição em que alguns eleitores podem votar mais do que uma vez”, porque o peso do voto de cada consumidor depende do que cada um gasta no mercado, o que, por sua vez, depende da riqueza e do rendimento de cada um.

Os marginalistas alegam que os rendimentos de cada pessoa correspondem à ‘contribuição’ de cada uma para o rendimento da comunidade. Os críticos da teoria da produtividade marginal negam que assim seja. E se não houver uma ‘justificação moral’ para as *diferenças de rendimento* e para a *diferença de natureza* dos rendimentos dos trabalhadores e dos rendimentos dos capitalistas, é inevitável a conclusão de que a ‘votação’ do mercado está viciada à partida e conduz a resultados injustos, que reflectem e ajudam a perpetuar as estruturas (de poder) que geram e mantêm as diferenças de rendimentos.

J.K. Galbraith é um dos autores que mais lucidamente têm criticado o dogma da *soberania do consumidor*, que só existe no “mundo dos livros de texto” da *mainstream economics*. As sociedades que assentam no “sistema industrial” são *economias planificadas*, dominadas pela *soberania do produtor* (i. é, a capacidade das grandes organizações empresariais para ‘planificar’ a economia). Por isso ele propõe que a ciência económica abandone a óptica da *soberania do consumidor* e adote a óptica da *soberania do produtor*.

A seu ver, a ciência económica não pode fugir à seguinte alternativa: “permanecer fiel à *soberania do consumidor* e ser confortável, não controversa, cada vez mais sofisticada nos seus modelos e cada vez mais dramaticamente separada da vida. Ou aceitar as implicações do *poder do produtor*, da *soberania das grandes organizações*, e ser contenciosa, politicamente perigosa e, durante longo tempo, talvez intelectualmente deslegante nos seus modelos. Mas, em compensação, estar apta para lidar com as questões mais importantes que se levantam na sociedade industrial”.

— Um dos pressupostos da *economia marginalista* é a consideração do mercado como o único mecanismo *racional* de afectação de recursos escassos a usos alternativos, nele se realizando o princípio universal de racionalidade inerente à natureza humana.

Os críticos desta concepção sustentam, ao invés, que o mercado não é um puro mecanismo de *regulação automática* da economia, eficiente e neutro. O mercado é, como o estado, uma *instituição social*, uma *criação histórica* da humanidade, uma *instituição política*, destinada a regular e a manter determinadas *estruturas de poder* que asseguram a prevalência dos interesses de certos grupos sociais sobre os interesses de outros grupos sociais.

A esta luz, a defesa do mercado é a defesa de uma *concepção filosófica* que vê no mercado uma *instituição natural*, uma instituição que — nas palavras de Hayek — “não pode ser justa nem injusta, porque os resultados não são planeados nem previstos e dependem de uma multidão de circunstâncias que não são conhecidas, na sua totalidade, por quem quer que seja”.

A *defesa do mercado* veicula uma concepção acerca da *ordem social* que

se considera desejável e configura uma atitude de *defesa da ordem social* que tem no mercado um dos seus pilares. Tal como a *crítica do mercado* veicula um *propósito de introduzir mudanças na ordem social estabelecida ou de a substituir por uma outra ordem social*.

— Para quem aceita o pressuposto que há pouco referi, é lógica a conclusão de que o *capitalismo é o único sistema racional possível*. E esta foi uma tese defendida nas décadas de 20 e 30 do nosso século por autores como Von Mises, Hayek e Robbins, entre outros. Igualmente lógica é a conclusão de que substituir o capitalismo por um outro sistema equivaleria a renunciar à racionalidade económica. O capitalismo surge, por isso, como o *fim da história*.

De todo o modo, qualquer que seja a resposta que se dê ao problema da racionalidade do socialismo e à validade do socialismo como alternativa ao capitalismo, a verdade é que, dentro dos cânones da ortodoxia dominante, à ciência económica é vedado qualquer juízo comparativo sobre a racionalidade de dois sistemas e sobre o significado económico da passagem de um a outro.

De entre os autores que criticam este tipo de limitações à análise económica, destaca-se François Perroux. “Ninguém tem o direito, a pretexto de fazer ciência — escreve ele —, de subtrair à análise científica o exame das conseqüências económicas, favoráveis ou desfavoráveis, da mudança da ordem social”. E isto tanto mais quanto é certo que (é ainda Perroux quem sublinha) “lutar contra a escassez não é apenas *aperfeiçoar o mercado* (...), é também *modificar o regime de mercado* e, mais latamente, *rectificar as instituições de que o mercado é apenas um aspecto*”.

A verdade é que a economia política surgiu e afirmou-se como disciplina

científica no contexto da passagem da velha ordem feudal para a nova ordem capitalista, e as categorias teóricas da economia política clássica não se furtaram à comparação de paradigmas alternativos, antes evidenciaram a superioridade das relações de produção capitalistas em confronto com as relações de produção feudais e com a regulamentação e os monopólios do mercantilismo.

Nos dias de hoje, com a entrada em cena dos problemas do *ambiente*, parece irrecusável a consideração de paradigmas alternativos de *organização económica* e de *crescimento económico*.

Trata-se de problemas que não cabem na lógica da análise marginalista, que compara *custos* e *benefícios privados*, mas não é sensível aos *custos sociais* de um “crescimento canceroso e sem sentido”, nem é capaz de comparar *custos sociais* e *benefícios sociais*, porque eles não são ponderados no comportamento do *homo oeconomicus* nem podem captar-se através do sistema de preços.

Os bens postos em causa pela poluição não são bens que possam deixar-se entregues à lógica do mercado e a sua salvaguarda exige cada vez mais uma sociedade que rejeite em absoluto a “mercantilização da vida”, e que busque um paradigma de crescimento que não identifique o *mais* com o *melhor*.

— Também certos problemas relacionados com o desenvolvimento científico e tecnológico não parecem equacionáveis e resolúveis com base nos ensinamentos de uma teoria económica que adota o *princípio maximizador* como critério único de eficiência e de racionalidade.

Num ensaio recente, Ralf Dahrendorf fala da necessidade de “transferência de alguns ganhos de produtividade *para*

tempo, em vez de dinheiro, para tempo livre, em vez de mais rendimento”.

Creio que esta é uma das questões que estão em aberto neste tempo de contradições. O desenvolvimento da produtividade resultante do progresso científico e tecnológico permite que se disponha de mais tempo para as actividades libertadoras do homem, em vez de o afectar a *produzir cada vez mais bens* para *ganhar cada vez mais dinheiro* para *comprar cada vez mais bens*.

A ciência económica não pode adiar por muito mais tempo a busca de um *outro padrão de racionalidade*, que admita, por exemplo, equacionar o problema do desemprego a partir da redução do horário de trabalho e do aumento dos tempos livres, em vez de pretender atrasar duzentos anos o relógio da história, agitando, — em nome da sacrossanta competitividade — o papão dos ‘tigres asiáticos’.

— A *mainstream economics* considera a escassez um *dado fundamental da vida* e faz do *comportamento do homem condicionado pela escassez* o objeto da ciência económica. Resta saber se o *problema da escassez* será o problema central que hoje se coloca à humanidade, apesar dos milhões de miseráveis que a ‘civilização da abundância’ gerou e continua a gerar.

Muitos autores concordarão com Amartya Sen quando defende que o facto de haver pessoas que passam fome — e que morrem de fome... — só pode explicar-se pela *falta de direitos* e não pela *falta de bens*. O problema fundamental não é, pois, a escassez, mas a organização da sociedade.

Comentando este ponto de vista de Sen, pergunta Dahrendorf: “Por que é que os homens, quando está em jogo a sua sobrevivência, não tomam simplesmente para si aquilo em que supos-

tamente não devem tocar mas que está ao seu alcance? Como é que o *direito* e a *ordem* podem ser mais fortes que o *ser* ou *não ser*?"

Com Amartya Sen, dir-se-á: a resposta reside na *falta de direitos*. Ou na *falta de poder*. Talvez seja este o problema decisivo, não o *problema da escassez*.

Ao equacionar esta problemática, é natural a pergunta de Dahrendorf: "o que seria preciso para *modificar as estruturas de direitos*, de modo a que mais ninguém tivesse fome?" Esta é uma pergunta que a teoria económica marginalista não faz, porque não se consente analisar as consequências de uma mudança de ordem social. Mas a própria pergunta parece encerrar a idéia de que é necessário *modificar as estruturas de direitos* (i. é, as estruturas do poder), sendo certo que também o *poder*, as *relações de poder* e as *estruturas do poder* estão fora da análise da Economia marginalista.

3.4 É possível uma pura "ciência dos meios"?

Robbins quer que a sua ciência económica seja uma *ciência positiva*, uma *ciência pura*, *neutra* em relação aos fins.

Já Senior, Hume e J. S. Mill tinham distinguido a *economia positiva* da *economia normativa*. A afirmação deste último, segundo a qual "não se pode deduzir o dever ser do ser", ficou conhecida por *guilhotina de Hume*, porque ela estabelece uma separação radical entre positivo e normativo, entre ser e dever ser, entre fatos e valores, entre objectivo e subjectivo, entre ciência e arte, entre juízo de verdadeiro ou falso e juízo de bom ou mau.

No final do séc. XIX, a questão da *Wertfreiheit* (i. é, a possibilidade de uma

ciência económica isenta de valores) esteve presente na famosa *luta dos métodos*. Mas foi com a 'revolução marginalista' que se acentuou o empenho em proclamar a *neutralidade* da nova 'ciência', com o objectivo de a separar das 'doutrinas' socialistas (em especial o marxismo) que tinham surgido a partir da economia política clássica.

A reivindicação para a *nova economia* dos métodos e dos padrões de validade científica aplicados às ciências físicas buscava para ela a 'credibilidade' que o *cientismo* da época outorgava às ciências da natureza, do mesmo modo que a adopção de uma *perspectiva a-história* foi um meio de subtrair à análise económica os grandes temas da economia política clássica que, com Marx, começaram a pôr em causa a aspiração da 'ordem burguesa' à eternidade.

Com a sua defesa do *princípio da Wertfreiheit*, Max Weber pretendia evitar que nos trabalha científicos se misturassem opiniões de natureza ética ou política com afirmações de carácter 'técnico' e, sobretudo, que se promovesse a aceitação daquelas sob a capa de proposições de índole científica, avalizadas pelos 'prestígio' de quem as emite enquanto especialista.

Não se contesta o mérito desta preocupação. Mas creio que é igualmente séria a posição daqueles autores, como Gunnar Myrdal, que defendem a impossibilidade de uma *Wertfreiheit absoluta* e admitem que elementos ético-valorativos entrem na análise económica, e que, em certos casos, isso pode até ser desejável.

Myrdal não hesita em afirmar que "nunca existiu uma ciência social 'desinteressada' e, por razões lógicas, nunca poderá existir". Na sua opinião, a "única forma de podermos atingir a 'objec-

tividade' consiste em expor claramente as valorações, torná-las consistentes, bem definidas e explícitas, permitindo que os seus efeitos condicionem a nossa investigação, mas de forma clara". Só deste modo poderá evitar-se fazer passar as concepções filosóficas de que se parte por resultados obtidos através da análise científica.

Um outro crítico do princípio de uma *Wertfreiheit absoluta*, Robert Heilbroner, defende que, dada a especial relação do investigador com o objecto da investigação no âmbito da ciência económica, a interpretação da realidade será sempre impregnada de valores, tornando-se a defesa de valores um *elemento inseparável* da investigação científica, qualquer que seja o grau de consciência dos investigadores relativamente a este ponto. Segundo Heilbroner, "a Economia não é e não deve ser isenta de valores". Aos cientistas exige-se, porém, que esclareçam os seus leitores acerca dos *pressupostos filosóficos* da sua análise, e que explicitem os *juízos de valor* que os inspiram, em vez de os fazerem passar por *leis inerentes à natureza das coisas* ou por *verdades científicas inatacáveis*.

Se houvesse tempo, seria bom acompanhar o raciocínio e os argumentos de vários outros autores cujas conclusões não andam longe das que ficam enunciadas. Recordarei Schumpeter, Joan Robinson, Maurice Dobb, Homa Katouzian, Kurt Rotschild, Mark Blaug, entre outros. Referirei apenas François Perroux, que frontalmente defende ser "impossível uma ciência humana dos meios puros, separados dos objectivos e dos valores", porque "uma ciência dos meios não pode estudá-los com precisão e exactidão deixando de lado as finalidades que eles revelam". A pretexto da distinção entre os *dados* e as *variáveis*, o que se pretende — escreve Perroux — é deixar de fora da análise do econo-

mista elementos como "o regime de propriedade e as *regras do jogo social*, as *relações entre poderes sociais*". A lógica moderna — conclui Perroux — condena a distinção simplista segundo a qual a economia é uma *ciência dos meios* e não uma *ciência dos fins*: "se os fins estão de fora do alcance dos economistas, eles ficarão reduzidos à aceitação da ordem social existente (...), confundida com a *ordem social* sem epítetos".

3.5 A Economia é uma ciência?

Esta pergunta não é uma simples figura de retórica. De um modo ou de outro, ela tem sido formulada por muitos e importantes economistas. E o facto de ela ser formulada já indicia que há aqui um problema que é necessário encarar.

— Alguns autores levam tão longe a sua confiança na Economia como ciência igual às ciências ditas exactas, que acabam por negar a atitude de humildade intelectual que deve caracterizar o espírito científico. É elucidativo, a este respeito, o seguinte episódio passado com o Prémio Nobel Georges Stigler e relatado pelo próprio numa sessão pública da *American Economic Association*.

Um colega de Stigler, professor de Ciência Política, questionava-se, em conversa com ele, acerca da razão de haver um Prémio Nobel da Economia e não haver um Prémio Nobel para nenhuma das outras ciências sociais. "Disse-lhe — comenta Stigler — que eles já tinham um Prémio Nobel da Literatura".

Esta 'história' fala por si. Deixa-a sem comentários.

— Mas nem todos os economistas se apresentam tão seguros de si e da sua disciplina.

À pergunta há pouco enunciada Hicks responde que a Economia está *na fronteira da ciência* porque pode utilizar *métodos científicos* ou *quase científicos*. Mas *não passa da fronteira da ciência*, porque as experiências que analisa são constituídas por informação respeitante ao passado e têm, por isso, muito de *não repetitivo*.

Na 5.^a ed. do seu notável manual, Baumol e Blinder escrevem que “a Economia apresenta algo de desdobramento da personalidade”. E explicam: “Embora ela seja claramente *a mais rigorosa das ciências sociais*, apresenta-se decididamente mais como ‘social’ do que como ‘científica’, quando comparada, digamos, com a física”.

Esta ‘dupla personalidade’ da ciência económica aparece reflectida também naqueles autores para quem “a ciência económica (...) é um misto de *ciência* e de *ética*, pouco importando se ela é uma ciência com implicações normativas ou um *ethos* com fundamentos científicos. Já Keynes defendera, aliás, que “a Economia é essencialmente uma *ciência moral* e não uma *ciência natural*”.

Outros defendem que a economia política deve ser entendida como uma “disciplina não-euclidiana, i.é, não demonstrativa”. E isto porque “as suas conclusões são de natureza probabilística e não podem ser apresentadas com certeza”. A ciência económica seria uma espécie de *disciplina argumentativa*, na medida em que “a sua finalidade pode ser apenas a de *persuadir* e não a de *demonstrar* seja o que for de modo conclusivo”.

Samuelson defende também que a Economia está longe do “estatuto de ciência com uma precisão aceitável”, que ela “*não é uma ciência exacta*. Eu não posso provar — escreve ele — a

correção de um resultado pelo processo através do qual se prova o Teorema de Pitágoras ou se confirma a constância da velocidade da luz”.

— Sem dúvida que o facto de a Economia ser uma *ciência humana* (uma *ciência social*) traz alguns problemas específicos.

Creio que “não se pode fundar uma ciência do homem independentemente de um projecto acerca do homem”. Toda a teoria económica pressupõe, por isso, uma dada *concepção do homem*. Daí a razão de Stofaës quando alerta para que, “tanto como da tentação ideológica, os economistas devem desconfiar da sua tentação de quererem construir uma *ciência ‘cientista’*, autónoma e objectiva, desligada de toda a ingerência política e doutrinal”.

Os cientistas sociais são um elemento integrante do objecto da sua investigação; “fazem parte de uma determinada ordem, têm um lugar dentro dela, beneficiam ou perdem com ela, e vêem o seu futuro ligado ao seu sucesso ou à sua falência. O seu ângulo de visão da sociedade não pode ser neutro, reflecte os seus valores e também a sua esperança de *transformar* a sociedade ou de *conservar* tal como é”. Os temas que escolhem para objecto da sua investigação “dependem, em larga medida, da sua própria situação na sociedade, da sua psicologia, da sua história pessoal, das suas concepções e projectos políticos.

Se isto é verdadeiro, então é difícil não dar razão a Heilbroner quando defende que “uma atitude de total ‘imparcialidade’ relativamente ao universo dos eventos sociais é *psicologicamente não-natural* e, muito provavelmente, conduz a uma posição de *hipocrisia moral*”.

— Com base na natureza do objecto da ciência económica, sustentam alguns autores não ter fundamento a distinção entre *economia positiva* e *economia normativa*. “A economia positiva não existe — escreve Homa Katouzian. (...) A Economia é uma ciência normativa, prescritiva.”

Desde os fisiocratas, de resto, que a ciência económica sempre esteve no centro do debate sobre a escolha do modelo de sociedade, porque ela é, por natureza, uma *ciência prescritiva* ou *normativa*: as suas propostas teóricas têm em vista conseguir os *melhores* métodos para atingir objectivos públicos ou privados, assumidos como *objectivos desejáveis*.

Seja-me permitido invocar aqui a autoridade de Mrs. Robinson para defender, com ela, a idêia de que “a ciência económica não pode escapar nunca à ideologia” e de que, como em toda a actividade humana e em toda a actividade de investigação, “há sempre uma *direita* e uma *esquerda*, perspectivas ortodoxas e radicais, defesa do *status quo* e exigência de mudança”.

Mas o facto de a nossa disciplina ser influenciada por determinadas *concepções filosóficas* acerca do homem e por determinadas *concepções políticas* acerca da organização da economia e da sociedade, não a impede de adoptar os *cânone*s do *procedimento científico*. Ela pode e deve fazê-lo.

A “ética da investigação” obriga os investigadores a não se dispensarem de procurar a verdade e de o fazerem seguindo procedimentos que respeitem a honestidade intelectual e as ‘regras do jogo’. A ninguém é lícito esconder factos ou argumentos e muito menos falsificar ou manipular os dados de que dispõe, que devem ser analisados de acordo com as *leges artis* reconhecidas pela comunidade científica.

O que se diz atrás significa que, enquanto cientistas sociais, os economistas não podem ignorar que o seu trabalho de investigação sofre sempre a influência dos *seus próprios valores* e também dos *valores dominantes*, e devem *tornar claros os pressupostos filosóficos de que partem*.

E significa também que o reconhecimento destas influências não tem que pôr em causa a validade científica dos resultados da investigação levada a cabo. Adam Smith, Ricardo, Marx e Keynes assumiram expressamente as concepções filosóficas e até os objectivos que procuravam atingir com os seus trabalhos e as suas propostas teóricas. E ninguém recusará a estes *economistas comprometidos* um lugar cimeiro na história da ciência económica.

Não deixo, porém, de partilhar com Don Patinkin a ‘angústia’ que ressalta desta sua reflexão: “O que provoca em mim uma grande dose de cepticismo acerca do estado da nossa disciplina — escreve Patinkin — é a muito elevada correlação positiva entre os pontos de vista sobre política económica de um investigador (ou, o que é pior, do seu orientador de tese) e os resultados empíricos a que chega. Começarei a acreditar na Economia como ciência quando sair de Yale uma tese de doutoramento de natureza empírica a demonstrar a supremacia da política monetária em qualquer episódio histórico, e quando sair de Chicago uma tese que demonstre a supremacia da política financeira.”

Muitos autores têm associado à Economia matemática a idêia de uma ‘cientificidade’ indiscutível. Para muitos deles, há uma *Economia científica*, e essa é a *Economia matemática*.

Foi Karl Popper quem escreveu que “o êxito da Economia matemática mostra que pelo menos uma ciência social já passou pela revolução newtoniana”.

John Hicks defende um ponto de vista diferente. Considera a *economia matemática* um “ramo da matemática aplicada”, mas sustenta que “a matemática não é uma ciência”, porque “tem que ver com conceitos e relações entre conceitos, não com fenómenos”, porque “as suas proposições são *logicamente verdadeiras*: não precisam de observações que as confirmem”. Daí que o facto de a economia matemática ser um ramo da matemática aplicada “não significa que ela deva ser considerada ciência”.

Outros consideram que a Economia matemática se tem traduzido em alterações (quase) meramente formais ou notacionais, negando que a utilização da matemática na análise económica tenha gerado qualquer mudança que “possa genuinamente considerar-se como uma ‘revolução newtoniana’ e sustentando que “não é razoável sugerir que algo deste tipo vá ocorrer no futuro previsível”.

As reservas à Economia matemática surgiram, de resto, desde muito cedo. Logo na recensão da *Mathematical Physics*, de Edgeworth, Marshall deixava o alerta: “será interessante ver até que ponto o autor conseguirá impedir que a matemática corra com ele, fazendo-o perder de vista os factos económicos reais”.

É conhecido também o desdém que Keynes manifesta na *General Theory* relativamente aos “métodos pseudo-matemáticos” que “permitem aos autores esquecer, no labirinto de *símbolos vãos e pretensiosos*, as complexidades e as interdependências do mundo real”, conduzindo a uma teoria económica construída dedutivamente a partir de pressupostos assumidos muitas vezes apenas por razões de *simplicidade e elegância*.

E Popper não poupa os economistas matemáticos à acusação de praticarem

“o culto da ininteligibilidade, o culto da linguagem difícil”, cometendo o ‘peccado’ da falta de clareza, em vez de procurarem a simplicidade e a clareza de raciocínio, atitude que considera “um dever moral de todos os intelectuais”.

É a crítica a um certo ‘diletantismo’, que muitas vezes se deixa encandear pelo brilho da técnica matemática, com riscos de transformar o seu refinamento num fim em si mesmo (uma espécie de *matemática pela matemática*) ou numa actividade de puro deleite intelectual. E estes não são riscos hipotéticos ou imaginários. John Hicks confessa que “muita da teoria económica é prosseguida por uma razão não melhor do que a sua atracção intelectual; *ela é um bom jogo*”.

O ‘abuso’ da utilização da ‘tecnologia’ matemática tem levado alguns autores a denunciar que a preocupação de muitos economistas não é a de escrever os seus estudos em inglês, em francês ou em português, mas a de *escrevê-los em matemática*. Homa Katouzian fala da substituição da literatura económica por aquilo que chama *mathature* (em vez de *economic literature*).

A este propósito conta Hutchison uma história de espantar, a que chama “Fox phenomenon”. Que fenómeno é este? Segundo *The Times* de 9.6.1980, um tal Dr. Fox proferiu, em três ocasiões diferentes, conferências destinadas a especialistas em ciências sociais, conferências para as quais elaborou textos *deliberadamente non sense*. No final, todos os ouvintes declararam que as conferências tinham sido muito claras e estimulantes. E o articulista conclui que os investigadores que quiserem causar impressão junto dos seus colegas deverão escrever textos pouco inteligíveis.

Mas o mais grave é que a pretensa ‘revolução matemática’ na Economia pode ter provocado uma ‘subversão’ ou

inversão de papéis: em vez de ser o objecto da ciência económica a condicionar as técnicas utilizadas, é a técnica matemática que acaba por condicionar a substância e o conteúdo da análise económica e do conhecimento económico, percorrendo caminhos que têm semeado a desilusão em muitos economistas que utilizam a matemática, incluindo alguns dos mais ilustres.

Referirei apenas o caso de Wassily Leontief. Na *Presidential Address* de 1970 à AEA, manifestava a sua crescente preocupação com o facto de os economistas trabalharem com uma 'realidade' imaginária, hipotética, em vez de se aterem à realidade observável. E denunciava o 'processo darwiniano' que, através da selecção do pessoal académico, contribui grandemente para a perpetuação deste estado de coisas, promovendo os economistas 'puros' e afastando os 'impuros', aqueles que não se conformam com os cânones dominantes.

Numa carta à revista *Science* (Julho/1982), Leontief critica amargamente o "esplêndido isolamento" da "economia académica": "Ano após ano — escreve ele —, os economistas teóricos continuam a produzir grandes quantidades de modelos matemáticos e a explorar com grande pormenor as suas propriedades formais; e os econometristas fornecem funções algébricas de todos os modelos possíveis (...), sem serem capazes de avançar, em nenhum sentido perceptível, uma compreensão sistemática da estrutura e das operações de um sistema económico real."

Talvez Christian Stoffs tenha razão quando defende que "a economia contemporânea tem mais necessidade de filósofos do que de econometristas".

Por minha parte, creio que releva de um certo *infantilismo* (ou *doença infantil*) a pretensão das ciências sociais e

humanas — e, nomeadamente, da Economia Política — em se assumirem como 'científicas' tal como o são as ciências ditas exactas.

A *tentação cientista* (o *desvio cientista*), ao procurar afastar a 'ciência económica' da economia política clássica enquanto "ramo da filosofia social", acabou por transformar-se numa armadilha, enredando a disciplina nas malhas de uma "concepção absolutista" de efeitos por vezes perversos, na óptica do seu próprio desenvolvimento enquanto ciência.

Creio que só uma atitude menos rígida em relação ao rigor de um *cientismo infalível* pode ter em conta as limitações que caracterizam a análise económica, decorrentes do facto de ter de recorrer com frequência ao *as if approach* e de as suas proposições estarem sempre sujeitas à *condição coeteris paribus* (e no entanto as outras coisas movem-se...).

Não ter isto presente pode colocar os economistas perante situações que, de forma inconsequente, escondem muita incapacidade por detrás de alguma 'fanfarronice'. Ocorre lembrar, a este propósito, a 'história' contada por Baumol/Blinder e por M. Blaug. A 'história' é esta. Três pessoas (um químico, um físico e um economista) encontraram-se numa ilha deserta. Tinham abundância de latas com alimentos de conserva, mas não tinham instrumentos para abrir as latas. Perante a situação, o químico sugeriu que acendessem uma fogueira e pusessem as latas ao lume, esperando que a dilatação do seu conteúdo as fizesse rebentar. O físico preferiu outra solução e propôs que construíssem uma catapulta com a qual pudessem atirar as latas contra umas pedras próximas, esperando que elas abrissem com o embate. Chegada a vez de o economista se pronunciar, este 'resolveu' o problema desta manei-

ra: "Suponhamos que temos um abrelatas..."

Com Jean Marchal, creio que é demasiado empobrecedora uma perspectiva que "substitui o *homem verdadeiro* pelo *homo oeconomicus* simplificado e o *estudo sociológico e histórico* por uma investigação de *pura lógica* aplicada às coisas económicas", que "descarta importantes factores humanos (...) só porque não se deixam facilmente pôr em equação" e que dá por vezes "a sensação de um deserto de pedras e de gelo, de um mundo sem homens".

A ciência económica tem de ter presente o que a *teoria pura* de hoje esquece com demasiada frequência: que, "no homem, o que não se mede é mais importante do que aquilo que se mede". E tem de pôr em causa o 'mundo' a que a conduziu a *teoria pura*, porque "esse mundo não é o mundo dos homens". Só assim pode aspirar a ser "uma visão global do homem", como Fernand Braudel ambicionava para todas as ciências sociais. Ao *bom economista* - lembrava Keynes - "não deve escapar nenhum aspecto da natureza humana e das suas instituições".

A ciência económica deve assumir-se de novo como "um ramo da filosofia social", como *economia política*, "com os seus aspectos normativos concretamente especificados e as suas estratégias claramente definidas", como defende Shigeto Tsuru.

Termino esta lição servindo-me da síntese de Joan Robinson e de John Eatwell: "a ciência económica tem três aspectos ou funções:

- tentar compreender como funciona a economia,
- fazer propostas para a melhorar e
- justificar o critério pelo qual a melhoria é julgada".

Com estes autores, creio que "o critério definidor daquilo que é desejável envolve necessariamente juízos morais ou políticos". E penso igualmente que "a ciência económica nunca pode ser uma ciência perfeitamente 'pura', não penetrada de valores humanos. Frequentemente, os pontos de vista morais ou políticos através dos quais são vistos os problemas económicos tornaram-se tão inextricavelmente entrelaçados com as questões postas, e mesmo com os métodos de análise utilizados, que nem sempre é fácil distinguir aqueles três elementos da economia política".

4. Referências Bibliográficas

- ABOUCAR, Alan - "Through the (Economics) Glass Darkly", em *Problèmes Économiques*, n. 2.194, 10.10.90, 1-6.
- AGUIAR, Joaquim - "Para uma análise sistemática da produção de teorias nas ciências sociais: o caso da economia política, em *Análise Social*, n. 35/36, Vol. IX, 1972, 689-789.
- ALBELDA, Randy, Christopher Gunn and William Waller (eds.) - *Alternatives to Economic Orthodoxy*, M. E. Sharpe, N. York, 1987.
- ALMEIDA, Anibal - "Prelúdio a uma Reconstituição da Economia Política", Separata do *Boletim de Ciências Económicas*, FDUC, Coimbra, 1989.
- ATKINSON, Lloyd C. - *Economics - The Science of Choice*, Richard D. Irwin Inc., Homewood, 1982.
- BAUMOL, William and Alan Blinder - *Economics: Principles and Policy*, 5.ª ed., Harcourt Brace Jovanovich, N. York, 1991.
- BLAUG, Mark - *História do Pensamento Económico* (2 vols.), trad. port. da 5.ª ed. ing. (1985) de *Economic Theory in Retrospect* (1.ª ed., 1961), Dom Quixote, Lisboa, 1989/1990;
- *A Metodologia da Economia*, trad. port. da 2.ª ed. ing. (1992), Gradiva, Lisboa, 1994 (1.ª ed. ing. 1980);
- Economic Theories, True or False? - Essays in the History and Methodology of Economics*, Edward Elgar, Aldershot, 1990.
- BOULDING, Kenneth - *Towards a New Economics - Critical Essays on Ecology*.

- Distribution and Other Themes*, Edward Elgar, Aldershot, 1992.
- BOWLES, Samuel – “Economists as servants of Power”, em *The American Economic Review* – *Papers and Proceedings*, Vol. LXIV, n. 2, maio/1974, 129-132.
- BRENNAN, H. G. and A. M. C. Waterman (eds.) – *Economics and Religion: Are They Distinct?*, Kluwer Academic Publishers, Boston, 1994.
- BROCHIER, Hubert – “Les besoins humains”, em *Esprit*, dez/1969, 870 ss.
- BROCKWAY, George P. – *The End of Economic Man (Revised)*, W. W. Norton & Co., N. York, 1993.
- BÜRGENMEIER, Beat – *Socio-Economics: An Interdisciplinary Approach (Ethics, Institutions, and Markets)*, Kluwer Academic Publishers, Boston, 1992.
- CADILHE, Miguel – “Matematismos (Reflexões sobre Matemática, Economia e Gestão)”, em *Anuário de Economia Portuguesa* – 1991, Associação Portuguesa de Economistas.
- CALDWELL, Bruce – *Appraisal and Criticism in Economics: a Book of Readings*, Allen & Unwin, Londres, 1984;
- *Beyond Positivism: Economic Methodology in the Twentieth Century*, Allen & Unwin, Londres, 1984;
- *The Philosophy and Methodology of Economics* (3 vols.), Edward Elgar, Aldershot, 1993.
- CAPORASO, James A. and David P. Levine – *Theories of Political Economy*, Cambridge University Press, Cambridge (Mass.), 1992.
- CARPI, J. A. Tomas – *Poder, Mercado y Estado en el capitalismo maduro*, tirant lo blanch, Valência, 1992.
- CERRONI, Umberto – *Introduzione alla Scienza Sociale*, Editori Riuniti, Roma, 1976.
- CROUCH, Colin and David Marquand (eds.) – *Ethics and Markets: Co-operation and Competition within Capitalist Economies*, Blackwell Publishers, Oxford, 1993.
- DAHRENDORF, Ralf – *Ensaio sobre o liberalismo*, trad. port., Ed. Fragmentos, Lisboa, 1993.
- DASGUPTA, Amiya K. – *La teoria economica da Smith a Keynes*, trad. it., Il Mulino, Bolonha, 1987 (a 1.ª ed. ing., *Epochs of Economic Theory*, é de 1985).
- Deane, Phyllis – *Scope and Method of Economic Science*, em R. Albelda et alii, *ob. cit.*, 35-47.
- DENIS, Henri *A formação da ciência económica*, trad. port., Livros Horizonte, Lisboa, s/d (1976?);
- *Logique hégélienne et systèmes économiques*, PUF, Paris, 1984.
- DESAI, Meghnad – “Men and Things”, em *Economia*, vol. 53.º, n.º 209, fev/1986, 1-10.
- DOBB, Maurice – *Economía Política y Capitalismo*, trad. cast., FCE, México, 1966 (1.ª ed. ing., 1937);
- *Introdução à Economia*, trad. port., 2.ª ed., Editorial Inquérito, Lisboa, s/d;
- *Economia do bem-estar e economia socialista*, trad. port., Europa-América, Lisboa, 1976;
- *Teorias do valor e da distribuição desde Adam Smith*, trad. port., Presença, Lisboa, 1977 (1.ª ed. ing., 1973).
- DOPFER, Kurt (coord.) – *La economía del futuro – Hacia un nuevo paradigma*, trad. cast., FCE, México, 1978 (1.ª ed. ingl., 1976).
- ENGELS, Frederico – *Anti-Dühring*, trad. port., Edições Afródite, Lisboa, 1971.
- ETZIONI, Amitai – *The Moral Dimension: Toward a New Economics*, The Free Press, N. York, 1990 (1.ª ed., 1988).
- FREY, Bruno S. – *Economics as a Science of Human Behaviour (Towards a New Social Science Paradigm)*, Kluwer Academic Publishers, Boston, 1992.
- FRIEDMAN, Milton – *Essays in Positive Economics*, University of Chicago Press, 1953.
- FURTADO, Celso – *O Mito do Desenvolvimento Econômico*, Ed. Paz e Terra, 3.ª ed., Rio de Janeiro, 1974 (1.ª ed., 1974);
- *Prefácio a Nova Economia Política*, Dinalivro, Lisboa, s/d (1977?).
- GALBRAITH, J. K. *The Affluent Society*, The New American Library, 1958 (há trad. port., *A sociedade da abundância*, Sá da Costa, Lisboa, 1967);
- *The New Industrial State*, Hamish Hamilton, Londres, 1967;
- “Economics in the Industrial State: Science and Sedative. Economics as a System of Belief”, em *The American Economic Review* – *Papers and Proceedings*, Vol. LX, n.º 2, maio/1970, 469-478;
- “Power and the useful economist”, em *The American Economic Review*, Vol. LXIII, março/1973, 1-11;

- , *A Economia Política - Uma História Crítica*, trad. port., Europa-América, Lisboa, 1989 (1.ª ed. am., 1987).
- GILL, Stephen and David Law - *The Global Political Economy - Perspectives, Problems and Policies*, Harvester Wheatsheaf, Londres, 1988.
- GODELIER, Maurice - *Rationalité et irrationalité en économie*, Maspero, Paris, 1968.
- GORDON, Wendel and John ADAMS - *Economics as Social Science - An Evolutionary Approach*, The Riverdale Company, Riverdale, 1989.
- GRAY, John - *The Moral Foundations of Market Institutions*, IEA Health and Welfare Unit, Londres, 1992.
- GREEN, David G. - *The New Conservatism - The Counter Revolution in Political, Economic and Social Thought*, St. Martin's Press, N. York, 1987.
- GURLEY, John G. - "The State of Political Economics", em *The American Economic Review - Papers and Proceedings*, Vol. LXI, n. 2, maio/1971, 53-61.
- HAUSMAN, Daniel M. - *The Inexact and Separate Science of Economics*, Cambridge University Press, 1994 (1.ª ed., 1992).
- HAYEK, F. A. - "The Use of Knowledge in Society", em *The American Economic Review*, Vol. XXXV, n. 4, set/1945, 519-530;
- , *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1978 (1.ª ed., 1967);
- , *The Trend of Economic Thinking (Essays on Political Economists and Economic History)*, *The Collected Works of F. A. Hayek*, W. W. Blarney III and Stephen Kresge (eds.), Vol. III, Routledge, Londres, 1991.
- HEILBRONER, Robert L. - "Economics as a 'value-free' Science", em *Social Research*, Vol. 40, n. 1, 1973, 129-143;
- , *Naturaleza y lógica del capitalismo*, trad. cast., Ediciones Península, Barcelona, 1990 (1.ª ed. americ., 1985).
- HEY, John D. (ed.) - *The Future of Economics*, Blackwell Publishers, Cambridge (Mass.), 1992.
- HICKS, John - "'Revolutions' in Economics", em S. Latsis (ed.), *ob. cit.*, 207-218;
- , "É a Economia uma ciência?", em *Estudos de Economia*, Vol. V, n. 2, jan - março/1985, 131-142.
- HOGSDON, Geoff - *The Democratic Economy - A New Look at Planning, Markets and Power*, Penguin Books, Londres, 1984.
- HUNT, E. K. and J. G. Schwartz (eds.) - *A Critique of Economic Theory*, Penguin Books, Londres, 1972.
- HURCHISON, T. W. - "On the History and Philosophy of Science and Economics", em S. Latsis (ed.), *ob. cit.*, 181-205;
- , *The Politics and Philosophy of Economics*, Basil Blackwell, Oxford, 1981.
- KATOZIAN, Homa - *Ideology and Method in Economics*, MacMillan, Londres, 1980.
- KLEIN, Philip A. (ed.) - *The Role of Economic Theory*, Kluwer Academic Publishers, Boston, 1994.
- KUTTNER, Robert - "The Poverty of Economics", em R. Albelda et alii, *ob. cit.*, 18-34.
- LAFAY, Jean - "Les économistes en auto-analyse", em *Problèmes Économiques*, n. 2.109, 25.1.89, 29-32.
- LONGE, Oskar - *Economia Política* (2 vols.), trad. it., Editori Riuniti, Roma, 1970 (1.ª ed. polaca, 1958).
- LARRÈRE, Catherine - *L'invention de l'économie au XVIII, e siècle*, PUF, L'éviathan, Paris, 1992.
- LATSIS, Spiro (ed.) - *Method and Appraisal in Economics*, Cambridge University Press, 1980 (1.ª ed., 1976).
- LEFEBVRE, Henri - *Sociologie de Marx*, PUF, Paris, 1966.
- Leontief, Wassily - "Theoretical Assumptions and Nonobserved Facts", *Presidential Address à 83.ª Reunião Anual da A.E.A.* (29.12.1970), em *The American Economic Review*, Vol. LXI, 1971, 1-7;
- , "Academic Economics", em *Science*, Vol. 217, de 9.7.1982, 104-107.
- LOMBARDINI, Siro - *Il Metodo della Scienza Economica: Passato e Futuro*, UTET, Turim, 1983.
- MARCHAL, Jean - *Cours d'Économie Politique*, t. 1.ª, 4.ª ed., Éd. Médicis, Paris, 1957.
- MARX, Karl - Prefácio a *Para a Crítica da Economia Política*, em Marx/Engels, *Obras Escolhidas*, Edições Avante, Tomo I, 1982, 529 ss;
- , *Misère de la Philosophie*, trad. fr., Éditions Sociales, Paris, 1972.
- MEEK, Ronald - *Economia e Ideologia*, trad. cast., Ariel, Barcelona, 1972 (1.ª ed. ingl., 1967).

- MEIER, Gerald - *Emerging from Poverty - The Economics that Really Matters*, Oxford University Press, N. York, 1984.
- MILIBAND, David - "The New Politics of Economics", em Crouch/Marquand, *ob. cit.*, 21-30.
- MINI, Picro V. - "John Maynard Keynes e il 'metodo' in economia", em *Rivista di Politica Economica*, Ano LXXVIII, nov/1988, 1.221-1.238.
- MYRDAL, Gunnar - *Aspectos políticos da teoria económica*, trad. bras., Zahar editores, Rio de Janeiro, 2.ª ed., 1985 (trad. da ed. ingl., *The Political Element in the Development of Economic Theory*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1961. A 1.ª ed., em língua sueca, é de 1930);
- *Teoria Económica y Regiones Subdesarrolladas*, trad. cast., FCE, México, 1959;
- *Asian Drama: An Inquiry into the Poverty of Nations* (3 vols.), A Twentieth Century Fund Study, Random House, N. York, 1968;
- *Against the Stream*, MacMillan, Londres, 1974 (1.ª ed., 1973);
- *A objectividade nas ciências sociais*, trad. port., Assirio & Alvim, Lisboa, 1976.
- NAPOLEONI, Claudio - *Dizionario di Economia Politica*, Edizioni di Comunità, Milão, 1956, artigo "Economia (Scienza)";
- *A Teoria Económica no Século XX*, trad. port., Ed. Presença, Lisboa, 1973;
- *Fisiocracia*, Smith, Ricardo, Marx, trad. cast., Oikos-Tau, Barcelona, 1974 (a 1.ª ed. it. é de 1973);
- *Curso de Economia Política*, 3.ª ed., Oikos-Tau, Barcelona, 1977 (trad. cast. de *Elementi di Economia Politica*, La Nuova Italia Editrice, Florença, 1973);
- *O valor na ciência económica*, trad. port., Ed. Presença, Lisboa, 1980 (1.ª ed. it., 1977).
- NELL, Edward - "Economics: The Revival of Political Economy", em R. Albeda *et alii*, *ob. cit.*, 89-103.
- NORTH, Douglass C. - "Structure and Performance: The Task of Economic History", em *Journal of Economic Literature*, Vol. XVI, set/1978, 963-978.
- NUNES, Manuel Jacinto - "Hayek e o novo liberalismo", em *Diário de Notícias*, 18.2.1988.
- PATINKIN, Don - "Keynesian Monetary Theory and the Cambridge School", em *Banca Nazionale del Lavoro Quarterly Review*, junho/1972, depois reimpresso em H. G. Johnson and A. R. Nobay (eds.), *Issues in Monetary Economics*, Oxford University Press, 1974.
- PERROUX, François - *Pouvoir et Économie*, Bordas, Paris, 1973.
- PLASSARD, Jacques - "L'emploi des mathématiques dans l'étude économique", em *Problèmes Économiques*, n. 2.194, 10.10.90, 6-10.
- QUESNAY, François - *Quadro Económico*, trad. port., F. Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1969.
- RIBEIRO, J.J. Teixeira - *Economia Política* (lições copiogr. ao 2.º ano da FDUC), Coimbra, 1959;
- "Objecto da economia política", Separata do Vol. XXIII do *Boletim de Ciências Económicas*, Coimbra, 1980.
- RICARDO, David - *Princípios de Economia Política e de Tributação*, trad. port., F.C. Gulbenkian, Lisboa, 1975.
- ROBBINS, Lionel - *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science* (1.ª ed., 1932), 2.ª ed., MacMillan, Londres, 1935;
- *Politics and Economics (Papers in Political Economy)*, MacMillan, Londres, 1963;
- "On Latsis's Method and Appraisal in Economics: A Review Essay", em *Journal of Economic Literature*, Vol. XVII, set/1979, 996-1.004;
- "Economics and Political Economy", em *The American Economic Review - Papers and Proceedings*, Vol 71, n. 2, maio/1981, 1-10.
- ROBINSON, Joan - *Economia Marxista*, trad. bras., Ed. Fundo de Cultura, Rio de Janeiro, 1960 (1.ª ed. ingl., 1942);
- *Economic Philosophy*, C.A. Watts & Co., Londres, 1962;
- *What are the Questions? and Other Essays (Further Contributions to Modern Economics)*, M. E. Sharpe, N. York, 1980;
- "Time in Economic Theory", em *Kyklos*, Vol. 33, n.º 2/1980, 219-229.
- ROBINSON, Joan and John Eatwell - *An Introduction to Modern Economics*, McGraw - Hill, Londres, 1972.
- ROTHSCHILD, Kurt W. - "Political Economy or Economics? - Some Terminological and Normative Considerations", em *European Journal of Political Economy*, n. 5 (1989), 1-12;

- . *Ethics and Economic Theory - Ideas, Models, Dilemmas*, Edward Elgar, Aldershot, 1993.
- SAMPEDRO, José Luis - "De la tecnocconomía a la economía estructural", em *Estudios de Economía*, Vol. IV, n. 2, 1984, 185-198.
- SAMUELSON, Paul e William Nordhaus - *Economia*, 12.^a e 14.^a ed., McGraw-Hill, Lisboa, 1988 e 1993.
- SAWYER, Malcolm C. - *The Challenge of Radical Political Economy - An Introduction to the Alternatives to Neo-Classical Economics*, Harvester Wheatsheaf, Londres, 1989.
- SCHUMPETER, Joseph - *Capitalism, Socialism and Democracy*, Allen & Unwin, Londres, 1943;
- "SCIENCE and Ideology", em *The American Economic Review*, Vol. 39, n. 2, março/1949, 345-359;
- . *História del Análisis Económico*, trad. cast., Ariel, Barcelona, 1971 (1.^a ed. americana, 1954).
- SEN, Amartya K. - "Rational Fools: A Critique of the Behavioral Foundations of Economic Theory", em *Philosophy and Public Affairs*, 6 (1977), 317-344.
- SHERMAN, Howard - *Foundations of Radical Political Economy*, M. E. Sharpe, N. York - Londres, 1987.
- SMITH, Adam - *Riqueza das Nações*, trad. port. (2 vols.), F. Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1981/1983.
- STANILAND, Martin - *What is Political Economy? A Study of Social Theory and Underdevelopment*, Yale University Press, New Haven, 1985.
- STIGLER, Georges - "The Politics of Political Economists", em *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. LXXIII, n. 4, nov/1959, 522-532.
- STOFFAËS, Christian - *A crise da economia mundial*, trad. port., Dom Quixote, Lisboa, 1991 (1.^a ed. fr., 1987).
- SWEETZ, Paul - *Teoria do Desenvolvimento Capitalista*, trad. bras., Zahar Editores, Rio de Janeiro, 1956 (é trad. da 4.^a ed. americana; a 1.^a ed. é de 1942);
- . "Toward a Critique of Economics" (1.^a versão, 1969), em *Modern Capitalism and Other Essays*, Modern Reader/Monthly Review Press, N. York, 1972, 53-63.
- TSURU, Shigeto - "Hacia una nueva economía política", em K. Dopfer, *ob. cit.*, 147-159.
- UNESCO - *A ciência Económica*, texto elaborado por I. Sachs, trad. port. da 1.^a ed. fr. de 1970, Livraria Bertrand, s/d (1972?).
- VACHET, André - *L'idéologie libérale - L'individu et sa propriété*, Anthropos, Paris, 1970.
- VERCELLI, Alessandro - *Keynes dopo Lucas. I fondamenti della macroeconomia*, NIS, Roma, 1987.
- WEEKS, John - *A Critique of Neoclassical Macroeconomics*, St. Martin's Press, N. York, 1989.
- WEISSKOPF, Walter A. - "The Image of Man in Economics", em *Social Research*, Vol. 40, n. 3/1973, 547-563.

A DEFINIÇÃO DO CONTROLADOR NA LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL E EM PROCESSOS ANÁLOGOS

ARNOLDO WALD

SUMÁRIO: 1. O conceito de controle acionário – 2. Da inaplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica – 3. Do regime jurídico da Responsabilidade Civil do Estado e do Agente da Administração Pública.

1. As dificuldades financeiras que atingiram bancos particulares e públicos, nos últimos anos, e que foram agravadas pelos efeitos indiretos do Plano Real e da conseqüente redução substancial da inflação, ensejaram, para o Ministério Público, a função de caracterizar adequadamente o controlador das instituições financeiras, para que pudesse ser responsabilizado.

2. O problema, que já apresenta dificuldades, no caso das instituições privadas, se torna mais complexo quando, nas entidades públicas do sistema financeiro, o verdadeiro controlador é o Estado.

3. Em recente processo, em curso na Justiça paulista, foi suscitada pelo Ministério Público Estadual a tese de acordo com a qual deveria ser considerado, como controlador, nos casos de aplicação do Regime de Administração Especial Temporária (RAET), aos quais se aplica, no que couber, a Lei 6.024/74, não o próprio Estado, mas as autoridades que o representam, ou seja, o Governador e, eventualmente, o Secretário da Fazenda.

