

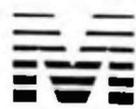
REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

industrial, econômico
e financeiro

129

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
do Departamento de Direito Comercial
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ano XLII (Nova Série)
janeiro-março/2003

 **MALHEIROS
EDITORES**

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

industrial, econômico e financeiro

Nova Série — Ano XLII — n. 129 — janeiro-março de 2003

FUNDADORES

1ª FASE: WALDEMAR FERREIRA

FASE ATUAL: PROF. PHILOMENO J. DA COSTA (†)
PROF. FÁBIO KONDER COMPARATO

SUPERVISOR GERAL: PROF. WALDIRIO BULGARELLI

COMITÊ DE REDAÇÃO: MAURO RODRIGUES PENTEADO,
HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA,
RACHEL SZTAJN, ANTONIO MARTIN, MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

publicação trimestral de
MALHEIROS EDITORES LTDA.
Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171
CEP 04531-940
São Paulo, SP - Brasil
Tel. (011) 3078-7205
Fax: (011) 3168-5495

Diretor Responsável: Álvaro Malheiros
Diretora: Suzana Fleury Malheiros

Assinaturas e comercialização:
CATAVENTO DISTRIBUIDORA DE
LIVROS S.A.
Rua Conselheiro Ramalho, 928
CEP 01325-000
São Paulo, SP - Brasil
Tel. (011) 289-0811
Fax: (011) 251-3756

Supervisão Gráfica: Vânia Lúcia Amato
Composição: *Scripta*

SUMÁRIO

DOCTRINA

ALGUMAS INCIDÊNCIAS CONSTITUCIONAIS DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DA UNIÃO ECONÓMICA E MONETÁRIA

— ANTÓNIO JOSÉ AVELÁS NUNES 7

ATUALIDADES

BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS — MEDIDAS LEGISLATIVAS EM PORTUGAL E NA EUROPA

— A. SARAIVA MATIAS E CATARINA MARTINHO 30

VERDADEIRA PROJEÇÃO DA ARBITRAGEM — CONVENÇÃO DE NEW YORK DE 1958

— IRINEU STRENGER 40

ACORDO DE ACIONISTAS — ARQUIVAMENTO NA SEDE SOCIAL — VINCULAÇÃO DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADE CONTROLADA

— NELSON EIZIRIK 45

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA REPRESENTAÇÃO COMERCIAL FRENTE AO NOVO CÓDIGO CIVIL

— JAIRO SADDI 54

REGISTRO DO COMÉRCIO E OS LIMITES DE SUAS EXIGÊNCIAS

— JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA 69

A LEI 10.303, DE 2001, E A INCLUSÃO DOS DERIVATIVOS NO ROL DOS VALORES MOBILIÁRIOS

— DANIEL KREPEL GOLDBERG 73

PODE A SOCIEDADE LIMITADA TER CAPITAL AUTORIZADO?

— OTÁVIO VIEIRA BARBI 83

LIMITES DE ATUAÇÃO DO CONSELHO FISCAL

— RAUL DE ARAUJO FILHO E RODRIGO FERRAZ P. CUNHA 96

EXCLUSÃO DE SÓCIO EM SOCIEDADES LIMITADAS NO NOVO CÓDIGO CIVIL

— LEONARDO GUIMARÃES 108

O ISS NA CONSTRUÇÃO CIVIL

— JOSÉ ALCIDES MONTES FILHO 121

ESPAÇO DISCENTE**A ARBITRAGEM NAS SOCIEDADES ANÔNIMAS**

— JOSÉ VIRGÍLIO LOPES ENEI 136

REFORMA REGULATÓRIA E SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

— MARCO AURÉLIO GUMIERI VALÉRIO 174

ARBITRAGEM NA LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS

— LIVIA ROSSI 186

**OFERTA PÚBLICA DE AQUISIÇÃO DE AÇÕES NA ALIENAÇÃO DE
CONTROLE DE COMPANHIAS ABERTAS. Apontamentos sobre o
art. 254-A da Lei das Sociedades Anônimas**

— JOSÉ ALBERTO CLEMENTE JÚNIOR 206

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA**INDENIZATÓRIA MOVIDA POR FILHOS ALEGANDO MORTE DA MÃE
POR CÂNCER DE PULMÃO DECORRENTE DE TABAGISMO**

— PAULO ROGÉRIO BRANDÃO COUTO 220

TEXTOS CLÁSSICOS**"LEX MERCATORIA"**— FRANCESCO GALGANO, item I da Introdução da obra *Lex Mercatoria*.

