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
D

Biblioteca Geo. G. 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. 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: 214-3714

3120-3761

Diretor de Produção: ENYL XAVIER DE MENDONÇA

MARKETING E COMERCIALIZAÇÃO

Gerente de Marketing: MELISSA CHBANE

Gerente de Administração de Vendas: KUNII 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

DOCTRINA

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; PAULO 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 Salerno, 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

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.

Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito

TEXTOS HISTÓRICOS

TRATADO DE DIREITO COMERCIAL

(Vol. I, *Os comerciantes*. Cesare Vivante, 5. ed. rev. ampl., 3. imp., Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milão, 1934)*

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

SUMÁRIO: 1. A autonomia do Código de Comércio — 2. Diferença de método na codificação civil e comercial — 3. A índole cosmopolita do comércio e do Direito Comercial que o governa — 4. A disciplina dos títulos de crédito — 5. Os negócios à distância — 6. Negócios em massa.

1. A autonomia do Código de Comércio

Em 1892, inaugurando o meu curso na Universidade de Bolonha, sustentei a oportunidade de reunir o Direito Comercial ao Direito Civil em um único Código. Aquela iniciativa, confirmada pelo Código suíço das obrigações, teve defensores e adversários autorizados, mesmo fora da Itália, mas não foi imitada por nenhum dos Códigos que o seguiram.

Nem ao menos o recente projeto do Código de comércio italiano seguiu aquele modelo, que permaneceu isolado, nem o acolheu o Projeto Ministerial redigido sob a minha Presidência, nem aquele Real, redigido sob a Presidência de D'Amelio, Primeiro Presidente da Corte Suprema. Daí, de muitos lados, o insistente pedido para que fosse abandonada nas reformas legislativas a atuação daquela fusão, que todavia, tinha encontrado defensores de alto valor. Eis

então a minha defesa contra aquele pedido, que poderia conter, ainda, uma exprobação.

Inspirou-me originariamente aquela proposta o embaraço científico no qual encontrava-se nossa disciplina, condenada a viver a meio caminho entre o empirismo da prática e as doutrinas tradicionais consagradas pelo Direito Civil, bloqueando-se na impotência jurídica dos contratos *sui generis*. E ainda hoje penso que aquela fusão é um dever de quem estuda e de quem ensina, um dever científico e didático, porque a ciência e a escola devem tender para construções unitárias; e penso ser, também, um dever judiciário, porque a magistratura não pode cumprir sua função social se não tende para o equilíbrio dos interesses e para a unidade das regras sob sua tutela.

Mas a minha freqüente participação nas reformas legislativas e, especialmente, na do Código de Comércio, durante os numerosos anos transcorridos desde a mencionada iniciativa, convenceram-me de que aquela fusão dos dois códigos em um único teria trazido um grave prejuízo ao progresso do direito comercial.

* Introdução — (segunda, no sentido cronológico, sem numeração de páginas).
Tradução de Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa.
Revisão de Fábio Konder Comparato.

Por isto, sinto o dever de justificar este ato de conversão, com o desejo de que lhe seja dado todo o peso que merece, em razão daquela experiência, tanto mais que uma convicção nova deve gozar de maior autoridade do que aquela que foi abandonada, quando se pensa que o escritor de boa-fé, para mudar a própria convicção, deve combater não só as razões que originariamente a determinaram, mas, também, aquelas que, sucessivamente, por força de coerência, vinham naturalmente reforçá-la. É um ato de conversão tanto mais merecedor de atenção, quanto não é agradável ao amor-próprio de quem pratica.

O longo tempo transcorrido desde aquela solenidade e as mutações ambientais do comércio nacional devem ao menos ser consideradas como atenuantes. Naquela época, a Itália timidamente colocava sua cabeça além dos Alpes; agora ela ascende ao nível do comércio mundial, e a ciência do direito tira, dessa ascensão, o desejo de uma codificação mais adequada ao mercado internacional.

2. Diferença de método na codificação civil e comercial

O método pelo qual se elabora o conteúdo dos dois Códigos, nos trabalhos legislativos, é absolutamente diverso, tal qual a mente dos colaboradores. Na preparação de um Código de Comércio, prevalece o estudo muitas vezes empírico dos fenômenos técnicos; em se tratando do Direito Civil, prevalecem as exigências de uma profunda coesão e de uma disciplina sistemática dos conceitos gerais. Nas condições do primeiro, prevalece o espírito de indução e de observação; nas deste outro, o de uma dedução lógica. Este tem, certamente, uma superioridade científica, se esta é avaliada segundo o fim unitário que se

deseja alcançar. Mas a inferioridade científica do Direito Comercial é compensada pela sua imediata aderência aos fenômenos da vida, com os esquemas típicos dos institutos que os grandes ramos do comércio e da indústria formaram distintamente e elevam, lentamente, ao nível de uma unidade superior.