4. É em torno dessa questão que apresentamos algumas reflexões que nos

parecem oportunas, a fim de não confundir a justa punição, que deve incidir sobre os administradores e diretores culpados pela insolvência da instituição financeira, com uma sanção objetiva que viria a recair sobre autoridades estaduais, cuja responsabilidade se fundamenta, não no direito bancário, mas na Constituição e na legislação administrativa.

1. O conceito de controle acionário

5. A figura do acionista controlador passou a ser encarada com maior realce a partir das informações de natureza societária, nascidas com a chamada revolução industrial, que provocou o aparecimento da sociedade anônima de grande porte, no seio da qual se agrupavam duas espécies de participantes: o empreendedor, ou empresário, com o poder de comando dos negócios sociais, e o investidor, especulador que agrega o seu capital à sociedade, com vistas ao seu retorno, em lucros.

6. Torna-se, pois, necessário fazer a distinção entre o acionista controlador, os acionistas minoritários (com direito de voto mas sem exercício do controle) e os acionistas sem direito de voto,

também qualificados pela doutrina como “acionistas rendeiros”.¹

7. Afigurava-se, no âmbito doutrinário e legal, a dificuldade de qualificar esse poder de controle empresarial, perfeitamente distinto da participação social e da direção da sociedade, de tal modo que diversas doutrinas foram construídas na tentativa de delinear a natureza jurídica do controle da sociedade.

8. Para *Berle e Means*, o controle se caracteriza como bem social ou empresarial, daí porque o seu valor pertenceria à companhia e não aos seus acionistas.²

9. *Guido Rossi* diferencia o controle sobre a empresa do controle sobre a sociedade, ficando a cargo dos acionistas a deliberação de escolha dos administradores da sociedade, aos quais competiria exercer o controle empresarial, assemelhando, assim, a noção de controle ao poder de direção e administração.³

10. Na sua obra clássica, *Claude Champaud* tratou da noção de controle como um poder sobre bens alheios, decorrente da administração dos bens empresariais, considerando o controle

como sendo um poder de dominação da sociedade, e exercendo-se por intermédio dos mecanismos das instituições societárias, com o fim de dirigir a atividade econômica da empresa.⁴

11. Analisando os aspectos jurídicos da macroempresa, a doutrina considera que o modelo democrático do parlamentarismo revelou-se, no caso da sociedade anônima, uma “piedosa ficção”. Com efeito, ao crescente absenteísmo dos acionistas, particularmente dos minoritários, adicionou-se a transferência de poderes da assembleia geral para a diretoria, hoje o verdadeiro fulcro do poder na grande empresa, dado o crescente processo de especialização das funções executivas.⁵

12. Na disciplina das sociedades por ações, a figura do acionista controlador está definida no art. 116 da Lei 6.404:

“Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e

b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.” (grifamos)

(1) WALD, Arnold. Considerações sobre a Aquisição e Alienação de Controle Societário: o Estudo da Jurisprudência, in *Revista Forense*, v. 321/3-12.

(2) BERLE JR, Adolf A. e MEANS, Gardiner C. *The Modern Corporation and Private Property*, traduzido para a língua portuguesa por Olavo Miranda, Rio de Janeiro: Ipanema 1957.

(3) ROSSI, Guido. *Persona Giuridica, Proprietà e Rischio d'Impresa*, Milão, 1967, p. 115 e ss.

(4) CHAMPAUD, Claude. *Le Pouvoir de Concentrations de la Société par Actions*, Paris: Librairie Sirey, 1962, p. 105.

(5) COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos Jurídicos da Macro Empresa*, São Paulo: RT, 1970, p. 13 e ss.

13. O critério adotado perquire a forma interna de manifestação do controle, decorrente da titularidade dos direitos políticos de sócio, aliado ou não a determinados expedientes legais, de tal forma que o seu titular participe de maneira decisiva na formação da vontade social.

14. A fórmula legal abrange as três principais modalidades de exercício do controle interno: controle totalitário, controle majoritário e controle minoritário.

15. A ordem classificatória supra aludida advém da tradicional sistematização procedida por *Berle e Means*, levando em conta o grau de divórcio entre a propriedade e o controle, tema central de sua tese.

16. A legislação brasileira também contempla, no já aludido preceito societário, o controle exercido em conjunto, na referência a um “grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum”, bastante freqüente nas sociedades abertas e fechadas, e ainda nas chamadas *joint ventures*, objeto de reconhecimento expresso do legislador pátrio, no vigente diploma legal das sociedades por ações.

17. Cabe distinguir, ainda, o controle interno direto do indireto, conforme esteja sendo exercido via participação direta do seu titular ou através de outras pessoas jurídicas.

18. A Lei das Sociedades por Ações refere-se claramente às modalidades direta e indireta do controle nos arts. 243, § 2.º e 236, parágrafo único:

“Art. 243...

§ 2.º. Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.” (grifamos)

“Art. 236...

Parágrafo único. Sempre que pessoa jurídica de direito público adquirir, por desapropriação, o controle de companhia em funcionamento, os acionistas terão direito de pedir, dentro de 60 (sessenta) dias da publicação da primeira ata da assembléia geral, realizada após a aquisição do controle, o reembolso das suas ações, salvo se a companhia já se achava sob o controle, direto ou indireto, de outra pessoa jurídica de direito público, ou no caso de concessionário de serviço público.” (grifos nossos)

19. Ainda na lei societária, a doutrina observa, no âmbito dos grupos econômicos, dois níveis de controle: o primeiro é o do controle da sociedade controlada pela controladora e o segundo é o do controle da sociedade dominante, que pode pertencer tanto a pessoas físicas quanto jurídicas. Os arts. 265, § 1.º e 269, VII, tratam respectivamente dos dois níveis de controle da seguinte forma:

“Art. 265...

§ 1.º A sociedade controladora, ou de comando do grupo, deve ser brasileira e exercer, direta ou indiretamente, e de modo permanente, o controle das sociedades filiadas, como titular de direitos de sócio ou acionista, ou mediante acordo com outros sócios ou acionistas.”

“Art. 269. O grupo de sociedades será constituído por convenção aprovada

pelas sociedades que o componham, a qual deverá conter:

...

VII – a declaração da nacionalidade do controle do grupo;

...

(grifamos)

20. Destaque-se do contexto a regra inscrita no parágrafo único do art. 269, que tem por efeito levantar o véu da personalidade jurídica, para desvendar a nacionalidade dos titulares do controle da sociedade controladora do grupo, esclarecendo, em função deste elemento, quando o grupo de sociedades será considerado sob controle brasileiro, nos seguintes termos:

“Art. 269...

Parágrafo único. Para os efeitos do n.º VII, o grupo de sociedade considera-se sob controle brasileiro se a sua sociedade de comando está sob o controle de:

a) pessoas naturais residentes e domiciliadas no Brasil;

b) pessoas jurídicas de direito público interno;

ou

c) sociedade ou sociedades brasileiras que, direta ou indiretamente, estejam sob controle das pessoas referidas nas alíneas ‘a’ e ‘b’.” (grifamos)

21. No bojo da disciplina do “Regime de Administração Especial Temporária”, a referência ao controlador da instituição financeira abarca tanto o controle exercido por pessoa física quanto o exercido por pessoa jurídica, tanto o controle direto quanto o indireto, ou seja, o que se exerce através de outra sociedade.

22. Dispõem o art. 15 e seus parágrafos do Decreto-lei 2.321/87:

“Art. 15. Decretado o regime de administração especial temporária, respondem solidariamente com os ex-administradores da instituição, pelas obrigações por esta assumidas, as pessoas naturais ou jurídicas que com ela mantêm vínculo de controle, independentemente da apuração de dolo ou culpa.

§ 1.º. Há vínculo de controle quando, alternativa ou cumulativamente, a instituição e as pessoas jurídicas mencionadas neste artigo estão sob controle comum; quando sejam, entre si, controladoras ou controladas, ou quando qualquer delas, diretamente ou através de sociedades por ela controladas, é titular de direitos de sócios que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da instituição.

§ 2.º. A responsabilidade solidária decorrente do vínculo de controle se circunscreve ao montante do passivo a descoberto da instituição, apurado em balanço que terá por data base o dia da decretação do regime de que trata este Decreto-lei.” (grifos nossos)

23. Posteriormente, a Exposição de Motivos da Medida Provisória 1.182, de 17.11.1995, do Ministro da Fazenda *Pedro Malan* ao Presidente da República, afirmou que dentre os bens “do acionista controlador” alcançados pela indisponibilidade, *constituem exceção os bens dos Estados controladores de instituições financeiras, que não serão alcançados porque definidos por lei como inalienáveis ou impenhoráveis, numa evidente demonstração de que o legislador (da medida provisória) não confunde o “Estado-acionista controlador” com “os agentes políticos que o*

representavam num determinado momento" e não submete os bancos estaduais ao regime jurídico ditado para as instituições financeiras controladas por capitais privados, no tocante à responsabilidade do controlador.⁶

24. Na ação civil pública, que move contra os administradores e controladores do Banespa, o próprio Ministério Público Estadual (de São Paulo) reconhece essa situação quando afirma que:

"Entretanto, não se pode esquecer que o acionista controlador, conceituado como sendo aquele que, diretamente, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores, ...".⁷

25. Observa-se da redação dos dispositivos normativos acima referidos que a política legislativa foi a de fortalecer as garantias patrimoniais da execução das obrigações assumidas pela instituição financeira, estabelecendo responsabilidade solidária entre ex-administradores e controladores (pessoas físicas ou jurídicas), pelo montante do passivo a descoberto, apurado no balanço levantado quando da decretação do regime especial de administração temporária.

26. Para tanto, utilizou-se o Decreto-lei 2.321 dos conceitos previstos na disciplina das sociedades por ações – Lei 6.404/76 – de acionista controlador e de sociedade controladora, que devem ser transpostos pelo aplicador da norma especial, de forma harmônica, guardan-

do a devida correlação com a disposição geral da lei societária, numa interpretação sistemática do direito, que se impõe, no caso, como critério de hermenêutica jurídica.

27. Deixando de lado, por ora, a questão relativa à responsabilidade solidária, cabe perquirir, no caso de instituição financeira controlada por pessoa jurídica de direito público, quem estaria na posição de acionista controlador, para os efeitos de responsabilização civil, no contexto do art. 15 do decreto-lei regulador do Regime de Administração Especial Temporária (RAET).

28. Sabe-se que o Estado, atuando como empresário, pode exercer determinada atividade econômica, através de sociedade de economia mista integrante da Administração indireta, criada por lei com uma finalidade de interesse público, própria e específica, ou, simplesmente, pode participar de outras sociedades, com vínculo de controle ou de coligação.

29. No caso do pedido de arresto, requerido na Justiça paulista, o acionista controlador do Banco do Estado de São Paulo S.A. – Banespa, sociedade de economia mista estadual, é evidentemente o Estado de São Paulo.

30. O conceito legal da sociedade de economia mista já é encontrado no Decreto-lei federal 200, de 25.02.1967, com a redação que lhe deu o Decreto-lei 900, de 29.09.1969, que assim a define:

"entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito de voto

⁽⁶⁾ Hoje, a matéria é objeto da Medida Provisória 1.470, de 07.06.1996 e das suas eventuais prorrogações.

⁽⁷⁾ Nota 160 a f. 63 da inicial, referindo-se ao art. 116 da Lei 6.404/76.

pertençam, em sua maioria, à União ou da entidade da administração indireta”. (grifamos).

31. Por sua vez, a legislação estadual paulista incorporou o conceito da lei federal, não havendo dúvida quanto ao controle da sociedade de economia mista, que é exercido pelo Estado e não pelos seus representantes.

32. Por sua vez, o art. 238 da Lei 6.404 esclarece que:

“Art. 238. A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (art. 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação.” (grifos nossos)

33. Na qualidade de Chefe do Poder Executivo, o Governador do Estado é o representante e mandatário do acionista controlador, na forma da Constituição Estadual, mas com ele não se confunde. Da mesma forma que se afirma que a pessoa física do Governador não pode ser responsabilizada pessoalmente pelos débitos do Estado, é inadmissível considerar-la acionista controladora das sociedades de economia mista, sendo incabível, portanto, a sua responsabilização pelos prejuízos causados à instituição financeira que ostenta essa condição, com base na legislação bancária e societária.

34. Com efeito, o art. 47 da Constituição do Estado de São Paulo atribui ao Governador competência para “indicar diretores de sociedade de economia mista e empresas públicas”. Essa atribuição não o transforma, contudo, em acionista controlador da companhia, já

que não é, pessoalmente, detentor dos direitos de sócio da sociedade de economia mista, que pertencem ao Estado de São Paulo. O Governador do Estado é tão-somente seu representante legal, enquanto servidor público do mais do alto escalão da Administração Direta, mas não o seu substituto processual, nem devedor solidário com a instituição financeira.

35. Também o Secretário da Fazenda, sendo pessoa estranha ao corpo acionário e à diretoria e administração da sociedade, não pode juridicamente assumir a qualificação jurídica de acionista controlador da companhia, pois as ações de comando da sociedade não lhe pertencem.

36. A transposição do papel de acionista controlador à pessoa física do executivo, que o representa, a partir da aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica, ou sob qualquer outro fundamento, não encontra nenhum respaldo jurídico.

37. A alegação da petição inicial da ação civil pública, de acordo com a qual o Governador e os Secretários da Fazenda teriam um “domínio pessoal sobre o banco” em virtude dos cargos por eles ocupados não encontra fundamento nem na lei, nem na prática administrativa. De qualquer modo, a exegese da Lei 6.024/74 e do Decreto-lei 2.321/87, pela sua própria natureza e pelas limitações patrimoniais que ambos impõem, deve ser restrita, não se admitindo interpretações extensivas e, muito menos, analógicas. O simples poder de indicar os diretores, por si só, não basta para caracterizar o exercício do controle, especialmente quando tal indicação é feita em nome e por conta do Estado.

38. Acresce que a inicial do arresto considera que, na forma da lei, pode ser responsabilizada

“qualquer pessoa física ou jurídica que mantenha vínculo de controle com a sociedade bancária em regime especial de intervenção”. (grifos nossos)

39. Ora, o que falta para justificar o pedido do Ministério Público é justamente a prova da existência do vínculo de controle entre as pessoas físicas que exercem as suas funções no Estado (Governador e Secretário) e a sociedade de economia mista, cujas ações pertencem à pessoa jurídica de direito público, e não ao Chefe do Executivo Estadual e aos seus auxiliares mais próximos, aos quais se atribui unicamente a função de traçar a política geral do Estado. A gestão do banco, sociedade anônima, é exclusivamente da responsabilidade dos seus administradores e do seu controlador (o Estado), conforme se verifica pela Lei 6.404 e pelas disposições constitucionais aplicáveis ao caso.

40. Aliás, a responsabilidade do Estado pelo passivo da companhia de economia mista, no caso independe do disposto no Decreto-lei 2.321/87 e na Lei 6.024/74 e está consagrada na própria lei societária, pois o art. 242, da Lei 6.404, determina, na sua parte final, após ter excluído a possibilidade de ser decretada a falência da sociedade, que:

“... a pessoa jurídica que a controla (a sociedade de economia mista) responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações”. (grifamos)

41. Conclui-se, assim, que inexistente fundamento legal para que, em qualquer interpretação construtiva mais coerente, sejam equiparados o Governador e os Secretários de Estado ao controlador,

pois tal entendimento contraria a letra e o espírito da lei, assim como a sistemática legal vigente na matéria, constituindo uma verdadeira heresia jurídica.

42. Veremos, em seguida, que também não se justifica tal equiparação em virtude da aplicação, ao caso, da teoria da desconsideração.

2. Da inaplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica

43. É verdade que, em determinados casos, especialmente quando ocorrem fraudes, a sociedade anônima está sendo equiparada à sociedade em comandita por ações, com fundamento na doutrina da penetração, da transparência ou da desconsideração da pessoa jurídica (*disregard doctrine*) importada do direito anglo-saxão. De acordo com a mencionada teoria, em algumas hipóteses, é preciso “levantar o véu” que encobre a realidade e, afastando o biombo que constitui a estrutura jurídica da empresa, procurar aqueles que realmente a comandam, ou a utilizam, para responsabilizá-los pessoalmente quando se servem da empresa como meio de afastar a sua responsabilidade pessoal.

44. A doutrina da transparência tem sido estudada em nosso país na obra clássica de Lamartine Correa de Oliveira,⁸ assim como por Rubens Requião, em excelente artigo intitulado “*Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (Disregard Doctrine)*” e republicado na sua conhecida obra “Aspectos Modernos de Direito Comer-

(8) OLIVEIRA, J. M. Lamartine Correia de, *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, São Paulo: Saraiva, 1979.

cial",⁹ e por Fábio Konder Comparato, na sua tese de concurso, para a cátedra, na Faculdade de Direito da U.S.P., no qual tivemos o prazer de examiná-lo.¹⁰

45. No direito estrangeiro, *Rolf Serick* teve o ensejo de salientar que a doutrina da desconsideração se aplica quando

"a estrutura formal da pessoa jurídica é utilizada de maneira abusiva".¹¹ (grifamos)

46. Por sua vez, o ilustre jurista português *Ferrer Correia* afirma que:

"A desconsideração se impõe quando a separação entre sociedade e sócio seja invocada para legitimar soluções que sejam contrárias quer ao fim da disposição concreta da lei, quer a uma verdade contratual expressa ou tácita, quer ainda aos princípios gerais da boa fé, do abuso de direito e de fraude."¹²

47. Para a doutrina norte-americana, o privilégio de utilizar a personalidade da sociedade jurídica cessa quando utilizado para que os seus sócios possam furtar-se ao cumprimento de contratos, ou ainda para justificar o erro, proteger a fraude ou defender o crime.¹³

(9) REQUIÃO, Rubens, artigo publicado na RT 410/12 e *Aspectos Modernos de Direito Comercial*, vol. I, Saraiva, 1977, p. 67.

(10) KONDER COMPARATO, Fábio. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, São Paulo, 1975, p. 349.

(11) SERICK, Rolf. *Aparencia e Realidad en las Sociedades Mercantiles: el Abuso de Derecho por Medio de la Persona Jurídica*, tradução espanhola, Barcelos: Ariel, 1958, p. 241-242.

(12) CORREIA, Antonio de Arruda Ferrer. *Sociedades Fictícias e Unipessoais*, Coimbra: Atlantida, 1942, p. 198.

(13) FLETCHER, William Meade. *Cyclopedia of the law of Private Corporation*, Chicago:

48. É evidente que, no caso concreto, jamais houve confusão patrimonial entre os bens do Banespa e os do Governador e dos Secretários da Fazenda, que, inclusive, não têm competência para praticar qualquer ato de disposição ou de oneração, direta ou indireta, dos haveres do banco. Não houve, no particular, descumprimento das obrigações do banco nem interferência no seu patrimônio por parte das autoridades governamentais. Assim sendo, não há como pretender aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica do Estado, para justificar o arresto dos bens das pessoas físicas do ex-Governador e dos ex-Secretários da Fazenda.

49. Na realidade, em virtude do arresto e da ação ordinária, o Ministério Público paulista pretende substituir-se ao Estado, para cobrar dos seus mandatários e funcionários alegados prejuízos, que decorreram do não-pagamento oportuno das dívidas do Estado ao banco.¹⁴ E essa cobrança no caso se fundamenta na legislação referente à liquidação extrajudicial das instituições financeiras, que só se aplica aos banqueiros e bancários e não deve incidir sobre os funcionários públicos. E muito menos ainda se explica a sua incidência quando os alegados débitos incobráveis são dívidas do Estado, cuja solvência é presumida de fato e de direito, inclusive pela regulamentação bancária.

Callaghan & Company editor, v. I, § 41, p. 166.

(14) É o que afirma em recente entrevista o Governador MÁRIO COVAS: "o fato é que o único problema do Banespa é a dívida de cerca de R\$ 17,5 bilhões que o Governo do Estado tem junto ao Banco". (*Gazeta Mercantil*, 7 a 09.06.96).

50. Deve, ainda, ser ponderado que a *disregard doctrine* atinge não os diretores, mas sim o acionista controlador, que os franceses chamam *maitre de l'affaire* e os americanos denominam *active shareholder*. Donde se conclui que a teoria da desconsideração ou da transparência não deve ser aplicada ao diretor assalariado ou empregado, que não participa do controle acionário e é, na realidade, um executivo, um profissional, a serviço da empresa. Do mesmo modo, a teoria da desconsideração não se deve aplicar à autoridade pública que se limita a fixar a política financeira do Estado e não participa da gestão do banco estadual.

51. Como já salientado, no caso específico das sociedades de economia mista, também não encontra o menor respaldo o levantamento do véu da personalidade jurídica para tentar responsabilizar a pessoa física, que representa a entidade de direito público, controladora da sociedade. Na hipótese, responsável é o Estado, sem prejuízo da ação regressiva, que somente lhe cabe nos casos de dolo ou culpa do funcionário, nos termos da Constituição e da legislação administrativa própria.

52. Acresce, finalmente, que a *disregard doctrine*, mesmo quando recai sobre o acionista controlador, pressupõe sempre que tenha ocorrido a utilização fraudulenta da companhia, pelos seus controladores, como se deduz da legislação inglesa e da jurisprudência norte-americana. Assim, na Inglaterra, essa responsabilidade pessoal só surge nos casos de dolo e de negligência e imprudência graves na conduta dos negócios (*reckless trading*).¹⁵

⁽¹⁵⁾ TUNC, V. André. *Le Droit Anglais des Sociétés Anonymes*. Paris: Dalloz, 1971, n.º 45, p. 46.

53. Aliás, a lei inglesa só admite a propositura de ação contra o administrador (*officer*) nos casos de culpa grave (*misfeasance* e *breach of trust*), tão-somente para que sejam ressarcidos os danos causados à sociedade pelos atos, por ele, contra ela praticados, e a doutrina reconhece que a jurisprudência britânica tem sido ainda mais tímida do que o legislador na aplicação da teoria da desconsideração.¹⁶

54. Nos Estado Unidos, do mesmo modo, a doutrina da transparência tem sido aplicada com reservas e tão-somente nos casos de evidente intuito fraudulento, quando a sociedade é utilizada como simples instrumento (*mere instrumentality*) ou *alter ego* ou agente do acionista controlador. Em tais hipóteses de confusão do patrimônio da sociedade com o dos acionistas e de indução de terceiro em erro, a jurisprudência dos Estados Unidos tem admitido excepcionalmente levantar o véu para responsabilizar pessoalmente os acionistas controladores.¹⁷

55. Quanto aos perigos da incidência generalizada da teoria da desconsideração, Rubens Requião assinalou, oportunamente, que:

"Há, pois, necessidade de se atentar com muita agudeza para a gravidade da decisão que pretender desconsiderar a

⁽¹⁶⁾ GOWER, L.C.B. *Principles of Modern Corporation*, 4.ª ed. Londres: Stevens & Sons, 1979, p. 133.

⁽¹⁷⁾ V. o comentário intitulado "*Should Shareholders be Personally Liable for the Torts of Their Corporations*" in *Yale Law Journal*, vol. 76, n. 6, maio de 1967, p. 1190-1192, e ainda HENN Harry G. e ALEXANDER, John R., *Laws of Corporations*, 3.ª ed., St. Paul: West Publishing Co., 1983, p. 344 a 352.

personalidade jurídica. Que nos sirva de exemplo, oportuno e edificante, a cautela dos juizes norte-americanos na aplicação da *disregard doctrine*, tantas vezes ressaltada em seus julgados, de que tem ela aplicação nos casos efetivamente excepcionais.

É preciso, para a invocação exata e adequada da doutrina, repelir a idéia preconcebida dos que estão imbuídos do fetichismo da intocabilidade da pessoa jurídica, que não pode ser equiparada tão insolitamente à pessoa humana no desfrute dos direitos incontestáveis da personalidade; mas também não devemos imaginar que a penetração do véu da personalidade jurídica e a desconsideração da pessoa jurídica se tornem instrumento dócil nas mãos inábeis dos que, levados ao exagero, acabassem por destruir o instituto da pessoa jurídica, construído através dos séculos pelo talento dos juristas dos povos civilizados, em cuja galeria sempre há de ser iluminada a imagem genial de Teixeira de Freitas, que, no século passado, precedendo a muitos, fixou em nosso direito a doutrina da personalidade jurídica.¹⁸ (grifamos)

56. Na realidade, quer se aplique ou não a teoria da desconsideração, ela só pode atingir o controlador definido pelo art. 116 da lei societária, jamais os seus representantes legais ou estatutários, pessoas físicas que não são acionistas. A condição de titular das ações — que asseguram preponderância nas deliberações sociais — é, pois, premissa inafastável para que se possa aplicar a teoria da desconsideração.

57. Assim, no campo da aplicação da lei bancária e, em particular, da incidência do Decreto-lei 2321/87, é evidente que o Governador do Estado não é controlador da sociedade de economia mista, do mesmo modo que o Presidente da *holding* ou sociedade dominante — quando não é o seu principal acionista — não pode ser considerado controlador, em nome pessoal, da empresa subsidiária.

58. Quanto ao Secretário de Estado da Fazenda, ao qual também foi imputada responsabilidade, na qualidade de acionista controlador, cabe ressaltar que nenhuma representatividade tem este no Banespa, nem na relação societária do Estado de São Paulo com o banco. Enquanto auxiliar direto e da confiança do Governador, é responsável, nos termos do art. 52 da Constituição Estadual, pelos atos que praticar ou referendar no exercício do cargo. Trata-se, aqui, sem nenhuma dúvida, de eventual caso de responsabilidade civil subjetiva do agente da Administração Pública, que só pode ser perquirida em ação própria intentada pelo Estado na qual aplicar-se-á o direito administrativo, como será exposto no tópico seguinte.

59. Assim, admitida a possibilidade de responsabilização solidária do acionista controlador do Banespa — o Estado de São Paulo — estar-se-ia no campo da responsabilidade civil do Estado, que deve respeitar o regime instituído no § 6.º do art. 37 da CF, o que significa afirmar que os agentes públicos respondem apenas regressivamente por indenização suportada pela Administração Pública, desde que comprovada a sua culpa ou dolo na ocorrência dos eventos danosos causadores da responsabilização do Estado.

⁽¹⁸⁾ REQUIÃO, Rubens. *Aspectos Modernos de Direito Comercial*, São Paulo: Saraiva, 1.º vol., 2.ª ed., p. 84.

3. Do regime jurídico da Responsabilidade Civil do Estado e do Agente da Administração Pública

60. Até o fim do Estado Novo e a volta do país ao regime constitucional, havia divergências sobre o alcance do preceito contido no art. 15 do CC, cujo sistema se baseava na culpa. Com a Constituição de 1946 (art. 194), ficou clara a responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito público, baseada na teoria do risco administrativo. Trata-se de princípio que permaneceu nas posteriores Constituições de 1967, com a Emenda de 1969 (art. 107), e de 1988 (art. 37, § 6.º), sem prejuízo da responsabilidade pessoal do funcionário, baseada no dolo ou na culpa.

61. Salienta a melhor doutrina que a idéia de responsabilidade do Estado é uma consequência lógica da noção do Estado de Direito, pressupondo a submissão do Poder Público à ordem jurídica constituída. Daí porque “a responsabilidade do Estado governa-se por princípios próprios, compatíveis com a peculiaridade de sua posição jurídica, e, por isso mesmo, é mais extensa que a responsabilidade que pode calhar às pessoas privadas”.¹⁹

62. Para o Professor José Cretella Júnior, o Estado deve ser responsabilizado, havendo dano e nexo causal, desde que provada a relação entre o prejuízo e a pessoa jurídica de direito público, fonte da descompensação ocorrida.²⁰

63. Não obstante, a responsabilidade objetiva da Administração Pública não decorre apenas do risco, que se dá, por exemplo, nas atividades perigosas e nocivas, mas também pode ser suscitada a partir de atividades em que não se tenha revelado qualquer culpa do serviço.

64. Trata-se de consequência da chamada teoria da igualdade dos encargos inspirada na doutrina francesa. Assim, para Léon Duguit, como a atividade do Estado se exerce no interesse de toda a coletividade, os ônus que dela resultam não devem pesar mais fortemente sobre uns e menos sobre outros. Se da intervenção do Estado resulta prejuízo para alguns, a coletividade deve repará-lo, exista ou não culpa por parte dos agentes públicos. É que o Estado, de um certo modo, é o segurador daquilo que se denomina, freqüentemente, de risco social, ou seja, do risco resultante da atividade social e econômica traduzida pela intervenção estatal.²¹

65. Cumpre aduzir, sobre o tratamento jurisprudencial da matéria, que para os efeitos de atribuição da responsabilidade civil do Estado, não se faz distinção entre os atos dos prepostos e os de funcionários superiores, como ilustram os julgados abaixo transcritos:

“Para efeito da responsabilidade civil do Estado não há distinguir entre atos de funcionários superiores e atos de simples prepostos, uns e outros representantes seus na esfera de suas atribuições peculiares.”²²

⁽¹⁹⁾ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Ato Administrativo e Direito dos Administrados*, São Paulo: RT, 1981, p. 125.

⁽²⁰⁾ CRETILLA JÚNIOR, José. *O Estado e a Obrigação de Indenizar*, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 105

⁽²¹⁾ DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del Derecho Público*, 2.ª ed., tradução espanhola, Madrid, p. 306 e s.

⁽²²⁾ TJSP – 2.ª C. – Ap – Rel. Mário Guimarães – j. 12.2.40 – RT 124/634.

“Responde o Município, objetivamente, pelos atos culposos de seus prepostos, que o obrigam, inclusive, à reparação dos danos causados a terceiros.”²³

“As pessoas jurídicas de Direito Público responderão pelos danos que seus funcionários causarem a terceiros, porém sob a condição subordinativa de que seus agentes pratiquem o ato lesivo no exercício da função, ou seja, na qualidade de funcionário.”²⁴

“Se o funcionário público causa danos a outrem, com violação de direito, cabe à Fazenda do Estado reparar a lesão patrimonial, na esfera da responsabilidade civil, regida pelo princípio da responsabilidade objetiva, que independe da prova de culpa.”²⁵

66. A doutrina também é pacífica em reconhecer a responsabilidade objetiva do Estado, defendida, há longos anos, por Amaro Cavalcanti, Francisco Campos, Aguiar Dias, Hely Lopes Meirelles e Caio Tácito.²⁶

67. Por outro lado, como esclarece Weida Zancaner Brunini, com base na Constituição Federal, a teoria subjetiva permanece, ainda, nas relações entre o Estado e o funcionário. Nessa relação, o direito de regresso do Estado contra o funcionário condiciona-se à culpabilidade desse último.²⁷

(23) TJPR — 1.^a C. — Ap. — Rel. Des. Nunes do Nascimento — 14.6.83 — RT 579/164.

(24) TJPR — 2.^a C. — Ap. — Rel. Des. Abraão Miguel — J. 31.8.83 — RT 581/166.

(25) TJSP — 5.^a C. — Ap. — Rel. Márcio Bonilha — j. 4.10.84 — RT 601/107.

(26) WALD, Arnoldo. Os Fundamentos da Responsabilidade Civil do Estado, in *Revista de Informação Legislativa*, v. 117, p. 19 a 22.

(27) BRUNINI, Weida Zancaner, *Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública*, São Paulo: RT, 1981, p. 32.

68. Saliente-se, nesse passo, conforme unanimemente admitido na doutrina, que a responsabilidade objetiva não pode alcançar o funcionário público, que só responde civilmente na medida em que praticou o ato culposo ou doloso que causou o prejuízo.

69. Transpondo o preceito constitucional e a lição da jurisprudência e da doutrina para o problema da responsabilidade do controlador, tem-se que os antigos Governadores do Estado de São Paulo e Secretários da Fazenda não podem ter declarada a indisponibilidade do seu patrimônio pessoal, na forma do regime jurídico instituído para as situações de intervenção, liquidação extrajudicial e do regime de administração especial temporária (RAET), com base na responsabilidade objetiva assumida pelo Estado de São Paulo, na qualidade de acionista controlador do *BANESPA*.

70. Somente após ter sido chamado o Estado de São Paulo a arcar com os prejuízos do Banespa, poderá, em tese, agindo, regressivamente, contra os respectivos administradores, responsabilizá-los pelas indenizações correspondentes aos atos que individual e pessoalmente tenham praticado, culposa ou dolosamente, em relação ao patrimônio do banco, nos limites em que nele praticaram atos de administração, gestão ou disposição.

71. O que não é possível é aplicar a legislação bancária às pessoas que nenhuma função exerceram no sistema bancário, não tendo sido, em tempo algum, controladores, administradores ou empregados da instituição financeira. Tratando-se de direito especial, com área própria de aplicação, não é concebível aplicá-lo fora da esfera na qual o legislador entendeu que devia ter a sua

incidência, especialmente quando as suas disposições têm caráter especial e até singular, em relação ao resto do sistema jurídico vigente.

72. O direito bancário se aplica aos bancos, seus controladores, administradores e prepostos. Ao Governador e aos Secretários, que não participaram, nem podiam participar, nem do controle, nem da gestão do banco, aplica-se o sistema de responsabilidade consagrado, para autoridades e funcionários públicos, pelo direito constitucional e administrativo que, em relação a eles, só admite a responsabilidade regressiva, que só pode ser baseada na culpa ou no dolo devidamente comprovados, sem qualquer presunção de sua ocorrência.

73. Conclui-se, assim, que as autoridades administrativas alheias aos bancos não podem ser qualificadas como controladores, aplicando-se-lhes necessariamente as normas de direito público.

74. Não se admite, outrossim, a superposição ou a simbiose, total ou parcial, das normas de direito bancário e de direito constitucional e administrativo para o fim de consagrar uma respon-

sabilidade administrativa individual ou coletiva desvinculada da culpa ou do dolo.

75. Por outro lado e finalmente, a indisponibilidade dos bens do controlador à qual se referem o Decreto 2.321 e as recentes Medidas Provisórias não se aplica aos bancos estaduais, pois:

a) o controlador sendo o Estado, os seus bens são indisponíveis e impenhoráveis;

b) os representantes legais do Estado (Governadores) e seus auxiliares não podem sofrer as sanções de direito bancário – indisponibilidade e arresto – na qualidade de controladores.

76. Assim sendo, no momento em que se cogita de reformar a lei bancária, parece oportuno reexaminar a legislação específica aplicável aos bancos estaduais insolventes para que o direito bancário não mais colida com o direito constitucional vigente.

77. Enquanto mantidos os atuais textos legais, cabe ao intérprete dar-lhes um sentido compatível com a sistemática jurídica vigente e conforme à Constituição.

OS CONTRATOS NO PROJETO DE CÓDIGO CIVIL

CARLOS ALBERTO BITTAR¹

Debater o Projeto do Código Civil é algo realmente impressionante, é algo gratificante, porque na verdade se trata de diploma que vai modificar as regras básicas de nossa própria vida. Dentro da limitação que me foi confiada, discutirei a parte referente aos contratos. Seguindo a orientação que é comum entre nós, professores por vocação, o trabalho está dividido em partes: na primeira, cuidarei das noções introdutórias, na segunda, destacarei as principais inovações, e na terceira parte, farei algumas sugestões para o aperfeiçoamento do projeto.

Começo, então, dizendo que o Projeto de Código Civil nasceu sob a égide de um grupo de juristas, altamente qualificados, e, a par disso, se baseia estruturalmente no Código Civil italiano. São portanto dois fatores importantes para o nascimento do novo Código. A comissão de juristas, chefiada pelo Prof. Reale, se baseou fundamentalmente em um trabalho anterior, realizado pelo Prof. Orlando Gomes como coordenador, e por sua vez, esse anteprojeto estava inspirado no Código Civil italiano.

Ora, o Código Civil italiano é sem dúvida nenhuma um momento legisla-

tivo do século XX: representa para nossa geração e para o futuro aquilo que o Código Civil Napoleônico representou no século passado. E essa influência que o Código Civil italiano vem exercendo já se faz sentir em códigos promulgados, haja vista por exemplo os Códigos de Portugal e do Peru. Essa inspiração demonstra que o legislador do século XX, está se baseando num trabalho que teve em sua elaboração, como se sabe, os mais importantes juristas italianos. É preciso enfatizar esse ponto, porque o projeto é realmente adequado, tanto na elaboração como na sistematização.

A primeira impressão, portanto, que quero passar aos senhores é de que correta foi a orientação dos projetistas, pois seguiram aquele que hoje é o melhor texto legislativo existente.

O segundo ponto importante nessas introduções é a unificação que o projeto faz do direito privado, unificação legislativa que já vinha sendo proposta desde o século passado e, entre nós, especialmente por Teixeira de Freitas, o grande juristas brasileiro, grande codificador, que acabou contribuindo para a formulação do Código Civil argentino. Com a unificação, matéria contratual que fica sob a mesma base, alcançado-se, assim, contratos tanto comerciais como civis. Anote-se, aliás, que, com essa tendência, não perde o direito comercial sua autonomia: continua, pela matéria, autônomo, mas legislativamente ele é inserido sob os mesmos princípios no Código. Ora, releva destacar esse fato, na medida em que o Projeto, o direito

⁽¹⁾ Conferência especialmente proferida pelo Prof. Carlos Alberto Bittar, no dia 25.05.1995, por ocasião do ciclo de estudos em comemoração aos 20 anos do Projeto de Código Civil – promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli em conjunto com o Instituto dos Advogados de São Paulo e Escola Paulista de Advocacia.

obrigacional é um só, e a teoria contratual é uma só. Com isso, faz desfilar e regula contratos que hoje estão considerados na área comercial e contratos que são tratados na área civil.

O terceiro ponto que quero destacar na introdução é aquele relativo à absorção de várias conquistas da evolução do pensamento jurídico. Ou seja, o projeto absorve vários institutos que nasceram da evolução do pensamento científico e da própria realidade e tecnologia presentes. Assim, merecem destaque a adoção da teoria da imprevisão, a adoção do princípio da boa fé, explicitamente colocado como inspirador da teoria contratual, e assim por diante.

O projeto se mostra portanto coerente com o seu tempo, vem sendo adaptado nas próprias comissões; há várias emendas de adaptação, ou seja pelo fato de ter sido apresentado na década de 70, não está desatualizado, ao contrário, está acompanhando a evolução. E esse trabalho é todo coordenado pelo próprio Prof. Miguel Reale, que mantém contato freqüente com o Congresso.

O quarto ponto importante é a disciplinação apartada do direito contratual. Acho esse o ponto mais importante em matéria de contratos do projeto, ou seja, o projeto se liberta da orientação de submeter o direito contratual à teoria obrigacional. Ou seja, o projeto esboça uma teoria contratual, seguindo aquilo que a doutrina moderna vem propugnando, especialmente graças aos trabalhos de doutrinadores como Luiz Diez Picazo na Espanha, Luigi Cariota Ferrara na Itália e Orlando Gomes entre nós, na convicção de que há uma teoria contratual que não necessariamente coincide com a teoria obrigacional.

E foi exatamente nessa linha de pensamento que tive oportunidade de escrever, no curso da Faculdade, livro

sobre direito contratual com teoria separada da obrigação. É assim o meu Curso de direito civil, no qual estudei também todo projeto, discutindo suas principais orientações. Assim tem-se estudo do contrato como fonte da obrigação e não como elemento da própria obrigação.

O sistema anterior que se funda no Código Napoleônico, não desenha a uma teoria contratual autônoma. Com a evolução processada, verificou-se que é insuficiente a teoria obrigacional para explicar os contratos.

Então há hoje uma teoria contratual, ou seja, teoria dos contratos; nomeiei a matéria “direito dos contratos e dois atos unilaterais” e a disciplina foi introduzida na faculdade com o nome de “fontes das obrigações”, sendo estudada apartadamente do direito obrigacional. Acho esse o ponto fundamental na parte de estruturação do projeto, pois dá autonomia ao direito contratual, ultrapassando-se, assim, uma série de dificuldades para solução de questões, especialmente, por exemplo, referentes à extinção de obrigações sem extinção de contrato e extinção de contrato sem exaustão de obrigações.

Último passo que quero destacar nessas noções introdutórias é o de que, na separação da teoria contratual, o projeto destaca também a teoria dos atos unilaterais. Tem, pois, o projetista brasileiro nítida noção de que contratos e atos unilaterais são institutos diferentes, e tem também a nítida noção de que os atos unilaterais são fontes de obrigações como os contratos. O projeto isola essas categorias, disciplina-as, dando, portanto, organicidade à teoria das fontes.

Feitas essas observações de caráter sistemático, passemos agora a destacar as inovações do projeto.

A primeira grande inovação do projeto é a adoção da teoria do negócio jurídico. Abraça definitivamente a noção do negócio jurídico, inspirado pela doutrina italiana e resolve o problema da bipartição do ato jurídico, que a doutrina com muito esforço criou para poder explicar o sistema do Código Civil, pois, como sabem os senhores, o nosso Código só regula o ato jurídico. A doutrina criou depois a expressão ato jurídico estrito senso e ato jurídico em geral, para poder explicar um fenômeno, que mais tarde a doutrina italiana capitulou, disciplinou e mostrou como negócio jurídico.

Então, ao adotar a teoria do negócio jurídico, o projeto em primeiro separa o negócio jurídico do ato jurídico, e em segundo lugar permite a compreensão do contrato como negócio jurídico, tomando possível portanto a clarificação de todos esses institutos, ou seja, o doutrinador não precisa mais se utilizar de expressões complementares, ato jurídico é ato jurídico, negócio jurídico é negócio jurídico, e o contrato é uma das espécies de negócio jurídico.

O segundo ponto importante dentro dessas inovações do sistema está na relevância que dá ao aspecto moral nas obrigações. Nesse passo o legislador se mostra bastante preocupado com essa problemática. E está correta a sua posição porque qualquer que seja a postura doutrinária a respeito da teoria contratual, uma coisa é definitivamente certa e indiscutível: toda base negocial repousa em princípios de moral. O respeito à palavra dada continua sendo, na verdade, o fundamento ético do negócio jurídico. Pode-se explicar pela teoria da declaração, pode-se explicar pelo voluntarismo, enfim as explicações podem ser as mais variadas. Mas, em última palavra, todos os autores são concordes numa coisa: é o respeito à palavra dada, o elemento fundamental

na teoria contratual. E aquilo que lhe dá então, toda a sua base.

Ora, fundado nisso o legislador estabelece a inclusão de vários institutos onde é decisiva a influência da moral, a saber: o instituto da lesão; o instituto do estado do perigo; o instituto da imprevisão, ou como querem alguns, da cláusula *rebus sic stantibus*.

Vejamos cada qual: lesão é o aproveitamento indevido na realização do contrato, da inexperiência ou da absoluta necessidade da parte contrária, que faz com que se chegue a um resultado, que conscientemente a parte não desejaria. Ora o instituto da lesão, que foi sempre muito discutido, se caracteriza exatamente assim, inclusive a definição legal é no meu entender perfeita. A lesão ocorre, em primeiro lugar, pelo aproveitamento da inexperiência da outra parte; e, em segundo lugar, da absoluta necessidade que a parte tenha em um contrato. O exemplo clássico é aquele do locatário, que sofrendo uma ação de despejo, deseja alugar imóvel cujo proprietário, tomando conhecimento da sua situação, eleva, de repente, o valor da locação. Premido pela necessidade de não ver, por exemplo, seus objetos ao relento, por ordem e força do despejo, a parte acaba aceitando a contratação. A absoluta necessidade que ele tem de local para se instalar, evitando o vexame de submeter sua família a essa situação constrangedora — que é sempre o despejo — acaba realizando o negócio, negócio esse que, no entanto, se tivesse condição de meditar, de ponderar, jamais faria: pagar, por exemplo, um aluguel de cem para um imóvel que vale dez.

Essa absoluta desproporção nas posições das partes é que autoriza a aplicação da lesão. Pelo projeto isto está explicitamente previsto, como instrumento de extraordinária importância na defesa do economicamente mais fraco.

E essa é uma postura tomada pelo projetista, que merece todo aplauso da doutrina civilista, permitindo-se, com a teoria em questão, quando invocada, chegar ao ajuste do contrato, ou então à rescisão, se for do interesse da parte. Esse mecanismo precioso não está previsto no código atual, por isso é que a jurisprudência vaga a respeito do assunto. A inclusão do fenômeno no projeto vai lhe dar força de lei e, com isso a consagração de importante instrumento de realização de justiça, aliás, previsto já no Código de Defesa do Consumidor.

Com efeito, em vários dispositivos, adota a teoria da lesão, permitindo ao consumidor ajustar os termos de determinado contrato, quando, por exemplo, tenha sido celebrado sem a comutatividade desejada.

O segundo instituto importante é o do estado de perigo, que constitui outro fator que pode levar a desequilíbrio na contratação. O exemplo clássico é daquele que está se afogando, quando alguém aparece, oferecendo-lhe a tábua de salvação. Sabedor de que aquela pessoa preza a sua vida – eu acho que dificilmente algum ser humano deixa de prezar a sua vida – o salvador oferece-lhe a prancha, mediante, por exemplo, a participação em metade de sua fortuna: no desespero, a parte faz a declaração concordando e depois o outro o retira da água e vem cobrar a verba correspondente.

Ora, alegando estado de perigo, a pessoa pode também de um lado obter anulação dessa declaração, ou então obter o ajuste a uma proporcionalidade compatível. Tem-se certeza portanto que a invocação dessa teoria pode resolver inúmeros problemas que ocorrem na prática. É que a pessoa que está em perigo adota conduta, que conscientemente não adotaria: portanto é ela excludente, seja de responsabilidade, seja contratual.

Tive a oportunidade de decidir recentemente um caso onde apliquei a teoria do estado do perigo, e fui acompanhado pelos meus pares no Tribunal – o caso foi o seguinte: havia uma rixa, provocada por certa pessoa, envolvendo-se várias outras, em praça pública.

Ora, na defesa de sua vida e da sua família, o proprietário de automóveis, que estava parado, acionou o veículo para dar movimento normal. Surgiram à sua frente os briguentos, rolando no chão, tendo um deles sido atingido. Apliquei o estado de perigo e resolvi a questão dizendo que a parte não tinha responsabilidade, a rixa tinha sido provocada exatamente pelo lesado. E não se podia exigir da pessoa outra conduta: a família dele estava dentro do automóvel e ia ele dar a partida normalmente, quando os participantes da rixa vieram ter a frente do automóvel em movimento. Está aí portanto a aplicação como excludente, que é admitida pela doutrina universal.

E assim é o código projetado, que prevê expressamente a figura, conferindo-lhe base legal.

A terceira grande posição que quero destacar é a da teoria da imprevisão. Conhecida por alguns como teoria da cláusula *rebus sic stantibus*, permite revisão de contratos que tenham sido feitos sob determinada base econômica modificada posteriormente em razão de um fato externo. Portanto, pela teoria da imprevisão pode se rever o contexto de um contrato, que tendo sido realizado sob determinada base econômica, venha posteriormente a ser alterado por um fator exógeno, que acaba desequilibrando a posição das partes.

Sempre que um fator externo, interferindo com a economia do contrato, desequilibre as posições das partes, dificultando e às vezes impossibilitando a execução do contrato, aí se aplica essa

teoria. E essa aplicação é discutidíssima na doutrina, e a jurisprudência vaga a respeito.

Trata-se, na verdade, no entanto, de uma figura que tem aceitação desde o direito romano e é inclusive prevista em alguns códigos. Por essa teoria, portanto, pode ser revisto determinado contrato quando há a modificação referida: para isso são necessários os seguintes requisitos: que o fato que modifica seja externo (fator exógeno); segundo, que seja imprevisível à época da contratação; em terceiro lugar, que interfira na economia do contrato, desequilibrando as posições das partes e em quarto lugar que a parte queira cumprir o contrato, porque na verdade não se trata de fator de incumprimento, se trata de fator de impossibilidade de cumprimento.

É por isso que a doutrina atual chama esse fenômeno de onerosidade excessiva. E com esse título o projeto inclui então a matéria no direito contratual. Portanto, onde se diz onerosidade excessiva está-se referindo à teoria da imprevisão. Com base nesses elementos, pode a parte pedir ao juiz que reveja o contrato para torná-lo exequível.

A primeira aplicação dessa teoria entre nós se deu num caso das construtoras no início da década de sessenta. Deflagrou-se no Brasil, à época, uma fortíssima inflação, até então desconhecida entre nós. O desequilíbrio patente foi logo notado, o governo tentou a modificação cambial, mas na prática os preços começaram a subir vertiginosamente. Os contratos de construção de apartamentos eram feitos, naquela época, por preço fixo, reajuste era pela tabela PRICE, aplicando-se juros sobre o financiamento. Os apartamentos eram vendidos a prazo, normalmente de vinte e quatro meses, que as construtoras observavam. A inflação vertiginosa desequilibrava o setor, e as empresas que estavam com apartamentos em constru-

ção entraram no Tribunal e obtiveram o reconhecimento dessa cláusula. Essa cláusula foi no entanto invocada outras vezes sem sucesso: nos planos governamentais, por exemplo, dificilmente os Tribunais aceitam essa cláusula.

