

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Nova Série - Ano XXXV • n. 103 • julho-setembro 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

4.30.00

D

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. 103 • julho-setembro de 1996

© Edição e distribuição

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

LIVRARIA TRIBUTARIA
Rua Cel. Xavier de Toledo, 210
7o. Andar - Conj. 74 - CEP 01048-000
Fone/Fax: 214-3716

3120.3761
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: EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA. - Rua Tabatinguera, 140, Térreo, Loja I
Caixa Postal 678 - Tel. (011) 3115-2433 - Fax (011) 606-3772 - CEP 01020-901 - São Paulo, SP, Brasil.
Impressão: EDITORA PARMA LTDA., Av. Antonio Bardella, 280 - CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.*

Impresso no Brasil

HOMENAGEM *POST MORTEM*
PHILOMENO J. DA COSTA

HOMENAGEM *POST MORTEM* PHILOMENO J. DA COSTA

CARLOS CELSO ORCESI DA COSTA

"Quando a vida deixa um corpo, será isso a morte?"

Tantos já se debruçaram sobre esta dúvida e ninguém ao certo sabe a resposta! *Philomeno Joaquim da Costa*, meu pai e de meus três irmãos *Paulo Plínio*, *Antonio Augusto* e *Mario Marcos*, todos com nomes duplos, professor de tantos outros, se voltasse a tempo, com seu amor pela polêmica de velho advogado, também participaria desse debate, ainda que seus temas preferidos fossem pragmáticos, não filosóficos. E o faria com a inteligência viva mas principalmente combativa, porque para ele o principal era terçar armas, lutar o bom combate, mesmo diante de uma causa perdida. Qual sua opinião? Creio que a tenho, a partir de suas palavras e em função de sua experiência de vida.

Philomeno teve um irmão mais velho que faleceu com tenra idade. A mãe *Melania Pinelli da Costa*, de Bolonha, quis evitar novos riscos, prometendo o nome do santo de seu nascimento. Santa *Philomena* de 10.10.1904 lhe poupou dos piores espinhos ao largo de seus longos 91 anos de vida, até novembro de 1995, mas não de todas as asperezas, as mesmas que forjaram seu caráter. Sem jamais haver perdido o 1.º lugar no Grupo Escolar, apesar do esforço de seu colega e grande amigo, também notável advogado deste Foro de São Paulo, *Eduardo Pellegrini*, que na escola seguia brilhante 2.º posto, *Philomeno J. da Costa*

aos 14 anos viu-se na condição de arrimo de família. Seus pais faleceram mais cedo, o que não nos permitiu conhecer os avós, em especial o Capitão *José Joaquim da Costa*, comandante do Corpo de Bombeiros cuja memória e origem humilde nos faz orgulhosos. Consciente, foi só à luta em pequenos empregos, para sustentar 4 irmãs (*Maria*, *Adelaide*, *Rosalina* e *Silvia*), porque então era desonroso que as mulheres trabalhassem.

Formou-se contabilista na *Escola de Comércio Álvares Penteado*, sendo laureado com o prêmio "*Carvalho de Mendonça*" pela sina de ter sido o melhor aluno! Era 1921 quando foi à rua trabalhar com as partidas dobradas de *Frà Lucca*, esforçado guarda-livros de sol a sol. Teve a sorte de encontrar pela frente um mau patrão. Na dialética da vida que abate os mais fracos e incomoda os mais fortes, percebeu que por maior esforço teria parcas recompensas materiais e por isso não tardou a bater às portas da *velha e sempre nova Academia do Largo de São Francisco*. Em suas arcadas de paz mas glórias e luzes formou-se em 1929, advogado n. 721 da OAB-SP.

Breve voltou ao Largo, deixando também a folha dobrada, premido pelo dever cívico de São Paulo Constitucional. Por muito pouco não se cumpriu o verso famoso; de fato escapou de morrer em 1932, trazendo na testa direita, à altura da têm-

pora, o milimétrico raspão de uma bala de fuzil. Participou do Batalhão 14 de Julho na linha de frente sul (Itapetininga e Itapeva), dormindo no chão, de preferência sobre as lápides em cemitérios protegidos de muros, aonde contava *pisar na terra fosfórica por sobre cadáveres antigos nos cemitérios simples sem lápides de cimento, quando a bota sob a chuva fazia iluminar a terra* — para mim sua estória mais fantástica, plausível e hoje vejo simbólica — *em círculos fosforescentes de renascimento*.

