REVISTA DE DIREITO MERCANTIL
INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Nova Série - Ano XXXV • n. 102 • abril-junho 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

$ 30,00

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.

ANO XXXV (Nova Série) n. 102 Abril-Junho/1996

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL
INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Nova Série - Ano XXXV • n. 102 • abril-junho 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: Eurotexto Informática Ltda. - ME. – *Impressão:* EDITORA PARMA LTDA., Av. Antonio Bardella, 280 – CEP 07220-020 – Guarulhos, SP, Brasil.

Impresso no Brasil

SUMÁRIO

DOUTRINA

Direito adquirido em matéria de indexação legal (interpretação do artigo 38 da Lei 8.880, de 1994) — LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES 7

O titular de cheques pós-datados, dados em garantia real, não participa da concordata da devedora — JORGE LOBO 21

Disciplina da concorrência nas operações de concentração empresarial — JOSÉ JÚLIO BORGES DA FONSECA 26

A minoria social. Relatividade e alcance dos efeitos de seus direitos — JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA 38

Criação de impostos. Alteração de seus elementos essenciais. O artigo 146 da Constituição Federal — JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA 46

A concordata do ex-concordatário e a desistência do favor legal — DÉCIO POLICASTRO 54

Derivatives' Suitability — LUIZ GASTÃO LEÃES FILHO 59

ATUALIDADES

Breves considerações sobre sentença que indefere a renovação de contrato de locação — CARLOS AUGUSTO DE ASSIS 72

Gestão privada do Funcafé — ALINE PAOLA C. B. C. DE ALMEIDA; FLÁVIO AMARAL GARCIA; MARCOS JURUENA V. SOUTO; PAOLO HENRIQUE SPILOTROS COSTA 80

Temas polêmicos da sociedade por quotas — Posição da jurisprudência. Cessão de quotas, responsabilidade e exclusão de sócios — CARLA IZOLDA FIUZA COSTA MARSHALL 94

Da inaplicabilidade do artigo 174 da Constituição Federal às normas monetárias — ARNOLDO WALD 109

JURISPRUDÊNCIA

Renovatória de locação — Aluguel provisório — "O deferimento do aluguel provisório não está condicionado a que o senhorio se abstenha de fazer o pedido alternativo de retomada do imóvel" — CARLOS AUGUSTO DE ASSIS 113

RESENHA

Obligaciones-Regimen Jurídico — Marcelo Urbano Salermo, por ARNOLDO WALD. 116

TEXTOS LEGAIS

Decreto 350, de 21.11.1991 — Promulga o Tratado para a Constituição de um Mercado Comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai (Tratado Mercosul) 118

TEXTOS HISTÓRICOS

Tratado de Direito Comercial — (Cesare Vivante — V. 1 — *Os Comerciantes*, 5.ª ed. rev. e ampl., Milão, Francesco Vallardi, 1934) — HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA 134

NOTICIÁRIO DO INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO COMERCIAL COMPARADO E BIBLIOTECA TULLIO ASCARELLI 139

ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO 141

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO

Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito

ALINE PAOLA C. B. C. DE ALMEIDA
Advogada no Rio de Janeiro.

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

CARLA IZOLDA FIUZA COSTA MARSHALL
Procuradora Federal lotada na Universidade Federal Fluminense; Doutoranda em Direito Econômico e Sociedade pela Universidade Gama Filho.

CARLOS AUGUSTO DE ASSIS
Advogado em São Paulo; Mestre e doutorando em Direito Processual na FADUSP.

DÉCIO POLICASTRO
Advogado e Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo.

FÁBIO KONDER COMPARATO
Doutor pela Universidade de Paris; Prof. Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP.

FLÁVIO AMARAL GARCIA
Advogado no Rio de Janeiro.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA
Mestre e Doutor em Direito Comercial pela USP; Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP; Advogado em São Paulo.

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA
Advogado no Rio de Janeiro.

JORGE LOBO
Advogado no Rio de Janeiro; Livre Docente em Direito Comercial pela UERJ.

JOSÉ JÚLIO BORGES DA FONSECA
Advogado em São Paulo; Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo e do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli.

LUIZ GASTÃO LEÃES FILHO
Advogado em São Paulo; Mestrando no curso de pós-graduação (em Direito Bancário, Financeiro e de Sociedades Anônimas) da Faculdade de Direito da Universidade Fordham, Nova Iorque.

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES
Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

MARCOS JURUENA V. SOUTO
Advogado no Rio de Janeiro.

PAOLO HENRIQUE SPILOTROS COSTA
Advogado no Rio de Janeiro.

ATUALIDADES

DA INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 174 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL ÀS NORMAS MONETÁRIAS

ARNOLDO WALD

SUMÁRIO: 1. Considerações gerais — 2. Função planejadora e função monetária — 3. Da integração dos bancos no setor privado — 4. Dos princípios da igualdade, da eqüidade e da comutatividade na aplicação da lei aos contratos.