Hoje, é claro, ninguém vai invocar mais inflação como causa externa, porque hoje inflação é previsível. Naquela altura era imprevisível, a economia brasileira era instável. Uma greve em país onde não há greves, é fenômeno externo e a jurisprudência francesa consigna por exemplo, casos de greve, casos de cessação, paralisação de empresa, que impedem, por exemplo, a continuação de um fornecimento. No Brasil, é claro, a greve é insucessível de ser invocada, especialmente nos nossos dias.

De qualquer sorte, no entanto, uma brusca paralisação, que interrompa um fornecimento, pode desequilibrar, e a parte pode, na verdade, invocar a teoria.

Nas inovações, outro ponto importante é a adoção de mecanismos técnicos de solução de conflitos ajustados à realidade atual. O projetista brasileiro está muito consciente da realidade nacional e da evolução da doutrina. Digo isso, porque um dos pontos mais importantes do projeto em termos de inovação é a adoção da técnica de prestação de serviços, como sucedâneo da reparação de danos. Isso está inclusive coerente com a Constituição de 88, que adotou vários mecanismos alternativos e solução de conflitos. E é o que venho propugnando há muito tempo.

Com efeito, sempre que o lesante não tivesse patrimônio, a teoria da responsabilidade civil esbarrava com um obstáculo intransponível. A parte lesou, mas não poderia solver a obrigação. Ora, a partir do momento em que se adota a técnica da imposição da prestação de serviços para satisfação de danos então se dá uma enorme abertura

para que o lesante não fique sem sanção, especialmente no caráter moral.

Alguém, por exemplo, atropela ou trem, apura-se depois que não tem como pagar o valor da indenização, muito menos pagar o valor correspondente aos danos morais. Nesse caso, impõe-se a prestação de serviço, à vítima, à comunidade – e quem abriu o caminho nisso, tenho aqui que fazer essa homenagem, foi o Juiz Eliezer Rocha, do Rio de Janeiro, um cultor do direito, com grande criatividade – que aplicava sanções alternativas na área penal, exatamente porque entendia, naquela ocasião, como se entende até agora, a inadequação, e, certas hipóteses, do sistema de penas privativas de liberdade. Aplica-se portanto prestação de serviços: dá-se a sanção que o agente merece e o direito portanto fica resguardado no caso concreto, evitando-se todos os subterfúgios daqueles que, ou não tem patrimônio, ou não o mostram. Há outros, inclusive, que transferem patrimônio para terceiro para não ter que pagar indenização.

Decidi recentemente um caso realmente folclórico: a parte transferiu todo o seu patrimônio para os filhos para não pagar indenização. Só que esqueceu que é possível, através de mecanismos outros, obter solução para tais casos. Mas, da prestação de serviços não há como se esquivar, porque está constitucionalmente prevista, e vem colocada no projeto como solução; pode o juiz, por exemplo, determinar, desde que não tenha o réu como pagar indenização, que dê assistência moral à família, que compareça nos fins de semanas aos hospitais, para dar assistência espiritual ou material a quem precisa, e com isso receberá a sanção que merece e a sociedade terá exemplo firme da aplicação do direito.

No Estado de São Paulo já há convênios no sentido de aplicar-se a regra,

na área penal: com certeza, isso vai se estender também à área civil, pois já há algumas decisões neste sentido.

Vejamos, na sequência, quais são as principais colocações na parte referente à estruturação dos contratos. Inicialmente, para que todos tenham uma noção exata da colocação da matéria contratual, está ela dividida em duas partes: o projeto tem uma parte geral, que começa no art. 421, tratando, depois, dos contratos em espécie.

Portanto a disciplinação dos contratos se faz por duas etapas: a primeira é a da teoria geral e a segunda é a do regramento dos contratos em espécies. Nas disposições gerais é que está esboçada, em linhas básicas, a teoria contratual, onde se pode divisar, primeiro disposições sobre o contrato e sua base, depois a formação do contrato, a partir do art. 427, e por fim, a matéria sobre extinção do contrato.

Assim, quanto à teoria do contrato, cuida o Projeto, primeiro, de suas linhas básicas, art. 421 e seguintes; versa, em seguida, a formação do ajuste, art. 427; depois trata da extinção do contrato, art. 472 e seguintes. Vejam, portanto, que já há um esboço de teoria contratual, em que se assenta que é o contrato, como se forma e como se extingue. Daqui a pouco ofereceremos algumas sugestões para o aperfeiçoamento dessa teoria.

Na parte das disposições gerais, o Código continua disciplinando os vícios redibitórios e as arras. E o fez bem, porque as arras no sistema atual estão no direito obrigacional, embora sejam mecanismos do direito contratual. Vícios redibitórios também constituem tema de Direito Contratual. Cuida, dentre outros Institutos, da evicção, da estipulação em favor de terceiros, da cláusula resolutiva, e da onerosidade excessiva. Ou seja, mantém mecanismos que o

Código atual disciplina, introduzindo outros na linha já exposta.

Nessa parte, entendemos que posicionamento mais adequado para às arras seria na parte da extinção. Quando o Código trata da extinção, fica com apenas três figuras: acho que aqui então é restrito.

No meu livro *Direito dos Contratos*, coloco inúmeras outras situações: daí, acho que devia ter tratado aqui das arras, e da onerosidade excessiva.

Outro ponto que merece crítica é que o Código projetado não tem nada sobre a transmissão do contrato e desde que a doutrina moderna colocou e enfrentou com precisão o problema, tem-se que o contrato circula, é possível fazer cessão de posição contratual ou assunção de débito, sendo esta hoje um mecanismo que várias empresas usam para negócios. É técnica que poderia estar na parte da transmissão.

Então, colocaria nessa parte geral, uma quarta divisão antes da extinção, com o título transmissão do contrato, falando da cessão da posição contratual e da assunção da posição de débito. A técnica de assunção da posição de débito por exemplo, é usada muito no direito falimentar, também como instrumento negocial.

Há várias empresas hoje que usam essa técnica como objeto do seu negócio. Por isso, entendo que projeto deveria dar melhor colocação a alguns institutos, conforme indicado, e que deveria ter uma parte sobre a transmissão do contrato.

Nos contratos em espécie, destaco, de início, que o Projeto mantém figuras tradicionais, como não poderia deixar de fazê-lo, tais como compra e venda, depósito mandato... Mas introduz figuras novas, e nisso segue o esquema que também adoto, ou seja, coloca sem qualquer preocupação de caráter didáti-

co, várias espécies de contratos, civis ou comerciais. Vou destacar alguns, que me parecem importantíssimos nessa análise. Lembraria, em primeiro lugar, a introdução da reserva de domínio no código, no art. 571, incluída como dentre as modalidades especiais de compra e venda. Acho perfeita a colocação do projeto: é técnica muito usada nas empresas de departamentos, para venda de bens duráveis. Tem que estar no código para ficar submetida ao esquema princípio lógico do Código. Em segundo lugar, destacou a venda sobre documento, que está no art. 529, e essa operação é fundamental para o comércio exterior. Tendo em vista a inclusão do Brasil no Mercosul, e o fenômeno da globalização da economia, os negócios internacionais vão se suceder com muito mais frequência, e, como se fazem exatamente com base nessa venda, revela tratar-se no Código de sua disciplinação. Está no art. 529, e a esquematização parece adequada, é modalidade especial de venda, que se faz com base em contrato fechado.

Outro contrato que foi introduzido, e que é também muito utilizado na prática, principalmente tendo em vista agora a proliferação das vendas em feiras, é o contrato chamado estimatório. É a nossa conhecida consignação, que, aliás, nada tem a ver com a consignação em pagamento, é contrato definido no art. 534. Esse modelo alimenta hoje um extenso elenco comercial, que abrange produtos de natureza as mais diversificadas, desde antiguidades, até artigos de decoração, presentes, e outros, é ajuste por meio do qual alguém entrega coisa móvel a outrem, para vendas mediante estipulação de preço (— estimação vem da estipulação do preço —), podendo o consignatário ficar com a res, pagando o valor, ou vendê-la a terceiro ganhando a comissão.

O projeto regula também dois outros contratos comerciais importantíssimos, o contrato de agência, que é o de representação do art. 710, e o de distribuição, também com largo uso, como para automóveis, bebidas, produtos de festas, perfumes e hoje até de direitos intelectuais, por exemplo por meio de licenças. É contrato de largo uso nacional e internacional, art. 710.

Outra figura importante é a do contrato de comissão mercantil, que recebe uma regulamentação mais adequada do que ao do vetusto Código Comercial. A comissão está claramente definida, e servem suas regras, subsidiariamente, para solução de questões de contratos afins, portanto apresenta enorme importância a prática: há comissão, por exemplo, nos negócios de bolsa ou fora de bolsa, tanto de valores, como de mercadorias e futuros. Recebe esse ajuste regulamentação mais consentânea com a realidade, e com a própria evolução, diferente daqueles parcos dispositivos que constavam do Código Comercial.

Destaco, em seguida, o contrato de transporte. Acho de fantástica abrangência, estando muito bem colocadas as duas figuras, a do contrato de transporte de pessoas, e a do contrato de transporte de coisas. Quero elogiar a regulamentação feita, que está plenamente coerente com a jurisprudência, dominante, em especial quanto à adoção da teoria objetiva na responsabilização da transportadora. E é interessante que esse princípio vem do Código Comercial, que tem um dispositivo de extraordinária importância, quando cuida dos trapicheiros e dos tropeiros: o da responsabilidade sem culpa.

O projeto mantém a orientação, e hoje a jurisprudência é tranqüila a respeito. Mas o destaque, na matéria da especificação dos contratos, está para o tratamento que o projeto dá a duas figuras, na concessão de organicidade à

matéria contratual. É o tratamento que ele confere à transação e ao compromisso. O projeto trata a transação e o compromisso como contratos e, é importantíssima essa colocação, porque reflete a natureza desses dois institutos. Como sabem, estão tratados no Código atual como mecanismos de extinção de obrigações. Podem levar a esse resultado, mas pela sua natureza, são contratos.

Transação e acordo feito para evitar-se ou possa se pôr fim ao litígio. As partes que, diante de uma dúvida, de um conflito, querem terminá-lo, fazem um acordo. Ora, acordo por definição é contrato: contrato é acordo de vontades por definição. Portanto, transação é uma espécie de contrato. É a mesma coisa acontece em relação ao compromisso, e o compromisso a que me refiro é o compromisso que dá origem a arbitragem. E chamo atenção nesse passo pela importância que a arbitragem assume hoje, tendo em vista o já falado fenômeno da internacionalização da economia. Porque como não há Tribunais regulares a âmbito internacional, a solução das pendências se faz por arbitragem, e essa arbitragem só é possível se houver contrato de compromisso, ou então cláusula arbitral em contrato regular de negócio internacional. Por isso a regulamentação como contrato confere ao compromisso a sua real posição, e lhe dá então o destaque que deve ter na prática, exatamente porque através do compromisso se estabelece o juízo arbitral.

Levando em conta que o juízo arbitral é o mais importante mecanismo de solução de conflitos hoje no mercado comum europeu, haja visto que todos os países daquela comunidade já editaram leis a propósito, parece-nos relevante a nova postura. Como o Brasil está integrado ao Mercosul, a arbitragem vai ocupar posição de destaque na prática.

Feitas essas observações, que entendi mais pertinentes para dar-lhes uma idéia da filosofia, da metodologia, e do regulamento do Código, ofereço, em conclusão, algumas sugestões para meditação dos senhores e quiçá, eventual aproveitamento nos debates futuros sobre essa temática.

A primeira orientação que quero propor é a de dar-se tratamento mais orgânico aos atos unilaterais e dentre eles os atos ilícitos. Explico: ao enumerar os atos unilaterais, que são fontes de obrigações, o projeto incluiu entre eles a gestão de negócios. Colocou-a no art. 863, inseriu a promessa de recompensa no art. 856, tratou do enriquecimento sem causa no art. 886, e regulou o pagamento indevido no art. 878.

Portanto, identificou como atos unilaterais quatro figuras. Repetindo: gestão, art. 863, promessa de recompensa art. 856, enriquecimento sem causa, art. 886, pagamento indevido, art. 878.

Comete, em meu entender, dois pecados: o primeiro quanto à gestão, que não é ato unilateral, mas contrato.

Nessa parte, o Código atual leva vantagem, porque a regula como contrato e que embora na formação haja uma só declaração, a gestão só produz efeito se houver a conjugação posterior da declaração do dono do negócio. Conseqüentemente, portanto, ela é contrato, como a doação. Com isso, o Projeto confundiu a formação do contrato com o momento de perfazimento: o contrato pode ser formado de imediato, ou paulatinamente, pode ser, pois, integrado de declarações emitidas em momentos diferentes, como acontece na doação, e na gestão. A doação é um ato pelo qual o doador entrega, e o segundo ato é aquele do donatário que recebe; portanto, as declarações não são feitas no mesmo momento. É o que acontece com a gestão; por isso, acho que gestão

não é unilateral, nisso acompanho a melhor doutrina.

A segunda falha que quero apontar é que: o Projeto não colocou todas as figuras de atos unilaterais, pois tratou apenas dos atos ilícitos. Mas há atos que são lícitos, mas que geram também responsabilidade. Então acho, como primeira sugestão, que a gestão deve voltar para o domínio dos contratos em espécie. Em segundo lugar, entendo que deve completar o elenco dos atos unilaterais. E, em terceiro lugar, que não se faça separação entre enriquecimento sem causa e pagamento indevido; essa figura é uma das modalidades de enriquecimento sem causa.

Então, infelizmente, nessa parte, não obstante tenha dado destaque aos atos unilaterais como fonte, considero que tratou a gestão inadequadamente, não previu todas as figuras possíveis de atos unilaterais, por exemplo, os títulos ao portador, que estão no Código atual, e colocou pagamento indevido como categoria diferente do enriquecimento sem causa. Não há nenhuma justificativa para isso.

Outra sugestão que faço é a de que se introduza, na parte geral, um espaço para a transmissão do contrato, e que aí então se regule a cessão de posição e assunção de débito. Pode se argumentar que a assunção de débitos continua regulada no direito obrigacional, mas não é suficiente, nem adequado à diretoria. Não é suficiente, porque não é uma simples cessão, é cessão da posição. É a cessão, por exemplo, de todas as obrigações, de todos os direitos que a parte tem no contrato. É diferente da cessão de direito, de um determinado direito.

Proponho ainda, para encerrar, que ao tratar da extinção do contrato, se previjam as outras hipóteses possíveis. Lembraria, por exemplo, a questão das arras,

a da cláusula penal, a do distrato e de vários outros mecanismos que fazem com que ocorra a extinção. Assim, como o projeto destacou extinção, e o fez bem, deveria completar o seu estudo com outras e previstas causas de extinção.

Peço vênica para lembrar que a matéria sobre as causas está discutida no meu "Curso de Direito Civil", onde faço um estudo completo dessas fontes, e mostro também as várias causas de extinção do contrato. Podem ser dividi-

das genericamente em extinção do contrato com cumprimento, e extinção do contrato sem cumprimento e, nessa última há várias situações, dentre elas aquelas que acabei de expor aos senhores. Trato dessa matéria na página 433 e, na página 659, volto ao assunto para discutir as várias figuras contratuais, lembrando que, ao versá-las, fiz a necessária comparação com o projeto ora analisado, na certeza que será ele o novo Código Civil.

PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA

RENATO SOBROSA CORDEIRO

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O Direito Administrativo em evolução – 3. A prescrição como princípio informador do sistema jurídico brasileiro – 4. A prescrição civil ordinária – 5. A analogia como regra de integração – 6. A prescrição e o devido processo legal – 7. O princípio da igualdade – 8. Identificação da regra analógica – 9. Conclusão – 10. Bibliografia

1. Introdução

1. Há consenso na doutrina administrativista de que, diante da inexistência de normas de direito administrativo aplicável a determinada relação juridico-administrativa, é dever do aplicador realizar o princípio da plenitude do Direito e dar solução ao caso concreto mediante recurso à analogia, ao costume ou aos princípios gerais do direito. Esta a regra de integração inscrita no art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil.

2. Evidente que será sempre precedente que a determinação da lacuna reste caracterizada. Para tanto, mister observar se o vazio de regra se conforma à intenção legislativa ou se se trata, enfim, de disposição legal não prevista, porque em conformação com “a descrição fundamental da ordem jurídica” (José de Oliveira Ascensão, *O Direito, Introdução e Teoria Geral, Uma Perspectiva Luso-Brasileira*, Almedina, Lisboa: 1991).

3. A lacuna, portanto, é uma incompletude normativa da lei, que contraria o plano do sistema jurídico vigente. A questão que se coloca, neste trabalho,

é saber se, em sede da Lei 4.595/64, a ausência de previsão de prescrição, em favor do administrado, para os fins de que trata o art. 44 daquele estatuto, ostenta situação jurídica lacunosa ou propósito legislativo (as condutas censuradas seriam imprescritíveis). Mais ainda. Na hipótese de evidenciar-se incompletude normativa, qual o instrumento de integração a ser adotado pelo aplicador, no caso, o Banco Central do Brasil.

2. O direito administrativo em evolução

4. O sistema jurídico brasileiro pressupõe a interpretação de sua realidade histórica, estampada na evolução dos modelos constitucionais, com maior ou menor intervenção do Estado no domínio econômico e social. As alterações nas funções do Estado conduzem a mudanças nos princípios informativos do sistema jurídico, em particular, no Direito Administrativo, que se reorienta para as novas relações jurídico-administrativas.

5. Assim, às novas missões que a Administração Pública recebe no modelo constitucional adotado, passam-se em

revista os principais institutos a ela inerentes nas relações subjetivas instrumentais e finais com o administrado. Quanto maior o grau de intervenção do Estado na atividade privada, tanto maiores serão, sem dúvida, as formas de salvaguarda das garantias individuais.

6. O alargamento da atividade do Estado, de outra sorte, realça a importância dos princípios vetores da ação administrativa, dentre os quais o da legalidade, o da moralidade, o da impessoalidade e o da proporcionalidade, conciliando-se os interesses do Estado com as garantias fundamentais do administrado. As novas situações criadas pela Administração Intervencionista desafiam a doutrina e a jurisprudência pelo simples fato de o Direito Administrativo ser hoje o que foi há séculos. A supremacia do interesse público, conquanto incontestado no século passado, vem cedendo lugar a novas formulações, sobretudo da noção “de poder administrativo como noção homóloga da capacidade de exercício de direito privado” (Rui Chancelle de Machete, em *Considerações sobre a Dogmática Administrativa no Moderno Estado Social*, Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro, Rio de Janeiro, Forense, n. 6: 1986).

7. A evolução das relações sociais e políticas impõe às relações jurídicas novo desenho, com o fim de colmatar novas questões a traços mais contemporâneos, reinterpretando-se conceitos. Para tanto, “para além da doutrina, importará igualmente que a nossa jurisprudência não fique insensível aos sinais de mudança e também ela colabore na tarefa urgente de adequar a dogmática e a prática administrativa às novas realidades do Estado Social” (do mesmo autor, na mesma obra).

3. A prescrição como princípio informador do sistema jurídico brasileiro

8. A prescrição, em qualquer área do direito, é princípio de ordem pública e objetiva estabilizar as relações jurídicas. No âmbito civilista, o modo pelo qual, pelo decurso do tempo, alguém se libera de uma obrigação porque desarmada a possibilidade de ação judicial do titular do direito. Move-se a prescrição civil na proteção do devedor ante a inércia do credor. No âmbito penal a prescrição afasta a pretensão punitiva do Estado. Difere conceitualmente da prescrição civil, e seus efeitos, também, são diversos.

9. A imprescritibilidade resulta imoral sob qualquer aspecto na vida social, sendo exceção à regra geral do ordenamento jurídico brasileiro. Sem a prescrição tudo seria permanente. O proprietário jamais teria certeza de seu direito, nem o devedor estaria livre de pagar duas ou mais vezes a mesma dívida caso não tenha a guarda indefinida dos comprovantes do cumprimento da obrigação. Washington de Barros Monteiro, em *Curso de Direito Civil*, Saraiva, 5.^a ed., São Paulo exemplifica que sem a prescrição “o adquirente seria obrigado a examinar não só o título de domínio do vendedor, como os de todos os antecessores, através dos séculos, sem limite de tempo. Uma só falha que encontrasse na longa série de transmissões bastaria para comprometer todas as alienações subsequentes. Tal investigação, além de impraticável, em razão da deficiência dos arquivos e registros, entravaria irremediavelmente o comércio jurídico, tolhendo a realização de quase todos os negócios”.

10. Em sede de direito repressivo, Anibal Bruno, em “Direito Penal”, 3.^a

Câmara Leal, segundo a qual “esse princípio foi expressamente confirmado pelo Código Civil, quando declarou que as pessoas jurídicas estão sujeitas aos efeitos da prescrição, sem fazer qualquer ressalva em relação às pessoas jurídicas de direito público interno (...) as ações que competem à União, aos Estados e aos Municípios contra particulares, não subordinadas a prazo especial, prescrevem em vinte anos, quando pessoais, e em quinze ou dez, quando reais, segundo a regra do art. 177 do CC”.

16. Em prol de sua tese, arrola excertos jurisprudenciais e sólida doutrina, sendo útil o magistério de Luiz F. Carpenter de que “a prescrição de trinta anos é também a prescrição ordinária vigente no Direito Administrativo e no Direito Processual, no Brasil”.

17. Ocorre, no entanto, que a interpretação extensiva da prescrição civil ordinária, em todos os casos citados, tem em comum o caráter próprio da prescrição civilista que, em sentido geral, é o modo pelo qual, por força do decurso do tempo, alguém “se libera” de uma obrigação. Move-se a prescrição civil ordinária na proteção do devedor, dada a negligência do credor.

18. No âmbito do direito repressivo (o direito administrativo punitivo o é) a prescrição afasta a pretensão punitiva do Estado, ocorrendo a extinção do direito de punir. A relação jurídica objeto da prescrição civilista, seja ou não a ordinária, resta adstrita aos direitos patrimoniais, daí por que atinge as ações pessoais e reais, razão última, segundo João Franzen de Lima (*Curso de Direito Civil Brasileiro*, 4.^a ed., Forense, p. 381), da “classificação do instituto na Parte Geral do Código Civil,

submetendo-se ao seu império todas as relações de direito que compõem a Parte Especial”.

19. As diferenças conceituais entre a prescrição civil e a prescrição penal refletem-se em seus efeitos. Em seara cível, por exemplo, não há solução de continuidade para o curso da prescrição na ocorrência do falecimento da pessoa, a teor do que dispõe o art. 165 do CC: “A prescrição iniciada contra uma pessoa continua a correr contra o seu herdeiro”. Já em sede repressiva, a morte extingue a punibilidade (*mors omnia solvit*), considerado o princípio constitucional da individualização da pena, que não passará da pessoa do condenado.

20. De outro passo, a prescrição não se opera se não for invocada por quem lhe aproveita, consoante dispõe o art. 166 do CC: “O juiz não pode conhecer da prescrição de direitos patrimoniais, se não foi invocada pelas partes”. Já nos processos administrativos punitivos instaurados é dever do Administrador Público manifestar-se de ofício (princípio da legalidade). Também prevê o art. 161 do CC que “a renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá sendo feita sem prejuízo de terceiro depois que a prescrição se consumar”. Evidente que tal incorre em direito punitivo administrativo, considerados os limites férreos do princípio da legalidade.

21. Assim também com a ocorrência da *novatio legis*, com a extinção da punibilidade frente à lei mais benigna. Persistem, no entanto, os efeitos civis da condenação. Consideradas a unidade da jurisdição e a interação observada entre as jurisdições civil e penal, o ilícito penal é também civil porque

acarreta dano para o ofendido. Para evitar pronunciamentos divergentes sobre idêntico fato, estabeleceram-se mecanismos de interação. Assim é que, apesar de declarar o art. 1.525 do CC que “a responsabilidade civil é independente da criminal, não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime”. Também prevê o art. 91, I, do CP que um dos efeitos da condenação criminal é “tornar líquida a obrigação de indenizar o dano causado”.

22. A sentença penal absolutória faz coisa julgada no cível quando reconhece, expressamente, a inexistência do fato ou que o réu não foi o autor (CPC, art. 66). Idêntica repercussão ocorre quando a sentença penal reconhece ato praticado em legítima defesa, em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito. A legítima defesa putativa e a que causa danos a terceiros não excluem a responsabilidade civil, assim como o ato praticado em estado de necessidade (CC, arts. 1.540 e 1.520, respectivamente).

23. Não sem razão, Alípio Silveira, em *Hermenêutica e Integração do Direito Administrativo*, RT, 1968, retira de Santi Romano a prudência com que deve o intérprete buscar no direito privado regras de direito público: “É verdade, todavia, que na legislação do direito privado se encontram declarados e sancionados não poucos princípios gerais comuns a vários ramos do direito, entre os quais o administrativo: por exemplo, relativos à propriedade, pública ou privada, aos atos jurídicos realizados por alguém, e assim por diante. Em segundo lugar, é de lembrar-se que efetivamente os entes administrativos podem exercer uma parte considerável de sua atividade através das formas do

direito privado, sujeitando-se às normas, tanto do direito civil (art. 2.º do CC) como do direito comercial (art. 7.º do CC). Certamente, mesmo nestas manifestações, o Estado e os outros entes públicos são movidos e guiados pelo interesse público. Mas o caráter público delas se salienta mais no lado interno da administração do que nas relações com outros sujeitos em face dos quais a administração parece como se estivesse, embora não esteja, libertada do interesse público. Justamente por isso, e neste sentido, é possível, aliás, com muitas limitações, que ele fique submetido ao direito privado”.

24. A prescrição civil ordinária, na verdade, não se presta como paradigma em sede de restrição ao *ius puniendi* do Estado em esfera punitiva.

5. A analogia como regra de integração

25. O legislador nem tudo dispõe, surgindo hipóteses de lacuna legislativa, em que não há dispositivo legal regulando a espécie no contexto da lei, como se verifica na Lei da Reforma Bancária em matéria de prescrição, necessitando, então, o aplicador, autorizado pelo art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil, socorrer-se de métodos de integração, dentre os quais a analogia, com o objetivo de colmatar a unidade do direito e o fim precípua deste de composição de interesses em conflito, estabilizando as relações jurídicas.

26. A analogia exige do aplicador juízo de valor interpretativo, dado que vai buscar a regra de direito regulada em hipótese semelhante (não igual) e trazê-la para o caso não previsto pelo legislador. A descoberta é de normas jurídicas positivadas, que compõem um

núcleo essencial de semelhança com o regime jurídico da lei a ser integrada.

27. O processo analógico, no entanto, nas palavras de J. M. Othon Sidou, em *O Direito Legal: história, interpretação, retroatividade e elaboração das leis*, Forense, 1985, “é desautorizado por duas ordens de vedações. A primeira compreende as regras excepcionais, correspondentes ao *ius singulare* (...) Face ao direito excepcional, portanto, a aplicação da analogia não prevalece. É a regra. Na sistemática brasileira, esta vedação era objeto do art. 6.º da primitiva Introdução ao Código Civil. Ali se assentava que ‘a lei que abre exceções à regra geral, ou restringe direitos, só abrange os casos que especifica’. Este dispositivo não foi absorvido pela reforma de 1942, porém é preceito incorporado à doutrina e forma regra de interpretação *ex iure*, conquanto não *ex lege*, o que nenhum jurista nega. A segunda vedação diz com as regras penais positivas, ou estabelecidas em lei. Para este efeito, de não aplicação analógica, erguem-se imperativos de defesa da liberdade individual, eis que, por outra forma, a liberdade estaria debilitada pelo abuso de poder. Aliás, o Código Penal principia com a declaração de que ‘não há crime sem lei anterior que o defina’ e ‘não há pena sem prévia cominação legal’.

28. O domínio do conceito de lei excepcional ou de lei restritiva, no entanto, não é fácil. É comum observar-se visão equivocada em muitos trabalhos, como a ocorrida em manifestações do Banco Central do Brasil e da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional sobre prescrição administrativa.

29. Em sua clássica obra *Hermenêutica no Direito Brasileiro*, RT, 1968,

Alípio Silveira observa que “as regras gerais ou cânones de interpretação do Direito Administrativo são as mesmas que as de outros ramos do Direito Positivo. Tanto os tratadistas nacionais como os estrangeiros são acordes neste ponto. Mesmo quando se tratar do próprio interesse público contido nas regras do Direito Administrativo (...), tal interesse, como qualquer outro interesse regulado pela lei, deve subordinar-se ao princípio ainda mais geral do bem comum, que é o supremo critério hermenêutico”.

30. Observa, ainda, o mesmo autor, na mesma obra, que, “quando não existe norma de direito administrativo aplicável a uma determinada relação juridico-administrativa, o aplicador recorre à analogia, ao costume, aos princípios gerais do direito. É a regra geral de integração, contida no art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil, e aplicável às várias disciplinas jurídicas, exceto quando for diversamente determinado, como acontece no direito penal, que repele, quer a analogia nas incriminações, quer o costume”.

31. Não há falar, assim, que, “na ausência de norma reguladora expressa, à Administração não é lícito ultrapassar o âmbito de sua competência no cumprimento da lei, a fim de estabelecer prazos para a decadência e a prescrição, por faltar-lhe a autonomia da vontade”, conforme articulado no Parecer PGFN/CAT/N. 912/93. Há autorização expressa na Lei de Introdução ao Código Civil.

32. Nem procede a outra conclusão a que chegou a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, com supedâneo em Alípio Silveira, de que “O recurso à analogia concede ao aplicador mais

amplos poderes do que a interpretação propriamente dita", acrescentando que "a interpretação estrita dá-se, como vimos, quando é vedado estender por analogia os casos expressos em leis que abrem exceção a regras gerais ou restringem direitos". E ainda: "a *ratio legis* de caráter geral pode estender-se aos casos omissos, ao passo que a *ratio legis* de caráter excepcional há de ficar confinada aos casos que especifica."

33. A citação comprometeu o magistério do autor. Ao rever-se o apanhado doutrinal em que se embasou fica evidente a contradição incorrida pela PGFN. É útil o percurso informativo trilhado por aquele doutrinador, dada a relevância do tema. Para tanto, traz ao debate o pensamento de renomados juristas, nacionais e estrangeiros:

"Não raro sucede surgirem novos conceitos jurídicos, que primitivamente se faziam valer em aplicações singulares mas que enxertam o princípio anterior da exceção, até que, por fim, o que *era exceção se torna regra*" (Dernburg);

"O direito singular é necessidade e modo de corrigir o direito geral e com este, por sua origem e natureza, tem relação necessária; emanando da lei, deve ser reconhecido e aplicado pelo juiz; e, se bem se observa, tem *indole geral*, enquanto mira regular muitas relações jurídicas" (Chironi e Abello);

"O direito singular é, como o direito normal, plenamente capaz de extensão, porque a *ratio* especial, que é seu fundamento, se apresenta, deve valer o mesmo preceito de direito, e não poderia receber aplicação o direito normal. Em outros termos, o tratamento que, em matéria de interpretação, recebe o direito normal há de receber também o direito singular, sempre que, estendendo-o, não vá contra a sua *ratio* especial, isto é, se encontra no caso contemplado

pela fórmula do preceito a mesma particular *utilitas*, que provocou a norma de direito singular". Em razão disso é que adianta que não se deva considerar absoluta a regra que veda o uso da analogia em sede de *ius singulare*, porque quando este "forma um sistema orgânico de normas, que disciplinam toda uma matéria, pode ter lugar a interpretação analógica para os casos não contemplados por normas particulares, mas que entram na matéria dominada por aquele sistema" (De Ruggiero);

"Falando de disposições de leis excepcionais, pressupõe-se necessariamente a existência de outras leis ou princípios gerais, cuja aplicação venha limitada por aquelas, subtraindo-lhes casos que nelas estariam verdadeiramente compreendidos" (Bianchi);

34. Bem de ver que, se a regra geral informadora do sistema jurídico brasileiro é a prescrição, excepcional será, assim, a norma que a ela se oponha (no caso, a não prescrição). Esta, sim, não será objeto de integração analógica, pena de vulneração ao princípio geral informador do sistema.

35. A visão equivocada nos trabalhos que se inclinaram pela tese da imprescritibilidade dos atos censurados na Lei da Reforma Bancária tem traço comum na rejeição do *argumentum a simili* pelo *argumentum a contrario*. Norberto Bobbio, em *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 4.^a edição, Editora Universidade de Brasília, 1994, bem adverte que "Frente a uma lacuna, se aplicarmos a uma norma geral exclusiva, o caso não regulamentado será resolvido de maneira oposta ao que está regulamentado; se aplicarmos a norma geral inclusiva, o caso não regulamentado será resolvido de maneira idêntica àquele que está regulamentado".

36. As compilações do pensamento doutrinário, assim, deverão ser empreendidas com cautela, emprestando-se-lhes inteligência de contexto. Bem a propósito o ensinamento de Carlos Maximiliano sobre a natureza real do direito excepcional: "O Direito Excepcional é subordinado a uma razão também sua, própria, original, porém reconhecível, às vezes, até evidente, embora diversa da razão mais geral sobre a qual se baseia o Direito comum". E acrescenta: "As disposições excepcionais são estabelecidas por motivos ou considerações particulares, contra outras normas jurídicas ou contra o Direito comum; por isso não se estendem." Por fim, adverte: "Nem sempre oferece aspecto nítido, de apreensão fácil, a espécie jurídica ora sujeita a exame: proposições com aparência de excepcionais constituem de fato a regra geral, e vice-versa" (*apud*, Alípio Silveira, mesma obra).

37. Com maestria conclui Alípio Silveira: "Na realidade, a determinação do caráter excepcional ou normal de uma regra, é uma delicada questão de política jurídica, que transporta o intérprete a um plano valorativo, variável segundo os tempos e os lugares. Isto quer dizer que o regime político-social está intimamente ligado a essa determinação (...) Um exemplo interessantíssimo dessa transformação é fornecido pelo Direito do Trabalho e pelo Direito Social (pondo de parte questões de terminologia, que não afetam nossas conclusões); ao irromper esse direito na esfera legislativa, especialmente na Itália, no começo deste século, muitos juristas da velha escola o consideravam como excepcional, e insuscetível de extensão analógica (...) Porém, uma vez desenvolvidos, já não se lhes atribui caráter excepcional, pois são pacificamente conceituados como direito espe-

cial, e alguns vão a ponto de chamá-los o *direito comum do século XX*."

38. O ensinamento doutrinário, em dado momento histórico, sobre o caráter excepcional ou comum de determinado direito ou de determinada norma, assim, há de conformar-se ao tempo, aos valores da época, ao sistema jurídico geral então dominante. A evolução da sociedade e das relações jurídicas pode adiante estabelecer conceitos novos, daí por que a exceção pode virar regra ou até mesmo voltar a tornar-se exceção.

39. Ademais, já se pode verificar que a vedação à analogia, em sede de direito excepcional, ou de regras excepcionais, objetiva proteger os princípios gerais da ordem jurídica, evitando-se que a exceção vire regra nos templos judiciais, o que corresponderia, na verdade, à substituição do legislador pelo judiciário.

40. O tema, em verdade, já sensibilizou administrativistas notáveis. Com efeito, Hely Lopes Meirelles, em *Prescrição da Pena Administrativa*, RT, n. 544, 1984, abandonando posição anteriormente defendida, assim se expressou: "Ora, se até no direito disciplinar, em que sempre se exigiu lei expressa para fixar prazos prescricionais, admite-se hoje a prescritibilidade, com muito maior razão essa prescritibilidade deve ser afirmada em relação às sanções fundadas no exercício do poder de polícia. Na ausência de lei especial que fixe o prazo prescricional das sanções administrativas aplicáveis às instituições financeiras e a seus dirigentes, é de se recorrer, por analogia, à norma mais próxima dessas sanções."

41. Mais recentemente, José Cretella Júnior também evoluiu de posição. Em

Prática do Processo Administrativo, afirma que “é insustentável a tese da imprescritibilidade da sanção administrativa (...). A prescrição penal e a prescrição administrativa são espécies, repetimos, dentre outras, da figura categorial *prescrição*, que reponta em vários ramos do direito, definindo-se genericamente como a *perda do direito de punir, em decorrência do tempo*.”

42. O Supremo Tribunal Federal, em acórdão proferido no MS n. 20.069, 1976 (*Revista de Direito Administrativo* n. 155), e relatado pelo Ministro Moreira Alves, acolheu a tese segundo a qual a prescrição é a regra geral do ordenamento jurídico brasileiro. Expôs o Ministro Moreira Alves em seu voto vencedor que “em matéria de prescrição em nosso sistema jurídico, inclusive no terreno do direito disciplinar, não há que se falar em *ius singulare*, uma vez que a regra é a da prescritibilidade”.

43. Observa-se, ainda, no Voto do Ministro Moreira Alves: “Na espécie, há expressa disposição de lei (o inc. II, letra “a”, do artigo 213 do Estatuto vigente), cujo espírito é mais amplo do que a letra, e abarca, sem limitação por omissão, todas as faltas, que não crimes, sujeitas à pena de demissão. O que implica dizer que, para haver exceção a esse princípio, é necessário que venha ela expressa em texto legal. E isso não ocorre com a falta de que se trata nestes autos. Por outro lado, em se tratando de interpretação extensiva, como se trata, ela se aplica até as normas que integram o denominado *ius singulare*, uma vez que, a partir de Helfert, em 1847, a doutrina vem acentuando que, no terreno dessas normas, só não se pode utilizar da analogia.” E arremata, adiante: “em matéria de prescrição em nosso sistema jurídico, inclusive no terreno do

direito disciplinar, não há que se falar em *ius singulare*, uma vez que a regra é a da prescritibilidade”.

44. Impossível exigir mais clareza. Inadmitte o Ministro Moreira Alves integração analógica frente a normas de *ius singulare*. E esclarece que, em sede de prescrição, “não há falar em *ius singulare*. Daí por que a conclusão lógica e indisputável não é outra senão a admissão da analogia em sede de prescrição.

6. A prescrição e o devido processo legal

45. Evidente que, se a prescrição é a regra do nosso sistema jurídico, sua não-positivação resulta em manter sob as vestes de eternidade o aparato punitivo do Estado.

46. A possibilidade de a qualquer tempo a Autoridade Monetária poder instaurar processo administrativo punitivo contra instituições financeiras e seus administradores implica guarda eterna, para fins de defesa, de todos os documentos, livros e registros da empresa. Os diretores, individualmente, a cada autorização dada na rede complexa de operações realizadas, obrigar-se-iam a manter arquivo particular sob o temor de virem a ser, até o fim dos seus dias, censurados pelo Banco Central pela via processual administrativa.

47. Ora, é indiscutível a utilidade da prescrição na estabilização das relações jurídicas, não se admitindo, em sede de Lei Bancária, a adoção de posição contrária aos valores jurídicos dominantes. O tema, assim, merece ser enfrentado com serenidade e coragem porque a inexistência de restrição temporal ao

ius puniendi do Estado põe reféns pessoas físicas e jurídicas, além de representar ofensa ao devido processo legal inscrito nos direitos fundamentais da Carta Política.

48. O devido processo legal é princípio fundamental de garantia ao administrado na CF, art. 5.º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Relaciona-se o devido processo legal com outro princípio fundamental (art.5.º, LV), que assegura aos acusados em processo administrativo ou judicial a mais ampla defesa e com os meios e recursos a ela inerentes.

49. “A moderna teoria constitucional tende a exigir que as diferenciações normativas sejam razoáveis e racionais. Isto quer dizer que a norma classificatória não deve ser arbitrária, implausível ou caprichosa, devendo, ao revés, operar como meio idôneo, hábil e necessário ao atingimento das finalidades válidas. Para tanto, há de existir uma indispensável relação de congruência entre a classificação em si e o fim a que ela se destina. Se tal relação de identidade entre meio e fim — *means-end-relationship*, segundo a nomenclatura norte-americana — da norma classificatória não se fizer presente, de modo que a distinção jurídica resulte leviana e injustificada, padecerá ela do vício da arbitrariedade, consistente na falta de razoabilidade e de racionalidade.” É o substancioso magistério de Carlos Roberto de Siqueira Castro, em *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*, Forense, 1989.

50. O direito de defesa é muito mais do que o não poder ser condenado sem ser ouvido. As alegações do administra-

do não realizam, por mero mecanismo formal, a oportunidade de ampla defesa. É garantia constitucionalmente assegurada ao acusado que sua defesa seja efetivamente considerada. Indo um pouco mais longe, não é demasiado considerar que o não-enfrentamento pelo Banco Central da fixação do prazo prescricional reduz o direito de defesa do acusado e constitui ofensa ao devido processo legal pela inoportunidade de ampla defesa.

51. Melhor delineando o tema, se a prescrição é a regra, a Autoridade Monetária não pode, nos processos administrativos punitivos, negar-se a implementar a completude do direito por meio da analogia, do costume ou dos princípios gerais do direito, sob pena de restar cerceada, indisputavelmente, a ampla defesa a que alude a garantia constitucional, desconsideradas, em sentido material, as alegações do acusado.

52. Odete Medauar, em *A processualidade no Direito Administrativo*, RT, 1993, esclarece que a Constituição Federal de 1988 alude, não a simples direito de defesa, mas, sim, a ampla defesa. O preceito da ampla defesa reflete a evolução que reforça o princípio e denota elaboração acurada para melhor assegurar sua observância. Significa, então, que a possibilidade de rebater acusações, alegações, argumentos, interpretações de fatos, interpretações jurídicas, para evitar sanções ou prejuízos, não pode ser restrita, no contexto em que se realiza. Daí a expressão final do inc. LV, “com os meios e recursos a ela inerentes, englobados na garantia, refletindo todos os seus desdobramentos, sem interpretação restritiva”.

53. É mais do que evidente que a mais ampla defesa a que se reporta o

texto constitucional tem alcance geral, ou seja, se no ordenamento positivo o administrador pode alegar, em preliminar, a proteção prescritiva, a lacuna existente na Lei da Reforma Bancária ergue-se como uma restrição à garantia fundamental de ampla defesa.

54. Esse inequívoco *déficit* de exeqüibilidade do prazo prescricional pela Autarquia julgadora dos conflitos que se estabelecem no leito da Lei da Reforma Bancária não representa uma liberdade de escolha do administrador, mas um dever objetivo, seja porque o sistema jurídico exige a completude, seja porque a omissão vulnera o princípio da proibição do excesso, ou da razoabilidade, em seu sentido substancial. Este princípio, segundo o mestre J.J. Gomes Canotilho (Direito Constitucional, 5.^a ed., Coimbra: Almedina, 1992), “significa, no âmbito específico das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, que qualquer limitação, feita por lei ou com base na lei, deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida)”.

7. O princípio da igualdade

55. Ninguém desconhece que o princípio da igualdade é um dos princípios estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais, que se desdobra, segundo Canotilho, em “igualdade na aplicação do direito” e “igualdade na criação do direito”.

56. A igualdade na aplicação do direito, segundo aquele renomado autor, traduz-se na definição de Anschutz, de que “as leis devem ser executadas sem olhar as pessoas.” E prossegue: “Esta continua a ser uma das dimensões do princípio da igualdade constitucionalmente garantido e, como se irá verificar,

ela assume particular relevância no âmbito da aplicação igual da lei (do direito) pelos órgãos da administração e pelos tribunais.” A igualdade na criação do direito, princípio que se dirige ao legislador, “vincula-o à criação de um direito igual para todos os cidadãos”.

57. A criação de direito igual significa que “para todos os indivíduos que têm as mesmas características devem prever-se, através de lei, iguais situações ou resultados jurídicos”(…) Daí a sugestiva formulação de Castanheira Neves: “a igualdade perante a lei oferecerá uma garantia bem insuficiente se não for acompanhada (ou não tiver também a natureza) de uma igualdade na própria lei, isto é, exigida ao próprio legislador relativamente ao conteúdo da lei” (...) Assim, por exemplo, uma lei fiscal que estabelecesse a mesma taxa de imposto para todos os cidadãos seria formalmente igual, mas seria profundamente desigual quanto ao conteúdo, pois equiparava todos os cidadãos, independentemente dos seus rendimentos, dos seus encargos e da sua situação familiar” (o mesmo autor, a mesma obra).

58. A igualdade justa, assim, segundo Canotilho, assume caráter valorativo, ou seja, “existe observância da igualdade quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente (proibição do arbitrio) tratados como desiguais. Por outras palavras: o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge arbitrária (...) Existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica (i) não se basear num fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem ser razoável”.

59. As instituições financeiras e aquelas que as administram, na verdade, vêm recebendo diferenciações de tratamento sem fundamento material suficiente, razoável, frente ao princípio geral do direito brasileiro que acolhe a prescrição como regra. Tal discriminação, é bem de ver, é arbitrária e confronta a justiça interna do sistema jurídico.

8. Identificação da regra analógica

60. Não é fácil deduzir a regra aplicável à prescrição diante da lacuna verificada na Lei da Reforma Bancária. Entrementes, tratando-se de omissão em sede de lei administrativa e, em especial, encartada em regime jurídico que comina sanções, a solução mais compatível será processar a busca integrativa, com fundamento na analogia, em lei administrativa que regule matéria de idêntica natureza. Em princípio, ramos diversos do direito são menos proveitosos à integração analógica. José de Oliveira Ascensão, em *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, Renovar, 8.^a edição, Lisboa, observa que “a analogia é tanto mais delicada quanto maior for o afastamento entre o caso omissão e um caso diretamente regulado”.

61. Ensina Carlos Maximiliano que “é mister que a regra ou norma inferida guarde com o caso concreto um elemento de identidade e se inspire nas mesmas idéias fundamentais. Não bastam afinidades nem semelhança formal”. Mas o critério fundamental de concordância doutrinária é “a semelhança das relações”, adverte Maria Helena Diniz, em *As Lacunas no Direito*, Saraiva, 1989.

62. Frente a tais pressupostos, é de se abandonar, de plano, as disposições do Código Penal, conquanto não sejam alheias ao método analógico. O Supre-

mo Tribunal Federal, em acórdão proferido no RE n. 78.917, acolheu o voto do Ministro Luiz Galotti, em cujo contexto dispunha que “O direito disciplinar não é infenso à analogia penal.” Antes, ao que ensina Themístocles Cavalcanti – “no caso das penas puramente administrativas, os mesmos princípios (relativos à prescrição criminal) podem ser também aplicados por analogia (Direito e Processo Disciplinar, p. 179)”.

63. Também as leis administrativas que tratam de sanção disciplinar, em princípio, seriam relegadas, adotando-se o argumento do jurista José Luiz Bulhões Pedreira exposto em parecer sobre ilícitos cambiais em 12.07.1996: “As sanções cuja prescrição é regulada nessas leis são em regra manifestações de poder disciplinar e pressupõem uma relação de hierarquia, e, embora compreendidas no gênero ‘sanção administrativa’, constituem subespécie desse gênero distinta (em função do tipo de relação em que ocorrem) das sanções de infrações a normas fundadas no poder de polícia, nas quais não existe a relação hierárquica.”

64. Assim considerada a matéria, a integração analógica a ser desvendada restaria identificada em norma jurídico-administrativa fundada no poder de polícia do Estado. Assim delimitada a matéria, melhor se amoldaria à hipótese legal examinada o contexto constitucional em que situado o sistema financeiro nacional na Carta Política.

65. Com efeito, no Título VII, *Da Ordem Econômica e Financeira*, localizam-se os princípios gerais da atividade econômica, e a voz do legislador constituinte os declara fundados na valorização do trabalho humano e na

livre iniciativa, com o fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170). No art. 173, os §§ 4.º e 5.º estabelecem que “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (§ 4.º), e que “A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular” (§ 5.º).

66. Extrai-se do art. 174 que o Estado, na condição de agente normativo e regulador da atividade econômica, “exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

67. A Lei 8.884, de 11.06.1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE em autarquia, realiza, em nível infraconstitucional, o comando da Carta Política, ao dispor sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. Neste sentido é destacado no artigo introdutório daquele diploma: “Esta Lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.”

68. O campo material da Lei 4.595/64 contém tutela semelhante, eis que realiza comando constitucional igualmente inserido na Ordem Econômica e Financeira. A Carta Política exige que

“o sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar (...)”.