Os sinais dessa antítese entre um método e outro manifestam-se no modo pelo qual são constituídas as próprias comissões legislativas, uma vez que os que preparam o Código Civil são todos professores de Direito e o seu próprio material é formado, principalmente, pelo trabalho da doutrina enquanto, entre os que preparam o Código Comercial, não faltam jamais, além dos cultores do Direito, os homens de negócios, de bancos, de bolsa, de seguros, de contabilidade.

Em todas as revisões do Código de Comércio, apresentam-se novas relações comerciais já definidas por leis especiais ou esquemas típicos de contratos, que estão a exigir um enquadramento legal. Em torno deste trabalho preparatório, agitam-se congressos, câmaras de comércio, círculos e ligas comerciais e industriais, empresas de seguro e de bancos, associações de agentes de comércio, de contabilistas, e assim por diante, no aguardo de uma proteção jurídica. Surge em sua própria defesa uma pressão coletiva que alcança às vezes o caráter de pressão política, para obter o recolhimento de novos interesses de classe, de novos institutos e de novas operações, os quais reclamam um lugar no Código de Comércio. Uma revisão desse enorme material jurídico não seria conciliável com o método e com o comportamento dos civilistas. Unificando os dois Códigos, formar-se-ia, provavelmente, um único Código de regras gerais, provido daquele tecnicismo jurídico que é o fruto mais vivo da atividade comercial; regras gerais que, por

sua própria e mesma generalidade, formariam um guia muito vago para as decisões dos magistrados. Não se poderia renunciar àquela tormentosa atualização da matéria comercial sem atrair, por amor da construção lógica, a construção realista.

3. A índole cosmopolita do comércio e do Direito Comercial que o governa

O Direito Comercial formou-se e ampliou-se quase empiricamente, desviando-se do tronco comum do Direito Romano e Civil, longe de toda influência de escolas econômicas e filosóficas, com uma disciplina estritamente adequada à atividade comercial, sob o impulso da livre concorrência e da livre produção. Mas a prática geral reconheceu que o comércio, provendo à vida quotidiana da humanidade, à sua incessante transformação, tende, sob o impulso da utilidade, à criação de um único mercado mundial, em lugar dos estreitos mercados locais. Se esta convicção se faz mais viva e manifesta quando se trata do comércio de importação e de exportação, todo comerciante, mesmo atacadista, mesmo varejista, sente passar por seu estabelecimento as correntes de um comércio mundial, a cuja direção deve sujeitar-se. Este grande campo de relações criou novos esquemas típicos de contratos que, aplicados inicialmente a mercadorias de grande consumo, vão se propagando às demais, com a intervenção dos bancos que satisfazem os respectivos interesses dos vendedores e dos compradores. Uma reação geral levantou-se contra os procedimentos codificados, preferindo-se pôr a tutela deste movimento a cargo de Câmaras ou Cortes arbitrais, cujo trabalho trará profunda contribuição a um Código único e uniforme.

Por ocasião de cada revisão do Código de Comércio, uma vaga de fundo

de Direito estrangeiro nele penetra, assinalando um progresso mais ou menos sensível em direção a um Direito uniforme. Os transportes terrestres e marítimos, os títulos ao portador e à ordem, e os cheques já penetraram nos Códigos mais recentes com regras uniformes. E para falar de institutos menores no nosso projeto (art. 429), tomamos o Código alemão (parágrafos 120, 153), a regra que mantém em vigor as ofertas, não obstante a morte ou incapacidade superveniente do proponente, de forma a assegurar a continuidade do estabelecimento. É um conceito contrário à tradição romana e civilista, italiana e francesa, que penetrará em nosso Código pela conveniência de não fazer suportar em terra italiana, por cidadãos italianos, uma disciplina menos segura do que a que vale para os estrangeiros, com os quais contratam. Assim se fez quanto ao direito de retenção, tomado ao direito germânico, para dar aos nossos comerciantes, que recebem mercadorias do exterior, a mesma proteção que os comerciantes estrangeiros têm sobre as mercadorias de proveniência italiana, colocadas à sua disposição. Progredindo nesse caminho, a uniformidade dos Códigos de Comércio poderá restringir o campo das difíceis controvérsias do Direito Internacional.