Apenas se casou aos 43 anos, no distante 1947, formando família quase no momento em que todos a tem criada. Yolanda Sá Leite Orcesi, Orcesi da Costa, companheira e mãe, pôs termo às suas energias dispersas, viagens, George V (ou seria Príncipe de Gales), cavalos na Hípica, título do Harmonia e falta de títulos do Corinthians, camarotes no Municipal, Copacabana, Pouilly-Fuissé. Foi ela que desviou seu foco de luz para dentro de uma nova família que continua forte como o patriarca, 8 netos, um casal para cada filho. Marido constante, sempre às 4.^{as} e sábados cinema ou teatro, depois uma pizza no Gigetto, em julho viagens (“conhecer primeiro o Brasil”). Certa vez me perguntaram: — “Será ele tão bravo como pai do que como professor?” Como nunca havia pensado demorei-me segundos antes de responder: — “Ele não é bravo, é justo”. Hoje estou certo de que foi modelo de pai, liberal quando tudo caminhava bem, intransigente quando constatava desvio de rota, fugindo do padrão comum da educação de hoje em dia, em que se vê comum os pais adotarem o comportamento comodista e relaxado próprio de avós.

Presidente do Sindicato dos Contabilistas, diretor da Revista dos Tribunais aonde aprendeu Direito taquigrafando os votos dos Desembargadores (não havia xerox ou computadores), inumeráveis artigos, críticas bibliográficas (de que gostava porque equivalia a estudar), pa-

receres e comentários, começou advogando num dos melhores escritórios paulistanos, titulado pelo Prof. Noé Azevedo. Braço direito do sereno mestre, conta-nos do espírito da década de 50: — “Uma vez, precisando complementar o dinheiro para compra da casa da Rua José Getúlio, pedi ao Noé uma quantia”. Ao que lhe respondeu: — “Philó, pegue no cofre aquilo de que você precisa”. E mais não indagou, nem foi conferir

Delegado a diversas conferências, vice-presidente do Instituto dos Advogados, iniciou a lecionar no Mackenzie, depois brevemente na Universidade de Campinas, até a *defesa de tese no Largo de São Francisco, em 1956, “Autonomia do Direito Comercial”*, tornando-se *livre-docente*, e quase ao mesmo tempo *livre-advogado*, montando sua própria banca. Em 1962 assume a tão almejada *cátedra de Direito Comercial na Universidade de São Paulo (“Operações da Anônima com as Ações de seu Capital”)*, recebendo posteriormente o título de *professor emérito*. É *diretor* da Faculdade de Direito e mais adiante, no ano de 1974, *Reitor da Universidade Mackenzie*. Na frutífera década de 80 assume a presidência do “Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli”, desenvolvendo com seus pares profícuo trabalho de fomento e debate jurídico.

Pelas auto-estradas da vida (não era como o rio que desce a colina escolhendo o melhor trajeto) foi modelo de *correção moral e devoção*, à família, à causa do magistério, à advocacia. *Tinha paixão pela Faculdade*, pelo estudo diário, longas horas para os demais mortos aos sábados e domingos, 50.000 fichas que antecipavam a ordem dos computadores. À Faculdade do Largo de São Francisco dedicou sua obra mais importante, as *“Anotações às Companhias”*, curioso livro vindo a público em apenas 1 volume, quando escreveu mas não publicou outros dois volumes. A editora

não viu mercado senão para a obra completa de comentários à Lei das Sociedades Anônimas.

Reergueu a *Revista de Direito Mercantil* da Editora Revista dos Tribunais, bem assim o *Instituto de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli*, tornando-o centro de gravidade de uma conspícua geração, com isso agregando o melhor conjunto de comercialistas brasileiros, que se acostumaram a falar e ouvir, a interagir experiências e portanto enriquecerem-se mutuamente. Não está aí a pedra de toque do conhecimento?

O interessante de sua atividade, como advogado, professor, presidente do "Tullio Ascarelli", reitor, era precisamente *a determinação com que se entregava, na vida acadêmica, familiar ou pessoal*. Não conjugava o farei, mas o faço; não vivia o sonho, mas a realidade; seguia retas, não curvas. Seu dever-ser era tão só uma consequência do ser. Claro que buscava a vida, pensava no futuro mais longo, mas pela força de vontade de controlar o presente. Tudo com entusiasmo natural, uma *disciplina inflexível*, inclusive nos esportes, todas as manhãs a ginástica e a natação ainda que n'água gélida, longas caminhadas com Yolanda pela madrugada de uma Paulicéia então menos desvairada. O porte e a educação física eram seu maior orgulho, ele que aos 90 gostava de ser comparado aos jovens de 70. Muitos alunos dele guardaram mágoas, por sua dureza na hora das notas, mas era afinal isso que ele sempre quis deixar como exemplo: *força, força-de-vontade, força física e moral*. Tinha o defeito de não compreender a fraqueza, a falta de vontade de vencer (...). Citava um pensamento francês: "il n'y a pas des accommodations au ciel", utilizando-a no sentido da necessidade de resolver na Terra as dificuldades. Vencia no presente. Tinha orgulho dos 4 filhos homens.