69. O ordenamento constitucional consagra a livre iniciativa, a economia de mercado. Razões de ordem pública, no entanto, condicionam a liberdade privada em prol da coletividade, notadamente, no âmbito da Ordem Econômica e Financeira. As instituições financeiras e as empresas a elas equiparadas, conquanto constituídas sob o regime jurídico de direito privado, mantêm-se, por força de lei, sob o controle e fiscalização do Estado. Assim é que promana da Lei 4.595/64 competir ao Conselho Monetário Nacional e ao Banco Central do Brasil, em campos delimitados, orientar a aplicação de recursos, gerar regras de funcionalidade, promover a supervisão e fiscalização, controlar a expansão monetária, direcionar o crédito, zelar pela liquidez e solvabilidade, e aplicar sanções na ocorrência de infrações a normas legais e regulamentares baixadas pelo Conselho Monetário Nacional.

70. As atividades desenvolvidas pelas instituições financeiras representam o progresso econômico sob a forma associativa de capital, desempenhando papel de relevante interesse público no direcionamento do crédito. Através da coleta, intermediação e aplicação de recursos financeiros realizam o financiamento da indústria e do comércio, prestam serviços à comunidade sob as mais variadas formas, financiam exportações, incrementam a atividade econômica e promovem a circulação de ativos financeiros e não-financeiros.

71. Seja na Lei 8.884/94, seja na Lei 4.595/64, o processo administrativo é a

via pela qual o Estado apura eventuais ilícitos administrativos praticados contra a Ordem Econômica e Financeira. Em ambos os ordenamentos legais há identidade de fundamento constitucional e de fundamento na natureza da sanção administrativa. Os dois estatutos têm como fim precípuo reprimir os abusos praticados tanto pela pessoa física quanto pela pessoa jurídica.

72. Nestas condições, é de aplicar-se no contexto da Lei da Reforma Bancária idêntica regulação à prevista no art. 28 da Lei 8.884/84 e no seu § 1.º, *in verbis*:

“Art. 28 – Prescrevem em 5 (cinco) anos as infrações da ordem econômica, contados da data da prática do ilícito ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

§ 1.º – Interrompe a prescrição qualquer ato administrativo ou judicial que tenha por objeto a apuração de infração contra a ordem econômica.”

73. Observe-se que a integração analógica sugerida guarda cabal identidade com o caso concreto e se inspira nas mesmas idéias fundamentais, dada a semelhança das relações. Também se adapta à regra de inversão a que alude Maria Helena Diniz, de cujo ensinamento se extrai: “o magistrado, antes de aplicar a analogia, deve inverter a hipótese, ou seja, considerar que a norma regula o fato no previsto, examinando depois se se pode reputar apropriada a analogia para o que é a hipótese legal, que passa supostamente a regular caso *sub judice* não prescrito. Se o resultado for afirmativo aplica-se a analogia”.

9. Conclusão

74. A integração de lacunas, por método analógico, na Administração

Pública, conforma-se ao princípio da legalidade, restando, em síntese, evidente que:

a) em sede de prescrição, regra geral da ordem jurídica, não há falar em *ius singulare*, razão pela qual é autorizada a integração analógica como recurso à integração de lacuna, com supedâneo no art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil;

b) constatada a lacuna, no leito da Lei Bancária, de regra prescritiva, é poder/dever do administrador público realizar a completude do direito por processo analógico, sob pena de vulnerar garantias constitucionais dos administrados (os princípios do devido processo legal e da igualdade);

c) dadas as identidades de fundamento constitucional (a ordem financeira é subespécie da ordem econômica) e de fundamento na natureza da sanção administrativa (poder de polícia) nas Leis 4.595/64 e 8.884/94, é de suprir-se a omissão legislativa da primeira com a aplicação analógica do art. 28 e seu § 1.º do segundo estatuto legal, adotando-se a prescrição quinquenal, na forma lá estabelecida;

d) tanto a Lei da Reforma Bancária quanto a Lei 8.884/94, na verdade, são mediadoras da Constituição Federal, ambas disciplinando o conjunto de normas que tem por objeto sancionar, com as penas que lhes são próprias, as condutas que, no contexto da ordem econômica e financeira, ofendam ou ponham em risco bens e interesses juridicamente relevantes.

10. Bibliografia

- ANDRADE G. Christiano, *O Problema dos Métodos na Interpretação Jurídica*, São Paulo: RT, 1992.
- ARAUJO JR., João Marcello, *Dos Crimes Contra a Ordem Econômica*, São Paulo: RT, 1995.

- ASCENSÃO, J. de Oliveira, *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, Lisboa: Renovar, 1994.
- BARROS, S. de Toledo, *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 5.^a ed., 1994.
- BOBBIO, Norberto, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 4.^a ed., Brasília: Universidade de Brasília, 1994.
- BOBBIO, Norberto, *A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRUNO, Anibal, *Direito Penal*, 3.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional*, 5.^a ed., Coimbra: Almedina, 1992.
- CASTRO, C. Roberto de Siqueira, *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Const. do Brasil*, Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- DINIZ, Maria Helena, *As Lacunas no Direito*, 2.^a ed., São Paulo: Saraiva, 1989.
- FONSECA, João Bosco Scopoldino da, *Direito Econômico*, Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- FRANCO, A. Silva, *Temas de Direito Penal*, São Paulo: Saraiva, 1996.
- GRAU, Eros Roberto, *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*, São Paulo: RT, 1988.
- LARENS, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, 5.^a ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
- MEDUAR, Odete, *A Processualidade no Direito Administrativo*, São Paulo: RT, 1993.
- MONTEIRO, W. de Barros, *Curso de Direito Civil*, 5.^a ed., São Paulo: Saraiva.
- PIMENTEL, Manoel Pedro, *Direito Real Econômico*, São Paulo: RT, 1973.
- PONDÉ, Lafayette, *Estudos de Direito Administrativo*, B. Horizonte: Livraria Del Rey, 1995.
- RIVERO, Jean, *Curso de Direito Administrativo Comparado*, São Paulo: RT, 1995.
- Revista de Direito Comparado Luso-Brasileira*, n. 6, Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- SIDOU, J.M. Othon, *O Direito Legal: história, interpretação, retroatividade e elaboração das leis*, São Paulo: Forense, 1985.
- SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9.^a ed., São Paulo: Malheiros, 1994.
- SILVEIRA, Alípio, *Hermenêutica no Direito Brasileiro*, São Paulo: RT, 1968.
- VASCONCELOS, Arnaldo, *Teoria da Norma Jurídica*, 3.^a ed., São Paulo: Malheiros, 1993.

ATUALIDADES

DEPÓSITO ELISIVO – LEVANTAMENTO – DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA SUPERVENIENTE EM OUTRO PROCESSO

RONALDO FRIGINI

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Dos interesses do credor que requer a falência – 3. Decretação da quebra e a fixação do termo legal – 4. Da ineficácia dos atos no termo legal – o inc. II do art. 52 – 5. Da existência de depósito elisivo em um processo e ocorrência de quebra superveniente em outro – 6. Proibição ditada pelo Juiz incidentalmente e de ofício – 7. Conclusão.

1. Introdução

Como se sabe, o instituto da falência, malgrado a divergência existente na doutrina, direciona-se tanto a assegurar perfeita igualdade entre os credores da mesma classe (*par conditio creditorum*) como ao objetivo do Estado de sanear o meio empresarial, arrostando os comerciantes econômica e financeiramente arruinados (RUBENS REQUIÃO, *Curso de Direito Falimentar*, 1.º vol., 8.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1983, p. 22/23). Ora realça o saneamento do sistema empresarial (JOSÉ DA SILVA PACHECO, *Processo de Falência e Concordata*, 5.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1988, p. 10), ora é a falência estabelecida como a organização legal e processual de defesa coletiva dos credores, em face da insolvência do comerciante (J. C. SAMPAIO DE LACERDA, *Manual de Direito Falimentar*, 12.ª ed., Freitas Bastos, 1985, p. 17).

De qualquer modo, desde que instaurado o processo falimentar, deve o Magistrado não descurar nem de um, nem de outro dos princípios jurídicos norteadores do requerimento de quebra, pois interessa ao Judiciário, como par-

cela do Estado direcionada a fazer cumprir as normas legais e assegurar a estabilidade social, garantir o direito privado (particular ou do próprio Estado) daqueles que, credores do comerciante, vejam-se na iminência de não receber o crédito.

Bem por isso, o conjunto de direitos e obrigações do falido não é analisado unitária ou particularmente, mas como um todo, vale dizer, como uma massa uniforme para onde concorrem, em igualdade de condições ou pela especialidade do crédito, todos os que possuem direito patrimonial a exigir.

2. Dos interesses do credor que requer a falência

É fato que atualmente muitos credores, afastando-se do objetivo originário do instituto falimentar, ingressam com o pedido de quebra não para amparar uma universalidade de credores, mas para coagir o devedor a satisfazer única e especialmente o seu crédito, tanto que, não ocorrendo o pagamento e havendo a decretação da quebra, foge de assumir o encargo de síndico, deixando o processo como nau sem rumo, obrigando o Magistrado a enveredar por caminho

tortuoso na busca de alguém para assumir o *munus*, tantas vezes de forma dativa.

Vale lembrar, assim (e isso é público e notório) a enorme onda de pedidos de falência toda vez que o próprio Governo estabelece esta ou aquela medida econômica.

De verdade, muitos comerciantes, até a duras penas, correm para satisfazer o crédito reclamado, realizando o depósito tendente a elidir a decretação da quebra, tanto porque há o interesse particular e oficial (legal) de evitar a falência em larga escala, como o débito pode não passar de dificuldade momentânea na sua situação financeira.

Com tais objetivos é que a lei concede ao devedor a faculdade de *dentro do prazo para defesa* (24 horas — § 1.º, art. 11, Decreto-lei 7.661/45), *depositar a quantia correspondente ao crédito reclamado* (§ 2.º, art. 11), tanto como forma de elidir a falência, pelo pagamento, como para discutir o crédito.

3. Decretação da quebra e a fixação do termo legal

Por outro lado, casos há (e infelizmente não são poucos), em que não ocorre nem apresentação de defesa, nem o depósito elisivo, de sorte que a declaração da quebra é providência inafastável, cumprindo ao Juiz as providências do art. 14 do Decreto-lei Falimentar, dentre as quais ressalta a fixação, quando possível, do *termo legal da falência, designando a data em que se tenha caracterizado esse estado, sem poder retrotrai-lo por mais de 60 dias, contados do primeiro protesto por falta de pagamento, ou do despacho ao requerimento inicial da falência (arts. 8.º e 12), ou da distribuição do pedido de concordata preventiva* (inc. III, parágrafo único).

Quando se fixa o prazo em até sessenta dias anteriores ao primeiro protesto por falta de pagamento, não quer isto referir ao instrumento juntado no processo e relativo ao crédito do autor da demanda, mas daquele primeiro ocorrido na vida empresarial da falida a ser constatado posteriormente, exatamente para se aquilatar do patrimônio existente até então e evitar-se com os meios judiciais pertinentes a sua dilapidação e prejuízo aos credores.

4. Da ineficácia dos atos no termo legal — o inc. II do art. 52

Esse termo legal tem o escopo de estabelecer o alcance da quebra, pois ninguém vai à falência de um momento para outro, havendo sempre um processo mais ou menos lento de desaparecimento do esteio patrimonial. Por consequência disso, são ineficazes e, por isso, não produzem qualquer efeito relativamente à massa as hipóteses elencadas pelo art. 52 da Lei Falimentar, dentre elas o *pagamento de dívidas vencidas e exigíveis realizado dentro do termo legal da falência, por qualquer forma que não seja a prevista pelo contrato* (inc. II). No caso do art. 52 não há de se cogitar, sequer, em discussão quanto a fraude (o que se dá na hipótese do art. 53), ocorrendo a ineficácia pelo simples fato de os atos do falido se circunscreverem no termo legal fixado na sentença. Trata-se de ineficácia objetiva.

Quando o pagamento já ocorreu, com o recebimento pelo credor do valor respectivo, nasce a possibilidade do ajuizamento de ação a ser proposta pelo síndico ou qualquer credor, dentro dos 30 dias seguintes à data da publicação do aviso a ser publicado após a apresentação do relatório do síndico (art. 114).

5. Da existência de depósito elisivo em um processo e ocorrência de quebra superveniente em outro

Por outro lado, questão a ser profundamente analisada é quanto à hipótese de existência de depósito elisivo num processo e decretação da quebra em outro.

Poderá o credor daquele levantar o valor respectivo? Por consequência, pode o Juiz, de ofício, impedir o levantamento ou necessita de requerimento do síndico, do Ministério Público ou de algum credor?

Inclino-me pela resposta negativa quanto à primeira, e afirmativa para a segunda das indagações.

Realmente, tanto que decretada a quebra, todos os credores são atraídos ao feito falimentar (*vis atractiva*), sejam os créditos vencidos ou vincendos, isto porque, tratando-se a execução falimentar de um processo coletivo e no interesse dos credores, deve-se formar uma comunhão. "Só assim se pode constituir unitariamente a massa subjetiva, que passa a atuar como uma unidade a assegurar o tratamento igual a todos eles." (RUBENS REQUIAO, *Curso de Direito Falimentar*, 8.^a ed., 1983, São Paulo, Saraiva, vol. I, p. 136).

Deste modo, se o Magistrado toma conhecimento de numerário depositado a título de elisão, ainda que em outro processo, não pode permitir o levantamento da importância, sob pena de ofender o direito da universalidade de credores que devem acorrer à massa. Quanto a este aspecto, não se pode argumentar que, realizado o depósito no nome de algum credor, o dinheiro saiu da disponibilidade do devedor, pertencendo, dali em diante, ao autor do pedido. Não há direito líquido e certo contra direito coletivo e universal, à vista da superveniência de quebra nou-

tro feito, pois objetiva-se salvaguardar o princípio da *par condicio creditorum*, o qual, é sabido, proporciona tratamento igualitário a todos os credores da mesma categoria. É o que vem decidindo a jurisprudência (Ap. Civ. 212.927-1-SP, 7.^a CC de férias H do TJSP, j. 02.08.1994, v.u., rel. Des. Leite Cintra, in *JTJ-SP-Lex* 164/66 e AgIn 209.968-1-Campinas, 7.^a CC do TJ, j. 23.03.1994, v.u., rel. Des. Benini Cabral, in *JTJ-SP-Lex* 156/201).

Acrescente-se que não se pode falar em ofensa à coisa julgada (sentença de elisão da falência), pois aquele ato jurisdicional resolveu a questão quanto à impossibilidade da quebra da empresa, em razão do depósito, mas não deu qualquer solução a respeito do direito do credor ao numerário depositado, que fica sujeito, sempre, aos termos do art. 52, II, da Lei Falimentar.

6. Proibição ditada pelo Juiz incidentalmente e de ofício

Por outro lado, como "as hipóteses do art. 52 da Lei Federal são de ineficácia objetiva, posto ser irrelevante a indagação acerca de qualquer elemento subjetivo, atinente às motivações das partes" (FÁBIO ULHOA COELHO, *Manual de Direito Comercial*), pode o seu reconhecimento ser feito de forma incidental, pelo Magistrado, independentemente da ação revocatória (in *JTJ-Lex* 156/201). De fato, se a própria lei, inserindo norma cogente, atribui ineficácia a determinados atos, não há razão plausível e lógica para se obrigar o ajuizamento de demanda onde sequer será discutida a existência de fraude, bastando a comprovação formal do ato praticado no termo legal de falência.

Cumprе acrescentar, outrossim, que, por se tratar de reconhecimento incidental, nada obsta que o Magistrado, de

ofício, impeça o levantamento, sem prévio requerimento do síndico ou de algum credor. Em primeiro lugar, o Juiz não é mero espectador dentro do processo, mas seu presidente, incumbindo-lhe tomar todas as providências pertinentes e necessárias a garantir o bom desenvolvimento do feito, visando sempre à composição da lide. Ora, se assim é no sistema comum, com muito mais razão no processo especial falimentar onde não se discute apenas direitos privados de uma coletividade de credores, mas incumbe ao Estado personificado pelo Magistrado assegurar a igualdade de tratamento e igualdade de direitos e obrigações dos que buscam a solução de seus problemas; em segundo lugar é possível que nem síndico tenha sido nomeado; em terceiro, o pedido de levantamento é feito sempre no processo em que a falência foi elidida, onde não há relação de credores outros.

7. Conclusão

Portanto, tratando-se de depósito elisivo, a superveniente decretação da

quebra em outro processo impede o credor originário de levantar o valor, que fica colocado à disposição do Juízo Falimentar, destinado a compor a Massa Falida.

E considerando-se a universalidade de credores que acorrerão à Massa, em face da *vis atractiva*, pode e deve o Magistrado negar o levantamento, em face do objetivo público que cerca o instituto da falência.

De resto, o levantamento do numerário por parte do credor originário só será possível se aquele for realizado em data anterior ao termo legal da falência, pois que, na hipótese, ficará alheio aos termos do art. 52 do Decreto-lei Falimentar, que trata da ineficácia legal de atos do falido. Se for o caso (e aí sim exigindo-se a instauração de demanda pertinente), as pessoas autorizadas deverão ajuizar ação revocatória nos termos do art. 53 do mesmo diploma, onde se demonstrará ou não a existência de comportamento fraudulento *com a intenção de prejudicar credores* tanto do devedor como do terceiro que com ele contratar.

A DECADÊNCIA DO DIREITO DE CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO PERIGOSO PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Prescrição e decadência têm se revelado sempre temas de delicada e dificultosa precisão para os estudiosos do campo jurídico quando se trata de delinear os traços distintivos entre um e outro meio de perecimento de direitos.

A dificuldade vai a um ponto tal, no terreno mais denso da dissertação conceitual, que muitos preferem acertar as diferenças entre um e outro instituto apelando para a prática recorrência aos efeitos e qualidades que a ordem jurídica lhes empresta, fechando os olhos pois à tormentosa diferenciação de natureza intrínseca entre eles.

Assim, a decadência é tida como uma previsão legal de ordem pública, inegociável entre os interessados, ininterrompível no seu curso. A prescrição, de seu lado, seria matéria circunscrita ao poder de negociação entre os interessados, e sua fluência pode ser seccionada.

O fato é que, um ou outro instituto diz com a extinção do direito em razão única da confluência entre a inação de seus titulares e o passar do tempo, matéria portanto que desde sempre despertou polêmicas de ordem ética, axiológica, disputando-se a hierarquização de valores que cada ordem jurídica abraça, para, em nome da segurança e da estabilidade das relações, determinar que após certo período de tempo os direitos, importantes que sejam — não os

essenciais à pessoa, é claro se não levados a uso, ou a exercício, falecem.

Esse perecimento natural de direitos não utilizados sempre inquietou os estudiosos mais voltados às questões de fundo que envolvem o fenômeno jurídico, e não se satisfazem com a sua simples “expressão positiva”.

Assim, entre nós, nas Ordenações Filipinas (Livro IV, título 79), debitava-se tal norma extintiva a um caráter punitivo ao credor negligente, postulado que, como bem lembra Caio Mário (*Inst. de Dir. Civil*, 8.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, vol. I, p. 436), “não é de boa juridicidade”, preferindo o clássico civilista também desprezar a tese de Pothier, segundo a qual o tempo “faz presumir o pagamento ou o perdão da dívida”, e buscar enfim a essência do instituto “na paz social, na tranquilidade da ordem jurídica”.

A princípio procurou-se de modo mais singelo distinguir um de outro instituto, sob o fundamento de que a decadência atacava e extinguiu o direito, enquanto a prescrição inibia a ação (Bevilacqua, Clovis, *Teoria Geral*, § 77). Caio Mário (*ob. cit.*, p. 435) descarta essa maneira de distinção, por afirmar ser “esdrúxulo”, pensando na prescrição “que o ordenamento legal reconheça o direito, afirme a sua vinculação ao sujeito ativo, proclame a sua oponibilidade ao sujeito passivo, mas recuse os meios de exercê-lo eficazmente”.

Orlando Gomes (*Introdução ao Direito Civil*, 10.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 519) esclarece:

“Partindo-se do princípio de que a prescrição visa à ação enquanto a decadência tem em mira o direito, pode-se distinguir uma da outra tomando-se em consideração a origem da ação.

Quando é idêntica à origem do direito, nasce ao mesmo tempo que este. Então, o prazo para exercê-lo, por meio da ação, é extintivo.

Trata-se, neste caso, de decadência. Quando é distinta (a ação) da origem do direito, nasce posteriormente, e de modo mais preciso, quando o direito, já existente, é violado por outrem, o qual, por ação ou omissão, cria obstáculo ao seu exercício, trata-se de prescrição.”

Essa mesma formulação abstrata é colocada, vista talvez de um outro ângulo, mais claro, mais didático, por San Thiago Dantas (*Programas de Direito Civil*, 4.^a tiragem, Parte Geral, Rio de Janeiro: Rio, p. 400):

“Retira-se essa diferença do conceito de prescrição. Se conceituar-se a prescrição como lesão de direitos, já se está vendo que só há prescrição dos direitos subjetivos. Quer dizer, é preciso que o direito do titular corresponda a um dever jurídico, para que, pela violação desse dever jurídico, surja a lesão, e, por conseguinte, prescrição.

Onde não se tiver um direito subjetivo, onde se tiver uma mera faculdade, a qual não corresponda um dever de outrem, não se pode ter lesão de direito e não se pode ter prescrição.

Aí só se pode ter uma coisa: decadência. Quer dizer: prazos fatais que a lei assina para que dentro deles se exercite a faculdade e quem não exercitar a faculdade dentro daquele tempo, não a poderá exercitar mais. É tal qual como se fosse um direito a termo, um direito a termo resolutivo. Nesse caso,

o termo é posto pela própria lei. É um prazo de decadência. Durante aquele prazo pode ser exercitada a faculdade, depois dele não mais pode: é decadência.

Se amanhã tomar-se conhecimento de um prazo e lhe perguntar-se: este prazo é de prescrição ou de decadência, que se faz? Deve-se examinar a natureza do direito subjetivo, de um direito ao qual corresponde um dever jurídico, trata-se de direito absoluto ou de direito relativo, e concluir-se-á: trata-se de um prazo de prescrição, porque esse direito pode ser lesado, pela infração do dever correspondente, e a partir da lesão se contará o prazo prescricional. Se, porém, não se trata de um direito subjetivo; se se trata de uma mera faculdade à qual não corresponde um dever jurídico alheio, então se decide que se está diante de uma decadência.”

O Código Tributário Nacional contempla, em relação ao crédito tributário, vários modos de extingui-lo (art. 156), a começar pela sua terminação regular, pelo pagamento, e dentre os modos extintivos outros, abre lugar para a prescrição e a decadência (art. 156, V).

Quanto a esta última, determina o art. 173 do CTN:

“O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I — do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetivado.”

Vemos a conceituação legal da caducidade tributária bem afeita aos termos definidores de San Thiago Dantas: o direito de constituir o crédito fiscal, pelo lançamento, é “uma mera faculdade”, à qual não corresponde “um dever de outrem”; na verdade, temos aí no art. 173 um prazo fatal para que “dentro dele se exercite a faculdade” pela Fazenda de constituir o seu crédito.

Quando o crédito já tiver sido lançado, aí sim teremos um direito relativo, correspondente a um dever de outrem, de pagá-lo, e então deve-se falar de prescrição, onde há de se observar o art. 174 do CTN que assim dispõe:

“A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.”

No campo tributário a relevância desses institutos não poderá ser menor do que na esfera do direito privado. Para qualquer iniciado ressalta a delicadeza do trato decadencial, ou prescricional, dos créditos tributários, em sua formação e sua cobrança, pois que desagradável por natureza que é, para o cidadão comum, o inevitável encontro com a carga tributária que o Estado lhe impõe, há um contraste valorativo óbvio entre a experiência do homem normal e a daqueles poucos que por tantos ou quais razões refogem a suas obrigações tributárias e, diante de um aparato fazendário nem sempre eficiente, muitas vezes são contemplados com o perecimento de suas correspondentes obrigações pela inação do credor público, prolongada no tempo.

De toda forma, o Código Tributário Nacional de 1966 contemplou sistematicamente essas duas modalidades dentre as maneiras extintivas especiais do crédito tributário, certo que seu modo extintivo normal é o pagamento.

Assim, a compensação (art. 170), a transação (art. 171), a remissão ou o perdão (art. 172) do crédito tributário, se alinham com a decadência (art. 173) e a prescrição (art. 174) nas “demais modalidades” (Seção IV, capítulo IV, do CTN) de extinção daquele crédito.

E o legislador (complementar, pois que tal natureza material foi conferida por assentimento jurisprudencial ao CTN) houve por adotar o prazo de

quinqüênio, já para a caducidade, já para a prescrição.

O Superior Tribunal de Justiça, a propósito desse importante tema, vem de proferir uma estranha decisão, no R. Esp. 69308/SP, publicada no *CPU* de 04.03.1996, cuja ementa assim declara:

“O art. 173, I, do CTN deve ser interpretado em conjunto com seu art. 150, § 4.º.

O termo inicial da decadência prevista no art. 173, I, do CTN, não é a data em que ocorreu o fato gerador.

A decadência relativa ao direito de constituir crédito tributário somente ocorre depois de cinco anos, contados do exercício seguinte àquele em que se extingue o direito potestativo de o Estado rever e homologar o lançamento (CTN, art. 150, § 4.º).

O relator do acórdão assim sustenta seu voto, no essencial, ao pesquisar o alcance do art. 173 do CTN:

“Examinado isoladamente, o texto legal deixa margem a duas interpretações.

Com efeito, a utilização do verbo poder, em seu modo condicional, autoriza o entendimento de que o prazo começa a partir do momento em que seria lícito à administração fazer o lançamento. Por igual, o termo ‘poderia’ permite dizer que o prazo somente começa depois que já não mais é lícita a prática do lançamento.

A dificuldade desaparece quando se examina o art. 173, em conjunto com o preceito contido no art. 150, § 4.º, do CTN.

...a decadência ocorreria cinco anos depois do primeiro dia do exercício seguinte à extinção do direito potestativo de homologar...”

É com alguma preocupação que vemos esta decisão unânime, do 1.º Termo do STJ, que vem à luz sob um sus-

tentáculo tão tortuoso quanto ofensivo à natureza do instituto decadencial.

Sim, porque não se consegue entender bem em que o instituto do lançamento por homologação (onde a Fazenda corrobora ou não, o cumprimento, antecipado por lei, pelo sujeito passivo, do pagamento de sua obrigação tributária) vai alterar a clareza essencial do prazo de quinquênio que o CTN confere para que o credor estatal realize, efetue o lançamento de seu crédito.

O que o § 4.º do art. 150 do CTN contempla é a hipótese em que, não havendo prazo legal para a Fazenda referendar o pagamento feito pelo devedor do tributo no seu autolancamento, esse será de cinco anos desde o fato gerador, findos os quais, no seu silêncio, não havendo dolo, fraude ou simulação, considera-se como tendo assentido a Fazenda, homologado o lançamento pois.

Nada disso tem a ver com o art. 173, I, pois que aqui afirma-se não haver mais como se realizar o lançamento passados cinco anos desde o dia primeiro do ano seguinte àquele em que ele poderia ter sido efetivado. Assim, o ICMS, antes ICM, recolhido como de uso pelo comerciante, no seu calendário fiscal, caracteriza em cada caso um autolancamento, pagamento espontâneo, e, a partir do fato gerador (circulação de mercadorias ou prestação do serviço de transporte intermunicipal) respectivo, a Fazenda Estadual competente terá cinco anos para homologar aquele lançamento espontâneo.

Não parece haver dúvida a tal respeito, assim como não pode sobrar dúvidas quanto a esse prazo ininterrompível de 5 (cinco anos) após o primeiro dia do ano seguinte àquele da ocorrência do fato gerador, para que a Fazenda decaia do direito de lançar, e *pois de recusar homologação ao lançamento feito* (nos casos de autolancamento).

Os doutrinadores como Fábio Fanucchi (*Curso de Direito Tributário*, 4.ª ed., Resenha Tributária, 1979, São Paulo: p. 351) analisam esse dispositivo do CTN particularmente nesse início de contagem do prazo decadencial.

“Do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Neste caso, não terá havido lançamento, nem o sujeito passivo foi notificado de medida preparatória indispensável à Constituição do crédito tributário. Também, como se vê há uma simples escolha de data diferente, e imediatamente (de no máximo, um ano) *subseqüente à do nascimento do direito da Fazenda*, para termo inicial do prazo de caducidade.”

Fica evidente assim a “tornure” existente no acórdão do STJ, para conferir aos termos do art. 173 um sentido que obviamente eles não têm, pois que o prazo decadencial ali definido começa no 1.º dia do exercício seguinte àquele em que é possível à Fazenda efetivamente lançar, “constituí-lo definitivamente” por homologação (veja-se José Carlos Costa Neves, in *Decadência e Prescrição*, na coletânea *Curso de Direito Tributário*, org. por Yves Gandra Martins, 2.ª ed., CEJUP, vol. 1, p. 218 e 219).

Falar-se em decadência ocorrendo “cinco anos depois do primeiro dia do exercício seguinte à extinção do direito potestativo de homologar”, como o faz o acórdão, é fechar os olhos à natureza jurídica da decadência, aos contornos essenciais do instituto, como mostramos acima.

Realmente, a decadência, vimos com San Thiago Dantas e Orlando Gomes, ela fala justamente dos direitos potestativos que já nascem a termo, que trazem em si a marca temporal de sua extinção.

O direito de lançar o tributo, direito a que não corresponde nenhuma contraprestação do contribuinte, ao contrário do que ocorre no direito de cobrar, ele surge no mundo jurídico timbrado por um prazo de validade, e tal é a marca distintiva da decadência.

Assim, a Lei Complementar Tributária determina que o direito de lançar um tributo ("constituir o crédito tributário"), que nasce quando a lei especifica desse tributo o preveja, vai morrer em cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte em que o lançamento poderia ter sido efetivado.

Mais não previa ser acrescido, diante da clareza da ordem tributária.

Pois enfim se a decadência, vemos pela boa doutrina, fala de um prazo, cometido em lei para que um direito potestativo se exerça, prazo que nasce junto com o próprio direito, fica inconcebível que a decadência do direito potestativo da Fazenda realizar o lançamento só vá se *iniciar 5 (cinco) anos depois dele ter nascido*.

Não se pode conceber que a caducidade quinquenal que o CTN decidiu por conferir aos lançamentos tributários só vá *começar a ser contada justamente quando o direito potestativo de realizar o lançamento esteja a ponto de falecer*.

É um contra-senso e uma afronta ao conceito de decadência. Mostra-se as-

sim um puro artifício verbal pretender que o art. 173, I, se reportasse ao primeiro dia do exercício seguinte àqueles cinco anos durante os quais *pudesse* ocorrer o lançamento por homologação.

Pois se é certo que a qualidade básica da decadência é a de a ordem jurídica certificar-se que um direito potestativo, ao nascer, seja exercido a tempo, nenhum sentido teria se considerar que, para que a Fazenda decaísse desse direito, *ela poderia deixar passar cinco anos inerte com ele em seu patrimônio, e só então teria contra si contados mais cinco anos para exercê-lo*.

A injuridicidade desse entendimento, sua carência de base dogmática, a sua própria ausência de lógica falam bem alto.

Conta-se que o próprio STJ tenha por rever essa absurda e perigosa posição que subverte os parâmetros sedimentados em lei para a decadência do direito estatal de constituir o crédito tributário, abrindo brechas em ordens jurídicas modernas como justificando esses modos extintivos de direitos e que decerto não podem ser sacrificados nem — e sobretudo não — em atenção às recorrentes falhas da máquina estatal que, por inércia permite que devedores dos cofres públicos acabem sem pagar tributos que verdadeiramente ao final seriam devidos.

AS CONCESSÕES E O MERCADO DE CAPITAIS

JOÃO LAUDO DE CAMARGO*

Inicialmente, gostaria de agradecer o convite que me foi feito, para participar deste evento, parabenizando a Gazeta Mercantil, a Editora Revista dos Tribunais pela sua realização e ao Prof. Arnaldo Wald pela organização.

Um dos entraves para a manutenção do nosso crescimento sustentado é o déficit da infraestrutura, um dos componentes do denominado "custo Brasil", isto sem considerar os "gargalos setoriais", que poderão se agravar a curto prazo. É dentro desse contexto, que a concessão de obras e serviços públicos está sendo utilizada como mola mestra da nova fase econômica na qual entra o País.

O valor do déficit da infraestrutura é substancial. Da Proposta de Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, constava a possibilidade de se mobilizar R\$ 100 bilhões para financiar o programa de investimento em infraestrutura. Informações complementares ao Orçamento de Investimento de 1995, indicavam a necessidade de dispêndios da ordem de R\$ 72 bilhões nos próximos 4 ou 5 anos, para conclusão de projetos relativos às programações somente voltadas para implantação da infraestrutura (energia elétrica, transportes, comunicações, minas e metalurgia, petróleo e

derivados) a cargo de empresas vinculadas aos Ministérios de Minas e Energia, Transporte e Comunicações. Este valor implica uma mobilização anual de recursos entre R\$ 15 a 18 bilhões; bem acima do dispensável. Recentemente a Gazeta Mercantil informou serem necessários R\$ 75 bilhões para investir em telecomunicações até 2005.

A solução desse déficit importa no processo de desestatização, em pleno curso, através do qual permanecerá na administração pública apenas aqueles serviços correspondentes a atividade típica do Estado. Os demais deverão ser prestados pela iniciativa privada, através das concessões, ou seja, do sistema de parceria entre setor público e privado, tão bem analisado em recente obra de autoria dos Profs. Arnaldo e Alexandre Wald e Luiza Rangel de Moraes, intitulada *O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões*.

Por envolver valores substanciais, fora do alcance de recursos próprios dos seus patrocinadores, essa parceria se desenvolve, financeiramente, com a elaboração e implementação de complexas estruturas financeiras, denominadas *project finance*. Nestas, dois aspectos se destacam: (i) a carência necessária para o início de pagamento dos empréstimos, correspondente às fases de construção e implantação do projeto e (ii) a questão da viabilidade do negócio como forma de pagamento aos financiadores. Nessa linha, sendo o financiamento baseado na capacidade de pagamento demonstrada

(*) Palestra proferida no Seminário "Lei de Concessões - Realizações e Perspectivas" realizado em 23.06.1996 em São Paulo, pela Gazeta Mercantil e Revista dos Tribunais sob a coordenação do Professor Arnaldo Wald.

no fluxo de rendimentos projetado do empreendimento, configura-se perfeitamente plausível, na maioria das vezes, a estruturação da operação através do processo de securitização de receitas futuras. Mediante a utilização da sociedade de propósito único – especial *purpose company* – SPC, separa-se o risco das denominadas empresas patrocinadoras do “risco-negócio”.

O *funding* desses projetos demanda, além de recursos próprios dos patrocinadores, uma diversificada composição das fontes de financiamento, envolvendo o sistema financeiro público e privado, bem como dos organismos internacionais. Em outras palavras, o *funding* tem origem na conjugação de fontes situadas, interna e externamente, tanto no mercado de crédito como no de capitais.

É na implementação do *project finance* que o mercado de capitais poderá colaborar, através da sua função econômica, com o o instrumento que permite alocar, com eficiência, os recursos disponíveis (possuídos pelos agentes econômicos superavitários) em atividades que apresentem as melhores oportunidades de investimento.

O mercado de capitais brasileiro tem características bastante próprias. Inicialmente, é um mercado sofisticado com relação à qualidade dos serviços prestados e dos instrumentos por ele utilizados. O mercado à vista das bolsas de valores negocia, mensalmente, R\$ 300 milhões, havendo uma concentração, sem precedentes, em pouquíssimas ações, lideradas pela Telebrás, que hoje detém, aproximadamente, 6096 do total das negociações.

A capitalização em bolsa das sociedades abertas, chegando a cerca de 147 bilhões de dólares, representa quase 25% do PIB nacional, embora, em outros países, tenha alcançado índices bem

superiores como é o caso do Chile, Tailândia e Taiwan, na ordem de 100%. Contudo, durante muito tempo essa relação (valor de mercado/PIB) representou no Brasil índices próximos a 10%. Esse quadro indica o potencial do nosso mercado de capitais.

O pano de fundo desse cenário é a inexistência, no Brasil, de um mercado de crédito de longo prazo e uma tradição do investidor ou poupador considerar os dividendos como uma alternativa de fonte de rendimentos. Ao mesmo tempo, as empresas concessionárias de serviços públicos estão entre as mais negociadas das bolsas em todos os países.

Com o sucesso do plano real, ou seja, com a estabilização monetária, com a queda das taxas de juros que se avizinha, e a expectativa de que a reforma da previdência, ora em tramitação no Congresso Nacional, modifique o sistema da previdência complementar, permitindo a mobilização da poupança nacional privada para financiamento de longo prazo, temos a certeza que o nosso mercado de capitais surgirá como alternativa segura e atrativa para os investidores, pequenos e grandes, nacionais ou estrangeiros, individuais ou institucionais. A queda da taxa de juros é fundamental, pois ninguém, em sã consciência, aplicará seus recursos em arriscados empréstimos de longo prazo, tendo disponível a opção de altas taxas de juros em papéis de curto prazo. É oportuno, no entanto, registrar já ter sido reduzida a taxa de juros em 50% de março de 1995 a abril de 1996.

Quanto ao investimento estrangeiro, já existem sinais de confiança no país. Espera-se que, proximamente, o Brasil venha a obter, das empresas de *rating*, notas compatíveis com as mudanças que estão sendo implementadas na nossa economia, de modo a viabilizar uma

transferência mais acentuada de recursos estáveis dos investidores estrangeiros, especialmente os dos fundos de pensão. Estas instituições possuem características que perfeitamente compatibilizam os investimentos de longo prazo com as obrigações assumidas junto à sua clientela, os pensionistas investidores. Os fundos mútuos dos EUA canalizaram US\$13bi para atuação no mercado internacional nos primeiros quatro meses do corrente ano, em comparação com os US\$12bi durante o ano de 1995, de acordo com dados publicados recentemente pela Gazeta Mercantil.

Dizem que a poupança interna é muito pequena. Prefiro, no entanto, ficar com a sensibilidade de Wilson Brumer, ex-presidente da Vale do Rio Doce e atual da Acesita, que entende não ser tal fato verdadeiro, havendo na realidade uma má administração da poupança existente. Essa colocação vem ao encontro de dado divulgado pelo Instituto de Engenharia de São Paulo e pelo Programa Brasileiro de Qualidade, de que o desperdício nacional brasileiro anual atinge a cifra de R\$ 108 bilhões. De qualquer sorte, vale registrar que os chamados tigres asiáticos têm taxas de poupança da ordem de 30 a 35% do PIB, enquanto a brasileira é, atualmente, de 15%, já tendo sido de 24% no final dos anos 60 e início dos 70. Segundo dados da Abrapp, o patrimônio dos fundos de previdência privada totalizam algo em torno de R\$ 57 bilhões, dos quais 35% estão aplicados em ações (29%) ou debêntures (6%).

Nesse quadro, o programa dos ADR se apresenta como uma boa alternativa de obtenção de recursos, já sendo utilizado por 34 companhias brasileiras, entre as quais 5 atuando no seguimento da prestação de serviços públicos (Eletrobrás, Telebrás, Cemig, Cesp e Celesc).

Com relação aos títulos emitidos pelas companhias, a emissão de ações não traz novidade alguma, exceto o destaque de que colocações que importam em valor significativo são realizadas através de ofertas globais. Merece ainda menção uma interessante opção utilizada pela Companhia Energética de Minas Gerais — CEMIG. Consta de seu estatuto social a previsão de que o Estado de Minas Gerais garante aos acionistas privados da Companhia dividendo de 6% ao ano, mesmo no caso de ausência de lucro.

Quanto aos demais valores mobiliários, o destaque é para as debêntures, devido à flexibilidade oferecida por esse título — podendo conjugar aplicações de renda fixa e variável —, permitindo, assim, a estruturação de uma infinidade de operações, com prazo de longa, curta ou mesmo duração indefinida, participação nos resultados da companhia ou no seu faturamento, conversibilidade em bens ou ações e ainda a estipulação de juros fixos e variáveis (estes, inclusive, relacionados com o produto comercializado pela emitente).

Um novo valor mobiliário está a caminho. Trata-se do Título de Participação em Receita de Serviço Público Concedido — TPR, cujo estudo está em fase de conclusão no BNDES, para então ser anteprojeto de lei. Fundamentalmente, o TPR permite a obtenção de recursos necessários à realização de determinada obra pública (construção, ampliação, recuperação ou melhoria de uma rodovia, por exemplo) ou à aquisição e montagem de determinado equipamento (usina elétrica), ou ainda à amortização de um financiamento contratado, em bases insatisfatórias, para a realização de um daqueles empreendimentos.

Em contrapartida, o TPR atribui ao seu titular o direito de participar, diretamente, da receita operacional bruta do

empreendimento ou da atividade objeto da concessão, sendo certo que, em caso de insolvência, o novo concessionário recebe do poder concedente o direito de prestar aquele serviço público, porém com o ônus de que o faturamento do empreendimento está comprometido com os TPRs então emitidos. Em outras palavras, o TPR está vinculado a um empreendimento, um serviço público, e com ele se desloca, independentemente da pessoa jurídica que for a concessionária. Dessa forma, substitui-se o "risco-empresa" pelo "risco-negócio", na medida em que o investidor é sócio do empreendimento e não sócio do concessionário. O TPR não é um título de participação acionária e nem de crédito, é um título de risco em que o investidor aposta no sucesso do empreendimento. É um título escritural a ser negociado no mercado de capitais.

Gostaria de destacar, para exemplificar a criatividade que se faz necessária no equacionamento da formação da *funding* para a execução de obras ou serviços públicos, o caso da Companhia Energética de São Paulo – CESP, que em 1992 emitiu Certificados a Termo de Energia, oriundos de um contrato mercantil de compra e venda a termo de energia elétrica, aplicando o produto da sua colocação na conclusão de obras – montagem de turbinas – de três hidroelétricas, atribuindo ao investidor a opção de resgatar seu crédito em moeda ou em energia elétrica.

Esses certificados, por representarem uma mercadoria, uma *commodity*, foram oferecidos ao público através de Bolsa de Mercadorias e Futuros, permitindo a captação de cerca de R\$ 300 milhões.

Diversas têm sido as emissões de ações e debêntures por parte de companhias que exploram atividade relacionada com serviço público: em 1994 foram emitidos títulos no valor aproximado de R\$ 1.9 bilhões; em 1995 R\$ 1.1 bilhões; e no corrente ano (até maio) R\$ 750 milhões, estando atualmente sendo examinada pela CVM uma emissão de debêntures conversíveis, com prazo de 5 anos, de emissão da COMGAS – Companhia de Gás de São Paulo, no montante de R\$ 50 milhões.

Com a execução do processo de privatização e desestatização, espera-se que o mercado de capitais torne-se menos concentrado e mais pulverizado, ampliando-se os volumes e as quantidades de ações negociadas.

Cabe finalmente registrar, especialmente quando se visa obter recursos externos, da importância que desempenham as companhias classificadoras de risco. Recentemente, um das mais tradicionais classificadoras atribuiu nota BB para o Brasil (investimento especulativo) e nota BB para seus títulos da dívida interna, um ponto abaixo do BBB, nível de investimento considerado seguro.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A ELABORAÇÃO DA LEI DE S.A. E DE SUA NECESSÁRIA ATUALIZAÇÃO

ALFREDO LAMY FILHO

A elaboração, ou a atualização de qualquer lei mercantil, está sujeita, necessariamente, a três ordens de considerações gerais:

1.^a — as leis mercantis são leis de vida curta: destinadas a reger fenômenos econômicos, transações e negócios em constante mutação, não podem aspirar à paternidade, como as leis civis;

2.^a — as leis mercantis tendem à universalização: o comércio não conhece limites de fronteiras, de nacionalidades, de distâncias nem mesmo de paz ou guerra;

3.^a — as leis mercantis, a partir da Revolução Industrial, deixaram de ser as leis dos comerciantes, para se tornarem as leis da empresa mercantil, que ascendeu à condição de instituição dominante da sociedade moderna, ao lado da família e da escola.

A elaboração da vigente lei de S.A. deixa evidenciada a intenção de atender a esses reclamos.

Quanto à contingência de transitoriedade ensinava RIPERT, escrevendo em 1947 no seu *Traité de Droit Commercial*, que este ramo do Direito tem sido, nos últimos 50 anos, "... objeto de alterações legislativas numerosas e importantes. Ele (o Direito Comercial) não possui, em si mesmo, a virtude da resistência que lhe dê um passado respeitável. Embora se gabe da origem longínqua de algumas de suas instituições, é um

direito novo, porque o comércio moderno não se contentou com os processos que bastavam ao antigo. Ele não conhece a tranqüilidade que o tempo traz à discussão dos princípios, a submissão voluntária a regras que não são discutidas. Ele se cria a cada dia na prática cambiante dos negócios. Ele se transforma para seguir uma economia que muda sem cessar".

Essa mobilidade — conclui Ripert — "é para o Direito causa de fraqueza, mas razão de extraordinário interesse em seu estudo".

Essas observações, escritas há 50 anos pelo mestre insuperado, só se têm revelado, a cada dia, mais procedentes. É que a eclosão de novas técnicas postas ao serviço do comércio tem dado lugar a novas formas de negociar, o que enseja o aparecimento de contratos antes impensáveis, a criação de hábitos e costumes diferentes, que dão origem a instituições que reclamam de forma permanente a presença do legislador.

A economia de mercado, que no seu nascedouro, nas feiras medievais, e no comércio pelos mares, levou à formação de normas específicas, que se afastaram do Direito Civil, e deram origem ao direito da classe dos mercadores, continuou em seu processo a criar instituições novas, a alterar as antigas, e a exigir dos estudiosos e dos legisladores a virtude básica da observação. Aqui, mais que em outros ramos, a vida do Direito — como ensinava o insigne Holmes — *has been experience*.

Por outro lado, uma legislação em permanente devir precisa tentar, quanto possível, antecipar-se ao futuro, para não perder a equação do tempo. A Lei de S.A., disse o Prof. Orlando Gomes, em conferência na Associação Comercial da Bahia, fez a opção "difícil e espinhosa" de limpar o terreno, "com vistas ao futuro e fé na função criativa do Direito, em vez de agarrar-se a técnicas e soluções dotadas de sedimentação, geralmente anacrônicas".

O segundo aspecto, igualmente relevante, que há de orientar a formulação e o entendimento das leis comerciais, é sua incoercível vocação para a universalização.

O direito marítimo medieval — que esteve na base da formação de quase todos os institutos comerciais — dá bem o mote dessa característica que atravessou os séculos: — "o mar é um só, e uma só deve ser a sua lei (Pardessus)".

Tal circunstância caracteriza também o comércio terrestre, que nunca respeitou fronteiras. E as instituições mercantis, dos vários países, submetidas a esse convívio permanente, estão sempre, e necessariamente, interagindo — o que leva à prevalência final da instituição mais útil, ou mais eficaz, no processo de universalização.

Essa tendência é particularmente presente no campo das sociedades anônimas, como acentua André Percerou no seu *Sociétés par Actions*, p. 9:

"A sociedade por ações... é uma criação do trabalho comum dos povos civilizados, resultado de uma colaboração que nada se lhe assemelha tão feliz. Se se fizer o inventário dos elementos que a constituem, verificar-se-á que têm origem em todas as nações:

O Conselho Fiscal é de origem holandesa, a assembleia geral dos acionistas dotados do direito de voto é invenção inglesa e francesa, a resistência

contra a maioria começou a manifestar-se na Inglaterra, que foi também a primeira, parece, a conferir à minoria o direito de convocar a Assembleia Geral. Foi na Holanda onde primeiro surgiu a idéia de um capital social fixo, e também da Holanda é o estabelecimento do exercício social em um ano. A ação ao portador negociável nasceu na França."

E conclui: "houve, continuamente, empréstimos recíprocos".

Os tempos modernos, com as facilidades de transporte e de comunicação, que encolheram as distâncias no mundo, emprestaram ainda mais ênfase a essa tendência — que encontra sua evidência maior no estabelecimento das comunidades de países e continentes, como o Mercado Comum Europeu, o Mercosul e o Nafta num esforço pela compatibilização de suas leis mercantis, que desperta maior atenção dos juristas pelas lições que encerra.

Na observância desse processo de universalização das leis societárias cumpre, desde logo, referir uma dificuldade específica que decorre da existência de dois sistemas legislativos distintos nesse campo: — o sistema continental europeu e o sistema anglo-saxão, ou anglo-americano.

Com efeito, o sistema continental europeu — a que se filia nosso Direito — formou-se na base do estudo e da observância do Direito Romano. Os Códigos de Napoleão caracterizam bem o sistema, obedientes a princípios gerais, seguidos do enunciado das normas específicas. O estudo do Direito Romano tornou-se obrigatório nas universidades, e, mais ainda, passou-se a exigir para advogados e juizes o título universitário.