As tendências deste Direito dirigem-se a uma uniformidade essencialmente cosmopolita, a um regulamento comum das relações terrestres e aéreas, aos curtos prazos extintivos, à preferência pela forma escrita, a um bom sistema de publicidade que agiliza o crédito, ao escrupuloso respeito à vontade incorporada nos títulos de crédito. Esses progressos certamente favorecem a todos os negócios, e sua própria utilidade é sentida e opera também no campo da vida doméstica e agrícola, como, por exemplo, em todas as operações de crédito agrário e cambiário e nos seguros so-

ciais. Mas aí operam pela força das coisas, muito lentamente, em um ambiente que lhes é avesso. A diversa velocidade com a qual operam essas tendências opõe um grave obstáculo à fusão da dúplici matéria em um único Código das obrigações; por isso, deve-se reservar ao Código de Comércio a função de tecer livremente a trama jurídica da própria matéria, a fim de passá-la, em seguida, com cauteloso discernimento, ao Código Civil.

4. A disciplina dos títulos de crédito

Para multiplicar, econômica e seguramente, os negócios sobre mercadorias e sobre valores, a atividade comercial vem transfigurando mercadorias e valores em títulos de crédito. Para tornar sua circulação mais segura e fácil, o prevalente interesse comercial deu à sua forma uma importância decisiva; a própria palavra determinou, exclusiva e absolutamente, a existência e a medida do crédito; o sacrifício do devedor à segurança formal do credor deu ao legislador mercantil o critério de suas reformas. Todos os títulos, destinados à grande circulação — nominativos, à ordem ou ao portador — foram postos sob a égide da máxima “a posse equivale a título” para o adquirente de boa-fé; e toda a reforma dos Códigos Comerciais assinala um passo para trás nos processos de reivindicação e de anulação de títulos, que ainda deixavam alguma defesa ao proprietário espoliado. Nesse espírito diverso que animou os dois ramos legislativos do Direito Privado está, pois, a atual incompatibilidade de sua própria união.

5. Os negócios à distância

Mesmo as distâncias que caracterizam o movimento dos negócios comerciais

fazem surgir, nesse campo de atividade, problemas que o Direito Civil não resolveu. O Código Civil, por exemplo, contenta-se em declarar que o contrato forma-se pelo consentimento. Mas a distância entre os contraentes suscita a necessidade de se distinguir a proposta da aceitação e de resolver, com análises novas, os problemas que surgem, no intervalo entre uma e outra, da caducidade e da revogação daquelas declarações de vontade, suspensas até o aperfeiçoamento do contrato. Ainda, o Código Civil contenta-se em dizer que o pagamento deve fazer-se, nos contratos à distância, no lugar onde se faz a entrega da mercadoria, mas o problema do pagamento se complica no comércio à distância pela impossibilidade de se realizar, simultaneamente, a entrega da mercadoria e o pagamento do preço, pois que, para resolvê-lo, devem-se ter em conta as intervenções bancárias, que garantem o vendedor ou o comprador por meio de abertura de crédito. É fácil observar que quase todas as regras acolhidas pelo Código de Comércio em matéria de venda são ditadas para regular a venda à distância. Mas, além das poucas regras codificadas, outros caminhos vêm sendo abertos pelo comércio à distância, regulando a incidência sobre os contraentes dos riscos, dos fretes, dos prêmios de seguro, atenuando a rigidez das ações redibitórias. O Código Civil sofre a influência dessa rápida formação de regras novas sobre o seu velho molde, construído em torno de contratos concluídos e executados simultaneamente.

6. Negócios em massa

Os negócios comerciais não se desenvolvem mais no isolamento, tal como no Direito Civil. As grandes operações de crédito põem em contato, entre si, grandes massas de interesses, que necessitam de garantias e de controles coletivos e

administrativos. Os portadores de títulos emitidos no interesse da indústria e do crédito (debêntures, cédulas fundiárias e agrárias), os segurados, os portadores de papel-moeda, os depositantes e os acionistas necessitam de garantias coletivas, massas hipotecárias, reservas matemáticas, reservas metálicas, operações ativas precedentemente distribuídas e a curto prazo, sobre as quais a vigilância dos particulares interessados é impossível.

A vigilância individual importaria em grandes incômodos à empresa, sem garantir eficazmente os interessados, ao passo que as garantias coletivas, desde que custodiadas ou controladas por órgãos coletivos ou corporativos, poderão prestar um serviço mais seguro, com menor dispêndio.

Estas situações novas não mudam a estrutura elementar dos contratos de mútuo, depósito, seguro, sociedade; mas neles incidem profundamente. Convém deixar livre o caminho para esses enxertos do Direito Administrativo ou Corporativo no Direito Comercial.

O Código Comercial vem continuamente absorvendo, por essas múltiplas razões, em cada reforma, muitas leis especiais que regulam tais problemas. Se faltasse essa absorção, uma multidão de leis especiais e empíricas formaria um obstáculo sempre mais intrincado à conquista de um Direito simples, orgânico e sistematicamente reconduzido a regras gerais e próprias da atividade comercial, com um grave dano para o ordenamento jurídico.