Certa feita voltando com todos ao Giannini de Milão, aonde estivera antes com Yolanda na lua-de-mel; o mesmo restauranteiro que o recebera 25 anos antes, oferecendo um licor, referindo-se aos filhos, pronunciou outra frase que gostava de citar: "Ma Lei ha lavorato bene..." A frase é curiosa porque mesmo na felicíssima vida familiar está presente a idéia de labor e de conquista.

Em suma, se uma palavra a ele se aplica, um extrato ou perfume de sua personalidade, o pensamento é: *o professor Philomeno J. da Costa era uma fortaleza*. Forte como advogado, típico 'battonier' das causas injustas. Nelas se entregava não como o general que investe e recua, que ataca pelos flancos mas se protege, explora e incute, mas diretamente como o cavaleiro das justas medievais de lança em riste, num duelo com a única opção de matar ou morrer. Numa ocasião um magistrado, na mesa de bar do Jockey Clube, contou a dois amigos que daria voto favorável a um cliente de *PJC*. Posteriormente mudou de opinião, proferindo voto a favor do Governo do Estado, que então vencia por 2 a 1. Juiz do Tribunal de Alçada Civil, fora coincidentemente nomeado para o Tribunal de Justiça, aguardando apenas o julgamento dos embargos infringentes para assumir a investidura. Junto aos embargos *Philomeno Costa* argüiu a suspeição desse magistrado.

O Plenário lotado, alguns alunos a que havia avisado, platéia espremida. Sustentando oralmente o incidente, *Philomeno Costa* se colocou obliquamente na Tribuna, encarando na direção do juiz sob suspeição. Era um muro enfrentando a corrupção velada e o poder político desvelado. Palavras naturalmente ásperas, por mais que entremeadas de vênias. Ou faltaram algumas vênias? Talvez, não sei, recordo-me apenas de como eram convincentes. A um ponto o Juiz Presidente entrevistou com uma advertência, solicitando decoro. Uma resposta, soou a

campainha, várias vozes e uma tréplica final:

“ – *Vossa Excelência não me cassará a palavra. É direito do advogado*”, gritava da Tribuna, investindo contra o suspeito.

“ – *Ordem no Tribunal*”, replicava o Juiz, em idêntico tom de voz. Gritos sem sussurros, juízes que intervinham por ter algo a dizer, campainhas e sinos, algo próximo da balbúrdia.

“ – *Está suspensa a sessão*”, interrompeu o presidente.

Após o recesso o Tribunal retomou a sessão, *Philomeno J. da Costa* concluiu sua oratória de modo mais calmo. O magistrado recusou a suspeição, historiou sua carreira imaculada, afastou a relação de causa e efeito decorrente de sua investidura no Tribunal de Justiça, alguns de seus pares devem tê-la pensado surpreendente, porém votaram por unanimidade a seu favor, como aliás recomenda o espírito de corpo diante de acusação tão grave. Mas a sorte fora lançada. Naquele mesmo dia, no exame do mérito, na sessão cameral, os grandes Juízes Macedo Costa e Evaristo dos Santos votaram contra o rolo compressor do Governo. *Vitória de 3 a 2!* Prevaleceu a independência, mas é razoável imaginar se com menor determinação toda uma Universidade Mackenzie não estaria perdida.

O que me surpreendeu na volta daquele dia à casa (ainda morava com meus pais), num resto final de raiva guardada mas já transbordada, foi sua confissão: “ – se tivéssemos perdido iríamos a Brasília contra esse juiz suspeito”. *Não teria desistido inclusive porque tinha o corajoso depoimento (aquele do balcão do bar) de uma importante testemunha, emérito professor da Faculdade de Direito, com as mesmas iniciais PJC.* Há

que se convir que Paulo José da Costa e Philomeno Joaquim da Costa têm a tempera dos advogados que não se dobram ao poder do Leviatã.