Ora, o mesmo não ocorreu na Inglaterra, que não se integrou nos estudos romanísticos, nem obrigou a formação universitária de juizes e advogados. Daí

por que o Direito inglês é mais centrado em problemas processuais, é um direito de formação contenciosa (na expressão dos estudiosos) resolvido casuisticamente. As Cortes Reais, de início, editavam preceitos que se tornaram "*a common law*", mais de natureza pública, e que terminaram por exaurir-se num formalismo estéril. O fato deu margem a que surgissem novos apelos aos Reis, que passaram a tomar decisões baseadas na equidade, a conhecida *equity* invocada nos julgados dos Tribunais de Chancelaria, obedientes a normas mais flexíveis, e com caráter discricionário (Cf. Rene David, *Le Droit Anglais*, p. 11-15, e Solà Cañizares, *Derecho Comercial Comparado*, tomo 1, p. 257-275).

Esse sistema de *common law* moldou o direito norte-americano. Cabe observar que a edição de normas substantivas nos E.U. é da competência dos Estados-membros, mas a regulação dos valores mobiliários está na esfera de poder do Governo Federal — o que explica a existência de leis locais e o funcionamento da *Securities and Exchange Commission* com jurisdição em todo o país.

Os códigos dos sistemas romanísticos, embora dêem mais segurança e precisão ao Direito, por outro lado tendem a espalhá-lo, a imobilizá-lo, e o fato de a Inglaterra e os Estados Unidos não os possuírem, propiciou, por certo, a adoção, pelos mercadores e empresários locais, de práticas que resultaram mais eficazes para as transações que fechavam, ou para as *companies* e *corporations* que organizavam. A rigor, o Direito Mercantil retomou a força criadora que propiciara sua formação nas praças medievais e nos costumes marítimos. Ressalve-se, apenas, para completar essas considerações, que, ao longo do tempo, tanto a Inglaterra quanto os Estados americanos editaram leis especiais para regular certas matérias, já

incorporando, aliás, costumes adotados em seus mercados financeiros.

Ora, a importância econômica que Estados Unidos e Inglaterra assumiram no mundo levou suas instituições, dentro do processo de globalização, a difundir-se em todas as latitudes.

E o empresário brasileiro que comerciava com parceiros de um e de outro universo jurídico, tinha dificultada sua atuação pelo desconhecimento de práticas e inexistência de instituições que nossas leis não contemplavam, embora úteis para o exercício da atividade mercantil.

Exemplificando, para melhor entendimento. No Direito Continental Europeu — como no nosso que a ele está filiado — a garantia dos credores nas sociedades em que os sócios têm responsabilidade limitada, como nas anônimas, repousa no conceito de capital social, e nos princípios que regem sua formação, de unidade, realidade e intangibilidade. Esses princípios estão presentes e permeiam quase todos os dispositivos das Leis de S.A.

Muitos Estados americanos desconhecem tais princípios, centrando a garantia dos credores na instituição do *trust* — peculiar ao direito anglo-saxão — dado que os administradores são responsáveis, perante sócios e credores como *trustees* da sociedade. Ignorando o conceito de capital social, a prática americana pôde introduzir várias inovações como as ações sem valor nominal — de utilidade para a realização de aumentos de capital e sua colocação nas bolsas quando as cotações são menores que o valor nominal — o capital autorizado, que facilita a captação de fundos nas horas oportunas, o pagamento de dividendos mesmo sem lucro líquido apurado etc.

Outro exemplo nos é dado com o exercício do voto, que o direito europeu,

e especialmente o francês, julga incompatível com acordos de acionistas porque o voto é entendido como inalienável e inegociável (a exemplo do voto político), esquecido de que voto na companhia se compra com a ação e os acordos são fundamentais para a convivência dos grupos dentro da sociedade. Disso resultou, entre nós, a dúvida sobre a validade e eficácia dos *shareholder's agreements*, feitos com parceiros americanos e que eram sempre usados. Nessa ordem de consideração, cabe ainda referir a multiplicidade de títulos criados pelo direito americano, como os bônus de subscrição, as debêntures de várias espécies, os recibos de depósito de ações e tantos outros — e que desconhecíamos.

A Lei teve presente a conveniência de aceitar certas inovações, desde que pudesse fazê-lo sem sacrifício de nossos conceitos tradicionais. Assim, acolheu a ação sem valor nominal, e a possibilidade do capital autorizado, mas, seguindo a lição de Ascarelli, manteve, na plenitude, o conceito de capital social, com todos os seus atributos (Cf. "Azioni Senza Valore Nominale in *Studi di Diritto Comparato*, p. 121-133).

Da mesma forma introduziu os certificados de depósitos de ações — que têm sido tão úteis na colocação dos ADR (*American Depositary Receipt*) no estrangeiro, disciplinou a oferta pública de compra de ações (o *take over bid* da prática americana) e, especialmente, regulou o acordo de acionistas, propôs a criação de um órgão específico para disciplinar o mercado de capitais, a CVM, a exemplo da SEC americana. (Aliás, o direito italiano e o direito francês também criaram comissões com funções idênticas, sob as siglas CONSOB e COB).

E, com maior significação, a Lei inovou ao fixar as responsabilidades do controlador — inexistente nas outras leis

societárias — e dos administradores, definiu e estabeleceu a sanção por abuso do direito de voto da maioria e da minoria, prescreveu o dever de informar visando coibir o uso de informações privilegiadas, e, em norma criticada por idealismo — previu a função social da empresa.

O esforço da Lei foi, pois, procurar a conciliação dos dois sistemas, buscando o que de melhor, ou mais prático houvesse em cada um deles, abrangeá-los para benefício da empresa e da economia nacionais.

A terceira ordem de considerações que há de estar presente, no exame e na compreensão da legislação mercantil moderna é a presença dominante não só no Direito, como na economia, e em toda a sociedade moderna, da instituição "empresa".

Com efeito, a partir da revolução industrial, operada pela descoberta da máquina a vapor, e o conseqüente domínio pelo homem de uma força inanimada, com a criação do "escravo mecânico", operou-se uma revolução (talvez a maior da História) nos hábitos de vida das populações, na forma de produção e na organização do trabalho. A mobilização dos capitais para a compra dos equipamentos, a instalação de fábricas e a formação da equipe humana necessária à produção de bens para o mercado, sob o risco do empresário, deram origem a unidades econômicas antes desconhecidas, — as empresas —, cuja criação se seguiu um cortejo de lutas em vários campos, como o sindical, com a formação do proletariado urbano.

Mas foi no campo do Direito Mercantil que a Revolução Industrial provocou alterações básicas na compreensão e na elaboração das leis.

Na lição de CLAUDE CHAMPAUD: "a evolução moderna do Direito Comer-

cial não é, afinal, senão a regulação da revolução industrial. Não é de admirar que a célula fundamental da sociedade industrial — a empresa — haja se tornado o centro de preocupação dos comerciantes. O que é de estranhar é que alguns não se tenham dado contra disso (V. Champaud e J. Paillusseau, *L'entreprise et le Droit Commercial*, Ed. Collin).

Essa empresa — como observa Benoit — “meio de vida, lugar de criação, de adaptação, mas também de confronto, tornou-se, juntamente com a família, a instituição essencial da sociedade” (in *Connaissance Politique, L'entreprise*, 1983, vol. 1, p. 6).

O direito da empresa, ainda em formação, não completou seu ciclo, e a rigor não se restringe ao campo mercantil, mas alcança outras esferas como a fiscal e a trabalhista. Ocorre que a organização jurídica da empresa, especificamente da grande empresa — privada, multinacional, mista ou estatal —, da megaempresa, que dominou a cena da economia moderna — reveste, em geral, a forma de sociedade anônima. Com efeito, desde seu nascimento, nas Companhias Colonizadoras, a forma anônima impôs-se como o meio mais adequado para mobilizar sócios e capitais, dadas as suas duas características básicas: a limitação da responsabilidade de todos os sócios e a livre circulabilidade das participações societárias incorporadas na ação.

Essas três ordens de consideração, ao que pensamos, hão que estar presentes na elaboração, como na atualização, ou mesmo na inteligência das leis modernas das companhias: a brevidade de sua duração, a tendência à universalização, e a prevalência da empresa subjacente à estrutura jurídica anonimária.

A Lei vigente procurou atender a esses reclamos: inovou sempre que

necessário, ou útil para a abertura de caminhos a serem trilhados pela empresa brasileira, sem pretender fazer obra definitiva que não existe neste ramo do Direito, procurando sempre estimular e facilitar o funcionamento da empresa, que sobreleva em importância, para a sociedade e para o país, ao interesse do mercado, dos controladores e dos investidores.

Com efeito, além das reformas já citadas, inspiradas na experiência estrangeira, a lei introduziu inovações como a forma escritural das ações — posteriormente adotada nas leis argentina e portuguesa.

Mas ainda, obrigou as sociedades com lucro no exercício a pagarem dividendos, regulou a cisão societária, prescreveu normas sobre as demonstrações financeiras, e a consolidação dos balanços com os das empresas coligadas, bem como sobre grupos e consórcios.

Reconhecendo a existência de dois tipos de S.A. — as fechadas, em geral familiares, que só mais tarde evoluem para ingressar no mercado de capitais — e as abertas, cujo funcionamento pertine diretamente com o interesse público, porque lida com a confiança dos investidores em bolsa, a lei procurou facilitar a organização das companhias fechadas. Assim, acabou com a exigência, sempre fraudada, do mínimo de 7 sócios, admitiu convocações conjuntas de assembléias gerais ordinárias e extraordinárias e procurou facilitar a abertura de capital, a fim de fortalecer o mercado de capitais, e tornar possível a expansão e fortalecimento da empresa aberta, que está na base das grandes iniciativas, que supõem a presença das macro-empresas.

Com tantas inovações, seria natural que a proposta contida no Anteprojeto

encontrasse resistência por parte do mundo empresarial, e mesmo de alguns colegas, que protestaram contra a introdução de "instituições alienígenas" em nosso Direito, criando institutos tão complexos – diziam – que só as multinacionais saberiam valer-se deles.

Ademais, vivia-se uma fase de exacerbado estatismo, em que se entendia – na linha da CEPAL e de seu maior formulador, RAOUL PREBISH – que o desenvolvimento econômico dos países latino-americanos deveria ser obtido com o esforço de substituição de importações, o fechamento do País em suas fronteiras e a criação de empresas estatais. Ora, a nova lei foi entendida – até por viés ideológico como contrária a tal política, por visar ao fortalecimento de empresa privada. Daí a maior parte das críticas de que foi objeto.

A prática da Lei – já se vão 20 anos – evidenciou serem infundados os temores e objeções, cumprindo assinalar a facilidade, até certo ponto surpreendente, com que nossos Tribunais, juízes, advogados, empresários e auditores se adaptaram aos novos institutos passando a entendê-los e servir-se deles com inteira pertinência.

Passando ao problema da atualização da Lei, duas providências se impõem, sem discussão: a) corrigir as imperfeições de redação que a revisão do Congresso deixou escapar; b) incorporar os preceitos das Leis 8.021 e 8.088, de 1990, que extinguiram os títulos ao portador e os endossáveis em branco.

Quanto aos preceitos que não resistiram ao teste da prática, penso devam ser, desde logo, apontados os que têm estorvado a vida das empresas, ameaçando a expansão ou a abertura do capital. Refiro-me ao direito de retirada, que a Lei, erradamente, tornou mais amplo que no revogado Decreto-lei 2.627, de 1940, e à obrigação de realizar

oferta pública na hipótese de venda do controle (art. 254), preceito que o Senado inseriu na Lei.

O direito de retirada, quando introduzido pelo Código Comercial Italiano de 1882, foi saudado como solução correta para corrigir os excessos eventualmente praticados pela maioria. Com o tempo veio a revelar-se um injusto inibidor de decisões do interesse maior que era a sobrevivência da empresa como o reconheceram os próprios redatores do Código Civil Italiano de 1940. Daí ter sido o recesso na Itália restringido, em sua aplicação, unicamente aos casos de mudança de objeto (vale dizer, mudança do risco de que o investidor aceitara participar) e alteração de nacionalidade.

Realmente o instituto, na nossa lei, está exigindo reformulação: veja-se, como exemplo, o caso dos investidores institucionais que, em qualquer decisão que enseje o recesso – mesmo quando julgam que a deliberação é de utilidade para a empresa – serão, como administradores de fundos alheios, levados a exercer o recesso toda vez que o valor patrimonial do reembolso for superior ao de bolsa (a quase totalidade dos casos). E isto inibe deliberações úteis, muitas vezes, essenciais para a sobrevivência ou expansão da empresa.

A solução alvitrada – e que parece justa – seria prescrever-se o valor de reembolso, da sociedade aberta, igual ao de cotação na bolsa, de forma a deixar ao investidor o julgamento de continuar ou não na sociedade. Ou mesmo restringir-se a hipótese de reembolso aos casos previstos na lei italiana, no interesse maior do funcionamento da empresa.

Outro preceito que tem causado enorme prejuízo ao nosso mercado de capitais, e, conseqüentemente, à vida empresarial, é o que subordina a alienação do controle da sociedade aberta

à prévia aprovação da CVM e posterior realização de oferta pública — e que constitui o art. 254 da vigente Lei, nela introduzido por emenda aprovada no Senado Federal.

De juridicidade duvidosa, como evidenciou o Prof. Fabio Konder Compato, ao fazer a crítica de emenda semelhante, apresentada na Câmara dos Deputados, pelo Dep. Herbert Levy, é irresponsável a objeção quanto à equidade do preceito, como se lê na ponderação do ilustre Professor: “será equitativo estender essas vantagens aos não-controladores, se estes não assumem, em contrapartida, nenhum dos deveres e nenhuma das responsabilidades inerentes ao exercício do controle?”

A consequência prática é que tal preceito tem sido o grande inibidor da abertura de capital das empresas fechadas, e razão para fechamento de grande número de empresas abertas. Pior, ainda, é um grande fomentador de problemas não resolvidos, como os das *holdings* que têm mais de uma subsidiária e vendem o controle de uma delas. Pensamos ser imperativa sua revogação.

Passando ao ângulo da dinâmica econômica, que cria permanentemente novos contratos, cumpre mencionar a utilização que tem sido feita, por grande número de empresas brasileiras, da colocação de certificados de depósitos de ações no estrangeiro (ADR). Para facilitar a utilização dessa hipótese de obter financiamento, parece conveniente reduzir — senão suprimir o prazo para o exercício do direito de preferência, a fim de assegurar brevidade e certeza das negociações das empresas com investidores nas bolsas estrangeiras.

Outra mudança que se tem observado — tanto no Brasil como em outros países — é a presença do investidor institucional nas Bolsas de Valores, e que já levou a Alemanha a editar Lei impedin-

do que os fundos de pensão votem com 50% ou mais de ações que porventura comprem.

Os problemas que se vêm revelando na legislação dos vários países estão sendo evidenciados no esforço admirável, ora em processo na Europa — na Comunidade Européia — para uniformizar suas leis. Realmente vivemos um momento do maior interesse para o estudioso do Direito Comercial com a criação dos “Grupos de Interesse Econômico Europeu” (GIEE) da “sociedade anônima simplificada”, adotada na França para possibilitar as *joint ventures* dos vários países etc. E, especialmente estão a requerer especial interesse os problemas que têm surgido na Inglaterra que adotou as “Diretivas” do Mercado Comum, e está num grande e — segundo reportam os estudiosos — doloroso esforço para conciliá-las com suas próprias e tradicionais leis e costumes. E a pergunta que fica: não seria o caso de tentarmos igual procedimento em relação ao Mercosul?

Cabe, ainda, uma referência às novas formas de contratar, além de títulos, que têm surgido, como as ações sem dividendo, mas resgatáveis em certo prazo, por valor acrescido e que vêm sendo utilizadas na Inglaterra em que a incidência fiscal sobre ganhos de capital é muito menor que a sobre lucros e dividendos. Mas ainda, com o esforço de privatização que ora ocorre em tantos países, a França editou lei sobre as preferenciais com direitos específicos, a *golden share* de que tanto se tem falado entre nós ultimamente.

Relativamente ao Projeto que está em tramitação no nosso Congresso — já atento, aliás, às preocupações existentes quanto ao direito de recesso e ao art. 254 da Lei, acima questionados, o que só merece encômios — cabe ponderar que — dizem os jornais — seu digno Relator resolveu contribuir com novas

emendas relativas às ações preferenciais que passariam a ter direito de eleger um membro do Conselho de Administração e dois conselheiros fiscais.

Acresce que o Substitutivo altera também o art. 117 da Lei, que trata da responsabilidade do controlador. E inclui hipóteses com redação genérica, que se aplicam – se coubesse aplicá-las – aos administradores, cuja responsabilidade está regulada no art. 154. Entre as hipóteses, estão as de “praticar atos que causem dano patrimonial à companhia ou a seus acionistas, realizar negócios a qualquer título com terceiros em condições prejudiciais aos interesses da companhia” etc. Ora, qual o administrador que, no dia-a-dia da empresa que dirige que não assume riscos, que não fecha negócios – geralmente os mais rendosos – que podem causar danos à companhia, se não derem certo? Mas, afinal, como poderia o controlador, se não for administrador, praticar tais atos?

A primeira observação a fazer na matéria é que a Lei de S.A. é um sistema, não comporta alterações em uma só peça, sob pena de comprometer-se o todo, a grande “máquina jurídica”, na expressão de Ripert, que impulsiona a economia moderna. Ademais essa matéria da relação entre maioria e minoria, ações com voto e sem voto é a “pedra de toque do sistema anônimo” – como ensina, de forma sempre lúcida Clive Schimithoff – o grande atualizador do clássico inglês Palmer’s Company Law.

Sem pretender reabrir a discussão havida ao tempo da edição da Lei, sobre a conveniência ou inconveniência de manter as ações preferenciais – que, aliás, têm agora o aplauso da experiência italiana, que adotou as *azioni di risparmio* na chamada “minireforma” de 1974, e a sanção da lei francesa, que também as introduziu em seu sistema

jurídico, por lei de 13.07.1978, trazendo para o direito mais apgado às questões de voto as *actions à dividende prioritaire sans droit de vote* – cabe recordar que as preferenciais são instituídas para facilitar a capitalização das empresas, permitindo alcançar novos investidores sem comprometer o desempenho, o poder e a responsabilidade do controlador. Na frase de Rodière, depois de levantar todas as leis do mundo civilizado em matéria de preferenciais sem voto, “é um instrumento de aumento de capital com estabilidade do poder” (op. cit., p. 15).

O que precisa ser corrigido na nossa lei é a existência de ações preferenciais sem preferência, ou só com preferência no reembolso de ações: – é imprescindível que a supressão do direito de voto seja compensada com privilégio efetivo na distribuição de dividendos – a exemplo do que ocorre nas outras legislações.

Por outro lado, há uma realidade que não pode ser desconhecida: o investidor de bolsa não costuma freqüentar assembleias, e se o voto se tornasse obrigatório, por certo venderia suas ações. Dessa forma, a eleição para o Conselho Fiscal de dois Conselheiros, ou de um para o Conselho de Administração, ficaria na base da pré-escolha do grande acionista, que já tem acesso às informações que necessita, ou, o que é pior, dos especuladores desocupados.

Ainda de ponderar-se que o Conselho Fiscal é órgão que pode funcionar nas pequenas sociedades, fechadas, mas nas abertas tem pouca função: é que estas estão sujeitas à auditoria externa obrigatória, publicam balanços sob a fiscalização da CVM, e já têm seu Conselho de Administração eleito por voto múltiplo (e, pois, com representação da minoria). Dir-se-á que se o Conselho Fiscal tem pouca importância na Lei vigente – o que é verdade –, a emenda seria irrelevante, mas há que temer tanto

o abuso da maioria como o abuso da minoria, geralmente sob forma de intromissão indevida na empresa, muita vez com propósitos que não consultam ao interesse social.

Pondere-se, finalmente, em defesa dos controladores empresários, que a lei já lhes atribuiu responsabilidade específica, nesse mesmo art. 117, e — o que é mais importante — cabe reconhecer que ele, empresário, é a mola insubstituível da empresa, pois é quem reúne os fatores de produção, congrega-os numa empresa, assume os riscos do empreendimento, cria empregos e riquezas. Ouça-se mais uma vez a lição de Champaud, justamente considerado o continuador de Ripert: "... A aptidão para enfrentar os riscos empresariais, isto é, tomar as decisões estratégicas, é ligada aos talentos inatos ou adquiridos do dirigente. Ela exige, certamente, uma capacidade de análise e de experiência que são frutos da formação, do aprendizado, e do aperfeiçoamento do homem. Entretanto, o sucesso é ainda mais ligado às faculdades de síntese e de intuição que marcam o espírito de decisão. Enfim, há o que se não aprende, o que se não explica, mas que se comprova: — a aptidão visionária, esse senso genial do futuro que distingue os grandes líderes (*decideurs*) e que fazem com que se enganem menos, em geral, que os outros" (op. cit., p. 29).

Essa capacidade empresarial, que a experiência mostra que raramente se transmite, é um bem que deve ser preservado, pois é dela que nascem e progridem as empresas que criam empregos e riquezas no País.

Finalmente e, apenas, exemplificadamente, outros preceitos da Lei comportam alteração de redação. Assim:

— o art. 4.º, que deveria facilitar o registro de emissão de valores mobiliários pelas companhias fechadas;

— o art. 118 — que deveria pôr fim às dúvidas sobre o problema de Acordo de Acionistas com prazo indeterminado;

— o art. 146 — que deveria dispensar os Conselheiros de Administração de residência no País — o que dificulta, em empresas multinacionais, termos como conselheiro co-responsável pela empresa um de seus dirigentes — como ocorre nos demais países;

— o art. 167 — que trata da reserva de correção monetária, e que tem dado margem a ilações errôneas porque não participa da condição de reserva tecnicamente;

— o art. 172 — que precisa incluir, nas hipóteses de restrição ao direito de preferência, a hipótese de emissão de ações para venda em bolsa no estrangeiro.

A conclusão do quanto dissemos até aqui pode ser resumida: toda lei de S.A. constitui, ou deve constituir, um sistema, que não comporta emendas setoriais que o desfigurem, e comprometam seu objetivo maior que é assegurar o bom funcionamento da empresa, a célula de base da economia moderna; mas, não há lei mercantil eterna ou perfeita porque a economia é um processo em permanente transformação. Há por isso que estar atento ao funcionamento do mercado, às suas exigências, às suas novas criações, para atender aos seus justos reclamos, ou, pelo menos, para remover os empecilhos ao seu bom funcionamento. Parodiando o Juiz Cardozo, da Suprema Corte Americana, nenhuma lei mercantil é o ponto de repouso nessa jornada sem fim: como o viajante, o abrigo da noite é apenas a preparação para a retomada da lida do amanhã: (*The inn that shelters for the night is not the journey's end. The law, like the traveller, must be ready for the morrow*).

ATUALIDADES

NOTAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES E DO CONTROLADOR DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS SOB O REGIME DE ADMINISTRAÇÃO ESPECIAL TEMPORÁRIA – RAET

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Notícias recentes nos dão conta de que, após ter sido encerrado e encaminhado ao Ministério Público o inquérito de que cuida a Lei 6.024, de 13.03.1974, referente a uma instituição financeira que ainda se encontra sob Regime de Administração Especial Temporária – RAET, aquele Órgão recusou-se a ajuizar a medida cautelar de arresto e, conseqüentemente, a ação principal de responsabilidade previstas naquele texto legal.

Algumas críticas foram levantadas contra a posição adotada pelo Ministério Público e dúvidas foram lançadas a respeito da existência ou não, no direito positivo vigente, de regras que estabeleçam a responsabilidade dos ex-administradores e do controlador de instituições financeiras nessas situações. Afinal de contas, tratando-se de empresas controladas por Estados da Federação, seu patrimônio é público e mister se faz restaurá-lo por via da responsabilidade civil de quem deu causa aos seus prejuízos, sem o afastamento de eventual e concomitante responsabilização na esfera penal.

Essas são as questões que pretendo abordar rapidamente nas presentes notas.

Como se sabe, o RAET foi criado pelo Decreto-lei 2.321, de 25.02.1987, logo alterado pelo Decreto-lei 2.327, de 24.04.1987, que deu nova redação a

alguns dos dispositivos do primeiro texto acima mencionado. Já tive oportunidade de manifestar-me sobre esse instituto, embora sem grande aprofundamento, em meu *Responsabilidade Civil Especial*, São Paulo: RT, 1993, p. 39 e 40 e 71 e s. As noções ali colocadas servirão como subsídio para as considerações que se seguem, as quais deverão ser completadas para a análise do assunto particular sob exame.

O RAET apresenta grande similitude com a *intervenção*, esta prevista nos arts. 2.º a 14 da Lei 6.024/74. Em ambos os casos a instituição a elas submetida continua as suas operações, anotando-se na segunda alguns efeitos não encontrados na primeira, relativos a (art. 6.º da Lei 6.024/74):

- a) suspensão da exigibilidade das obrigações vencidas;
- b) suspensão da fluência do prazo das obrigações vincendas anteriormente contraídas; e
- c) inexigibilidade dos depósitos já existentes à data de sua decretação.

É preciso, agora, abrir parênteses para destacar que, embora, em tese, na intervenção a empresa possa dar continuidade às suas atividades, uma vez que a lei não cria expresso impedimento a esse respeito e nem o instituto seja incompatível com tal situação, na práti-

ca tem-se preferido interromper os negócios que, teoricamente, poderão ser retomados no futuro, no caso em que venha a dar-se a cessação da medida (Lei 6.024/74, art. 12, "a").

Além disso, a par das causas específicas determinantes de sua decretação, o RAET também pode ser imposto por qualquer dos motivos determinantes da intervenção (art. 1.º do Decreto-lei 2.321/87, alíneas "a" a "e"), o que confirma o seu parentesco com esse último instituto.

Embora a diferença não seja legalmente determinante, poder-se-ia dizer que a intervenção assumiria o caráter preponderante de um passo inicial, tomado contra uma instituição financeira, a ser seguida de sua liquidação extrajudicial ou falência. De sua parte, o RAET buscaria preferencialmente a preservação da empresa, mantendo-a em pleno funcionamento durante o processo. No entanto, considerando-se que uma intervenção pode ser levantada e que um RAET pode converter-se em liquidação extrajudicial ou falência (Lei 6.024/74, art. 12, "a" e Decreto-lei 2.321/87, art. 11, "c"), a diferença aqui apontada não faz parte da essência dos aludidos institutos.

Na verdade, conforme já por mim referido anteriormente, o RAET originou-se mais de preocupações políticas do que técnico-jurídicas (*Responsabilidade Civil Especial*, p. 39 e 40), condicionantes da sua estrutura, tendo-se-lhe dado feição diversa daquela que deveria ter um instituto voltado técnica e preponderantemente para a recuperação de uma empresa.

Verifique-se que, no RAET, a instituição a ele submetida mantém as suas operações em funcionamento regular, utilizando para tanto e objetivando o seu saneamento, se necessário for, recursos da Reserva Monetária, além daqueles

que lhe possam ser adiantados pelo Banco Central do Brasil (Decreto-lei 2.321/87, arts. 9.º e 10). Já no tocante à intervenção, esse mesmo funcionamento regular fica prejudicado, na medida em que, entre outros motivos, mesmo considerando que, em ambos os casos, torna-se necessária prévia e expressa autorização do Banco Central do Brasil para a prática de atos que impliquem disposição ou oneração do patrimônio da empresa e admissão e demissão de pessoal, no RAET o Conselho Diretor mantém competência expressa para a prática de atos de gestão ordinária, o que não ocorre com aquela (Lei 6.024/74, art. 5.º, parágrafo único e Decreto-lei 2.321/87, art. 3.º, § 3.º).

Enquanto um RAET está sendo processado, os clientes da instituição estão fazendo depósitos, sacando recursos de suas contas, aplicando e fazendo resgates em fundos por aquela administrados, tomando empréstimos sob diversas modalidades etc. Enfim, a empresa continua operando normalmente, não existindo, durante aquele processo, credor insatisfeito.

Essa foi a razão pela qual o Ministério Público entendeu, quanto à instituição inicialmente mencionada, descabida a medida cautelar de arresto e, conseqüentemente, a ação principal de responsabilidade que lhe segue, de acordo com os termos da Lei 6.024/74 (arts. 45 e 46).

O estudo da matéria da responsabilidade civil do controlador e dos ex-administradores no RAET pode ser feito em duas diferentes vertentes, como veremos abaixo: o das sociedades anônimas e o da falência.

O bem jurídico resguardado pela Lei 6.024/74 é, de maneira geral, o equilíbrio do mercado e, particularmente, o interesse do credor não satisfeito da instituição financeira insolvente, que tem,

como proteção adicional, além do patrimônio daquela, o dos seus ex-administradores os quais, para tanto, serão instados a responder diante daqueles, no plano cível, mediante responsabilidade objetiva e solidária (art. 40). No RAET, inexistindo credor insatisfeito, fica claro que não cabe o ajuizamento daquelas ações por parte do Ministério Público.

É verdade que o RAET encerra uma responsabilidade solidária dos ex-administradores e do controlador da instituição a ele submetida. Mas, inexistindo credor insatisfeito, tal responsabilidade coloca-se no plano interno e deve ser apurada pelo Conselho Diretor na forma do art. 159 da Lei das Sociedades Anônimas, considerando-se que é sob essa forma que elas se organizam (Lei 4.595/64, art. 25, com relação ao qual surgiu um problema de *vacatio legis*, determinado pela supressão indireta do dispositivo, a partir da revogação da Lei 5.710, de 07.10.1971, pelo art. 324, da Lei 7.565, de 19.12.1986, adaptando-se a regra às peculiaridades daquele instituto.

Trata-se, inclusive, de um poder-dever do Conselho Diretor que, por sua vez, deverá ser responsabilizado caso deixe de tomar as medidas necessárias à responsabilização dos antigos administradores da instituição financeira e do seu controlador.

Evidentemente, a situação pode mudar, nos casos em que o RAET vier a convolar-se em liquidação extrajudicial ou falência, uma vez demonstrada a existência de passivo e impossibilidade do saneamento da empresa. Ai caberão a medida cautelar de arresto e a ação principal de responsabilidade, previstas na Lei 6.024/74, a cargo do Ministério Público, pois, daquela forma, emerge a condição da qual nasce a legitimidade deste Órgão, qual seja o papel de defender os interesses dos credores insatisfeitos e preservar o equilíbrio do mercado.

Se, por outro lado, analisarmos o RAET à luz do Direito Falimentar, entendendo-o como parte de um conjunto de regras não formalmente sistematizadas, mas integrantes de um sistema abrangente, que envolve normas sobre prevenção, execução e suspensão da falência, chegar-se-ia à mesma conclusão quanto à responsabilidade dos antigos administradores e do controlador da instituição àquele sujeita.

Com efeito, o art. 6.º do Decreto-lei 7.661/45 determina a forma de apuração da *responsabilidade solidária dos diretores das sociedades anônimas e dos gerentes das sociedades por cotas de responsabilidade limitada, conforme estabelecida nas respectivas leis*. Assim sendo, deve-se aplicar, no caso das instituições financeiras, o mesmo art. 159 da Lei 6.404/76, como forma de apuração da responsabilidade em causa, segundo estabelecido linhas atrás.

Essa responsabilidade surge do descumprimento, pelo administrador, dos deveres que lhe são impostos pela própria lei societária, relacionados nos seus art. 153 a 157 (fundamentalmente, dever de diligência, dever de lealdade e dever de informar).

A imputação dessa responsabilidade, por sua vez, decorre do afastamento, pelo administrador, da prática de atos regulares de gestão, cabendo-lhe cobrir os prejuízos quando proceder com culpa ou dolo, mesmo no exercício de suas atribuições e poderes, ou com violação da lei ou do estatuto (Lei 6.404/76, art. 158). A regra geral está prevista no *caput* desse dispositivo, onde se verifica inexistir responsabilidade quanto às obrigações contraídas pelo administrador em nome da sociedade em virtude de ato regular de gestão.

Outro princípio básico é o da responsabilidade individual, mas ela se estende ao administrador convivente com outro

administrador ou negligente em descobrir ou impedir atos ilícitos praticados por outros membros dos órgãos administrativos. Para eximir-se da responsabilidade de ilícitos dos quais tenha tomado conhecimento, o administrador deve manifestar-se expressamente a esse respeito (art. 158, § 1.º).

Surge solidariedade entre os administradores com relação aos prejuízos causados à sociedade em virtude do não-cumprimento dos deveres impostos pela lei para assegurar o funcionamento normal da companhia. Essa regra não se aplica de forma genérica na companhia aberta, mas apenas quanto aos administradores que, por disposição estatutária, tenham atribuição específica para dar cumprimento a tais deveres (art. 158, §§ 2.º e 3.º). Toma-se, ainda, solidariamente responsável, o administrador que não denunciar irregularidades praticadas por seu predecessor ou pelo administrador competente para a prática dos deveres legais e estatutários (art. 158, § 4.º).

Finalmente, estende-se a responsabilidade solidária a quem, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem, concorrer para a prática de ato violador da lei ou do estatuto (art. 158, § 5.º).

Diferentemente do que ocorre na liquidação extrajudicial, no RAET a responsabilidade será de natureza subjetiva, pois esse é o sistema da Lei das Sociedades Anônimas. Assim sendo, o ônus da prova incumbirá, no caso, ao Conselho Diretor, que poderá buscar subsídios no inquérito levantado pela Comissão designada pelo Banco Central do Brasil.

Caso o RAET convole-se em liquidação extrajudicial ou falência, então surgirá a responsabilidade objetiva do art. 40 da Lei 6.024/74, segundo o qual *os administradores das instituições financeiras respondem solidariamente pelas obrigações por ela assumidas*

durante a sua gestão, até que se cumpram.

Quanto ao controlador, mais uma vez ter-se-á que aplicar os termos da Lei das Sociedades Anônimas, buscando-se a base de sua responsabilidade na prática de atos de abuso de poder de controle (Lei 6.404/76, art. 117).

Tem-se discutido o problema da responsabilização dos Governadores e/ou Secretários da Fazenda a título de controladores de instituições financeiras estaduais submetidas ao RAET. No entanto, fazendo-se uma interpretação restritiva do conceito de controlador, a partir do art. 116 da Lei das Sociedades Anônimas, pois dele surge uma responsabilidade específica, não se pode assim considerá-los, uma vez que, pessoalmente, não são titulares de direitos de sócio da instituição (se for o caso) suficientes para proporcionar-lhes, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia.

Nem se diga que, dessa forma, a responsabilidade do controlador, prevista no art. 15 do Decreto-lei 2.321/87, teria caído no vazio porque, não se esqueça, o RAET não foi reservado tão-somente para as instituições financeiras públicas, podendo também alcançar as particulares, quanto às quais certamente será encontrado um controlador nos termos da lei societária.

Controlador, no caso de instituições financeiras públicas estaduais, é o Estado, na qualidade de titular da maioria de suas ações com direito de voto.

Mas se essa circunstância afasta a responsabilidade dos Governadores e/ou Secretários da Fazenda no campo do RAET, certamente existirá alguma forma de alcançá-los pela utilização dos institutos próprios do Direito Público, que aqui não cabe analisar.

Em conclusão, verifica-se, embora em uma análise bastante breve, que é perfeitamente possível a responsabilização dos ex-administradores das instituições financeiras submetidas ao

RAET, responsabilidade essa de natureza subjetiva, efetuada dentro dos princípios da Lei das Sociedades Anônimas. Sob esse aspecto, não há lacuna legislativa.

A FORMAÇÃO DO MERCOSUL E A HARMONIZAÇÃO DAS REGRAS NO CAMPO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL

MAURÍCIO C. DE A. PRADO

SUMÁRIO: Introdução – 1. Os principais instrumentos internacionais de harmonização das legislações sobre a propriedade industrial outorgadas pelos Estados Membros: 1.1 A Convenção de Paris de 1883; 1.2 O acordo ADPIC; 1.3 O Tratado de Assunção – 2. A harmonização das regras sobre a propriedade industrial em vista das necessidades do processo de formação do Mercosul: 2.1 Os problemas decorrentes da deficiência de harmonização; 2.2 O grau de harmonização necessário; 2.3 O estabelecimento de um sistema uniforme de proteção da propriedade industrial no Mercosul – 3. Conclusão – 4. Bibliografia.

Introdução

01. A fim de promover o crescimento econômico e aumentar sua influência sobre as decisões econômicas internacionais, os países do Cone Sul da América Latina (Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai) celebraram, em dezembro de 1991, um Tratado com vistas à formação de um mercado comum.¹ Para conseguir um mercado único, que é evidentemente um objetivo a longo prazo, os Estados Membros (doravante EM) começaram a integração pela criação de uma união alfandegária.

A implantação dessa união alfandegária implica o estabelecimento da livre circulação de mercadorias, serviços e fatores de produção no território dos EM. Conseqüentemente, diversas modificações legislativas estão em curso nesses países, suscitando, sob o ângulo jurídico, várias questões relativas à integração de sistemas jurídicos diferentes.

02. O presente trabalho tem por objetivo examinar determinados aspectos da proteção da propriedade industrial² no contexto do processo de integração. A primeira parte desses estudos será consagrada à exposição dos instrumentos jurídicos internacionais que contribuíram para a harmonização das regras de propriedade industrial dos EM. A seguir, serão examinadas algumas questões resultantes da constituição do mercado único em vista do atual nível de aproximação das legislações dos EM.

03. As principais fontes desse estudo foram as leis nacionais, os tratados internacionais que regem o assunto e a

⁽¹⁾ O Tratado de constituição do Mercosul é também designado "Tratado de Assunção", em virtude do nome da cidade paraguaia onde foi celebrado.

⁽²⁾ Foi adotado o conceito de propriedade industrial conforme o qual a mesma constitui "o conjunto de instituições jurídicas que têm por objeto garantir os direitos autorais sobre produções intelectuais no campo industrial, e garantir a lealdade da concorrência comercial e industrial". Conferir João da Gama Cerqueira, *Tratado da Propriedade Industrial*, 2.ª ed., São Paulo: RT, 1982, v. 1, p. 55.

doutrina especializada. É preciso destacar que em virtude da novidade do Mercosul, que começa em fins de 1991, e de sua originalidade como fenômeno jurídico, existem muito poucas fontes de jurisprudência sobre este assunto.

1. Os principais instrumentos internacionais de harmonização das legislações sobre a propriedade industrial outorgadas pelos Estados Membros

04. Esta parte tem em vista demonstrar o nível de aproximação já obtido pelas legislações em questão, permitindo as reflexões seguintes sobre os problemas decorrentes da formação do Mercosul.

Os principais Tratados e Convenções internacionais sobre a proteção da propriedade industrial que dizem respeito à integração do Cone Sul, e que serão analisados, são:

- a) a Convenção de Paris de 1883;
- b) o Acordo ADPIC; e
- c) o Tratado de Assunção.

1.1 A Convenção de Paris de 1883

05. Assinada em 1883, por muito tempo a Convenção de Paris foi o principal instrumento internacional de harmonização de legislações sobre a propriedade industrial, estabelecendo os princípios e as garantias mínimas no assunto, de modo uniforme, sem excluir a proteção mais favorável concedida pela legislação interna dos países signatários. Paralelamente, foi criada uma organização internacional (OMPI) tendo como principais finalidades a administração da Convenção e a promoção do aumento do nível de proteção da propriedade industrial conferida pelos Estados.

A versão original, ao longo do tempo, foi sucessivamente revista, visando conferir à ordem internacional um mecanismo flexível e atualizado.³ Até hoje, houve as seguintes revisões: Carta de Bruxelas, 1900; Carta de Washington, 1911; Carta de Haia, 1925; Carta de Londres, 1934; Carta de Lisboa, 1958 e a Carta de Estocolmo em 1967.

Entre os principais pontos, a Convenção estabeleceu o igual tratamento da proteção conferida por um determinado Estado a seus cidadãos em relação aos cidadãos dos outros EM, a proteção internacional da marca conhecida, regras básicas sobre a concorrência desleal e, sobretudo, o direito de prioridade. O mesmo consiste na prioridade de um cidadão de um Estado signatário determinado, que tenha solicitado um pedido de patente, depositado o modelo de utilidade, de desenho ou de modelo industrial ou de registro de marcas nos EM, de requerer o mesmo nos outros Estados signatários nos prazos estipulados.⁴

06. No que diz respeito aos países que fazem parte do Mercosul, é importante sublinhar que o Paraguai ainda não aderiu à convenção de Paris. A Argentina e o Uruguai aderiram em 1967, conforme os termos da Carta de Lisboa.

O Brasil participou da celebração da Convenção em 1883 e de várias revisões. O texto integral da Carta de Estocolmo, última revisão, entrou em vigor no país em 1992, mediante o Decreto Presidencial n. 635, de 21.08.1992.

⁽³⁾ Conferir John Sinnot. The Paris Convention of 1883 in a historical perspective, em *Managing Intellectual Property*, s. 1., Euromoney Publ., 1991, p. 29.

⁽⁴⁾ 12 meses para as invenções e modelos de utilidade e 6 meses para os desenhos e modelos industriais e marcas de fábrica e comércio.

07. Apesar do desenvolvimento das diversas legislações de proteção da propriedade industrial levadas a cabo pela Convenção e suas revisões, vários autores⁵ observaram que esse instrumento foi insuficiente para que seja estabelecido um nível de proteção apropriado ao crescimento do comércio internacional observado em particular a partir dos anos 50. Conforme Stewart,⁶ a fraqueza da Convenção permitiu a ocorrência de vários casos de infração de marcas e invenções, com perdas significativas para as empresas que se lançavam no comércio internacional.

Nesse contexto de impossibilidade de continuar a evolução das legislações sobre a propriedade industrial no seio da OMPI, o fórum de negociação sobre esse assunto foi transferido para a área da Rodada Uruguia do Gatt.⁷

1.2 O acordo ADPIC

08. Desse modo, no final da Rodada Uruguai e paralelamente à constituição da Organização Mundial do Comércio (OMC), os Estados concluíram o Acordo chamado de ADPIC (Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Industrial que dizem respeito ao Comércio).

Trata-se de uma regulamentação ampla sobre a propriedade intelectual que trata, no campo da propriedade industrial, dos seguintes assuntos:

- a aplicabilidade dos princípios do GATT e das convenções internacionais sobre a propriedade industrial;

- regras significativas mínimas sobre a proteção de patentes, marcas, desenhos industriais e indicações da origem, entre outros;

- medidas mínimas para conferir eficácia aos dispositivos do Acordo;

- a aplicação do mecanismo de solução de litígios; e

- regras transitórias relativas à implementação do Acordo.

O acordo tem em vista elevar o nível da proteção da propriedade industrial dos EM até a posição de proteção que existe nos países mais industrializados, onde evidentemente a legislação é muito avançada.⁸

09. A vantagem que um tal acordo poderia trazer à formação do Mercosul consiste na aproximação das legislações dos EM, favorecendo a harmonização dos aspectos fundamentais da propriedade industrial. Contudo, até o momento o Paraguai não faz parte da OMC.

Os outros países do Mercosul são membros da OMC e, conseqüentemente, são também signatários do Acordo ADPIC. A Argentina e o Brasil⁹ já modificaram suas legislações a fim de

⁽⁵⁾ Ver Jean-Marie Deleuze, *O Contrato de transferência do processo tecnológico: know-how*, 2.ª ed., Paris: Masson, 1979, p. 17; e Leslie Bertagnoli e Alan Guttermann, *International intellectual property laws, in Counseling Emerging Companies in Going Internacional*, s.l., American Bar Association, 1994, p. 177-178.

⁽⁶⁾ Terrence Stewart, *The Gatt Uruguay Round: a negotiation history (1986-1992)*, Amsterdã: Kluwer, 1991, vol. 2, p. 2259.

⁽⁷⁾ Id., p. 2313; e Hector Garcia. "Los temas nuevos en la Ronda Uruguay de acuerdo general sobre aranceles aduaneros y comercio (GATT): un intento de respuesta a las posiciones de los países industrializados", s. l., CEPAL, LC/R.867, 1990, p. 10 e s.

⁽⁸⁾ Conferir Rajan Dhanjee et Boisson de Chazournes, "Trade related aspects of intellectual property rights (TRIPS): objectives, approaches and basic principles of the GATT and intellectual property conventions", no *Journal of World Trade*, 1990, v. 24, n. 5, p. 14.

⁽⁹⁾ A nova lei brasileira, 9.279/96, foi muito recentemente publicada no *Diário Oficial*, em 15.05.1996.

adaptá-las ao ADPIC. O Uruguai ainda não efetuou as modificações necessárias.

1.3 O Tratado de Assunção

10. Finalmente, é preciso analisar os dispositivos relativos ao assunto abordado no Tratado de Assunção. Já no seu preâmbulo, o Tratado fixa o compromisso dos EM em relação ao avanço do desenvolvimento tecnológico. Em seu art. 1.º define sua característica estrutural:

“Artigo 1.º – Os Estados Membros decidem constituir um Mercado Comum, que deverá ser estabelecido em 31.12.1994, e que será nomeado *Mercado Comum do Sul* (Mercosul).

Esse mercado comum implica:

- A livre circulação dos bens, dos serviços e dos fatores de produção entre os países através, entre outras coisas, da eliminação dos direitos alfandegários e das restrições não tarifárias sobre a circulação de mercadorias e de qualquer outra medida que tenha um efeito equivalente;

- O estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política externa comum em relação a terceiros Estados ou grupos de Estados e a coordenação das posições nos centros econômicos-comerciais, regionais e internacionais;

- A coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados Membros – de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetário, de câmbio e de capitais, de serviços, de alfândegas, de transportes e de comunicações e outros similares – a fim de garantir as condições adequadas de concorrência entre os Estados Membros, e o compromisso dos Estados Membros de harmonizar suas legislações, nos

setores pertinentes, para chegar a uma solidificação do processo de integração.” (Os textos foram sublinhados por nós).

11. Na nossa opinião, a questão da harmonização das regras sobre a propriedade industrial pelos EM está enquadrada no art. 1.º, *in fine* do Tratado. A proteção efetiva e harmônica da propriedade industrial pelos EM constitui um elemento fundamental para a obtenção do livre fluxo de mercadorias e serviços no seio do Mercosul, uma vez que constitui uma das principais formas de proteção do patrimônio incorpóreo da empresa (marca e tecnologia). Um empresário não entra em um mercado no qual o uso fraudulento de sua marca está permitido e não instala um estabelecimento industrial em um país que não protege suas invenções ou seus modelos industriais.

Portanto, a fraqueza ou a inadequação da proteção concedida pelos EM podem produzir efeitos negativos para o processo de integração pretendido, que serão tratados à continuação deste estudo.

2. A harmonização das regras sobre a propriedade industrial em vista das necessidades do processo de formação do Mercosul

12. O contexto internacional da proteção da propriedade industrial na qual estão inseridos os EM podem ser resumidos do seguinte modo:

a) O Paraguai não assinou a Convenção de Paris e não é membro da OMC;

b) O Uruguai aderiu à Carta de Lisboa de 1967 (revisão da Convenção de Paris de 1883) e faz parte da OMC, mas ainda não modificou sua legislação para que esteja adaptada ao ADPIC;

c) A Argentina também aderiu à Carta de Lisboa de 1967 (revisão da Convenção de Paris de 1883), faz parte da OMC, e já adaptou sua legislação aos termos do ADPIC;

d) O Brasil ratificou a Carta de Estocolmo de 1967 (última revisão da Convenção de Paris), e também já modificou sua legislação conforme o ADPIC.

Observando o contexto acima, pode constatar-se que os acordos internacionais contribuíram para a aproximação dos sistemas argentino e brasileiro de proteção da propriedade industrial em um primeiro nível, e dos dois sistemas com o uruguaio em um segundo nível. O Paraguai ainda não se integrou aos esforços internacionais de desenvolvimento e harmonização das regras sobre a propriedade industrial.

2.1 Os problemas decorrentes da deficiência de harmonização

13. Portanto, apesar das convergências criadas pelo sistema internacional, podem objetar-se vários pontos que diferenciam os sistemas jurídicos de proteção da propriedade industrial dos EM. A título de exemplo, apresentamos alguns dos pontos divergentes:

a) *o prazo de validade das patentes da invenção.* Conforme as leis em vigor na Argentina e no Brasil, o prazo é de 20 anos, enquanto as leis em vigor no Paraguai e no Uruguai fixam o prazo em 15 anos. Desse modo, os diversos prazos relativos aos modelos de utilidade, os modelos e os desenhos industriais variam;

b) *o tratamento dado à ausência de exploração das patentes.* No Brasil, a lei determina a caducidade dos direitos do titular se, após a licença obrigatória ter sido concedida, a mesma não for

explorada num prazo de dois anos por falta do titular. No Paraguai, não existe caducidade por motivo da ausência de exploração;

c) *o tratamento dado à ausência de exploração de marca.* As leis argentinas e brasileiras prevêem a caducidade dos direitos do titular se a marca não for explorada durante um período de cinco anos consecutivos. A lei uruguaia não exige a exploração da marca para a manutenção de seu registro.