1. Considerações gerais

1. A doutrina pretendeu, algumas vezes, justificar a não-incidência imediata das novas normas monetárias, nas operações bancárias em curso, alegando que a instituição bancária, considerada como integrando o setor público, deveria submeter-se imediatamente às mesmas, mas que, ao contrário, os clientes dos bancos, depositantes ou mutuários, que fazem parte do setor privado, não deveriam estar sujeitos à lei nova nos contratos em curso.

2. Para chegar a esta conclusão discriminatória, foi invocado o art. 174 da CF, que tem a seguinte redação:

"Art. 174 — Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado 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."

3. Cabe desde logo reconhecer que o artigo acima transcrito é inaplicável às normas de direito monetário, pois:

a) o art. 174 trata da atividade do Estado com agente normativo e regulador da economia, que exerce as funções de fiscalização, incentivo e planejamento que, todavia, não se confundem com o chamado *poder monetário*;

b) o art. 174 distingue entre o setor público e o setor privado, e os bancos não se integram no setor público.

2. Função planejadora e função monetária

4. A emissão de papel moeda, a fixação das unidades monetárias de pagamento e de conta e as demais normas do direito monetário e bancário são da competência da União Federal não em virtude do art. 174, mas nos termos dos arts. 21, incs. VI e VII, 22, incs. VI, VII e XIX e 48, incs. II, XIII e XIV, já referidos.

5. Acresce que as normas referentes ao sistema financeiro nacional são objeto de capítulo próprio da Constituição, o capítulo IV do Título VII, no qual se situa o art. 192, que trata exaustiva e minuciosamente do "*sistema financeiro nacional*".

6. É pois evidente, tanto pela interpretação sistemática quanto pela análise lógica e histórica da nossa legislação, que as normas de Direito Monetário não se enquadram nem na fiscalização, nem nos incentivos, nem no planejamento da

economia, para os fins do art. 174. E de qualquer modo são objeto de normas especiais. Por outro lado, não há dúvida que essas normas se aplicam a todos os setores da economia, não havendo discriminação possível entre as normas monetárias aplicáveis ao setor público e ao setor privado.

7. Aliás, pela leitura do art. 174, verifica-se que a fiscalização e os incentivos não justificam a mencionada discriminação, que só ocorre no tocante ao planejamento econômico. Este consiste basicamente na orientação da atividade material das partes, nas suas opções quanto à atuação em determinados setores, abrangendo a produção, a comercialização interna e internacional, a industrialização etc. (...) mas não o uso da moeda, que obedece às normas especiais.

8. A identidade das normas monetárias aplicáveis a todos os setores decorre do princípio geral da uniformidade e generalidade da lei e da igualdade de todos perante os diplomas legislativos. Cabe ainda salientar que as empresas públicas e sociedades mistas e outras entidades públicas que explorem atividade econômica estão, em virtude do art. 173, § 1.º, da CF, sujeitas às mesmas normas que as empresas privadas. A mencionada determinação constitucional é genérica e só especifica a igualdade de tratamento trabalhista e tributário a título exemplificativo, não admitindo todavia qualquer excepcionalidade no tocante ao regime jurídico legalmente estabelecido, como deflui do seu texto que é o seguinte:

"(...)

§ 1.º — A empresa, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias."

9. Assim, incontestavelmente, não poderia haver um regime monetário para o setor privado e outro para as empresas públicas e mistas, e evidentemente que tal dicotomia nunca seria concebível em detrimento dos bancos privados, que seriam considerados instituições públicas por equiparação, para esse fim, sem que, para tanto, existisse qualquer texto constitucional, legal ou regulamentar.

3. Da integração dos bancos no setor privado

10. As instituições financeiras são pessoas jurídicas de Direito Privado, como tais estruturadas e definidas pela Lei 4.595. Esta efetivamente se refere, no seu art. 1.º, às *instituições financeiras públicas* e *privadas* e, na seção IV (arts. 25 a 41), define as normas aplicáveis às instituições *financeiras privadas*, que estão reunidas na sua associação de classe, que é a consulente.

11. Assim, embora autorizadas a funcionar pelo Estado, na forma do art. 192, inc. I, da CF, mantêm as instituições financeiras as suas características, respectivamente, de "*instituições bancárias oficiais e privadas*", sendo que as não-controladas pelo Poder Público se enquadram nesta última categoria (privada) expressamente referida no mencionado inciso da norma constitucional.

12. Ora, na interpretação do art. 174 evidencia-se que o setor público é constituído pelas entidades pertencentes ou controladas pelo Poder Público, e que o setor privado abrange as pessoas jurídicas de Direito Privado controladas por particulares.