“ – *Não me cassem a palavra*”. Sim, esta é uma das razões pelas quais acredito que meu pai não recusaria participar do filosófico debate sobre a eternidade da alma. *Quando a vida deixa um corpo, não é a morte.* Mas será que ele responderia ‘não’? Apenas o Investigador do universo poderia saber ao certo. *Philomeno J. da Costa*, ateu por convicção sem muito falar sobre isso, ainda que cristão por comportamento, era positivista, confiante em si, não pensava na eternidade. Terá ele nos seus últimos e poucos sofridos dias, encontrado para a orfandade da dor o alívio da prece? *Aliás, quantas formas de prece não conhece o Criador?*

Preferia registrar aqui o não, mas meu pai teria respondido sim. Espero que me entenda a mãe católica por não atenuar a versão final, interpretar um gesto qualquer para direta sagração, ante o risco das trevas. É possível, e nem seria menos nobre admitir, porque não penso que a humildade e o reconhecimento sejam virtudes menores. Contudo prefiro não cometer o equívoco de especular com sua personalidade e memória. Creio sinceramente que *Philomeno J. da Costa* não abdicou de suas convicções, até porque teria argumentos valiosos em favor de seu comportamento moral, de seu exemplo e sua obra, bem ao contrário dos cristãos que perante a incerta dúvida da morte, tudo esperam solver à undécima hora.

Não há mal algum nessa verdade. Mestre, gostava da ousadia e da divergência, quando o interlocutor sabia se impor. Portanto dele hoje discordo, eu que tanto me identifico com ele, que tanto brigamos, cujas metas cumpro para sobrepujalo, e sempre continuamos juntos numa azáfama de advocacia que infelizmente me impele para fora do magistério uni-

versitário. E porque não, um filho deve saber quando divergir do pai. Também sou advogado e com ele aprendi a não perder a independência e a não deixar me cassarem a palavra. Penso que *não*, que *quando a viã deixa um corpo NÃO é a morte*. Nem me refiro apenas aos livros, às lições, à memória, à família reunida, aos 4 filhos-homens de que tanto se orgulhava, erguendo da liça o escudo que só o tempo implacável lhe poderia derubar.

Refiro-me sim à penetrabilidade através da morte. Prefiro acreditar, ainda que só por fé, no encontro temporal, nossa grande, máxima mãe, a se reunir com ele além de nosso irrelevante firmamento,

almas gêmeas arraigadas e entrelaçadas a comprovar o ditado de que os opostos se atraem, e mesmo eu, mais adiante, sem pressa porque o tempo é infinito. Satisfeito de o reconhecer numa Tribuna, em pé, depois de tanto tempo como se nada de anormal houvesse acontecido (...) "*isso não é nada*". Quase o posso ver como uma daquelas *eternas luzes fosforescentes dos cemitérios de barro de 32, esvoaçando e renascendo em direção a outros ambientes inimagináveis*, a comprovar que *não era mesmo a morte*, e embora possa talvez lhe desagradar o gesto excessivamente emocional, dele terminar ainda uma vez discordando, para afinal *estreitá-lo num forte abraço*.

Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito

SUMÁRIO

HOMENAGEM <i>POST MORTEM</i> – PHILOMENO J. DA COSTA – CARLOS CELSO ORCESI DA COSTA	3
--	---

DOCTRINA

A revitalização da arbitragem no Brasil sob um enfoque realista e um espírito diferente – MARISTELLA BASSO	15
Análise do regime jurídico do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – JOSÉ JÚLIO BORGES DA FONSECA	25
→ Desenvolvimento da teoria da empresa – Fim da distinção entre sociedades civis e comerciais – JORGE RUBEM FOLENA DE OLIVEIRA	33
C direito do acionista de participação nos lucros sociais – PEDRO A. BATISTA MARTINS	40
Aumentos arbitrários de lucros como abusos do poder econômico – Interpretação da Constituição e sugestão de alteração – MAURO GRINBERG	51

ATUALIDADES

Nota sobre a independência dos Bancos Centrais – ANTÔNIO JOSÉ AVELÁS NUNES	59
Dos conceitos de financiamento e pré-financiamento – ARNOLDO WALD	74

MERCOSUL

Circulação de capitais em perspectiva brasileira – Entrada e saída de divisas e moeda nacional – PAULO BORBA CASELLA	79
--	----

TEXTOS CLÁSSICOS

→ Origem do Direito Comercial (Capítulo 1.º do <i>Corso di Diritto Commerciale – Introduzione e Teoria dell' Impresa</i> , 3.ª ed., Milão, A. Giuffrè, 1962, de Tullio Ascarelli), tradução e notas de Fábio Konder Comparato	87
---	----

JURISPRUDÊNCIA

Responsabilidade civil do Estado – Banco Central do Brasil – Falta de cumprimento do serviço de fiscalização em instituição financeira – Inocorrência da responsabilidade – Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa	101
---	-----

ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO	111
-----------------------------------	-----

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO

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 CELSO ORCESI DA COSTA

Advogado em São Paulo; Doutor em Direito Tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de 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

Professor Doutor do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP.

JORGE RUBEM FOLENA DE OLIVEIRA

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

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.

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.