A essas divergências é preciso acrescentar ainda as diferenças existentes nas exigências legais e na prática administrativa dos órgãos de cada EM para a obtenção da patente do registro de marca.

14. Ora, a não-suspensão de tais divergências pode afetar a livre circulação de mercadorias e de outros fatores de produção no território dos EM. Pode-se imaginar qualquer exemplo de situação possível neste contexto:

a) Um inventor brasileiro que obtém o direito de exploração exclusivo de sua invenção (patente) em todos os EM: Argentina e Brasil, 20 (vinte) anos; Paraguai e Uruguai, 15 (quinze) anos. Portanto, pode ter a desagradável surpresa de ver a mesma ser explorada no Uruguai e no Paraguai 15 (quinze) anos mais tarde, enquanto poderia ter ainda o privilégio da exploração exclusiva no Brasil e na Argentina por mais 5 (cinco) anos.

O inventor brasileiro, ainda titular das patentes na Argentina e Brasil, poderá tomar medidas judiciais a fim de evitar a importação direta da mercadoria produzida no Uruguai e Paraguai para os países onde possui ainda as patentes. Conseqüentemente, deveria haver uma certa heterogeneidade no regime de circulação de mercadorias produzidas conforme a patente, como demonstra na tabela seguinte:

— Paraguai —	/ Brasil /
/ Argentina /	— Uruguai —

Legenda:

- / países onde haveria somente mercadorias produzidas pelo inventor brasileiro
- países onde poderá haver mercadorias produzidas pelo inventor brasileiro e por terceiros

b) Um comerciante uruguaio que, para proteger uma marca, efetua seu registro no Brasil e na Argentina, mas não a utiliza nestes países, poderá ver decretada a caducidade da mencionada marca, pois contrariamente ao Uruguai, o Brasil e a Argentina exigem a exploração efetiva da marca para a manutenção de seu registro.

Após a declaração de caducidade, a mencionada marca poderá ser registrada por terceiros no Brasil e na Argentina, e os mesmos poderão utilizá-la para nomear produtos que circularão através de seus territórios.

Como no caso anterior, cada titular da marca poderá tomar medidas jurídicas com vistas a impedir a circulação das mercadorias nomeadas com marcas de terceiros para o território onde o mesmo é titular do registro. Desse modo, poderá causar, também, uma determinada distorção do regime de circulação de mercadorias identificadas com a mesma marca, como demonstra o quadro a seguir:

— Paraguai —	/ Brasil /
Argentina	— Uruguai —

Legenda:

- país onde a marca pertence ao comerciante uruguaio
- / país onde a marca poderá pertencer a terceiros
- | país onde a marca poderá pertencer a um outro terceiro

15. Ora, conforme mencionado anteriormente, a formação do Mercosul se baseia sobre os princípios de economia liberal e pressupõe a livre circulação de mercadorias, de serviços e de fatores de produção em todo o território do mercado. A não-adoção de medidas no terreno da propriedade industrial poderia constituir um obstáculo para a livre circulação de mercadorias, em oposição direta à idéia de formação de um mercado único.

É preciso, além do mais, considerar o peso e a complexidade dos controles alfandegários necessários para a proteção dos direitos dos particulares, tornando um tal fato muito oneroso para os EM.

A proteção da propriedade industrial não tem por objetivo restringir o comércio, mas pelo contrário, garantir os direitos dos criadores de marcas, de invenção etc., e tornar possível o aumento da atividade comercial. Desse modo, para alcançar os objetivos pretendidos pelos processos de integração, os EM deverão promover a harmonização mais profunda de suas regras nessa matéria.

2.2 O grau de harmonização necessário

16. A harmonização das regras entre os sistemas jurídicos dos EM responde às expectativas do processo de integração na medida em que isso consiste na adaptação das normas, a fim de coordenar a vida em comum dos diversos ordenamentos jurídicos, criando as semelhanças necessárias para essa finalidade¹⁰. No processo da harmonização, contudo, há vários graus de abordagem possíveis e existem assuntos que têm uma importância fundamental para a

⁽¹⁰⁾ V. Jacob Dolinger, *Direito Internacional Privado*, 2.^a ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 32 e s.

implantação do mercado único e que exigem uma abordagem profunda e ampla das regras.

Conforme o nosso ponto de vista, as normas sobre a proteção da propriedade industrial se encaixam no contexto das que têm necessidade de serem profundamente harmonizadas, criando-se as semelhanças necessárias para obter a garantia efetiva da proteção, e não constituem uma restrição à livre circulação de mercadorias no território do Mercosul. Desse modo, não é suficiente fixar o mesmo prazo de validade para patentes nos diversos países, ou ainda estabelecer o mesmo regime de caducidade. É preciso também que as exigências legais para a obtenção da proteção sejam as mesmas, que as leis estabeleçam as mesmas circunstâncias para a concessão da licença obrigatória, e que o procedimento de registro seja uniforme.

17. Não se trata, contudo, de criar regras idênticas em todos os EM. De fato, ainda que a norma isolada seja idêntica em todos os países, uma vez inserida nos sistemas jurídicos respectivos, a mesma recebe influência de características das regulamentações de cada país. Os tribunais dos diferentes países, encarregados de interpretar a regra, nos casos concretos, o fazem, no máximo, de acordo com os princípios próprios da regulamentação respectiva. O resultado da influência desses fatores sobre o curso do tempo pode ser a frustração de uniformização do direito.¹¹

⁽¹¹⁾ Sobre este assunto ver o artigo do Prof. Baptista a propósito dos princípios do UNIDROIT nos contratos internacionais. Baptista, Luiz Olavo, "The UNIDROIT principles for international commercial law project: aspects of international private law", in *Tulane Law Review*, 1995, v. 69, n. 05, p. 1212 e s.

A harmonização do direito admite a criação de regras diferenciadas nos EM respectivos, a fim de respeitar a identidade das regulamentações diferentes, mas criando a uniformização dos efeitos, e que deverão ter por resultado os direitos e as garantias iguais, ou seja, um sistema uniforme de proteção da propriedade industrial no contexto do Mercosul.

2.3 O estabelecimento de um sistema uniforme de proteção da propriedade industrial no Mercosul

18. Nesse sentido, é preciso avaliar se a obtenção de um sistema uniforme no seio do Mercosul não vai exigir de um organismo supranacional administrativo para tratar do assunto.

Em nossa opinião, a consolidação do Mercosul deve ser realizada de modo pragmático, levando-se em consideração que o aprofundamento da integração é feito a longo prazo, por etapas sucessivas e conexas. A conjuntura atual (estabilização das economias) não permite a idealização dos mecanismos tendo uma institucionalização complexa e onerosa.

A nível administrativo, acreditamos que a criação de um órgão supranacional caminha em sentido inverso da dinâmica aplicada para implementar o Mercosul. A integração dos órgãos respectivos (INPI, no caso do Brasil), por trocas contínuas de informações, consultar prévias e de congressos, parece-nos suficiente para atingir as necessidades de curto e médio prazo no processo de integração.

Além disso, considerando a formação possível de um mecanismo efetivo de soluções dos conflitos do Mercosul, que estariam encarregados de resolver os litígios nas questões ligadas ao tema da integração, vemos que as controvérsias

sobre a propriedade industrial, na medida em que afetam a livre circulação das mercadorias no espaço do mercado comum, poderão ser submetidas a esse mecanismo, garantindo uniformidade da interpretação sobre as normas aplicáveis.

3. Conclusão

20. A dinâmica do processo de integração (constituída por uma série de etapas sucessivas e ligadas entre si) depende, sobretudo, da vontade política subjacente ao processo. Os países membros do Mercosul enfrentam, nesse momento, numerosas dificuldades internas de ordem política e econômica, que atrasam o processo de integração regional. Por outro lado, o estágio de integração atingido até o presente exige um avanço no estudo e uma tomada de medidas, sob pena de comprometer todo o caminho andado.

21. Ainda que os sistemas de proteção da propriedade industrial nos países do Mercosul sejam semelhantes, existem divergências relevantes entre os mesmos, que podem ter por efeito levantar obstáculos à livre circulação das mercadorias. Conformemente ao que já foi dito, o empresário não entra num mercado no qual o uso fraudulento de sua marca é permitido, e não instala estabelecimento industrial num país que não protege suas invenções ou seus modelos industriais.

Desse modo, a implantação da livre circulação das mercadorias sobre o território que compreende o Mercosul, impõe a harmonização profunda dos sistemas de propriedade industrial dos EM.

22. Para obter o nível de harmonização necessário às necessidades do proces-

so de integração, acreditamos que é essencial que o Paraguai adira à Convenção de Paris e que o mesmo e o Uruguai adaptem suas legislações às normas do ADPIC.

Acreditamos também que é fundamental integrar os órgãos administrativos responsáveis e a implantação de um mecanismo eficaz de solução das controvérsias tendo competência para tratar as questões relativas à integração, caracterizando uma integração pragmática, com mecanismos flexíveis e pouco onerosos, seja no aspecto financeiro, seja no aspecto estrutural, preservando a identidade e a soberania dos Estados Membros.

4. Bibliografia

ALMEIDA, Paulo Roberto de.

— A informação Tecnológica no e para o Mercosul, em Anais do Seminário Ibero-Americano de Informação Tecnológica, Rio de Janeiro, s. 1, 16 e 17 de novembro de 1992.

— Mercosul, São Paulo: Aduaneiras, 1993.

ARRUDA, Mario J.G. O Licenciamento de Marcas à Luz do Mercosul, na Revista da ABPI, 1992, n. 04, p. 19-20.

BAPTISTA, Luiz Olavo.

— The UNIDROIT Principles for International Commercial Law Project: Aspects of International Private Law, no Tulane Law Review, 1995, v. 69, n. 05, p. 1209-1224.

— O Impacto do Mercosul sobre o Sistema Legislativo Brasileiro, no Mercosul – Das Negociações à Implementação, São Paulo: LTR, 1994.

BERTAGNOLI, Leslie et GUTTERMAN, Alan S. International Intellectual Property Laws, no Counseling Emerging Companies in Going International, s. 1., American Bar Association, 1994, p. 177-178.

CERQUEIRA, João da Gama. Tratado da Propriedade Industrial, 2.ª ed., v. 1, São Paulo: RT, 1982.

COELHO JR., Luiz Gonzaga. Notas – Propriedade Industrial do Mercosul, no Boletim de Integração Latino-Americana. Ministério das Relações Exteriores, 1992, v. 5, p. 101-110.

- COMISSÃO ABPI DO MERCOSUL. "Relatório n. 3" na *Revista da ABPI*, 1992, n. 4, p. 12-13.
- DELEUZE, Jean-Marie. *Le Contrat de Transfert de Processus Technologique: Know-how*, 2.^a ed., Paris: Masson, 1979.
- DHANJEE, Rajan e CHAZOURNES, Boisson de. "Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS): Objectives, Approaches e Basic Principles of the GATT and Intellectual Property Conventions", no *Journal of World Trade*, 1990, v. 24, n. 5, p. 5-15.
- DOLINGER, Jacob. *Direito internacional Privado*, 2.^a ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- ETCHEVERRY, Oscar. Temas de Propriedade Industrial na Jurisprudência de Países Latinoamericanos, no *Derechos Intelectuales*, v. 2, Buenos Aires: Astrea, 1993, p. 74-90.
- FAERMAN, Silvia F., e O'FARREL Ernesto. La Obligación de Explotar en Nuestra Legislación de Patentes, no *Derechos Intelectuales*, Buenos Aires: Astrea, 1986, p. 57-73.
- GARCIA, Hector A. "Los Temas Nuevos en La Ronda Uruguay de Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT): um intento de respuesta a las posiciones de los países industrializados", s.l., CEPAL, LC/R. 867, 1990.
- LABRUNIE, Jacques. Licença Obrigatória e Caducidade de Patentes: As Modificações Geradas pelo Texto de Estocolmo da Convenção de Paris, na *Revista da ABPI*, 1993, n. 07, p. 17-18.
- RIPPE, Siebert. *La Propiedad Industrial en el Uruguay*, Montevideo: Fundação de Cultura Universitária, 1992.
- S.A. "Caça aos piratas", no *Mercosul — Revista Mensal de Negócios*, 1993, n. 17, p. 7.
- SINNOT, John. "The Paris Convention of 1883 in a historical perspective", no *Managing Intellectual Property*, s.l., Euromoney Publ., 1991, p. 29-33.
- SUBGRUPO 07, *Relatórios de Atividades* n. 01 e 02 s.l., 1993.
- STEWART, Terrence P., *The GATT Uruguay Round: a negotiation history (1986-1992)*, Amsterdã: Kluwer Law and Taxation, 1992.

TEXTOS CLÁSSICOS

PERFIS DA EMPRESA

(Alberto Asquini, *Profili dell'impresa*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, 1943, v. 41, I.)

FÁBIO KONDER COMPARATO*

SUMÁRIO: 1. Premissa – 2. A empresa no sentido econômico – 3. A empresa na legislação anterior ao novo Código Civil (Código de 1865, Código Comercial, legislação de infortunistica) segundo o ordenamento corporativo e o novo Código Civil – 4. Diversos perfis jurídicos – 5. Perfil subjetivo: A empresa como empresário – 6. Noções de empresário – 7. Perfil funcional: A empresa como atividade empresarial – 8. Noções da atividade do empresário – 9. Perfil patrimonial e objetivo: a empresa como patrimônio aziendale e como estabelecimento – 10. E como estabelecimento – 11. Posição do Código – 12. Perfil corporativo: A empresa como instituição – 13. Noções de instituição – 14. Os elementos institucionais da empresa – 15. Conclusões.

1. Premissa

Nos primeiros contatos com o novo Código Civil sobre o tema da empresa, criou-se uma certa desorientação. Não agradou a muitos que o Código não tenha dado uma definição jurídica da empresa. Menos encorajante pareceu a posição discordante tomada pelos comentaristas do Código,¹ a qual prestou-

se às mesmas ironias sobre a obra dos juristas. É preciso superar este estado de ânimo de insatisfação, verificando as coisas como são.

O conceito de empresa é o conceito de um fenômeno econômico poliédrico, o qual tem sob o aspecto jurídico, não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que o integram. As

(*) Autor da tradução e notas.

(¹) Soprano, *Il Libro del Lavoro nel Nuovo Civile*, Torino, 1942, "Empresa é o exercício profissional de uma atividade com fins de produção ou troca" (p. 65); "o estabelecimento é parte da empresa que pode ser desagregada do todo" (p. 67); Mossa, *Trattato del nuovo diritto commerciale*, Milano 1942 ("Empresa é organismo que vive do trabalho e de coisas materiais e imateriais, destinadas à comunhão de homens e superiores hierárquicos, com o escopo da economia social" (p. 165); "Nós empregamos o termo único de empresa, porque azienda não quer dizer nada de diferente (p. 337, nota 3); Camelutti,

Le nuove posizioni del diritto commerciale, nesta *Revista* (^{NT}), 1942, I, 67. "A empresa é um ato, o estabelecimento, inato; o estabelecimento é um ente, a empresa, (p. 18); Greco, *Profilo dell'impresa economica*, 1942. "A empresa é instituição enquanto "Organização constitutiva de um núcleo social" (p. 14) e o estabelecimento é "uma parte da empresa" (p. 18); Santoro-Passarelli, *L'impresa nel Codice Civile*, nesta *Rivista*, 1942, I, 376. "A empresa é o estável estabelecimento produtivo, de grande e média dimensão" (p. 390).

(^{NT}) Todas as vezes que se encontrar, no texto, a palavra *Revista* entenda-se "*Revista Del Diritto Commerciale*" onde este artigo foi publicado em seu original, no fascículo I – vol. XLI em 1943.

definições jurídicas de empresa podem, portanto, ser diversas, segundo o diferente perfil, pelo qual o fenômeno econômico é encarado. Esta é a razão da falta da definição legislativa; é esta, ao menos em parte, a razão da falta de encontro das diversas opiniões até agora manifestadas na doutrina. Um é o conceito de empresa, como fenômeno econômico; diversas as noções jurídicas relativas aos diversos aspectos do fenômeno econômico. Quando se fala genericamente de direito da empresa, de direito da empresa comercial (direito comercial), de direito da empresa agrícola (direito agrário), se considera a empresa na sua realidade econômica unitária (matéria de direito). Mas quando se fala da empresa em relação à sua disciplina jurídica, ocorre operar com noções jurídicas diversas, de acordo com os diversos aspectos jurídicos do fenômeno econômico. O intérprete pode corrigir algumas incertezas da linguagem do código, porém sob a estrita condição de não confundir os conceitos que é necessário ter distintos e especialmente aqueles que o código manteve distintos. Para se chegar ao conceito econômico de empresa deve ser o ponto de partida; mas não pode ser um ponto de chegada.

2. A empresa no sentido econômico

O conceito econômico de empresa feito pelo Código Civil é aquele do ordenamento corporativo que é um ordenamento com base profissional.

Tal como o conceito econômico de empresa refere-se essencialmente à economia de troca, pois somente na órbita da economia de troca, a atividade do empresário pode adquirir caráter profissional. É portanto empresa no sentido do Código Civil, toda organização de trabalho e de capital tendo como fim a produção de bens ou serviços para

troca.² Não são empresas no sentido do Código Civil, aquelas formas de organização da produção que, também, empregando trabalho e eventualmente capital de terceiros e possuindo uma estrutura técnica análoga àquela de empresa operante para a troca, são destinadas a prover exclusivamente o consumo direto do empresário (cultivo de um fundo para as necessidades exclusivas familiares do produtor, construção de uma casa com base na economia para o uso do construtor; exercício da navegação).³ A doutrina econômica da empresa faz parte da dinâmica da economia, pois o fenômeno da produção se desenvolve necessariamente no tempo e é sobretudo em relação à variação no tempo, do resultado útil da empresa para o empresário (risco da empresa), que o trabalho organizado do empresário assume relevo econômico. O risco da empresa — risco técnico inerente a cada procedimento produtivo, e risco econômico, inerente à possibilidade de cobrir, os custos do trabalho (salários) e dos capitais (juros) empregados, com os resultados dos bens ou serviços produzidos para a troca⁴ — faz com que o empresário se reserve um trabalho de organização e de criação para determi-

(2) Conforme o conceito de empresa na economia moderna, segundo a ciência econômica: Papi, "Lezioni di economia politica e corporativa, 1940, p. 99; Vito, Economia politica corporativa, p. 56 e s.; De Francisci Gerbino, Economia politica corporativa, p. 324.

(3) Código da navegação, Livro I, Tit. II, do qual resulta que o conceito de "empresa de navegação" tem relação com o fato técnico do armamento do navio, independentemente do escopo econômico do exercício da navegação.

(4) Sobre o conceito de risco de empresa vide Carmelutti, "Il concetto di impresa nella legge sugli infortuni", I, p. 74; Asquini, "Il contratto di trasporto di persone", 1915, p. 23; Wieland, "Handelsrecht", I, p. 145.

nar de acordo com adequadas previsões o modo de atuação da produção e da distribuição dos bens. É esta a contribuição típica do empresário; daí aquela especial remuneração do empresário chamada lucro (margem diferencial entre os resultados e os custos) e que constitui o motivo normal da atividade empreendedora no plano econômico.

Também, na economia de troca a função do empresário é uma função criativa de riquezas e não somente intermediária. Verdade é que através da atividade do empresário emprega-se o trabalho e o capital, disponíveis no mercado e assim é satisfeita a demanda dos bens e serviços, por parte do mercado. Mas, aos bens ou serviços fornecidos pelo empresário ao mercado, são incorporados não somente o trabalho de execução e os capitais empregados, mas também o trabalho organizado e criado pelo empresário.

Isto vale qualquer que seja o objeto da empresa; consista este na transformação dos bens preexistentes em novos bens ou serviços, como ocorre na atividade agrícola e industrial, ou no aumento da utilidade dos bens já existentes, através da sua distribuição no mercado de consumo, como ocorre na atividade comercial (intermediadora) em sentido estrito; opere a empresa no mercado de mercadorias, como ocorre no campo da atividade agrícola, industrial ou comercial, ou opere no mercado de capitais, como acontece no campo da atividade bancária e de seguros. A função organizadora do empresário é mais evidente nas empresas de maiores dimensões – grandes e médias empresas – nas quais o trabalho de organização do empresário se destaca nitidamente do trabalho dos seus dependentes, mas subsiste também na pequena empresa, na qual a prestação do trabalho pessoal do empresário e de seus familiares prevalece sobre o emprego do trabalho

dos demais, além do emprego de capitais, mas não exclui, em escala reduzida, o emprego de trabalho ou mesmo de capitais.

Na economia de troca o caráter profissional da atividade do empresário é um elemento natural da empresa. O princípio da divisão do trabalho e a necessidade de repartir no tempo as despesas da organização inicial, de fato, orientam naturalmente o empresário, para especializar a sua função através de uma atividade em série, dando lugar a uma organização duradoura, normalmente, com escopo de ganho. A extensão da duração da empresa é, além disso, inerente ao próprio objeto da empresa (Ex.: construção de uma estrada, fornecimento periódico de mercadorias). A empresa imediatista pode portanto ser tomada em consideração pela economia, somente como um fenômeno marginal.⁵

⁵ O fenômeno econômico da empresa foi particularmente estudado pela ciência econômica no sistema da economia liberal, que teve no século XIX – o século da revolução industrial – o seu apogeu, e que marcou a definitiva passagem da fase da economia artesanal para a fase das grandes concentrações de capital e de trabalho, modernos (grandes indústrias, grandes comerciantes, grandes organizações bancárias etc.). Mas a empresa é a célula fundamental de qualquer tipo de economia organizada. Diferente somente é, no ordenamento. No sistema da economia liberal, a iniciativa privada na empresa estava sujeita somente às leis naturais do mercado enquanto o Estado se reservava essencialmente a função de garantir a ordem na concorrência (que, diante das dimensões assumidas pelas crises econômicas na moderna produção em massa, acabou por terminar, na realidade, em desordem). Onde, como na Rússia, o desmoronamento da economia capitalista privada levou à instauração de uma economia capitalista coletivizada, a empresa tornou-se parte da organização monopolista da produção por parte do Estado e, como tal opera, sobre bases e planos políticos mais ou menos mastodônticos, impostos pelo Estado, árbi-

3. A empresa na legislação anterior ao novo Código Civil (Código de 1865, Código Comercial, legislação de infortunistica) segundo o ordenamento corporativo e o novo Código Civil

É de relevar-se que o conceito de empresa, entrando no Código Civil

tro do mercado. Na maior parte dos países, também daqueles supostos liberais, nos quais a superação da economia do século passado levou à instauração de uma economia controlada, qualquer que seja o sistema, a empresa ficou com regra confiada à iniciativa privada, mas sobre a base dos planos individuais coordenados pelo Estado no interesse coletivo. Por estes princípios é particularmente influenciado o nosso sistema econômico corporativo, segundo a "Carta Del Lavoro", que considera a empresa privada como "o instrumento mais eficaz e mais útil no interesse da nação" (Dich. VII). Somente "quando falte ou seja insuficiente a iniciativa privada, ou quando estejam em jogo interesses políticos do Estado", a empresa privada é substituída pela empresa pública com a gestão direta do Estado (Dich. IX). Não é verdade, portanto, que no regime de economia corporativa do empresário privado, este se transforme em um funcionário público na máquina econômica burocrática do Estado, sem o próprio risco. Também em regime de economia corporativa a empresa privada goza de uma esfera própria de autonomia e o empresário desenvolve sua iniciativa com o próprio risco, o que implica um trabalho criativo e organizado, baseado no "lucro" que é a sua específica remuneração. Somente, a aplicação do princípio do risco e do proveito não fica mais entregue ao jogo mecânico das leis econômicas em função das condições de concorrência e de monopólio, no qual opere a empresa, mas, vem moderada politicamente pelo Estado, de acordo com os fins superiores do interesse nacional. Em relação a estes fins há novas formas ou ao menos novas posições sobre a organização do trabalho na empresa, considerando-se os empregados na empresa como colaboradores do empresário a serviço de um interesse comum. Isto pode influir sobre a própria estrutura jurídica da relação de trabalho, que

segundo o ordenamento corporativo, com o significado econômico supra citado, destacou-se dos diversos significados que a palavra "empresa" tinha na legislação anterior.

No Código Civil de 1865, que retratava o Código Napoleônico, empresa era na *Locatio operis (contrat d'entreprise)* a prestação do *conductor operis* (empresário) (art. 1627 n. 3); enquanto na *locatio operarum*, empresa era um dos possíveis termos de referência para a determinação das *operae* advindas da *locatur operarum* (art. 1.628), no qual aparecia, como empresário, o fornecedor de trabalho (*conductor operarum*).

No Código Comercial o conceito de empresa era adotado no sentido econômico, como organização da produção para a troca, porém somente sob o perfil dos atos objetivos de comércio (prescindindo, portanto, do elemento profissional)⁶ e só no limitado setor da produção industrial, excluindo o artesanato (art. 3.º, n. 6, 7, 8, 9, 10, 13, 21); enquanto a profissionalização da atividade do empresário tornar-se-ia relevante somen-

pode assumir formas de associação em lugar de uma relação de troca (como acontece na organização da empresa agrícola em forma de parceria); mas influi de qualquer forma sobre o aspecto institucional da empresa e portanto da relação de emprego, também quando este conserva, sob o aspecto patrimonial, a estrutura de uma relação de troca (assalariado) (n. 14). Neste sentido a empresa corporativa perde aquele caráter individualista e especulativo que tem a empresa na economia liberal, para assumir uma função não somente econômica, mas também política e ética (cf. Papi, op. cit., p. 108; Vito, op. cit., p. 60; De Francisci Gerbino, op. cit., p. 353).

⁽⁶⁾ A empresa, como ato objetivo de comércio, era prevalentemente considerada sob o perfil de ato de intermediação na troca de trabalho, Bolaffio, *Commentario*, I, n. 40, Rocco, *Principi*, n. 46; Carnelutti, "Il concetto d'impresa" cit., p. 56, nota 2.

te por conferir ao empresário a qualidade de comerciante (art. 8.º).

Na legislação de infortunística, no setor da indústria, é considerada empresa qualquer organização produtiva que empregue mais de cinco operários e, nestes limites, empresário é sinônimo de empregador, ainda que produza exclusivamente para o próprio consumo (t. u. 31.01.1904, n. 51).⁷ Em sentido análogo, na legislação infortunística, no setor da agricultura é usada a palavra *azienda*, prescindindo-se até do requisito mínimo do emprego de cinco operários (r. d. 23.8.17).

Foi o ordenamento corporativo que adotou, pela primeira vez em nossa legislação, o conceito de empresa no seu significado econômico-técnico de organização da produção, para a troca, com referência a cada setor da economia, reconhecendo e identificando em relação a tal conceito, as diversas categorias profissionais: empregadores ou empresários de um lado; empregados, dependentes da empresa, de outro.

Neste sentido as palavras “empresário” e “empresa”, que não aparecem ainda na primeira lei de 03.04.1926, n. 526, são usadas na legislação corporativa subsequente (r.d. 1 *luglio* 1926, n. 1130; S.d. 06.05.1928, n. 1251; l. 25.01.1934, n. 150, C. P. art. 330, 331) e sobretudo na “Carta del Lavoro” (*Dich.* VII, XVI, XVIII, ecc.). Neste sentido, o conceito de empresa entrou no novo Código Civil, como expressamente declarado na exposição de motivos: “O conceito de empresa acolhido pelo código é aquele da ‘Carta del Lavoro’, não ligado a setores particulares da economia, porém abrangendo cada forma de atividade produtiva organizada; agrícola, industrial, comercial, creditícia; nem ligado a especiais dimensões quantitativas, porém envolvendo a grande e média

empresa, assim como a pequena empresa do cultivador direto do fundo, do artesão, do pequeno comerciante, salvo, para a pequena empresa as particularidades do seu estatuto.”

4. Diversos perfis jurídicos

Afirmar, porém, que a noção de empresa entrou no novo Código Civil com um determinado significado econômico, não quer dizer que a noção econômica de empresa seja imediatamente utilizável como noção jurídica. A exposição de motivos do novo código assumiu o seu dever político, definindo os termos econômicos segundo os quais o conceito de empresa foi introduzido no novo código. Traduzir os termos econômicos em termos jurídicos é tarefa do intérprete, como advertiu corretamente Santoro-Passarelli, no fascículo precedente desta Revista. Mas, defronte ao direito o fenômeno econômico de empresa se apresenta como um fenômeno possuidor de diversos aspectos, em relação aos diversos elementos que para ele concorrem, o intérprete não deve agir com o preconceito de que o fenômeno econômico de empresa deva, forçosamente, entrar num esquema jurídico unitário. Ao contrário, é necessário adequar as noções jurídicas de empresa aos diversos aspectos do fenômeno econômico. Onde, para indicar um aspecto jurídico próprio de empresa econômica, o código adotou um particular *nomem juris*, que deve ser respeitado. Nos demais casos, onde a palavra empresa é usada pelo código — por prática de linguagem ou por pobreza de vocabulário — com sentido jurídico diverso, cabe ao intérprete aclarar os diferentes significados. Neste sentido são as considerações que se seguem, voltadas para reter a atenção sobre os diversos perfis jurídicos sob os quais o

⁷ Carnelutti, *idem*, p. 72.

código considera o fenômeno econômico da empresa.

Adiante veremos, espero, que estes perfis não sejam redutíveis àqueles do tempo e do espaço, como pretendia o sistema dualístico de Carnelutti,⁸ nem mesmo a um problema de dimensão, como queria Santoro-Passarelli.

5. Perfil subjetivo: A empresa como empresário

O Código Civil e as leis especiais consideram, com frequência, a organização econômica da empresa pelo seu vértice, usando a palavra em sentido subjetivo como sinônimo de empresário (CC 2070, 2188, 2570; lei falimentar arts. 1.º, 2.º, 195, 166, 202, 205 etc.; r.d. 1.7.26, n. 1130, art. 8; r. 6 de maio art. 2; d.m. 11.01.1931 sobre o enquadramento sindical etc.).

Algumas leis usam como sinônimo de empresário, também, a palavra “azienda”: ex. r.d. 16.08.1934, n. 1386 sobre o enquadramento dos estabelecimentos que exercitam o crédito e o seguro. Trata-se de metonímia justificada pelas considerações de que o empresário não somente está na empresa (em sentido econômico), como dela é cabeça e alma. Isto não impede na linguagem jurídica, o uso da palavra “empresa” por “empresário”, é um traslado que pode ser

evitado ainda que o empresário seja pessoa jurídica (neste sentido também o código, art. 2221).⁹

6. Noções de empresário

A definição de empresário, segundo o código, resulta do art. 2082 — “É empresário quem exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada, tendo por fim a produção ou a troca de bens ou serviços”. Emerge desta definição (malgrado alguma imperfeição, inevitável a todas as definições) a direta referência da noção jurídica do empresário à noção econômica de empresa, como acima mencionada.

Da análise da definição do art. 2082 resulta, segundo o código, que empresário é:

a) “quem exerce”, isto é, o sujeito de direito (pessoa física ou jurídica, pessoa jurídica privada ou pública) que exerce em nome próprio: portanto, se é gestão representativa, o representado, não o representante; a pessoa jurídica, não os órgãos sociais, através dos quais a pessoa jurídica explana sua atividade;

b) “uma atividade econômica organizada”, isto é, uma atividade empresarial (organização do trabalho alheio e do capital próprio e alheio) que implica de parte do empresário a prestação de um trabalho autônomo de caráter organizador e a assunção do risco técnico e econômico correlato. Não é, portanto, empresário, quem exerce uma atividade econômica às custas de terceiros e com o risco de terceiros. Não é, tampouco, empresário, quem presta um trabalho autônomo de caráter exclusivamente pessoal, seja de caráter material, seja de caráter intelectual. Não é ainda empresário quem exerce uma simples profis-

⁽⁸⁾ Carnelutti, “teoria generale del diritto”, 1940. A força e a fraqueza da Teoria de Carnelutti estão em seu modo de conceber o direito, que dá mais crédito à lógica do que à história. Método de efeitos certamente simplificadoros, quando usado por um grande mestre como Carnelutti; mas método que esconde a relatividade histórica dos conceitos purídicos, que também é essência do direito. O conceitualismo de Carnelutti, fundado sobre categorias do tempo e do espaço, é linear e coligado; mas postula um ordenamento jurídico desmembrado da história, isto é, ... fora do tempo e do espaço.

⁽⁹⁾ Concorda neste relevo: Carnelutti, “Le nuove posizioni”; Santoro-Passarelli, loc. e cit.

são (o guia, o mediador, o carregador etc.) nem de regra, quem exerce uma profissão intelectual (o advogado, o médico, o engenheiro, etc.) a menos que o exercício da profissão intelectual "dê lugar a uma atividade especial, organizada sob forma de empresa (art. 2238), como no caso do exercício da farmácia, de um sanatório, de uma instituição de ensino etc. A noção de empresário não é porém dependente de uma particular dimensão da empresa econômica. Diferentemente do que previa o projeto do Código Comercial de 1940, que distinguia entre "empresa" (*Unternehmen*) (art. 1.º) e "exercício profissional" do artesão e do pequeno comerciante (art. 2.º) (*Gewerbebetrieb*), para o novo Código Civil (art. 2083) qualquer um que exerce uma atividade organizada, ainda que de modestas dimensões, é empresário, seja mesmo com um estatuto especial: aquele do pequeno empresário — o cultivador direto de fundos, o artesão, o pequeno comerciante, dele são exemplos. O pequeno empresário distingue-se do empresário ordinário, somente pela prevalência que, na organização da pequena empresa, tem o percentual representado pelo trabalho próprio do empresário e de seus familiares, em relação àquele representado pelo trabalho alheio ou mesmo pelo capital próprio ou alheio. Neste sentido, especificação contida no art. 1.º da lei falimentar tem caráter interpretativo, não inovativo, com respeito ao art. 2083.¹⁰

⁽¹⁰⁾ A interpretação do conceito do pequeno empresário dada pela lei falimentar (no sentido que vem presumido o pequeno empresário, *iuris et de iure*, aquele que demonstra achar-se nas condições suficientes, não necessárias — nele previstas) explica portanto a sua eficácia também em outros limites do instituto falimentar. C. Bigiavi, "Sulla nozione di piccolo imprenditore", *Dir. Fall.* 1942, II, p. 188 — A esta mesma tese junta-se GRECO, *Profilo*, p. 25, MOSSA, *Foro it.*, 1942, I, 1129; FERRARA, "Gli imprenditori e la società", 1942, p.

c) "Com o fim de produção para a troca de bens ou serviços" mais corretamente: "com o fito da produção, para troca, ou troca, de bens ou serviços". Disto resulta a essencial referência da noção de empresário, ao conceito econômico de empresa operante para o mercado (n. 2).¹¹ Porém qualquer organização produtiva com o fim de troca, dá lugar a uma atividade empresarial. A distinção entre "produção para a troca" e "troca" pura e simples, dada pelo art. 2082 é uma distinção empírica, em relação à tradicional distinção dos dois momentos econômicos da produção e da distribuição dos bens. Mas também a distribuição de bens, isto é, a sua aproximação do mercado de consumo, é uma forma de aumento da sua utilidade, isto é, uma forma de produção. Em resumo, com as palavras "com o fim de produção ou troca, de bens ou serviços", o código quer dizer que o conceito de empresário deve referir-se a qualquer setor da economia: agrícola, industrial, comercial, creditício etc., salvo o reagrupamento das diversas figuras do empresário, em relação ao objeto da atividade empresarial, nos dois tipos fundamentais, de empresário agrícola e empresário comercial, em razão de tratamento legislativo diverso.

26, 27; SANTORO, PASSARELLI, nesta *Revista*, 1942, I, p. 384, mesmo considerando a disposição da lei falimentar derogadora, não interpretadora do Código Civil. Discordantes no sentido que o conceito do pequeno empresário dado pela lei falimentar explicaria o seu efeito somente nos limites de aplicação da lei falimentar. ANDRIOLI, "Sul piccolo imprenditore", *Foro it.* 1942, 769-797; SATTA, "Istituzioni di diritto fallimentare", 1943, p. 28; JAEGER, "Il piccolo imprenditore, nesta *Revista*, 1942, II, 290; VALERI, "Brevi note", neste fascículo, p. 51.

⁽¹¹⁾ A dúvida manifestada, a propósito, por Santoro-Passarelli cit., p. 387, nota 49, não tem razão de ser, tendo em conta o art. 2070, o qual é seguido do "d".

d) “profissionalmente”, isto é, não ocasionalmente, mas com caráter de continuidade. Do que se confirma o disposto no art. 2070, que desejando estender a eficácia do contrato coletivo de trabalho também às relações de trabalho relativas ao exercício, não profissional, de uma atividade organizada, considera o caso como estranho à esfera da empresa.

No conceito da profissionalidade surge como elemento *natural*, porém não *essencial*, o fim de lucro (proveito) como motivo da atividade do empresário (n. 2).

Isto está em perfeita harmonia também com os princípios da “Carta del Lavoro”, que reconhece expressamente o serviço social prestado pelo empresário (Dich. VII). O abrogado Código Comercial distinguia entre simples fim de produção para troca (fim de intermediação) essencial à empresa como ato objetivo de comércio (art. 3)¹² e finalidade especulativa essencial ao conceito de empresário *profissional*, isto é, de comerciante (art. 8.^o). O novo código deixou estas posições. Enumerou, de fato, entre os empresários também os entes públicos que exercem uma atividade econômica organizada com fim de produção e de troca de bens ou serviços (arts. 2093, 2201), independentemente da circunstância de que estes se propunham a um fim de lucro, como remuneração das atividades empresariais. É, portanto, certo que segundo o novo código, o conceito da profissionalização da atividade empresarial reduz-se ao conceito da sua continuidade, enquanto o elemento fim de lucro surge em tal conceito somente como elemento natural e não essencial.¹³

⁽¹²⁾ Vide autores citados na nota n. 5.

⁽¹³⁾ Conf. Greco, Profilo, p. 30.

7. Perfil funcional: A empresa como atividade empresarial

É razão da empresa econômica ser uma organização produtiva que opera por definição, no tempo, guiada pela atividade do empresário é que, sob o ponto de vista funcional ou dinâmico, a empresa aparece como aquela força em movimento que é a atividade empresarial dirigida para um determinado escopo produtivo. O projeto do Código Comercial de 1940 dava, efetivamente, a noção de empresa sob este perfil, considerando a empresa como um particular modo de atividade econômica: “atividade organizada para a empresa” (art. 1.^o). Também o novo Código Civil usa muitas vezes a palavra “empresa” com este significado; assim, todas as vezes que fala do exercício da empresa, do início da empresa, da duração da empresa (arts. 2084, 2085, 2196, 2198, 2203, 2204 etc), a exposição ministerial expressamente assinala que a empresa em sentido funcional “é a atividade profissional organizada do empresário”. No mesmo sentido a palavra empresa é usada, também, por outras leis (por exemplo CP art. 330). É este, enfim, o sentido que ao conceito de empresa — como fato — jurídico — atribuiria Carnelutti (em contraposição ao conceito da *azienda* como situação jurídica).¹⁴

Em virtude de nosso vocabulário não dispor de uma outra palavra, simples como a palavra empresa, para exprimir o conceito de atividade empresarial, não é fácil resistir ao uso da palavra empresa em tal sentido, conquanto não seja um uso monopolístico.

⁽¹⁴⁾ Carnelutti, “Le nuove posizioni” cit., p. 08 Cf. Navarrini, “Tratt”. I, p. 228, nota 3. A distinção de Carnelutti entre a empresa e o estabelecimento corresponderia à distinção que se faz na doutrina germânica entre *Die Unternehmung* e *Das Unternehmen*.

De qualquer forma, deixando de lado a questão das palavras, não há dúvida que o conceito da atividade empresarial tem uma notável relevância na teoria jurídica da empresa; antes de mais nada porque para se chegar à noção de empresário é necessário partir do conceito de atividade empresarial (n. 6); em segundo lugar porque da diversa natureza da atividade empresarial — agrícola ou comercial — depende a qualificação do empresário como empresário agrícola ou comercial (arts. 2135, 2195); em terceiro lugar, para a aplicação das normas particulares relativas às relações da empresa.

8. Noções da atividade do empresário

Segundo as premissas econômicas expostas, o conceito de atividade empresarial implica uma atividade voltada, de um lado, a recolher e organizar a força de trabalho e o capital necessários para a produção ou distribuição dos determinados bens ou serviços, e de outro, a realizar a troca dos bens ou serviços colhidos ou produzidos. A análise jurídica deste conceito já foi realizada, pelas razões da teoria da empresa como ato objetivo de comércio, segundo o abrogado código comercial. Segundo tal teoria consideravam-se como *operações fundamentais da empresa* as operações passivas destinadas à contratação e à organização do trabalho e às operações *ativas* voltadas para a troca dos bens e serviços colhidos ou produzidos; e como operações *acessórias* da empresa, as operações auxiliares das precedentes. A conexão destas diversas operações explicava-se pelo fim, ou motivo, de organizar a produção para a troca (fim de intermediação).¹⁵ Esta análise conserva todo o seu valor também em relação ao amplo conceito de

empresa adotado pelo novo código civil; assim, vale também para o empresário agrícola, que é empresário enquanto organiza capital e trabalho, ou ao menos o trabalho alheio e enquanto dirige a produção, com o fim de troca.

A atividade empresarial reduz-se, portanto, em uma série de operações (fatos materiais e atos jurídicos) que se sucedem no tempo, ligadas entre si por um fim comum.

A profissionalidade da atividade empresarial implica ademais o elemento da constância, no tempo, dessa série de operações e, normalmente, o seu pré-ordenamento com o fito de lucro, inerente, se não essencial, à empresa econômica. (n. 6. d).

Com base nesta análise, para afirmar-se a existência da atividade empresarial, é necessário caracterizar a existência das operações fundamentais da empresa. Para se chegar à existência do empresário é necessário constatar-se, além do mais, o caráter profissional da atividade empresarial. Identificada a existência de uma atividade empresarial profissional, todas as operações que lhe são funcionalmente conexas, adquirem o caráter de operações de empresa e estão, como tal, sujeitas à particular disciplina que o código dá, em relação à empresa (arts. 1330, 1368, 1722 etc.). Da natureza agrícola ou comercial da atividade empresarial, a norma dos arts. 2135 e 2195, CC, deriva pois a qualidade do empresário, como empresário agrícola ou comercial.¹⁶ Com critérios análogos

⁽¹⁶⁾ As noções de atividade comercial e de atividade agrícola são complementares. A noção de atividade agrícola serve na realidade somente para limitar o conceito de atividade industrial, do qual o art. 2195, n. 1. Assim se pode dizer que no sistema do código cada atividade empresarial que não entre no conceito de atividade agrícola, é comercial, e que a subdistinção das diversas categorias de atividades comerciais

⁽¹⁵⁾ Vide autores citados na nota n. 5.

para as pessoas jurídicas públicas deve-se identificar se, e em qual medida o seu escopo visa ao exercício de uma atividade empresarial, com o fim de considerá-la institucionalmente empresarial (e como tal, em regra, enquadrá-la nas associações profissionais) ou então considerá-las empresariais “limitadamente à empresa exercida” (art. 2093).

Com critérios análogos, enfim, vai traçada a linha de demarcação entre sociedade (art. 2247) e comunhão de gozo de bens (art. 2248), porque a “atividade econômica”, cujo exercício em comum tem por escopo dividir o lucro, definido pelo art. 2247 como objeto típico da sociedade, é exatamente a atividade empresarial; o qual, nas assim chamadas sociedades de fato, pode somente ser ocasional.¹⁷

9. Perfil patrimonial e objetivo: a empresa como patrimônio “aziendal” e como estabelecimento*

O exercício da atividade empresarial dá lugar à formação de um complexo de relações jurídicas que tem por centro o empresário (direito sobre os bens de que o empresário serve-se, relações com

descrita pelo art. 2195, tem somente caráter descritivo. Que além disso, o exercício das profissões intelectuais não é, em regra, considerado pelo código atividade empresarial, como resulta do art. 2238. C. Ferrara j., op. cit.

- (17) Da natureza comercial da atividade empresarial, como objeto da sociedade, deriva a natureza comercial da sociedade, com o relevo que para a sociedade de fato a comercialidade está em função de uma atividade empresarial comercial e também ocasional. Neste sentido Valeri (*Brevi note*, neste fascículo, p. 46) agudamente observa que o ato objetivo de comércio sobreviva a certos efeitos do novo Código Civil.
- (18) N.T. Neste perfil deve-se notar que as palavras estabelecimento e azienda são sinônimos.

os empregados, com os fornecedores de mercadorias e de capitais, com a clientela); o fenômeno econômico da empresa, projetado sobre o terreno patrimonial, dá lugar a um patrimônio especial distinto, por seu escopo, do restante patrimônio do empresário (exceto se o empresário é uma pessoa jurídica, constituída para o exercício de uma determinada atividade empresarial, caso em que o patrimônio integral da pessoa jurídica serve àquele escopo). É notório que não faltam doutrinas tendentes à personificação do tal patrimônio especial tendentes a nele identificar “a empresa” como sujeito de direito (pessoa jurídica) distinto do empresário.¹⁸ Mas esta tendência não foi acolhida nem no nosso, nem em outros ordenamentos jurídicos. O novo código (art. 2362) adotou, pelo contrário, medidas particulares para regular o fenômeno da sociedade por ações com um único acionista, com o fim de evitar que este meio indireto sirva para superar a personalidade do empresário: a física e a jurídica constituída por seu patrimônio, para o exercício da sua atividade profissional. Nota-se, também, que o nosso ordenamento jurídico tem sempre excluído e exclui toda construção tendente a fazer do patrimônio especial, de que estamos falando, um patrimônio juridicamente separado do remanescente patrimônio do empresário (patrimônio com escopo; *Sondervermogen; Patrimoine d'affection*).¹⁹ Vale, a propósito, o princípio geral pelo qual cada um responde pela obrigação com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as limitações da responsabilidade admitidas pela lei (art. 2740 CC); e não há

(18) Endemann — *Deutsche Handelsrecht*, 15-17; Valery *Annales de Droit Commercial*, 1902 — n. 14.

(19) Bekker, *Pandekken*, I, 40 app. I, p. 134; *Zweckvermogen etc.*, in *Zeits — f. des Handelsrecht*, IV, p. 499; Valery, loc. cit.

qualquer norma geral que derogue tal princípio para o empresário. Também na falência e nos demais procedimentos concursais do empresário, concorrem todos os seus credores, qualquer que seja a causa do seu crédito, inerente ou não ao exercício das atividades profissionais do empresário (na falência há, é certo, um fenômeno de separação do patrimônio, mas segundo um diferente critério).²⁰

A individualidade da organização patrimonial, a que dá lugar o exercício da atividade profissional do empresário, em relação ao remanescente do seu patrimônio, é todavia um fenômeno extremamente relevante para o direito, quando nada em relação ao efeito das particulares obrigações legais que incumbem ao empresário, em relação ao tal patrimônio especial (obrigação de um inventário especial, se o patrimônio pertence a menores, art. 365; obrigação de indicação analítica dos elementos de tal patrimônio no inventário de empresário comerciante, art. 2217) sobretudo em relação aos efeitos das múltiplas relações jurídicas que possam ter em mira tal patrimônio especial, na sua unidade orgânica, relações de gestão voluntária (mandato outorgado) e compulsória (administração jurídica); relações de transferências (venda, doação, conferência a sociedade, legado etc.); relações de gozo (usufruto, locação); relações de concorrência.