13. O art. 174 poderia ter dito — mas não disse — que o planejamento era determinante para os concessionários e muito menos para as entidades que

atuam em serviços autorizados pelo Poder Público, que se limita a credenciá-las e a fiscalizá-las, podendo ou não estabelecer, conforme o caso, a remuneração dos serviços por eles prestados.

14. Os administrativistas esclarecem adequadamente a este respeito que "*os serviços autorizados não se beneficiam das prerrogativas das atividades públicas*" e que "*seus executores não são agentes públicos*", como bem salientou Hely Lopes Meirelles.[1] E acrescenta o eminente administrativista paulista:

"A contratação desses serviços com o usuário é sempre uma relação de Direito Privado, sem participação ou responsabilidade do Poder Público."[2]

15. É manso e pacífico entre os administrativistas que a autorização administrativa não é ato criador de direito, mas concede eficácia a um direito preexistente, removendo um obstáculo que se opõe ao exercício do direito individual e, por este motivo, distinguindo-se da concessão que gera um direito novo, conforme bem salientou Caio Tácito, invocando a lição de Renato Alessi.[3] É pois evidente que o fato dos bancos estarem sujeitos a uma simples autorização do Poder Público para funcionar, como tantas outras atividades, especialmente após a extinção, pela nova Constituição, da carta-patente, não transforma a entidade privada, a sociedade comercial controlada por particulares, em integrante do setor público.

16. A referência de alguns autores à realização de um serviço público, pelos bancos, foi feita considerando tão-somente a acepção genérica e leiga da expressão, sem atender à boa técnica e à terminologia adequada do Direito Administrativo, até porque, caso contrário, teríamos um direito assegurado a todos os cidadãos de obtenção de crédito em condições legal ou administrativamente preestabelecidas.[4] Os autores mais recentes esclarecem que os bancos não constituem um autêntico serviço público, mas dele se aproximam pela importância econômica e social de sua função.[5] Por outro lado, se alguns traços parecidos com o serviço público se pudesse vislumbrar na relação entre o banco e as autoridades monetárias, é evidente que inexiste qualquer resquício de Direito Administrativo nas operações bancárias realizadas pelas instituições financeiras com os seus clientes.[6]

4. Dos princípios da igualdade, da eqüidade e da comutatividade na aplicação da lei aos contratos

17. Finalmente não nos parece condizente com os princípios constitucionais da igualdade de todos perante a lei (art. 5.º, I, da CF), e com a interpretação eqüitativa dos contratos comutativos, a tese de acordo com a qual as instituições de crédito sofreriam os prejuízos decorrentes das novas leis monetárias que, todavia, não afetariam nem os seus depositantes nem os seus mutuários.

18. Evidencia-se, ao contrário, de acordo com as normas constitucionais e

(1) Meirelles, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 14.ª ed., São Paulo, RT, 1988, p. 353.

(2) Meirelles, Hely Lopes, *ob. e loc. citados.*

(3) Tácito, Caio, Parecer sobre autorização do Banco Central *in Revista de Direito Administrativo*, vol. 153, p. 255, e Alessi, Renato, *Principi di Diritto Amministrativo*, 4.ª ed., p. 394.

(4) Vasseur, Michel, *La Responsabilité Civile du Banquier Dispensateur du Crédit*, 3.ª ed., Paris, Banque, 1978, p. 67.

(5) Vasseur, Michel, *obra citada*, p. 62.

(6) Stoufflet, Jean, artigo publicado em 1965 e referido na obra de Vasseur já referida, p. 66.

legais, as boas tradições do direito, a jurisprudência dominante em nossos tribunais e nos de outros países, e a melhor doutrina, tanto nacional quanto alienígena, que as normas de direito monetário, sendo imperativas, aplicam-se a todos sem qualquer discriminação, que seria inadmissível, em virtude do seu caráter imoral e odioso, e conseqüentemente repugna ao próprio Estado de Direito. Por outro lado, ameaçaria a solvência dos bancos — que pagariam com correção e receberiam sem correção, ou pagariam com a correção de um maior indexador e receberiam com base num menor — e importaria em confisco constitucionalmente vedado de parte do patrimônio da instituição financeira que, como prestadora de serviços, utiliza os recursos dos depositantes para fazer os empréstimos aos seus clientes (mutuários).

19. Levada a tese aos seus extremos, num determinado momento haveria ameaça de inviabilidade, para os bancos, de pagarem os seus depositantes, em virtude do descasamento do regime dos créditos e débitos da instituição financeira, banco, que atua com recursos de terceiros, e de compatibilizar o regime de seus credores e de seus devedores para poder cumprir adequadamente a sua função.

20. Assim sendo, é evidente a inaplicabilidade do art. 174 da CF aos efeitos das leis monetárias sobre os contratos bancários em curso.