Tal patrimônio especial do empresário tem sido portanto, particularmente estudado pela doutrina²¹ frente às se-

guintes considerações: que se trata de um patrimônio resultante de um complexo de relações jurídicas heterogêneas (reais, obrigacionais, ativas ou passivas) tendo objetos heterogêneos (bens materiais, imóveis, móveis, bens imateriais, serviços); que o conteúdo de tal patrimônio especial é separado de tal maneira que nas relações jurídicas que o regulam e nas quais não atua a lei, (como nos casos de gestão compulsória), mas a vontade privada (gestão voluntária, transferências etc), esta pode abranger ou restringir o conteúdo de tal patrimônio discricionariamente (patrimônio bruto, patrimônio líquido dos débitos ou de alguns débitos etc); que, enfim a característica eminente de tal patrimônio é a de ser resultante de um complexo de relações *organizadas* por uma força em movimento – a atividade do empresário – que tem o poder de desmembrar-se da pessoa de empresário e de adquirir por si mesma um valor econômico (organização, aviamento); assim, tal patrimônio surge como uma entidade dinâmica, e não estática. A este patrimônio é dado o nome de *estabelecimento* concebida como *universitas iurium*.²² Na realidade o estabelecimento, neste sentido, quer dizer *patrimônio aziendale*.²³

10. E como estabelecimento

Com o nome de estabelecimento a doutrina dominante tem ao contrário indicado mais precisamente, não o complexo de relações jurídicas, que são a arma do empresário no exercício da sua

(20) A única hipótese em que o patrimônio aziendale encontra, no novo Código, disciplina especial como patrimônio separado, é aquela da administração judicial prevista pelo art. 2091.

(21) Fadda e Bensa, Note alle Pandette di Windscheid, I, 2, p. 491 e s. La Lumia, Trattato di diritto commerciale, p. 222; Ascarelli, Istituzioni, p. 40; Wieland,

Handelsrecht, p. 224; Pisko, Lersbuch des Oest. Handelsrecht, p. 55.

(22) Fadda e Bensa, loc. cit.

(23) Vide autores citados na nota 20. C. Greco, Profilo, p. 51. No mesmo sentido Soprano fala do estabelecimento como “entidade patrimonial” (*op. cit.* n. 75).

atividade empresarial, isto é, o patrimônio azial — mas o complexo de *bens* (materiais e imateriais, móveis e imóveis, e segundo alguns, também os serviços) que são os instrumentos de que o empresário se vale para o exercício da sua atividade empresarial. O estabelecimento neste sentido, como se nota, é considerado como uma unidade econômica, mas não jurídica (as chamadas teorias atomísticas da *azienda*);²⁴ para outros, ao invés, como *universitas rerum*²⁵ ou como objeto de direito *sui generis* para determinados efeitos.²⁶ A estas teorias contrapõe-se: a teoria que considera o conceito de *azienda* — como objeto autônomo de direito essencialmente no elemento (bem imaterial) da *organização* dos diversos instrumentos da produção e, logo, do aviamento.²⁷

11. Posição do Código

Não pretendo, aqui, tomar posição a respeito destas diversas teorias, do ponto de vista dogmático. Limito-me a realçar que a noção de estabelecimento, dada pelo código, “complexo de bens organizados pelo empresário para o exercício da empresa” (art. 2555) considera certamente a *azienda* como *res*. Porém é verdade que sob o título “da *azienda*” e em outras disposições (ex. art. 2112) o código não dá somente a disciplina do estabelecimento, como definido no art. 2555, mas dá também, sob certos aspectos, a disciplina do patrimônio azial, como complexo de relações jurídicas, de que se vale o empresário, no exercício da sua atividade empresarial. Os dois conceitos de *patrimônio azienda* (complexo de relações jurídicas) e de *azienda res* (complexo de bens) resultam, portanto, consagrados pelo novo código. Poder-se-á discutir se o estabelecimento, como complexo de bens, segundo o novo código, integra-se no conceito de “universalidade de móveis”, como definida no art. 816, ou seja, um objeto de direitos *sui generis*, e, neste último caso, se o seu núcleo essencial não é, verdadeiramente, o elemento imaterial, constituído pela organização e pelo aviamento (neste sentido, no texto da exposição ministerial foi, oportunamente, suprimida a qualificação de *azienda* como *universitas rerum*). Poderá, outrossim, ser discutido se o que é disciplinado pelo código como patrimônio azial possa, por sua vez, ser circunscrito a certos efeitos como objeto autônomo de direitos, ponto de vista não novo da doutrina (vide Fadda e Bensa, loc. cit.), ao qual, substancialmente, retorna Santoro-Passarelli, ao configurar a *azienda* como centro de interligamento ou conexões de

(24) Scialoja, Foro it., 1883, I, 1906; Barassi, Diritti reali, p. 151; Messinco, Ist. § 28 Ascarelli, Ist., p. 41.

(25) Neste mesmo sentido encontramos, na doutrina brasileira, Barreto Filho, Oscar in *Teoria de Estabelecimento Comercial*, São Paulo: Max Limonad: 1969.

(26) Neste sentido a doutrina dominante; Vivante, Tratt., II, n. 842; Navarrini, Tratt., II, n. 1418; Coviello, Manuale, p. 259; Rocco, Principi, p. 275; Recondi, Diritto Industriale, 29.

(27) Neste sentido Ferraza, Trattato Dir. Civ. n. 170, considera a *azienda* como organização de coisas ou instituição (aderente Valeri, nesta revista, 1928, II, p. 108); Casanova, Studi sull'azienda, p. 105, considera o estabelecimento como uma conexão de bens com destinação complementar; Barbero, Le università patrimoniali, n. 103, vê no estabelecimento um particular modo de considerar os bens que o acompanham com particulares efeitos; Camelutti, Le Nuove Posizioni, p. 62, parece considerar o estabelecimento como uma síntese *sui generis* de duas *universitates rerum et personarum*.

(28) Isay, Das Recht Unternemern, p. 10, 27, Pisko, Lehrbuch, p. 56; Muller — Ezbach, Deutsches Handelsrecht, I, p. 72; Thaller — Percerou, Traité I, n. 59 e s.

relações jurídicas.²⁸ Mas não há dúvida que, sobre a base do código, a distinção já feita pela doutrina precedente, entre o conceito de patrimônio aziendale e de *azienda* em sentido estrito, conserva todo o seu valor. De resto a distinção corresponde à realidade das coisas, a qual ensina que nas diversas relações jurídicas (de gestão, de transferência etc.) pode ser deduzida seja a *azienda* como *res*, seja a *azienda* como patrimônio aziendale (compreendidos, portanto, os débitos). A disciplina dada pelo código no título VII do *libro del lavoro* tem por objetivo só esta colocação: que o código considera normalmente implícito na transferência do estabelecimento como *res* também a transferência, em certos limites, do patrimônio aziendale; porém o código deixa, em relação à

matéria, à autonomia privada, as mais amplas margens de liberdade.

Todavia, introduzido no código o *nomen iuris* de *estabelecimento*, para designar o fenômeno econômico de empresa sob o perfil objetivo, este *nomen iuris* vincula o intérprete a não usar em sentido jurídico a palavra “empresa” no significado que o código dá à palavra “estabelecimento”; mesmo porque a titularidade do direito sobre o estabelecimento, conquanto normalmente pertencente ao empresário, pode separar-se do empresário, como no caso de usufruto e de aluguel do estabelecimento, em que o empresário – aquele que exercita a atividade empresarial – é o usufrutuário, ou o arrendatário, ainda que conservando, o nu-proprietário e o locador, a titularidade do próprio direito sobre o estabelecimento. Neste sentido não podemos seguir Mossa, que usa a palavra empresa ou estabelecimento como sinônimos.²⁹

Menos ainda podemos seguir Santoro Passarelli, que considera a empresa como uma particular *species* do *genus* estabelecimento, no sentido que *azienda* refere-se a qualquer organização econômica (*azienda* doméstica, *azienda* de pequeno empresário, *azienda* profissional do não-empresário) e a empresa se refere, ao invés, somente à organização econômica do empresário ordinário, isto é, seria o estabelecimento do médio e grande empresário.³⁰ A terminologia adotada

(28) Santoro, Passarelli, op. cit., p. 14, 15. A novidade da tese de Santoro Passarelli estaria neste sentido: que o que ele chama “centro de referência de relações jurídicas” se acharia em uma zona intermediária entre o puro objeto e o puro sujeito de direito (n. 15). E isto porque com o conceito de patrimônio e de sucessões, na titularidade do patrimônio não se explicaria a permanência da proposta, da aceitação, do mandato, da representação, malgrado a mudança da pessoa do empresário, e não se explicaria também qual seja o bem tutelado pela lei na repressão à concorrência desleal. São dois argumentos que pouco provam. A sucessão na proposta, na aceitação, no mandato, na representação, já admitida por muitas legislações estrangeiras como princípio geral, independentemente de qualquer referência ao estabelecimento, foi sempre justificada também por nós (Bonfante, La successione nella promessa, nesta revista, 1927, I, 1), operando com o conceito de sucessão no patrimônio. A repressão à concorrência desleal, por outro lado, tutela a organização e o aviamento do estabelecimento, que a doutrina mais moderna sobre a *azienda* (aut. cit. nota 26) considera como o núcleo essencial do estabelecimento, autêntico bem imaterial objeto de direito.

(29) Mossa, Trattato, I, n. 387 e s.

(30) Santoro-Passarelli, op. cit., n. 9. C. Messineo, Inst. § 29; La Lumia, Tratt., n. 150. A distinção entre estabelecimento e empresa corresponderia à distinção que se faz na literatura germânica entre *Betrieb* e *Unternehmen*. Porém segundo a terminologia germânica, os conceitos de *Betrieb* e de *Unternehmen* não diferem por razão de dimensões, mas estão em dois planos diversos. *Betrieb* é a organização produtiva em relação aos seus fins técnicos (um

por Santoro Passarelli é uma terminologia pessoal, em contraste com aquela do código e, como tal, não nos parece a mais idônea para orientar o intérprete. A única coisa que se poderá dizer é que além da *azienda* do empresário, considerada pelo código, há outros tipos de *azienda* (ex.: a *azienda* do profissional intelectual) a que podem ser estendidas algumas regras ditadas pelo código para o estabelecimento do empresário.

12. Perfil corporativo: A empresa como instituição

Deixei, por último, a análise da empresa como instituição, segundo o nosso ordenamento corporativo e o novo Código Civil. Enquanto, segundo os diversos perfis acima examinados (empresa como empresário, empresa como atividade empresarial, empresa como patrimônio aziendal e como estabelecimento), a empresa é considerada do ponto de vista individualista do empresário, segundo o perfil corporativo, a empresa vem considerada como aquela especial organização de pessoas que é formada pelo empresário e pelos empregados, seus colaboradores. O empresário e os seus colaboradores dirigentes, funcionários, operários, não são de fato, simplesmente, uma pluralidade de pessoas ligadas entre si por uma soma de relações individuais de trabalho, com fim individual; mas formam um núcleo social organizado, em função de um fim econômico comum, no qual se fundem os fins individuais do empresário e dos singulares colaboradores: a obtenção do melhor resultado econômico, na produção. A organização se realiza através da

hierarquia das relações entre o empregado dotado de um poder de mando – e os colaboradores, sujeitos à obrigação de fidelidade no interesse comum.

Que seja este o perfil corporativo da empresa, não se tem dúvida. Definem a empresa, neste sentido, a Carta del Lavoro (Dich. VII) quando fala de empresário como “organizador da empresa” e do empregado como “colaborador ativo da empresa”; a exposição de motivos do Código Civil, quando diz que a empresa no sentido instrumental é a “organização do trabalho no qual dá lugar a atividade profissional do empresário” distinguindo-a do estabelecimento “projeção patrimonial da empresa” (rel. n. 834; n. 1035); o texto do Código Civil quando sob o título “Do trabalho na empresa”, Livro V. Tit. II, dá conjuntamente o estatuto do empresário e dos colaboradores na empresa; quando diz que o empresário é o “chefe da empresa” (art. 2086) e que os empregados têm perante o empresário a obrigação de obediência e fidelidade, com as relativas sanções disciplinares (arts. 2104, 2105, 2106); quando fala dos requisitos das diversas categorias dos colaboradores “em relação à estrutura da empresa” (art. 2095) e em numerosas disposições (arts. 2145, 2173, etc.).³¹

(31) É certo o relevo de Santoro-Passarelli (p. 386) que a disciplina das relações do trabalho dependente é unitária, seja que se desenvolva na empresa ou fora da empresa. O código não diz diversamente, porque também tendo colocado – por razões de oportunidade – tal disciplina sob o título da empresa, à mesma disciplina se refere para as relações de trabalho estranho à empresa (arts. 2238, 2339). Porém, “o meio próprio no qual se desenvolve a relação de trabalho”, tem-se por definição, empresa. Que além disso as relações de trabalho relativas à empresa, sob o aspecto patrimonial, entram no conceito de estabelecimento, no sentido amplo (*rectius*: do patrimô-

estabelecimento, um escritório); *Unternehmen* é a organização produtiva em relação aos fins econômicos (Heck, Nipperday-Dietz, Kommentar alla legge germânica sull'ordinamento del Lavoro, 3.^a ediz. p. 96-97).

Sob este perfil colhe-se de outra feita o substancial significado do princípio corporativo, que considera o trabalho como sujeito e não como objeto da economia; porque se o estabelecimento pertence ao empresário, da empresa, no sentido corporativo, formam parte, como sujeitos de direito, tanto o empresário quanto os seus colaboradores. Somente, sob este perfil, explica-se enfim a orientação da legislação corporativa em considerar os empregados, na empresa, como “associados” do empresário para um fim comum, donde a tendência a favorecer a participação dos empregados nos lucros da “empresa” e a criar adequados órgãos corporativos, mesmo no interior da empresa, que permitam aos trabalhadores participar no exame dos interesses comuns da empresa.

13. Noções de instituição

A consideração da empresa como organização de pessoas, para um fim comum, no sentido ora indicado, leva a enquadrar, juridicamente, a empresa na figura da “instituição”.

A noção de “instituição” foi elaborada pela ciência do direito público, na Itália especialmente por Romano,³² e anteriormente, na Alemanha, por Gierke,³³ na França por Hauriou.³⁴ Instituição é toda organização de pessoas

— voluntária ou compulsória — embasada em relações de hierarquia e cooperação entre os seus membros, em função de um escopo comum. Cada instituição cria no seu interior um ordenamento elementar que ainda que reconhecido pelo ordenamento jurídico do Estado, que é a instituição soberana, pode por sua vez considerar-se como um ordenamento jurídico de grau inferior (teoria da pluralidade dos ordenamentos jurídicos de Romano).

O reconhecimento de uma organização de pessoas como instituição não significa personificação — nem perfeita nem imperfeita organização. Instituição e pessoa jurídica agem em direções diferentes. A outorga da personalidade jurídica a uma organização de pessoas tem, essencialmente, o escopo de se atribuir a um sujeito, diverso dos indivíduos, as relações jurídicas externas da organização. O reconhecimento de uma organização de pessoas como instituição implica somente no reconhecimento de um determinado modo de ser, das relações internas entre os componentes da organização, em relação a um fim comum. Certamente, quando uma organização de pessoas é elevada, pelo direito, ao grau de pessoa jurídica, o fenômeno da personalidade pode absorver aquele da instituição, também nas relações internas (assim nas sociedades). Mas a vida de uma organização de pessoas, como instituição, é uma vida interna que por si mesma não implica, de nenhum modo, personificação.

O fenômeno jurídico da instituição tem interessado, particularmente, à ciência do direito público, porque, é no campo do direito público, onde — à parte a consideração do Estado como instituição — o fenômeno tem as suas manifestações mais eminentes (o Partido, o exército, a escola etc.). Mas também no domínio do direito privado e espe-

nio de azienda) é um outro modo de considerá-las.

^[32] Romano, *L'ordinamento giuridico*, 1917, § 6; Rasponi, *Il potere disciplinare*, 1942, p. 57; Origone, su di una combinazione fra la teoria del diritto naturale e quella dell'instituzione, em *Scritti giuridici in onore di Romano*, I, p. 367.

^[33] Gierke, *Deutschs provatrecht*, I, §§ 15, 18, 59.

^[34] Hauriou, *Principes de droit public*, 1916, p. 48; *Précis de droit constitutionnel*, 929, I, 2, § 3; Renard, *La theorie de l'institution*, 1930.

cialmente naqueles setores que são afins ao direito público, o fenômeno de instituição já tem despertado o interesse da ciência: exemplo típico de instituição é, certamente, a *família*.

14. Os elementos institucionais da empresa

Ora, a empresa, sob o perfil corporativo, oferece um exemplo típico de instituição. Na empresa como organização de pessoas, compreendendo o empresário e os seus colaboradores, concentram-se todos os elementos característicos da instituição; o fim comum, isto é, a conquista de um resultado produtivo, socialmente útil, que supera os fins individuais do empresário (intermediação, lucro) e dos empregados (salário); o poder ordenatório do empresário em relação aos trabalhadores subordinados; a relação de cooperação entre esses; a conseqüente formação de um ordenamento interno da empresa, que confere às relações de trabalho, além do aspecto contratual e patrimonial, um particular aspecto institucional.³⁵ Certamente a configuração da empresa como instituição toma relevo somente nas empresas de maiores dimensões: mas isto não impede de se considerar como instituição, também, a pequena empresa, de base familiar; pode-se dizer que, em

tal caso, a empresa, como instituição, tende a coincidir com a instituição familiar.

É mérito, dos estudiosos do direito do trabalho, serem os primeiros a examinar o fenômeno de empresa sob o perfil institucional, na Itália, principalmente, Greco.³⁶ As conclusões de Greco merecem alguma reserva porquanto digam respeito às relações entre o conceito de empresa como instituição e aquele de estabelecimento. Segundo Greco o estabelecimento entraria novamente no conceito de empresa-instituição, como parte do todo. Ora, se com isso se quer dizer que a empresa como instituição não é uma organização de pessoas confinadas em uma área, mas uma organização de pessoas, na qual o empresário opera com bens que constituem o estabelecimento, diz-se uma verdade óbvia. Mas isto não quer dizer que as relações entre o conceito de empresa-instituição e o conceito de estabelecimento seja aquele do “todo” em relação a “uma parte”. Trata-se de aspectos diversos do fenômeno econômico da empresa. O estabelecimento é objeto de direitos, em relação ao empresário; a empresa-instituição é uma organização de pessoas que não têm direitos próprios sobre o estabelecimento. O estabelecimento interessa, sobretudo, às relações *externas* do empresário com os terceiros; a empresa-instituição interessa às relações *internas* entre o empresário e os empregados. O conceito de empresa-instituição e de estabelecimento estão, desta forma, em planos diferentes.

Somente é verdade que a titularidade da empresa, em sentido econômico, significa em conjunto, no sentido jurídico, a titularidade do patrimônio azial e titularidade do poder de

⁽³⁵⁾ Santoro-Passarelli, p. 385 e nota 44, não esconde esta perfil da empresa, que também no ordenamento germânico do trabalho tem adquirido um relevo eminente, segundo a noção da *Betriebsgemeinschaft* (Hueck-Nipperdey-Dietz, Komm. cit. p. 23) de forma a não confundir com o genérico conceito de *Gemeinschaft* aplicado às situações contratuais. A *Betriebsgemeinschaft* corresponde precisamente ao nosso conceito de empresa-instituição. Então não vejo porque Santoro-Passarelli, p. 380, considera que o conceito de empresa-instituição seja “uma artificial noção legislativa, sem aderência com a realidade”.

⁽³⁶⁾ Greco, *Contratto di Lavoro*, n. 24, 26; *Profilo*, p. 14 e autores citados ali, nota 2. Acrescente-se neste fasc. p. 33 — Valeri.

mando na empresa-instituição. Assim, com a transferência do estabelecimento transferem-se, normalmente não só as relações patrimoniais do empresário com os empregados (art. 2112), mas também o poder ordenatório do empresário (através de uma espécie de investidura). Mas o complexo de relações patrimoniais e o poder de mando, que constituem o ponto alto do empresário, precisamente porque têm um conteúdo diferente – um atinente ao aspecto patrimonial e outro aspecto institucional da empresa – nada têm a ganhar em serem confundidos. De qualquer forma, o código não os confunde, mantendo-os distintos do conceito de empresa e daqueles de estabelecimento e de patrimônio aziendale.³⁷

15. Conclusões

As observações precedentes pressupõem que se use o conceito de institui-

ção no sentido técnico acima citado. Quando, ao invés, usa-se o conceito de instituição em sentido genérico, e se designa como instituição o fenômeno econômico da empresa em seu todo – como o conceito de empresa usado por Soprano³⁸ – então, no conceito de empresa, entra tudo: o empresário como sujeito, a atividade empresarial, o patrimônio aziendale e estabelecimento, a empresa como instituição em sentido técnico. Como colocado, a análise dos diversos perfis jurídicos da empresa, acima considerados, não pretende romper a unidade do conceito de empresa como fenômeno econômico e portanto como matéria de direito: que a empresa existe e vive como fenômeno econômico unitário, sem rupturas. Nem tais análises pretendem negar que, para certos efeitos, a disciplina jurídica da empresa abranja o fenômeno econômico de empresa sob todos os aspectos; assim por exemplo o que se prefere às distinções entre empresa e pequena empresa; entre empresa pública e empresa privada; entre empresa agrícola e empresa comercial. Mas a técnica do direito não pode dominar o fenômeno econômico da empresa para dar uma completa disciplina jurídica, sem considerar distintamente os diversos aspectos, em relação aos diversos elementos que nela existem.

Neste sentido, deixando de lado a questão do vocábulo, as diversas opiniões da doutrina sobre o tema da empresa acima examinados, não obstante discordantes, são destinadas não a contrapor-se, mas, em certos limites, a completar-se; e a análise dos diversos perfis da empresa contém, já em si traçada, a teoria jurídica da empresa, a qual deveria precisamente compreender as seguintes partes: a) estatuto profissional do empresário; b) ordenamento

⁽³⁷⁾ Um instituto que no seu conteúdo econômico e social está no extremo oposto da empresa corporativa, mas que pode ser todavia utilmente evocado para entender os dois aspectos institucionais e patrimoniais da empresa (empresa-instituição e estabelecimento), é o instituto medieval do feudo rural, cuja titularidade importava além da titularidade de um complexo de direitos patrimoniais, a titularidade de um complexo de poderes soberanos. Neste sentido poderíamos dizer que também a empresa é uma esfera de senhorio (*Herrschaftsbereich*) (empresa sentido estrito) e uma esfera de patrimonialidade (azienda). Alguns autores operando com estes conceitos, pretenderam unificá-los no conceito de *Unternehmen* (assim Fher, *Unternehmen*, in *Randw der Rechtswissenschaft*, VI, p. 246, chegando-se aos estudos de Oppikoper). Mas, como reconhece o mesmo Oppikoper (*Das haufmannische Unternehmen in Rechtsvergleichendes Handw*, VII, p. 24) também no direito germânico o conceito de *Unternehmen*, como estabelecimento, é usado somente no seu conteúdo patrimonial.

⁽³⁸⁾ Soprano, *Il Libro del Lavoro*, n. 39.

institucional da empresa; (disciplina o trabalho na empresa); c) disciplina do patrimônio aziendal e do estabelecimento; d) disciplina da atividade empresarial nas relações externas (relações de empresa).

Uma vez que a matéria mais viva e mais rica de conteúdo na teoria jurídica de empresa é dada pela empresa comercial, a construção desta teoria é sobretudo um dever — o novo dever — da ciência do direito comercial.³⁹

⁽³⁹⁾ Fundamental para a história da doutrina comercialista da empresa é o recente volume de Mossa (*Trattato del nuovo diritto commerciale*, Milão, 1942), ao qual pode recorrer, só parcialmente, neste trabalho.

SOCIEDADE ANÔNIMA – EMPRESA DE RADIODIFUSÃO E TELECOMUNICAÇÃO – EXIGÊNCIA DO ÓRGÃO PÚBLICO FISCALIZADOR – COMPROVAÇÃO DA NACIONALIDADE BRASILEIRA DOS ACIONISTAS – DELIBERAÇÃO ASSEMBLEAR DE VENDA DAS AÇÕES QUE NÃO ATENDERAM À CONVOCAÇÃO – ILEGALIDADE

RICARDO DE SANTOS FREITAS

Ementa: Direito comercial, sociedade anônima. Empresa de radiodifusão e telecomunicação. Exigência do órgão público fiscalizador. Comprovação da nacionalidade brasileira dos acionistas. Convocação editalícia dos sócios, marcando prazo para apresentação de certidão de nascimento ou casamento. Deliberação assemblear de venda das ações dos que não atenderam à convocação. Ilegalidade. Lapso prescricional específico (arts. 156 do Decreto-Lei 2.627/40 e 286 da Lei 6.404/76). Ausência de impugnação tempestiva. Convalidação. Prescrição também do direito a haver dividendos distribuídos sob a forma de bonificação (art. 287, II, "a", da Lei 6.404/76). Inaplicabilidade da teoria geral das nulidades. Recurso provido.

I – Em face das peculiaridades de que se reveste a relação acionistas versus sociedade anônima, não há que se cogitar da aplicação, em toda a sua extensão, no âmbito do direito societário, da teoria geral das nulidades, tal como concebida pela doutrina e dogmática civilistas.

II – Em face disso, o direito de impugnar as deliberações tomadas em assembléia, mesmo aquelas contrárias à ordem legal ou estatutária, sujeita-se à prescrição, somente podendo ser exercido no exíguo prazo previsto na Lei das Sociedades por Ações (art. 156 do Decreto-lei 2.627/40, art. 286 da Lei 6.404/76).

III – Pela mesma razão não pode o Juiz, de ofício, mesmo nos casos em que ainda

não atingido o termo ad quem do lapso prescricional, reconhecer a ilegalidade da deliberação e declará-la nula.

IV – Também o exercício do direito de haver dividendos, colocados à disposição dos acionistas sob a forma de bonificação, se submete à condição temporal (art. 287, II, da Lei 6.404/76).

STJ – 4.º T. – R.Esp. 35.230-0-SP – j. 10.04.1995 – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, prosseguindo no julgamento, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Os Ministros Ruy Rosado de Aguiar, Antônio Torreão Braz e Fontes de Alencar acompanharam os votos proferidos anteriormente.

Custas, como de lei.

Brasília, 10 de abril de 1995 (data do julgamento).

Ministro Fontes de Alencar, Presidente –
Ministro Sálvio de Figueiredo, Relator.

EXPOSIÇÃO – O Exmo. Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo: – Cuida-se de “ação ordinária de obrigação de fazer cumulada com cobrança” proposta por Aryovaldo Guimarães Nogueira contra TV Globo de São Paulo Ltda.

O autor, após noticiar haver adquirido, em 1950, 20 (vinte) ações ordinárias nominativas da empresa-ré - que, à época, atuava sob a denominação social "Rádio Televisão Paulista S.A.", afirmou não ter sido convocado, nos moldes preconizados pelo art. 298 da Lei 6.404/76, para comparecer à assembleia que, em março de 1982, deliberou a transformação da sociedade de anônima em por contas de responsabilidade limitada. Aduziu que, comparecendo à Junta Comercial do Estado de São Paulo, constatou a não-inclusão de seu nome como cotista da referida sociedade, vale dizer, a não-conversão de suas ações em cotas. Demonstrando-se perplexo com esse "desaparecimento" inusitado de suas ações, requereu fosse incluído no "quadro social com o número de cotas correspondentes às ações possuídas" (cerca de 1.828.042 ações, segundo estimou), bem como a condenação da ré ao "pagamento dos dividendos correspondentes às ações e às cotas..."

Em contestação, a requerida suscitou prejudicial de prescrição, o fazendo com esteio no disposto no art. 286 da Lei 6.404/76 e nas seguintes considerações: "A Rádio e Televisão Paulista S.A., atendendo à determinação expressa no art. 160, da Constituição vigente - de 1946, que dava a propriedade de empresas jornalísticas, inclusive de rádio e televisão, a sociedades anônimas por ações ao portador e a estrangeiros foi obrigada pelo CONTEL - Conselho Nacional de Telecomunicações, órgão encarregado da fiscalização da execução dos serviços de radiodifusão, a apresentar comprovação de nacionalidade brasileira de todos os seus acionistas. Assim determinou a Portaria 163, de 27.05.1965, do CONTEL, em seu inc. V.

Diante da exigência formulada pelo CONTEL, e posteriormente reiterada pelo DENTEL, órgão pertencente à estrutura administrativa do Ministério das Comunicações, a Rádio e Televisão Paulista S.A. teve sustado o exame e andamento de seus processos vinculados à alteração e reforma estatutária até a apresentação da documentação exigida na citada Portaria 163/65.

Apesar dos Editais de Convocação publicados entre 1966 a 1972, para deliberações

sociais e o Aviso de 27.10.1972, publicado em 31.10.1972, 01 e 02.11.1972, a sociedade não logrou êxito com vistas ao atendimento do dispositivo constitucional e da exigência formalizada pelo CONTEL.

Diante disso, e estando próximo o prazo para ingresso do pedido de renovação da concessão, quando teria a sociedade de já contar com seu quadro regularizado e identificado perante o DENTEL, a "Rádio e Televisão Paulista S.A." (...) "convocou por Edital publicado na *Gazeta Mercantil de São Paulo* em 11.09.1975 seus acionistas para atendimento da exigência expressa no Ofício n. 097/75, do DENTEL, solicitando-lhes o comparecimento à sede social para a assinatura de ficha individual de identificação e apresentação, de prova de nacionalidade brasileira, através de certidão de casamento ou de nascimento. Foi-lhes consignado o prazo de 60 dias para a providência, atendida, a final, por vários de seus acionistas.

Além de atender à exigência formal do Ministério das Comunicações, a medida visava, também, preencher os requisitos necessários à instrução do pedido de renovação da concessão que detinha para executar o serviço de televisão na Cidade de São Paulo.

"Passado o prazo estipulado no Edital, fez a sociedade convocar a Assembleia Geral Extraordinária, a qual realizada em 30.06.1976, assim deliberou sobre a matéria":

"Discutida a matéria, ficou deliberado, pela totalidade dos acionistas presentes à Assembleia, que o montante das ações pertencentes àqueles acionistas que não haviam comparecido em atendimento ao Edital, seria colocado à disposição dos acionistas remanescentes para aquisição daquelas ações que já possuíam na sociedade, devendo, os acionistas, exercer este direito dentro do prazo de 30 (trinta) dias, contados a partir da presente data".

"À deliberação tomada pela Assembleia de 30.06.1976 seguiu-se o oferecimento das ações pertencentes aos acionistas que não haviam regularizado a situação em atendimento da exigência do Conselho Nacional de Telecomunicações, aos sócios remanescentes e transferidas de acordo com a anuência do Ministério das Comunicações.

A importância arrecadada com a transferência de ações foi levada a depósito bancário em favor dos ex-acionistas em 20.07.1976, junto ao Banco Nacional S.A., na Cidade de São Paulo, tudo de conformidade com a deliberação da Assembléia Geral e atendidas as exigências do Ministério das Comunicações”.

“A transformação do tipo jurídico em sociedade por cotas de responsabilidade limitada ocorreu por deliberação tomada em Assembléia-Geral realizada em 29.03.1982, cujo instrumento foi levado a registro perante a Junta Comercial de São Paulo em 26.10.1982, portanto, cinco anos após a realização e publicação da Ata da Assembléia-Geral Extraordinária de 30.06.1976”.

O Juiz, apreciando a espécie, julgou extinto o processo sem julgamento do mérito. Da fundamentação adotada na sentença, extrai-se: “...força é ouvir que a manifestação de f., bem concebida, historia o desenrolar dos fatos, fazendo exsurgir a circunstância de não ser o autor mais acionista da TV Globo de São Paulo S.A., o que por si só inibiria a sua inclusão no quadro social da TV Globo de São Paulo Ltda.

Efetivamente a inicial apresenta conteúdo cominatório, mas f. o autor afirma pedido de anulação da assembléia-geral extraordinária realizada em 30.06.1976, pedido este que se haveria de considerar implícito na exordial. Todavia, a se considerar a posição última do autor, o pedido de anulação estaria prescrito (art. 286 da Lei 6.404/76), inviabilizando o acolhimento da pretensão explicitamente deduzida inclusão no quadro social com o número de cotas correspondentes às ações possuídas.

De outra banda, considerando, como considero, salvo melhor juízo, inexistir pedido implícito, já que ele deve ser claramente deduzido na inicial, impende reconhecer a impossibilidade jurídica de se fazer o autor sócio da TV Globo de São Paulo Ltda.

Portanto, seja porque prescrita a ação para anular a assembléia que o excluiu da sociedade, seja porque não pediu a anulação, não pode agora o autor alcançar o objetivo consistente em se fazer integrante do quadro social da ré.

Também a ação cumulada de cobrança de dividendos estaria prescrita (art. 287, II, “a”, da Lei 6.404/76), se abrangesse período anterior ao da exclusão do autor do corpo social. Mas, a manifestação de fl., item 7.º, deixa patenteada a sua pretensão de haver dividendos pertinentes ao período posterior à data em que ocorreu a exclusão, o que, como acentuado anteriormente, não pode merecer guarida sem que antes fosse alcançada a anulação da assembléia em que se deliberou a sua exclusão do quadro social.

Em suma, se ínsita ao pedido se considerasse a pretensão anulatória, a prescrição seria de ser reconhecida, com julgamento do mérito, portanto. Sem que tal tenha ocorrido, por não haver sido realizado o pedido de anulação, impende proclamar que o ordenamento jurídico não alberga a pretensão deduzida”.

Interposta apelação, o Tribunal de Justiça de São Paulo deu-lhe parcial provimento para, afastando a carência e a prescrição reconhecidas na sentença, julgar procedente o pedido inicial naquilo que diz com o reclamado direito às quotas, em proporção ao valor das ações, e à pleiteada condenação da ré ao pagamento dos dividendos, isso relativamente aos não prescritos.

Quanto às questões prefaciais, constaram do acórdão então proferido os seguintes fundamentos decisórios: “... bem é de ver que não se poderá cogitar de prescrição na espécie, pois não se pode olvidar o inteiro teor do art. 298, IV das Disposições Gerais da Lei 6.404/76, que regula as Sociedades Anônimas, cuja aplicação se impunha em relação ao apelante, já que detentor de ações nominativas. Aliás, o inteiro teor daquelas disposições regulam a forma de comunicação aos acionistas desse tipo societário, e não consta tenha o autor recebido aviso de emissão da apelada – a TV Globo, então S.A.

Diante de tal inobservância da lei societária, então, não é possível conceber-se que, nunca tendo anuído na venda de suas ações nominativas, pudessem estas terem sido transferidas a quem quer que seja, restando tal transferência sem qualquer repercussão em relação ao requerente, ou seja, não pode ter subsistência um negócio jurídico, cujo

proprietário da coisa objeto do negócio, sequer participou da cogitada alienação. A entender-se doutra forma estar-se-ia proclamando a legalidade do enriquecimento ilícito, o que não é possível sancionar-se, irrefutavelmente.

Indagar-se-ia: com que poderes a Assembléia realizada destituiu o requerente, ora apelante, da propriedade de suas ações nominativas já que a requerida não comprovou ter aquele recebido tal aviso, como comanda a lei, 'por escrito', da então Companhia (Lei das S.A., art. 298, IV). Ora, se assim ocorreu, tal transferência como ato jurídico, restou destituída de toda eficácia, já que praticada em aberta violação aos arts. 145, III e IV c/c. 82 e 120, todos do CC.

Cuida-se de pessoas distintas, isto é, o detentor das ações e a pessoa jurídica, e que são inconfundíveis, nos conhecidos termos do art. 20 da lei civil substantiva, não sendo possível que uma lance mão de coisa de propriedade; outrem a aliene, desarvorando o detentor de tais ações da sociedade de uma forma que contravém ao direito próprio regente da matéria".

"Esta foi a situação trazida a Juízo pelo requerente, não subsistindo a convicção judicial de 1.º grau que deu pela impossibilidade jurídica do pedido, cuja abrangência alcançou o mérito da *quaestio*, asseverando, contudo, que tal não ocorrera. Por outro lado, para lançar mão das ações nominativas da propriedade do autor, era absolutamente necessário que, legalmente, tal fosse feito de acordo com os requisitos legais, o que a apelada jamais comprovou, pois, a transferência de tais ações, em hipótese alguma, poderia ter sido feita como foi.

Nem se cogite de que o requerente foi validamente convocado por edital àquela assembléia transformadora do tipo societário da requerida. Em verdade, o ato de chamamento por edital não pode sobrepor-se ao texto legal que o regula, de molde a arredá-lo de seus interesses como acionistas. Provou ele que nunca alterou seu endereço nesta Capital, o que uma vez mais revela não ter sido procurado como devia".

Em reforço, o Sr. Desembargador Costa de Oliveira, que fez juntar declaração de voto vencedor, aduziu: "Cumpre advertir-se

para o escrito no item 18 inicial (f.), ou seja, que as ações do autor foram vendidas a Roberto Marinho de modo estapafúrdio, como se pudessem ser desapropriadas por um particular. Essa fundamentação mostra com clareza que se trata de alegação de venda *a non domino*. A assembléia não dispunha de poderes para vender as ações do autor a terceiro. Logo, essa venda foi ineficaz. Não teve qualquer eficácia para o seu titular, o dono daquelas ações — o autor. O resultado lógico dessa premissa jurídica é aceitável, como foi exposta no *petitum*, que o autor continue a figurar como titular das quotas correspondentes a essas ações, em número a ser ainda apurado (na ação de liquidação, *verbis* "em execução"). É perfeitamente possível, para esse fim, ação cominatória, condenando-se a final o réu a essa obrigação de fazer: inscrever o autor, ainda que informalmente, como credor perpétuo da sociedade-ré.

Nem há ilogismo de raciocínio da inicial, ao omitir o pedido desconstitutivo da convocação da assembléia como fundamento para o outro pedido, de condenação da ré ao pagamento de dividendos.

A razão é simples: a ineficácia da alienação das antigas ações do autor pode ser declarada até mesmo de ofício. É matéria de direito. Chega-se a ela com base na análise dos fatos trazidos ao processo, sim, mas examinados os fatos trazidos a Juízo (*da mihi facta*) há o Juiz de extrair-lhe as consequências, e dizer quem tem direito, e em relação a quem o tem. A ineficácia da alienação daquelas ações está, aliás, alegada na inicial — ele não autorizou a alienação, a assembléia não dispõe de poderes para determinar a alienação do que lhe pertence. Impede-o em verdade o direito de propriedade, que a Constituição garante. Sendo assim ineficaz a dita alienação, aquelas ações nominativas continuam sendo do apelante. Tem ele direito de conservar tudo quanto aquelas ações importam economicamente, agora em forma de direito a dividendos. Continua ser "quase-quotista", por ter sido acionista. A ninguém vendeu o que era seu, nem autorizou tal venda. Nem houve perda por usucapião. A empresa tinha essas ações não como dona mas como depositária, não há aliás alegação de usucapião de parte da

ré; nem Roberto Marinho figura na relação processual em posição alguma.

O prazo extintivo regrado no art. 298, IV, da LSA não correu para o autor-apelante, que era titular de ações nominativas e não recebeu aviso escrito de parte da empresa – a ‘TV Globo’.

Os pressupostos processuais (CPC, art. 267, IV, VI, c/c § 3.º) estão presentes. Aliás, o dito tardiamente pela ré (art. 267, § 3.º, parte final) sobre impossibilidade jurídica do pedido é, em verdade, matéria de mérito, diz respeito à fundamentação jurídica dos direitos alegados pelo autor. Sem razão a ré-apelada”.

Rejeitados os declaratórios oferecidos, a empresa-ré manifestou recurso especial, alegando afronta aos arts. 267, VI, 293, 460, 515, CPC, 286, 287, II, a, 298 da Lei 6.404/76. Sustenta:

⇒ que o autor é carecedor da ação tanto por impossibilidade jurídica do pedido como por ilegitimidade ativa *ad causam*;

⇒ que “somente os acionistas da TV Globo de São Paulo S.A., que eram possuidores de ações, na data da transformação, 20.03.1982, poderiam pleitear o direito de verem as ações se transformarem em quotas da nova sociedade”;

⇒ que o recorrido, no entanto, à data da transformação, não era mais acionista da empresa-recorrente, “porque suas ações, seis anos antes, a 30.06.1976, por deliberação da Assembléia-Geral Extraordinária da Sociedade, haviam sido alienadas, juntamente com outras, ao Dr. Roberto Marinho”;

⇒ que “essa Assembléia Extraordinária e as suas deliberações nunca foram impugnadas, administrativas ou judicialmente” e não há mais possibilidade de impugnação, por estar prescrita toda e qualquer ação objetivando anulá-la;

⇒ que referida assembléia se realizou aos 06.06.1976, antes, portanto, da vigência da Lei 6.404, de 15.12.1976, cujo art. 298 foi invocado pela Câmara Julgadora como razão de decidir;

⇒ que o v. acórdão “acoplou” à petição inicial, composta de dois pedidos cumulados (um cominatório e outro condenatório), um

terceiro não formulado: “o de anulação da Assembléia Extraordinária”;

⇒ que o Juiz de primeiro grau “não examinou a pretensão relativa à cobrança de dividendos no seu mérito”.

Em contra-razões, o autor-recorrido, após enfatizar a ineficácia da operação levada a cabo em 1976, por reputá-la alienação a *non domino*, salientou que, como um dos sócios fundadores da Rádio Televisão Paulista S.A., já havia apresentado a prova de nacionalidade brasileira, tendo sido aprovado como acionista pelas autoridades competentes; que portanto, não estava obrigado a atender à convocação editalícia, que visava à apresentação de tal prova apenas pelos que ainda não a haviam produzido; que, ademais, a compra realizada em 1976 teve por objeto apenas 20 de suas ações, sendo certo que, em virtude das bonificações concedidas em 1974, 1975 e 1976, já possuía, neste último ano, 374.000 ações.

O apelo foi admitido na origem.

É o relatório.

VOTO – O Exmo. Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo (Relator): Considerou a Câmara Julgadora que a deliberação tomada na assembléia realizada em 30.06.1976, no sentido de que “o montante das ações pertencentes àqueles acionistas que não haviam comparecido em atendimento ao Edital seria colocado à disposição dos acionistas remanescentes para aquisição”, que essa deliberação não teria eficácia em relação ao autor-recorrido, isso basicamente em função de duas ordens de argumentação:

1) porque não teria ele sido regularmente convocado, nos moldes preconizados pelo art. 298, IV, da Lei 6.404/76, por meio de aviso por escrito;

2) porque tal deliberação encerraria uma autorização de venda a *non domino*, o que conflita com a ordem legal e constitucional do País.

Quanto ao primeiro aspecto, não há como prevalecer o entendimento esposado no acórdão recorrido.

Com efeito, para a referida Assembléia, realizada aos 30.06.1976, não havia neces-

cidade de convocação por meio de aviso escrito, sendo suficiente a procedida pela via editalícia. E isso porque:

a) o Decreto-lei 2.627/40, vigente à época, não impunha convocação pessoal. Ao contrário, dispunha o seu art. 88, *caput*. "A convocação da assembleia-geral far-se-á pela imprensa, mediante convites ou anúncios publicados, por três vezes, no mínimo, no órgão oficial da União, ou do Estado, conforme o local em que estiver situada a sede social, e em outro jornal de grande circulação. Os convites ou anúncios mencionarão, ainda que sumariamente, a ordem do dia da assembleia e o local, o dia e a hora da reunião".

b) a Lei 6.404/76 somente foi editada em 15.12.1976, não sendo admissível exigir-se que fosse observado um seu dispositivo quando da convocação de assembleia realizada quase seis meses antes;

c) ainda que se pudesse entender invocável o disposto no art. 298, IV, da Lei 6.404/76, não teria aplicabilidade na espécie, na medida em que disciplina especificamente os casos de assembleias convocadas com o fim de proceder-se à transformação da sociedade, de anônima para limitada, o que não foi objeto daquela levada a efeito em 30.06.1976, sendo certo, por outro lado, que o inc. IV de referido preceito legal cogita do envio de aviso escrito aos acionistas, não para ensejar-lhes conhecimento da futura realização de assembleia, mas sim para possibilitar-lhes o direito de, discordando nos termos de deliberação já tomada — a que tenha importado na conversão do tipo societário — pleitear o reembolso do valor de suas ações.

É preciso deixar claro que a prescrição arguida em contestação, e acolhida pelo sentenciante, diz respeito especificamente à não-impugnação, em tempo hábil, da decisão assemblear que determinou a vendas das ações e conseqüentemente exclusão dos acionistas que não haviam apresentado a documentação comprobatória solicitada. Tal arguição, portanto, é relativa à indigitada assembleia de 30.06.1976, não à de 29.03.1982, na qual decidida a transformação da sociedade em limitada.

O que se discute, portanto, é se o autor-recorrido, à época da realização desta última

assembleia, era ou não acionista. Somente após essa definição é que se poderia pensar, caso positiva a resposta, em averiguar a observância ao disposto no art. 298, IV, da Lei 6.404/76.

Assim, não se houve com o habitual acerto o Eg. Colegiado Estadual ao proceder à análise da alegada prescrição com base na aludida norma da Lei das Sociedades Anônimas.

Também não vejo como prosperar o segundo argumento de que se valeu o Órgão julgador de segundo grau para considerar incorrida a prescrição.

Deduziu-se, notadamente na declaração de voto vencedor, tese no sentido de que a alienação das ações do recorrido, do modo como levada a efeito, padeceria de nulidade, carecendo de qualquer eficácia relativamente a ele, recorrido. E, portanto, em se tratando de ato nulo, não seria alcançado pela prescrição — ou, quando menos, estaria sujeito ao lapso vintenário do art. 177, CC — e nem poderia ser de ofício reconhecido como tal pelo Juiz.

Tomando por base a teoria das nulidades, da forma como arquitetada pela doutrina e pela dogmática civilistas, o raciocínio desenvolvido não mereceria reparos.

Sucede, no entanto, que não se pode importar essa teoria para o âmbito do direito societário.

Com efeito, a relação entre acionistas e sociedade, em razão de peculiaridades de que se reveste, exige tratamento diferenciado.

A atividade empresarial, dada a dinâmica dos negócios que constituem a sua essência, realizados diuturnamente, envolvendo inúmeros compromissos e obrigações requer, para que não reste ameaçada a sua viabilidade, uma certa estabilidade, uma situação definida que possibilite um mínimo de segurança na tomada de decisões.

Ciente dessa realidade, o legislador pátrio atribuiu aos sócios prazos exíguos para impugnarem as deliberações assembleares, exatamente porque com esteio nelas é que atuam os órgãos diretores da empresa, internamente e nas relações contratuais com terceiros.

Mesmo as deliberações contrárias aos ditames legais ou estatutários convalidam após o transcurso do lapso prescricional. E há uma razão para tanto. É que a deliberação encerra a vontade da maioria, sendo de pressupor-se que, não obstante infringente das disposições normativas, foi concebida por ser considerada benéfica à sociedade e, de forma indireta e reflexa, também aos sócios.

Assim estava redigido o art. 156 do Decreto-lei 2.637/50:

"Art. 156. Prescreve em três anos a ação para anular as deliberações tomadas em assembléia-geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, ou violadoras da lei ou dos estatutos, ou eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação".

Parágrafo único – O prazo da prescrição começa a correr da data da publicação da ata ou da deliberação. Quando, porém, o objeto da deliberação constituir crime, o prazo de prescrição da ação civil será o da ação penal".

A lei atualmente em vigor (Lei 6.404/76) estabelece prazo ainda mais reduzido: "Art. 286. A ação para anular as deliberações tomadas em assembléia-geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, violadoras da lei ou do estatuto, ou eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação prescreve em 2 (dois) anos, contados da deliberação".

A propósito, assinala o emitente Rubens Requião, em escólios, à Lei 6.404/76 (*Curso de Direito Comercial*, 17.ª ed., São Paulo: Saraiva, 1988, n. 473, p. 255):

"A lei, como no diploma anterior, regula o prazo de prescrição de forma especial. Essa técnica legislativa se explica pela excepcionalidade das regras, que se referem à sociedade anônima".

Assim, por qualquer ângulo que se analise, à época do ajuizamento da ação (1988) estava prescrita a possibilidade de o autor impugnar a deliberação assemblear que, conquanto tomada em respaldo legal ou estatutário, autorizou sua exclusão da sociedade.

Convém esclarecer que, na verdade, o que ocorreu não foi uma venda *a non domino*, mas sim exclusão, à semelhança do que

ocorre com o acionista que deixa de integralizar o preço das ações por ele compradas, incorrendo em mora.

Em casos tais, prescrevia o art. 76 do Decreto-lei 2.627/40:

"Art. 76. Verificada a mora do acionista, a sociedade poderá:

a)

b) mandar vender as ações por conta e risco do acionista constituído em mora, na Bolsa de Valores do lugar da sede social ou, se não houver, na mais próxima".

De forma semelhante, proclama o art. 107 da vigente Lei das Sociedades por Ações:

"Art. 107. Verificada a mora do acionista, a companhia pode, à sua escolha:

I –

II – mandar vender as ações em Bolsa de Valores, por conta e risco do acionista".

Na espécie em apreço, a mora apontada decorreu da não-entrega, no prazo assinado, da certidão de nascimento ou de casamento comprobatória da nacionalidade brasileira.

O modo de exclusão escolhido pela unanimidade dos acionistas que compareceram à assembléia é que foi *sui generis*, sem previsão legal ou estatutária.

Seja como for, repise-se, não tendo sido combatida em tempo, a deliberação, do modo como estabelecida, convalidada restou.

Entendo, de outra parte, pelas razões a que venho a aludir, que não pode o julgador, mesmo nas hipóteses em que ainda não transcorrido por inteiro o lapso prescricional, pronunciar-se de ofício sobre nulidade de deliberação. Somente pode fazê-lo mediante provocação expressa de acionista.

Assim, seja por não ter sido pleiteada na inicial a nulidade da deliberação que excluiu o autor dos quadros sociais, seja porque operada prescrição em relação à possibilidade de impugná-la, não há como acolher-se o reclamado reconhecimento de que, à época da transformação da sociedade em limitada (1982), ostentava ele a condição de sócio.

O aresto recorrido, ao concluir em sentido oposto, incorreu em violação dos arts. 267,

VI, 293, 460, CPC, 286 e 298 da Lei 6.404/76.

A propósito da argüição lançada pelo recorrido em contra-razões, no sentido de que ele já teria apresentado a documentação requerida, cumpre ponderar que a análise desse aspecto, a par de não procedida pelas instâncias ordinárias, está a requerer exame dos elementos fático-probatórios constantes dos autos.

De qualquer sorte, ao que se depreende, as convocações editalícias via das quais foram solicitadas as certidões comprobatórias de nacionalidade eram dirigidas a "todos os sócios", havendo inclusive constado, pelo menos em uma delas, listagem com o nome de todos eles, aí incluído o do recorrido.

Por outro lado, tudo indica que o órgão fiscalizador (CONTEL), não obstante os termos em que redigida a Portaria n. 163, que determinava fosse feita a referida demonstração apenas pelos acionistas ainda "não obstante do processo", estava, na realidade, exigindo os dados atualizados da totalidade dos sócios. Isso o que ressaí da parte final de uma ata de assembléia lavrada em 1.965 (f.).

No tocante ao outro tema suscitado pelo autor-recorrido, atinente à quantidade das ações que possuía em 1976, razão não lhe assiste.

É que o alegado direito aos dividendos que teriam sido distribuídos em 1974, 1975 e 1976, sob a forma de bonificação, também já estava, à época da propositura da ação, alcançado pela prescrição, a teor do que estabelece o art. 287, I, a, da Lei 6.404/76, *verbis*:

"Art. 287. Prescreve:

I -

II - em 3 (três) anos:

a) a ação para haver dividendos, contado o prazo da data em que tenham sido postos à disposição do acionista..."

Disso resulta, em conclusão, que o recorrido somente teria direito aos dividendos referentes ao período anterior à sua exclusão (1976), direito em relação ao qual, contudo, se operou prescrição.

Violado, portanto, também o art. 287, II, da Lei das Sociedades Anônimas.

Acolhidas essas irresignações recursais, fica prejudicada a apreciação da apontada ofensa ao art. 515 do estatuto processual.

Em face do exposto, conheço do recurso e ao mesmo dou provimento para restabelecer, na íntegra, a sentença.

EXTRATO DA MINUTA — REsp n. 35.230-0-SP — (93.0013955-0) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo. Recorrente: TV Globo de São Paulo S/A. Recorrido: Aryovaldo Guimarães Nogueira. Advogados: Drs. Iracema Santos Rodrigues e outros e Aryovaldo Guimarães Nogueira.

Decisão: Após o voto do Exmo. Sr. Ministro Relator, conhecendo do recurso dando-lhe provimento, pediu vista o Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro (em 06.12.1995 — 4.ª Turma).

Aguardam os Exmos. Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar, Antônio Torreão Braz e Fontes de Alencar.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar.

VOTO-VISTA — O Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro: — 1. Aryovaldo Guimarães Nogueira ajuizou ação ordinária contra a "TV Globo de São Paulo Ltda.", objetivando a condenação da ré a: a) incluí-lo no quadro social com o número de cotas correspondentes às ações possuídas; b) ao pagamento dos dividendos relativos às ações e às cotas que lhe dizem respeito. Aduziu o autor que, tendo adquirido no ano de 1950, 20 (vinte) ações nominativas da empresa-ré, não foi ele convocado para comparecer à Assembléia de 29.03.1982, que deliberou sobre a transformação da sociedade anônima em sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Acentuou que não consta o seu nome como cotista; vale dizer, quando da transformação as suas ações simplesmente desapareceram.

Na contrariedade, a demandada reportou-se à convocação feita em 11.09.1975, dos acionistas para comparecimento à sede social e assinatura da ficha individual de identificação, bem como da apresentação da prova

da nacionalidade brasileira. Em seguida, invocou a realização da Assembléia-Geral Extraordinária de 30.06.1976, na qual se deliberou que o montante das ações pertencentes àqueles que não haviam comparecido seria colocado à disposição dos acionistas remanescentes, para aquisição. Esclareceu ainda que a importância arrecadada com a transferência das ações foi levada a depósito bancário em favor dos ex-acionistas.

O MM. Juiz de Direito julgou extinto o processo sem conhecimento do mérito em face da impossibilidade jurídica de fazer-se o autor sócio da "TV Globo de São Paulo Ltda.". Considerou o Magistrado que em razão da Assembléia realizada em 30.06.1976 o demandante não mais é sócio da referida empresa. Anotou que a exordial não formula o pedido de anulação da mesma Assembléia e, mais, ainda que a tivesse pleiteado, a ação estaria prescrita, nos termos do art. 286 da Lei 6.404/76. Por igual, reputou prescrita a ação de cobrança de dividendos.

O Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento parcial ao apelo interposto pelo autor, declarando que continua ele como credor perene da ré, agora como cotista. Assentou que lhe serão pagos dividendos, participações ou qualquer outra forma de proveito financeiro oriundo da empresa.

Rejeitados os declaratórios, a ré manejou recurso especial, alegando afronta aos arts. 267, VI, 293, 460, 515, do CPC e 286, 287, n. II, a, e 298 da Lei 6.404, de 1976.

2. O cerne da presente controvérsia cifra-se à validade ou não da deliberação havida na Assembléia de 30.06.1976, através da qual as ações então de titularidade do autor foram transferidas ao Dr. Roberto Marinho. O Tribunal de Justiça do Estado considerou ineficaz tal alienação, seja porque o autor não fica devidamente convocado, seja porque ocorrera uma venda *a non domino*, podendo essa ineficácia ser declarada pelo Juiz de Ofício.

A verdade é que o suplicante, na peça vestibular, não postulou nem mesmo implicitamente a declaração de nulidade da mencionada deliberação assemblear. Em princípio, portanto, o autor, quando da transformação da empresa de sociedade anônima para sociedade por cotas de responsabilidade

limitada, já não mais ostentava a qualidade de sócio da empresa.

Põe-se, então a questão relativa a saber-se ao Tribunal *a quo* era permitido decretar *ex officio* a nulidade ou a ineficácia daquela deliberação, em consequência da qual se viu o ora recorrido excluído do quadro social.

A resposta só pode ser negativa.

Na esfera do Direito Civil, rezam o art. 146 e o seu parágrafo único, do CC, *in verbis*:

"As nulidades do artigo antecedente podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir.

Parágrafo único. Devem ser pronunciadas pelo Juiz, quando conhecer do ato ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitindo supri-las, ainda a requerimento das partes."

Quer dizer, encontrando o Juiz provada a nulidade (quando conste do próprio instrumento ou então de prova literal), incumbir-se-á reconhecê-la a decretá-la de ofício. Todavia, havendo dúvida sobre a existência da própria nulidade, imprescindível será a propositura de ação para o reconhecimento de sua ocorrência, como leciona o Prof. *Washington de Barros Monteiro*, para quem "só exigirá ação judicial no caso em que surja alguma controvérsia sobre os fatos constitutivos da nulidade" (*Curso de Direito Civil, Parte Geral*, 32.^a ed. vol. 1/267. Idêntico, por sinal, o magistério de *J. M. de Carvalho Santos*, de conformidade com o qual "entretanto, se uma contestação surge sobre a validade do ato, de modo a ficar duvidosa a nulidade, é preciso mover a ação, por isso que ninguém pode fazer justiça com suas próprias mãos" (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, 11.^a ed., vol. III/254).

Ora, no caso *sub judice* a nulidade não se visualiza de plano, sem necessidade de maior aprofundamento da análise do ato jurídico questionado.

Era preciso, pois, que o acionista tido como lesionado ingressasse com a ação própria para obter a declaração de nulidade da referida decisão assemblear. Ou, ao menos, na espécie em exame, formular o pedido explícito na exordial que apresentou.

Se isso se dá no âmbito do direito civil, maior ainda a exigência nos lindes do direito societário. *Wilson de Souza Campos Batalha* considera que, mesmo na hipótese de nulidade, é indispensável o seu reconhecimento por via judicial. São suas palavras textuais: "As ações anulatórias são do tipo constitutivo-negativo, ou desconstitutivo. Provocam a modificação de um *status* jurídico através de intervenção (necessária) do Poder Judiciário. Visam a desconstituir uma situação jurídica irregularmente constituída" (*Sociedades Anônimas e Mercado de Capitais*, vol. 11/795, ed. 1973).

Há que se atentar ainda para a distinção que fazia o ilustre comercialista *Ascarelli*: "a violação das normas que disciplinam as assembleias e as suas deliberações ou os direitos renunciáveis dos acionistas acarreta a anulabilidade da deliberação, ao passo que a violação das normas de ordem pública ou emendas no interesse de terceiros, acarreta a nulidade ou a ineficácia da deliberação" (*apud Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*, *Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro*, p. 821, ed. 1979).

Não se achava afastada no caso a hipótese de mera anulabilidade da resolução assemblear ora posta em controvérsia, circunstância a exigir também o aforamento de ação própria para o seu reconhecimento. Mas, mesmo em se tratando de nulidade, reitera *Wilson de Souza Campos Batalha* a linha de seu pensamento no sentido de que é necessário acionar-se ainda aí o Poder Judiciário pela via adequada, *in verbis*:

"Portanto, em ocorrendo nulidade (violação de normas de ordem pública, de normas que conferem direitos irrenunciáveis dos acionistas, de normas destinadas à proteção de terceiros), a ação respectiva pode ser proposta por qualquer interessado, além dos acionistas, dentro dos prazos de prescrição previstos pelo direito comum; ademais, mesmo não proposta a ação, a nulidade é argüível em defesa" (ob. cit., p. 804).

Aliás, a imprescindibilidade do pedido manifestado em juízo resulta dos termos da lei vigente. O art. 286 da Lei 6.404, de 15.12.1976 estabelece o prazo prescricional de 2 (dois) anos para a ação tendente a

anular as deliberações tomadas em assembleia geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, violadoras da lei ou do estatuto, ou cividas de erro, dolo, fraude ou simulação.

A conclusão a que se chega é a mesma do MM. Juiz de Direito prolator da decisão de 1.ª instância: o autor, à época da transformação da empresa de sociedade anônima para sociedade por cotas de responsabilidade limitada, já não detinha a condição de sócio, uma vez que alienadas as suas ações por força de deliberação tomada na Assembleia de 30.06.1976. Não tendo aviado pedido de anulação de tal resolução, o V. Acórdão recorrido não podia reconhecer a nulidade *ex officio*. E, ainda como observou o Juízo singular, mesmo que se admitisse como implicitamente manifestado o pedido de anulação, estaria a ação prescrita na forma do disposto no art. 286 da Lei das Sociedades Anônimas.

De observar-se, por derradeiro, que a invocação feita ao art. 298, inc. IV, da Lei 6.404/76, é de todo impertinente, não só porque a aludida reunião assemblear não cuidou da transformação da empresa em sociedade por cotas de responsabilidade limitada, mas sobretudo porque àquela época ainda não vigia a mesma Lei 6.404, de 1976.

3. Do quanto foi exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para restabelecer a sentença, acompanhando, por conseguinte, o voto do Sr. Ministro Relator.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA - REsp. n. 35.230-0-SP - (93.0013955-0) - Relator: Exmo. Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo. Recorrente: TV Globo de São Paulo S.A. Recorrido: Aryovaldo Guimarães Nogueira. Advogados: Drs. Iracema Santos Rodrigues e outros e Aryovaldo Guimarães Nogueira.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro, conhecendo do recurso e dando-lhe provimento, pediu vista o Exmo. Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar (em 13.03.1995 - 4.ª Turma).

Aguardam os Exmos. Srs. Ministros Antônio Torreão Braz e Fontes de Alencar.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar.

O Exmo. Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar: — Pedi vista dos autos para examinar a legalidade da assembléia realizada em 30 de junho de 1976, ainda sob o império da antiga lei sobre as sociedades anônimas, e do conteúdo da deliberação ali adotada, sobre a transferência de ações.

A exigência constante do Decreto-lei 2.627/40, para a convocação de assembléia-geral, foi atendida através da publicação de editais (ata de f.). A possibilidade de alienação forçada de ações estava prevista para o acionista em mora, conforme o disposto no art. 76 do Decreto-lei 2.627/40, aplicável analogicamente à situação dos autos, como mencionado pelo ilustre Ministro Relator. Nas circunstâncias relatadas nos autos, diante do dever de atender à imposição feita pelos órgãos governamentais, fundada na lei, sobre a qualificação dos titulares das ações de empresas de rádio e televisão, ela não poderia continuar contando em seus quadros com sócios que não tivessem atualizado seus cadastros e demonstrado o preenchimento dos requisitos exigidos. Razoável, portanto, a possibilidade de exclusão dos sócios que desatenderam à convocação anteriormente feita, para esse fim. Não se tratava de uma venda a *non domino*, mas da aplicação do efeito da mora. O erro está em não ter sido

adotada a providência prevista na lei para a alienação das ações dos faltosos: enquanto a lei autorizava apenas a venda das ações em Bolsa de Valores, a assembléia de junho de 1976 permitiu a sua aquisição pelos sócios remanescentes. Essa questão, porém, não foi proposta ao julgamento das instâncias ordinárias.

Quanto ao mais estou de acordo com os votos dos Eminentíssimos Ministros Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro, votando pelo conhecimento e provimento do recurso.

EXTRATO DE MINUTA — REsp. n. 35.230-0-SP — (93.0013955-0) — Relator: Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo. Recorrente: TV Globo de São Paulo S.A. Recorrido: Aryovaldo Guimarães Nogueira. Advogados: Drs. Iracema Santos Rodrigues e outros e Aryovaldo Guimarães Nogueira.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro Relator (em 10.04.1995 — 4.^a Turma).

Os Exmos. Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar, Antônio Torreão Braz e Fontes de Alencar acompanharam os votos proferidos anteriormente.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar.

COMENTÁRIO

O Acórdão supra transcrito apresenta peculiaridades em matéria de Direito Comercial que justificam a análise crítica da fundamentação jurídica do *decisum* e da solução estabelecida.

Sua extensa exposição permite ao leitor uma compreensão adequada do caso concreto submetido à apreciação do Supremo Tribunal de Justiça, propiciando uma reflexão sobre a aplicação da teoria das nulidades no âmbito das sociedades anônimas.

Reformando o Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São

Paulo, entendeu a Corte Federal que as decisões assembleares, mesmo que contrárias às normas legais vigentes, seriam plenamente válidas após o transcurso do prazo prescricional ditado pelo art. 286 da Lei 6.404/76.

Afirma o Relator, Ministro Sálvio de Figueiredo, que a teoria das nulidades, tal qual desenvolvida pela doutrina civilista, não pode ser transferida para o direito societário. Devido às especificidades desse ramo do direito, o legislador teria considerado as deliberações assembleares apenas passíveis de anula-

ção, e, mesmo assim, desde que intentada ação competente para tanto dentro do exiguo prazo legal, contado da deliberação que se deseje anular.

O raciocínio, todavia, não deveria ser tão simplista. Considerar passível de convalidação pelo decurso do prazo prescricional toda e qualquer decisão tomada em assembléia de acionistas parece-nos tão equivocado quanto entender que a teoria das nulidades desenvolvida pelos civilistas poderia ser aplicada ao direito societário sem reservas.

A discussão não é nova. O Decreto-lei 2.627, de 1940, regulava a matéria, em seu art. 156, de forma semelhante à Lei 6.404/76, concedendo apenas prazo prescricional mais dilatado.

Encarregado, em 1939, pelo então Ministro da Justiça Francisco Campos, de elaborar o Anteprojeto de lei que veio a converter-se no Decreto-lei 2.627/40, Trajano de Miranda Valverde¹ defendia a anulabilidade das decisões assembleares, abrandando o tratamento dado aos negócios jurídicos no campo obrigacional comum.

Contrário a esse entendimento manifestou-se, à época, Pontes de Miranda,²

afirmando que apesar das disposições do Decreto-lei 2.627/40, qualquer interessado poderia propor ação declaratória de inexistência ou de nulidade de deliberação assemblear que padecesse de um desses vícios, sem que houvesse prazo prescricional a respeitar.

Ainda em 1945, Tulio Ascarelli,³ tentando uma classificação dos vícios que poderiam ocorrer em deliberações tomadas em assembléia, distinguia aquelas que diziam respeito à sua ineficácia das que se referiam à nulidade da deliberação e ainda das que se referiam à sua impugnabilidade.

Apenas nessa última categoria, segundo Ascarelli, estariam as situações protegidas pelo legislador (através do art. 156 do Decreto-lei 2.627/40) com prazo prescricional reduzido, para tutelar terceiros e evitar incerteza nas relações jurídicas da sociedade anônima.

Para o eminente jurista, quando a deliberação da assembléia contiver objeto nulo ou impossível ela será nula, podendo a nulidade ser alegada a qualquer tempo e por qualquer interessado.⁴

Fábio K. Comparato adota posição similar, estabelecendo distinção entre invalidade das decisões assembleares e

⁽¹⁾ *In Sociedades por Ações*, 2.^a ed., 1952, Rio de Janeiro: Forense, vol. III, p. 94; o autor afirma que "o regime comum das nulidades dos atos jurídicos não se ajusta, sem graves desvios, aos organismos que, sob a denominação de sociedades, associações, corporações, fundações, surgem por obra da energia dos homens e atuam, como sujeitos de direito, na vida social".

⁽²⁾ Cf. Mauro Rodrigues Pentecado, in *Aumento de Capital das Sociedades Anônimas*, 1.^a ed., São Paulo: Saraiva, 1988, p. 279; o autor registra: "A contestação a essa tese foi feita de forma veemente por Pontes de Miranda, com argumentos de grande força suásória: "a interpretação que se pretende dar ao art. 156 do Decreto-lei 2.627 no sentido de abranger o nulo por impossibilidade ou ilicitude é de primarismo revol-

tante. Como poderia ser apenas anulável a deliberação que consiste em exploração de lenocínio, ou de contrabando, ou de negócios contra a segurança nacional? Como o caso é de inexistência, ou de nulidade, pode propor a ação declaratória de inexistência, ou a de nulidade, qualquer interessado, e não só o acionista. Não há prazo de prescrição: *quod ab initio vitiosum est non potest convalescere*; quer se trate de deliberação inexistente, quer de deliberação nula".

⁽³⁾ *In Problemas das Sociedades Anônimas*, 2.^a ed., São Paulo: Saraiva, 1969, p. 339.

⁽⁴⁾ *Op. cit.*, p. 374, exemplificando, o Autor fala de deliberações onde a assembléia decida negociar com as próprias ações da sociedade.

invalidade da própria assembléia,⁵ registrando que o prazo prescricional não se aplicaria às ações que objetivassem a declaração de nulidade de normas contidas no próprio estatuto social.

Mauro R. Penteadó⁶ observa que a própria Comissão de Valores Mobiliários editou Parecer de n. 89/79, reconhecendo a existência de deliberações nulas quando realizadas com inobservância da regra de publicidade (art. 133, § 3.º), onde não se aplicaria a regra do art. 286 da Lei 6.404/76, e registra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo também reconhecendo a possibilidade de deliberações assembleares nulas.

Retornando à análise do caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, parece-nos que a assembléia realizada em 30.06.1976 contém deliberação absolutamente nula.

Ao decidir que as ações pertencentes aos acionistas que não haviam comparecido em atendimento ao edital de convocação seriam colocadas à dispo-

sição dos acionistas remanescentes para aquisição, a assembléia deliberou a venda de ações que não pertenciam à sociedade.

O suposto fundamento para tal deliberação teria sido o art. 107, II, da Lei 6.404/76, também existente no antigo Decreto-lei 2.627/40 com redação semelhante.

Encontra-se então o ponto central da discussão, objeto de interpretação equivocada da Corte Federal: o não-atendimento pelo acionista à determinação de prestar informações quanto à sua nacionalidade mediante entrega de certidão de nascimento ou casamento não permite a aplicação de regra do art. 107, II, da Lei 6.404/76.

Não queremos com isso afirmar que não tivesse constituído em mora o acionista por tal omissão. A doutrina pátria parece hoje uniforme ao entender que em mora tem-se a pessoa que não tenha cumprido, no devido tempo, lugar ou forma, sua obrigação.

O art. 107, não obstante, encontra-se inserido dentro da seção I, do Capítulo X, da Lei 6.404/76, que é titulado como "Obrigação de Realizar o Capital".

Não é necessário estender o raciocínio para que se perceba que, no caso em apreço, o acionista não poderia sofrer a sanção prevista naquela norma legal, posto que a mora em que se encontrava incurso era de obrigação diversa daquela objetivada no comando legal do art. 107 da Lei 6.404/76.

Verificando-se, portanto, que a deliberação de venda ocorrida na assembléia de 30.06.1976 não tinha respaldo legal, devemos concluir que a venda que de fato se efetivou foi a *non domino*, sendo portanto nula, a menos que tivesse sido posteriormente validada pela ulterior superveniência de domínio, como manda a lei, o que não aconteceu no caso em observação.

⁽⁵⁾ Cf. Mauro R. Penteadó, *op. cit.*, 280.

⁽⁶⁾ *Op. cit.*, 281, que contém excerto do Acórdão, com o seguinte teor: "sem dúvida, há deliberações nulas e outras apenas anuláveis. A distinção influi sobre a maior ou menor amplitude do círculo de legitimidade de agir. Nas deliberações nulas, a demanda se abre a todo o interessado; nas anuláveis a ação é exercível exclusivamente por área restrita de legitimados. É o que vem destacando a doutrina (cf. Vaselli, Frê, Graziani etc.). Candian foi quem melhor efetuou análise classificatória dos defeitos verificáveis nas deliberações de assembléias das companhias. Partiu da observação de existir um núcleo de elementos a caracterizar o ato volitivo colegial. Assim: a) a reunião de sócios; b) o *quorum* majoritário na deliberação; e c) o objeto possível jurídica e fisicamente. A falta de um dos referidos elementos implicaria a nulidade *pleno jure*. Presente esse núcleo fundamental, a falta de qualquer outro elemento importaria em anulabilidade. Essa idéia a presidir o discrimine entre os vícios vem sendo seguida".

Essa nulidade, não argüida na petição inicial por desconhecimento do fato em si, mas pedida incidentalmente após a contestação, poderia ter sido declarada

até mesmo de ofício pelo Juiz, não se sujeitando ao prazo prescricional do art. 286 da Lei 6.404/76 ou do art. 156 do Decreto-lei 2.726/40.

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

SOCIEDADE POR COTAS – CONSTITUIÇÃO POR DOIS SÓCIOS – MORTE DO MAJORITÁRIO – CONTINUIDADE DA EMPRESA – REPRESENTAÇÃO – GERENTE – LEGITIMIDADE

RENATO LUIS BUELONI FERREIRA

"Sociedade de responsabilidade limitada constituída de dois sócios. Morte do sócio majoritário. Continuação da sociedade. Representatividade. 1. A morte do sócio majoritário transfere aos seus herdeiros a qualidade de sócios, mas enquanto não partilhados os bens, os herdeiros ficarão representados pelo inventariante, posto que indivisíveis as cotas sociais que pertenciam ao sócio pré-morto. Somente com a partilha e a respectiva alteração contratual, devidamente anotada na Junta Comercial, é que se individualizarão os novos sócios, herdeiros do pré-morto, e suas respectivas quotas sociais. 2. Por outro lado, negócio jurídico de transferência de quotas, feito por representante do Espólio, só por si, não as transfere enquanto não alterado o contrato social e anotada a alteração na Junta

Comercial. Aquele negócio jurídico traduz apenas obrigação de fazer, mas não torna o adquirente das quotas sócio, enquanto não alterado o contrato social com a aposição da assinatura de todos os sócios. 3. Neste passo, a sociedade litigante é representada por seu gerente que, no caso em espécie, é o inventariante, e não pelo novo adquirente das quotas, tendo em vista que não houve alteração contratual ainda. 4. Sentença que julgou extinto o processo (art. 267, IV e IV [sic] mantida)".

(Ac. un da 1.^a C. do TAC RJ – AC 11.819/93 – Rel. Juiz Gustavo A. K. Leite – j. 30.11.1993 – Aptes.: Romana Rohde e outra, Apdos.: Banco de Crédito Nacional S/A e outro – DJ RJ 21.03.1995, p. 216 – ementa oficial).

COMENTÁRIOS

1. O presente acórdão exarado pela 1.^a Câmara do Tribunal de Alçada Civil do Estado do Rio de Janeiro é indicativo, em alguns aspectos, de um novo posicionamento da jurisprudência brasileira em relação à dissolução das sociedades por quotas de responsabilidade limitada que merecem uma ponderação mais demorada e atenta.

Trata-se de uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada composta por 2 sócios, pessoas físicas. Sobrevindo a morte de um deles, permanece a

sociedade com um sócio, o que, em princípio, geraria uma sociedade unipessoal transitória e, posteriormente, a conseqüente transformação da responsabilidade do sócio em ilimitada, por caracterizar-se a figura do comerciante individual.

Ora, cabem algumas considerações de ordem histórica e teórica, preliminares necessárias para avaliarmos se andou bem a 1.^a Câmara do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro e, portanto, abordemos os requisitos constitutivos da *affectio*

societatis e da pluralidade de sócios nas sociedades brasileiras.

2. O contrato de sociedade (*societas*), como instituto jurídico, surge no Direito Romano, decorrente da personificação do condomínio. Os romanistas diferem sobre a origem do contrato de sociedade e sobre a personalidade jurídica da *societas* (Moreira Alves, p. 206-7). Apesar das ressalvas feitas por Arangio-Ruiz, a *societas* romana não se revestia da personalidade jurídica. Escreve o mestre italiano: "L'idea che anche la *societas* romana, nada da contratto consensuale, si presentasse di fronte ai terzi come um soggetto autonomo di diritti e di obblighi (persona giuridica), è stata solo eccezionalmente sostenuta da scrittori estranei alla più genuina tradizione scientifica degli studi nostri" (p. 78). (Vide tb. Salomão Filho, p. 67-73).

A extinção do contrato de sociedade, no direito romano, dava-se em "virtude de causas referentes às pessoas, às coisas, à vontade, à *actio* (ação) (*societas soluitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione*)" (Moreira Alves, p. 210). Desta forma, historicamente, a sociedade dissolvia-se com a morte de um dos sócios — na hipótese de haver apenas dois — e não eram admitidos herdeiros como sócios. Tudo isto decorre do fato de que o contrato de sociedade era celebrado *intuitu personae*, extinguindo-se com o desaparecimento de um dos sócios. Havia, porém, a possibilidade de continuação da sociedade com os sócios sobreviventes, desde que em número igual ou superior a dois (Arangio-Ruiz, p. 156-163), mas os romanos jamais conceberam a sociedade unipessoal.

3. Após esta breve divagação no tempo, essencial para colocarmos os

requisitos do contrato de sociedade em perspectiva, abordemos o tratamento dado ao contrato de sociedade na doutrina moderna.

O contrato de sociedade é um contrato consensual, onde duas ou mais partes conjugam seus esforços e bens com a finalidade de alcançar um fim comum (utilizamos o termo "parte" acompanhando Ascarelli, p. 266). Entendemos que o contrato de sociedade é plurilateral, seguindo a brilhante exposição de Tullio Ascarelli (p. 255 s.), onde nascem direitos e obrigações para os sócios entre si, congregados em busca de um escopo comum, e entre os sócios e a sociedade. Hodiernamente, as sociedades têm personalidade jurídica, ocorrendo uma clara separação entre o patrimônio pessoal dos sócios e o patrimônio social.

4. A sociedade tem como requisitos essenciais para a sua constituição: (a) a existência de duas ou mais pessoas; (b) combinação de esforços ou recursos para a consecução do fim comum; (c) a existência de um objetivo comum, e (d) a *affectio societatis* (Gomes, p. 443; Pereira, p. 284 s.).

O caso em tela é discutido pela C. 1.ª Câmara do TAC do RJ desconsiderou dois dos requisitos fundamentais para a existência de uma sociedade no Brasil; quais sejam, a *affectio societatis* e o número mínimo de sócios.

5. No primeiro caso, há duas posições doutrinárias: alguns entendem que a sociedade por quotas de responsabilidade limitada é uma sociedade de pessoas; outros, por sua vez caracterizam as sociedades limitadas como de natureza mista. A questão fundamental está na possibilidade de se admitir a entrada de novos sócios, sócios estes diversos daqueles que inicialmente contribuíram

para o acervo social. Aqueles entendem que as quotas são intransferíveis, pois qualquer alteração romperia a *affectio societatis*, e daria ensejo à dissolução da sociedade. Estes, por sua vez, posicionam-se de forma diversa, aceitando a alteração da composição social e admitindo a livre transferibilidade das quotas sociais, pois “todas as sociedades são de pessoas e de capitais a um só tempo” (Lacerda Teixeira, p. 24). Esta parece-nos a posição mais acertada.

Baseada nesta corrente, a jurisprudência pátria admitiu a penhora das quotas sociais, posição que apesar de combatida no início, é predominante hoje.

Assim, a morte de um sócio é vista por alguns como um rompimento da *affectio societatis*. Porém, se entendermos a sociedade por quotas de responsabilidade limitada como de natureza mista, a *affectio societatis* seria um requisito de constituição, mas não de continuidade, podendo ser rompido sem afetar a sociedade de forma substancial.

6. O segundo ponto, e aqui cabe uma análise aprofundada, é a possibilidade de continuação da sociedade composta de dois sócios após a morte de um deles.

O Código Comercial Brasileiro, ao disciplinar as sociedades comerciais, exige como requisito constitutivo a associação de duas ou mais pessoas (arts. 311, 315, 317 e 325). Da mesma forma, o Código Civil prevê, em seu art. 1.363, a pluralidade de pessoas (“Celebram contrato de sociedade as pessoas, que mutuamente se obrigam a cominar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns”). Apesar do Decreto 3.708/19 silenciar sobre a matéria, há remissões ao CC no art. 1.º, onde torna-se claro que as sociedades por quotas de responsabilidade limitada não fogem às regras gerais das sociedades no Direito Pátrio, ou seja, da exigência do número

mínimo de 2 sócios para a sua constituição.

No mesmo sentido é a estipulação do art. 80, I da Lei 6.404/76, onde há previsão expressa da existência de no mínimo dois sócios para a constituição da sociedade, salvo na hipótese do art. 251, que prevê a possibilidade da criação da subsidiária integral. Reza o inc. I, do art. 80 da Lei 6.404/76: “A constituição da companhia depende do cumprimento dos seguintes requisitos preliminares: (I) subscrição, pelo menos por duas pessoas, de todas as ações em que se divide o capital social fixado no estatuto; (...)”.

O Decreto-lei 2.627/40, em seu art. 38, I, exigia como requisito mínimo de constituição da sociedade por ações a existência de 7 sócios, requisito este arbitrariamente fixado pelo legislador.

Assim, a única hipótese de constituição de uma sociedade unipessoal no direito brasileiro é o da subsidiária integral. A subsidiária integral, porém, só pode ser constituída por sociedade brasileira, ficando excluídas as pessoas físicas e as sociedades estrangeiras. No dizer de Fran Martins, “a lei atual das sociedades por ações deu um passo avantajado no campo do direito comercial ao reconhecer e regular a sociedade com um só acionista, ou seja, a chamada “sociedade unipessoal”... (p. 295). Até então, o direito pátrio recusava expressamente o conceito de sociedade unipessoal, o que impedia a limitação da responsabilidade do comerciante individual. Da mesma forma, a maioria dos comercialistas brasileiros defendem que a sociedade por quotas dissolve totalmente quando em situação de unipessoalidade, por contrariar o seu conceito fundamental; qual seja, a pluralidade de sócios (Marcondes Pereira, p. 69-70). Entre eles encontram-se J. X. Carvalho de Mendonça, Waldemar Ferreira, Rubens Requião, Fábio U.

Coelho, Hernani Estrella e Waldirio Bulgarelli.

O entendimento exposto tem gerado distorções no campo do direito societário, ou seja, a existência de "homens de palha" nas sociedades permite o preenchimento do requisito da pluralidade de sócios de modo formal. Da mesma forma, há entendimento no sentido de que a sociedade de marido e mulher seria uma fraude à lei, pois não haveria como distinguir entre o patrimônio dos sócios.

7. Cabe, portanto, uma consideração fundamental para entendermos o posicionamento da 1.^a Câmara do TAC do RJ: estes requisitos são formais ou substanciais? Ora, o entendimento do E. Tribunal de Alçada Civil foi no sentido de que ambos são requisitos formais, não ensejando a dissolução da sociedade.

Resta clara tal posição, que parece-nos acertada e inovadora, pois são exigidos apenas no ato constitutivo da sociedade. O desaparecimento da *affectio societatis* pode ocorrer com a entrada de novos sócios ou com a saída de sócios, sem que seja necessária a dissolução total da sociedade.

No mesmo sentido, explanou o acórdão com relação à unipessoalidade temporária, limitando a responsabilidade do sócio único até o reestabelecimento da pluralidade, não ficando adstrito ao prazo de um ano. Este prazo, criação jurisprudencial com base na aplicação subsidiária da Lei 6.404/76 à legislação que regula as sociedades por quotas de responsabilidade limitada, foi desconsiderado no acórdão proferido pela 1.^a Câmara do TAC do RJ. Caso houvesse entendimento no sentido da pluralidade ser requisito substancial, a sociedade estaria dissolvida, cessando de imediato a sua existência e respondendo o sócio remanescente de forma ilimitada.

Por fim, o entendimento do acórdão é no sentido de ser permitida a continuação da sociedade, mesmo com um único sócio, pois o espólio é despidido de personalidade jurídica. Surge, ainda que incipiente, uma corrente jurisprudencial, que devido à inércia do legislador, virá por consagrar em nosso direito talvez não a sociedade unipessoal, mas a limitação da responsabilidade do comerciante individual. O presente acórdão merece aplauso por parte dos doutrinadores e representa um avanço da jurisprudência brasileira, pois o interesse social foi sobreposto sobre o individual, preservando-se a continuação do negócio.

Bibliografia

- ARANGIO-RUIZ, Vicenzo. *La Società in Diritto Romano*, Napoli: Eugênio Jovene, 1965.
- ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, 2.^a ed., São Paulo: Saraiva, 1969.
- BORGES, João Eunápio. Comentário a acórdão publicado na *Revista Forense*, n. 217, p. 55.
- BULGARELLI, Waldirio. *Manual das Sociedades Anônimas*, 7.^a ed., São Paulo: Atlas, 1993.
- . *Tratado de Direito Empresarial*, 2.^a ed., São Paulo: Atlas, 1995.
- CARMO, Eduardo de Souza. Sociedade Unipessoal, in *Revista de Direito Mercantil* 75/43.
- COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de Controle na Sociedade Anônima*, 3.^a ed., Rio de Janeiro, 1983.
- CORRÊA DE OLIVEIRA, J. Lamartine. *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, São Paulo: Saraiva, 1979.
- COSTA, Carlos Celso Orccsi da. Empresa Unipessoal, in *Revista de Direito Mercantil* 51/39.
- COSTA, Divanir José da. Aspectos Polêmicos da Sociedade por Cotas de Responsabilidade Limitada, in *RT* 523/20.
- COSTA, Philomeno J. da. Comentário a acórdão publicado na *Revista de Direito Mercantil*, 53/88.

- CRISTIANO, Romano. *Personificação da Empresa*, São Paulo: RT, 1982.
- CUNHA PEIXOTO, Carlos Fulgêncio. *A Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada*, 2.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958, vol. I.
- ESTRELLA, Hermani. *Apuração de Haveres de Sócio*, 2.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- GOMES, Orlando. *Contratos*, 12.^a ed., 6.^a tiragem, Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- LACERDA TEIXEIRA, Egberto. *Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*, São Paulo: Max Limonad, 1956.
- LACERDA TEIXEIRA, Egberto e TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. *Das Sociedades Anônimas*, São Paulo: Bushatsky, 1979, vol. I.
- MARCONDES PEREIRA, Marco Antonio. Regime Dissolutório do Código Comercial. Dissolução total e dissolução parcial. Dissolução judicial e extrajudicial, in *Revista de Direito Mercantil* 100/63.
- MARIANI, Irineu. O Princípio da Preservação de Empresa e a Dissolução da Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada, in *RT* 630/56.
- MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 2.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*, 4.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986, vol. II.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Privado*, 10.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, vol. III.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, 18.^a ed., São Paulo: Saraiva, 1992, vol. 2.
- . *A Preservação da Sociedade Comercial pela Exclusão do Sócio*, Curitiba, 1959.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *A Sociedade Unipessoal*, São Paulo: Malheiros, 1995.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Societas com relevância externa e personalidade jurídica*, in *Revista de Direito Mercantil*, 81/66.

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

RESPONSABILIDADE DA SOCIEDADE POR DÍVIDA DE SEUS SÓCIOS INTEGRANTES – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

RODRIGO RECART

Ementa: "Direito comercial. Responsabilidade da sociedade por dívida de seus integrantes. Desconsideração da pessoa jurídica – Inadmissível a penhora de bens da sociedade, em execução movida contra pessoa física de integrante seu, com fundamento na teoria da desconsideração da pessoa jurídica. Se ocorre fraude, deve ser esta demonstrada, e anulado o negócio

fraudulento. – Apelação provida". (Acórdão unânime da 1.ª Turma do TRF da 5.ª Região – Ac. 49.674-RN – Rel. Juiz Hugo Machado – j. 30.08.1994 – Apelante: Comercial Pereira & Silva Ltda.; Apelada: Caixa Econômica Federal – DJU 2, 11.11.1994, p. 64.968 – ementa oficial) – (Repertório IOB de Jurisprudência, 3 – Civil, Processual, Penal e Comercial – ementa n. 3/10459).

COMENTÁRIO

Para a análise do acórdão supra mencionado mister se faz uma análise preliminar da própria teoria da desconsideração da pessoa jurídica. Com efeito, a doutrina e jurisprudência nacionais aprofundaram-se no tema de modo proficiente, com recenseamento das experiências encontradas no direito comparado.

Em obra pioneira, Rubens Requião, *in Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica (Disregard Doctrine)*, publicada na RT 410/12, a partir de decisão proferida na Inglaterra, no caso Salomon vs. Salomon & Co., colocou em pauta dois aspectos cuja apreciação é fundamental ao se examinar a possibilidade de se desconsiderar a pessoa jurídica. O primeiro aspecto refere-se aos limites de tal desconsideração, que devem cingir-se a certos e determinados efeitos, num caso concreto; e o segundo refere-se aos fatores que

justificam a desconsideração da personalidade jurídica no abuso do direito e na fraude. Seu estudo, porém, centralizou-se, mormente, na análise da teoria em relação às sociedades unipessoais ou fictícias que, segundo a doutrina por ele pesquisada, constituem o maior campo de sua aplicação.

Atualmente, os autores concluíram que os focos de maior incidência da crise da função da personalidade jurídica encontram-se também nos grupos de sociedades. Os problemas de desconsideração envolvem um problema de imputação para Corrêa de Oliveira. Nesses casos, a imputação recairá sobre aquele que detiver o poder de controle. É esse o entendimento do mestre Fábio Konder Comparato, *in O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 3.ª ed.: *"Essa desconsideração da personalidade jurídica é sempre feita em função do poder de controle societário. É este*

o elemento fundamental, que acaba predominando sobre a consideração da pessoa jurídica, como ente distinto dos seus componentes." Porém, nega a possibilidade de utilização do instituto da fraude à lei como elemento central da desconsideração, afirmando que pode ocorrer a desconsideração a favor do sócio.

Não obstante, a desconsideração da personalidade jurídica de uma sociedade nada mais é do que a simples desconsideração da própria pessoa jurídica, como ente de uma certa relação jurídica material, considerando-se, para tanto, ao reverso, a pessoa de seu sócio. Visa desvendar os sócios na pessoa jurídica e a considerá-los como dominantes na sociedade, uma entidade ostensiva por eles constituída, onde a manifestação da vontade dos sócios equivale à vontade manifesta da pessoa jurídica.

Na desconsideração inversa da personalidade jurídica pretende-se que seja desconsiderada a pessoa física, notadamente, a do sócio, considerando-se destarte a pessoa jurídica como aquela responsável pelas obrigações assumidas pelo(s) sócio(s). É a necessidade de proteção e garantia dos credores sociais.

Ora, no acórdão *sob comento* ocorre justamente o acima exposto, ou seja, há a tentativa de se penhorar as quotas da sociedade, por negócio supostamente fraudulento praticado pelos sócios, e em seus nomes.

A causa na constituição de sociedades equivale à separação patrimonial, ou seja, a uma criação de um patrimônio autônomo cujos ativo e passivo não se confundem com os direitos e obrigações do sócio. A sua manifestação, por conseguinte, só se justifica pela permanência desse escopo, de sua utilidade e da sua possibilidade de realização. Além disso, nas sociedades por quotas de responsabilidade limitada a pessoa dos

sócios é de fundamental importância. É sociedade *intuitu personae*, i.e., de pessoas, onde os sócios têm o *animus* de se unir entre si, e somente entre si, com vistas a almejar um determinado fim específico (*affectio societatis*).

Mas exsurge referido acórdão quanto à comprovação da fraude praticada pelos sócios, baseando-se exatamente nas hipóteses de desconsideração nos casos que a separação patrimonial é utilizada com o abuso de direito ou para praticar uma fraude à lei. A maioria da jurisprudência nacional entende que a pessoa jurídica tem um valor inestimável, que faz com que a separação patrimonial seja freqüentemente reafirmada e sua desconsideração só seja admitida em presença de previsão legal expressa ou de comportamento considerados fraudulentos.

No acórdão analisado, intentava a exequente atingir o patrimônio social ao invés do pessoal do sócio devedor, em clara aplicação da desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Tal modalidade de aplicação da teoria da desconsideração não é bem recebida por nossos tribunais, sob a alegação de que seus efeitos práticos já estariam garantidos pela penhora das quotas do capital social em poder do sócio devedor, ou, com no caso em exame, sob a justificativa de que eventual negócio fraudulento deveria ser, se comprovado o vício, simplesmente anulado.

Ambas as soluções supra apontadas pela jurisprudência, apesar de formalmente mais confortáveis, apresentam desvantagens ao eventual credor e, portanto, favorecem a inadimplência.

Com efeito, a penhora incidente sobre as quotas sociais há de ser determinada em atenção aos princípios societários, considerando-se ou não, no próprio contrato social proibição à livre alienação das mesmas. Havendo restrição

contratual, deve ser facultado à sociedade, na qualidade de terceira interessada, remir a execução, remir o bem ou conceder-se a ela e aos demais sócios a preferência na aquisição das quotas, a tanto por tanto. Não havendo limitação no ato constitutivo, nada impede que a quota seja arrematada com inclusão de todos os direitos a ela concernentes, inclusive o *status* de sócio.

Porém, até mesmo o mais rigoroso dos magistrados há de convir que, apesar de formalmente válida, a participação de credor em sociedade estranha não é exatamente o que ele objetivou ao contratar com o sócio devedor.

Por outro lado, nem todas as fraudes podem ser facilmente comprovadas, face à complexidade moderna que permeia a atividade mercantil, tornando árduo e custoso o ônus imposto aos demandantes.

Concluindo, a desconsideração inversa da personalidade jurídica deveria ser

mais atentamente analisada por nossos tribunais, como forma de se obter mais efetividade aos processos de execução, reduzindo as perdas dos credores com inadimplências e, dessa forma, aumentando a segurança da mercancia.

Bibliografia

- BULGARELLI, Waldirio, *Tratado de Direito Empresarial*, 2.^a ed., São Paulo: Atlas, 1995.
- COMPARATO, Fábio Konder, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 3.^a ed. rev., atual e corr., Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- CORREA DE OLIVEIRA, J. L. *A Dupla Crise da Personalidade Jurídica*, São Paulo, 1979.
- MARCONDES, Sylvio, *Problemas de Direito Mercantil*, 2.^a tiragem, São Paulo: Max Limonad, 1970.
- RODRIGUES PENTEADO, Mauro; Aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, *Revista de Direito Mercantil* n. 51, São Paulo: RT 1983.
- SALOMÃO FILHO, Calixto, *A Sociedade Unipessoal*, São Paulo: Malheiros, 1995.

ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO

A

Alfredo Lamy Filho – Considerações sobre a elaboração da Lei de S.A. e de sua necessária atualização . 86

António José Avelãs Nunes – Noção e objecto da Economia Política 7

Arnoldo Wald – Definição de controlador na liquidação extrajudicial e em processos análogos 35

C

Carlos Alberto Bittar – Contratos no projeto de Código Civil 48

Concessões e o mercado de capitais – João Laudo de Camargo 82

Considerações sobre a elaboração da Lei de S.A. e de sua necessária atualização – Alfredo Lamy Filho 86

Contratos no Projeto de Código Civil – Carlos Alberto Bittar 48

D

Decadência do direito de constituir o crédito tributário – Perigoso precedente jurisprudencial – João Luiz Coelho da Rocha 77

Definição de controlador na liquidação extrajudicial e em processos análogos – Arnoldo Wald .. 35

Depósito elisivo. Levantamento. Decretação da falência superveniente em outro processo – Ronaldo Frigini 73

F

Fabio Konder Comparato – Perfis da Empresa. Alberto Asquini, *Profili dell'impresa, in Rivista del Diritto Commerciale*, 1943, vol. 41, I, tradução de 109

Formação do MERCOSUL e a harmonização das regras no campo da Propriedade Industrial – Maurício C. de A. Prado 100

H

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa – Notas sobre a responsabilidade civil dos administradores e do controlador de instituições financeiras sob o regime de administração especial temporária (RAET) 95

J

João Laudo de Camargo – Concessões e o mercado de capitais 82

João Luiz Coelho da Rocha – Decadência do direito de constituir o crédito tributário – Perigoso precedente jurisprudencial 77

M

Maurício C. de A. Prado – Formação do Mercosul e a harmonização das regras no campo da Propriedade Industrial 100

N

Noção e objecto da Economia Política – António José Avelãs Nunes 7

Notas sobre a responsabilidade civil dos administradores e do controlador de instituições financeiras sob o regime de administração especial temporária (RAET) – Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa 95

P

Perfis da Empresa – Alberto Asquini, *Profili dell'impresa, in Rivista del Diritto Commerciale*,

1943, vol. 41, I, tradução de — Fábio Konder Comparato	109	ações que não atenderam à con- vocaçào. Ilegalidade	127
Prescrição Administrativa — Renato Sobrosa Cordeiro	58	Rodrigo Recart — Responsabilidade da sociedade por dívida de seus integrantes. Desconsideração da personalidade jurídica	146
R			
Renato Luis Bueloni Ferreira — So- ciedade por cotas — Constituição por dois sócios — Morte do majo- ritário — Continuidade da empresa — Representação — Gerente — Le- gitimidade	141	Ronaldo Frigini — Depósito elisivo. Levantamento. Decretação da fa- lência superveniente em outro pro- cesso	73
S			
Renato Sobrosa Cordeiro — Prescri- ção Administrativa	58	Sociedade Anônima. Empresa de radiodifusão e telecomunicação. Exigência do órgão público fis- calizador. Comprovação da na- cionalidade brasileira dos acio- nistas. Deliberação assemblear de venda das ações que não atenderam à convocação. Ilegali- dade — Ricardo de Santos Freitas	127
Responsabilidade da sociedade por dívida de seus sócios integrantes. Desconsideração da personalida- de jurídica — Rodrigo Recart ...	146	Sociedade por cotas — Constituição por dois sócios — Morte do ma- joritário — Continuidade da empresa — Representação — Gerente — Legitimidade — Renato Luis Bueloni Ferreira	141
Ricardo de Santos Freitas — Socie- dade Anônima. Empresa de radio- difusão e telecomunicação. Exi- gência do órgão público fiscaliza- dor. Comprovação da nacionalida- de brasileira dos acionistas. Deli- beração assemblear de venda das			