Tradução de ERASMO VALLADÃO A. e N. FRANÇA 224

PARECERES**LEGITIMAÇÃO DO SÓCIO DA SOCIEDADE CONTROLADORA
PARA PLEITEAR A ANULAÇÃO DE ASSEMBLÉIA DA CONTROLADA
SUBSIDIÁRIA INTEGRAL**

— ERASMO VALLADÃO A. e N. FRANÇA 229

**DEMANDA REPARATÓRIA AJUIZADA POR ACIONISTA EM VIRTUDE
DE ADIMPLENTO IMPERFEITO. FUNÇÃO E NATUREZA JURÍDICA
DAS DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS. CARÁTER CONSTITUTIVO
DAS DECISÕES ASSEMBLEARES TOMADAS POR ÓRGÃOS DAS
SOCIEDADES ANÔNIMAS. A AÇÃO REGULADORA E PRINCÍPIOS
ESSENCIAIS VINCULADORES DE COMPANHIAS ABERTAS
COM VALORES MOBILIÁRIOS NO MERCADO DE CAPITAIS.
IMPOSIÇÕES DA ORDEM CONSTITUCIONAL ECONÔMICA.
PRAZOS DE PRESCRIÇÃO NA LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS**

— LEANDRO BITTENCOURT ADIERS 234

COLABORAM NESTE NÚMERO

ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS NUNES

Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra. Membro Correspondente da Academia Brasileira de Direito Constitucional

A. SARAIVA MATIAS

Professor de Direito. Advogado

CATARINA MARTINHO

Advogada Estagiária

DANIEL KREPEL GOLDBERG

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

ERASMO VALLADÃO A. E N. FRANÇA

Professor-Doutor em Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP. Advogado em São Paulo

IRINEU STRENGER

Professor Titular de Direito Internacional Privado e de Direito do Comércio Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP. Professor da Academia de Direito Internacional de Haia (1991). Doutor *Honoris Causa* da Universidade Argentina John Fitzgerald Kennedy. Membro do *Institut du Droit et des Pratiques des Affaires Internationales*, da Câmara de Comércio Internacional de Paris. Árbitro no Brasil junto ao Mercosul e Árbitro da Câmara de Comércio Brasil-Canadá

JAIRO SADDI

Doutor em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo — USP. Professor e Coordenador dos Cursos de Direito do Ibmec/SP. Diretor do Centro de Estudos de Direito do Ibmec — IbmecLAW.

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro — PUC/RJ. Advogado

JOSÉ ALBERTO CLEMENTE JÚNIOR

Pós-Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP

JOSÉ ALCIDES MONTES FILHO

Advogado

JOSÉ VIRGÍLIO LOPES ENEI

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

LEANDRO BITTENCOURT ADIERS

Advogado

LEONARDO GUIMARÃES

Professor na Faculdade de Ciências Econômicas da UFMG/FACE. Mestrando em Direito Comercial na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais — UFMG. Advogado

LIVIA ROSSI

Pós-Graduanda da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP

MARCO AURÉLIO GUMIERI VALÉRIO
Mestrando em Direito na UNESP.
Advogado

NELSON EIZIRIK
Advogado no Rio de Janeiro e em São
Paulo

OTÁVIO VIEIRA BARBI
Mestrando em Direito Comercial pela
Faculdade de Direito da Universidade
Federal de Minas Gerais — UFMG.
Advogado

PAULO ROGÉRIO BRANDÃO COUTO
Advogado

RAUL DE ARAUJO FILHO
Advogado

RODRIGO FERRAZ P. CUNHA
Mestre em Direito pela Universidade de
Bologna, Itália. Doutorando pela
Universidade Federal de Minas Gerais —
UFMG. Advogado

Jurisprudência Comentada

INDENIZATÓRIA MOVIDA POR FILHOS ALEGANDO MORTE DA MÃE POR CÂNCER DE PULMÃO DECORRENTE DE TABAGISMO

Comentários de
PAULO ROGÉRIO BRANDÃO COUTO
ao acórdão da apelação cível 200.2.001.02666, do TJRJ

*Apelação cível 200.2.001.02666-Capital
16ª Câmara Cível do TJRJ*

Aptes.: Mauro Henrique da Costa e Outros

Apda.: Souza Cruz S/A

Rel. Desembargador Miguel Ângelo Barros

Ementa: Processual e civil. Indenizatória movida por filhos alegando morte da mãe por câncer de pulmão decorrente de tabagismo. Cerceamento de defesa. Sentença anulada. Nova sentença. Apelação insistindo em cerceamento de defesa e atacando o mérito.

1. Se a primeira sentença foi anulada porque o seu prolator entendeu que os autores não produziram provas de ilicitude, de falta de informação, de propaganda enganosa e de vício do produto (o que cerceou o direito de defesa deles, que haviam requerido provas relativas àqueles pontos), não é nula a nova sentença que, embora também dê pela improcedência, o faz sob outro argumento, qual seja o de que a prova pericial antecipada produzida fixou a inexistência de nexo causal entre o tabagismo da mãe dos autores e o câncer de pulmão que a matou.

2. O consumidor não é obrigado a consumir os produtos à venda no mercado e se o faz pratica ato de seus exclusivos arbítrio e responsabilidade, não podendo depois atribuir ao produtor a culpa por ter consumido aquele produto, de forma que o fato de alguém fumar durante 40 anos e morrer de câncer no pulmão não autoriza seus filhos a pedirem indenização por dano moral e material sem provarem o nexo de causalidade entre a prática do tabagismo e o surgimento do câncer.

3. Preliminar que se rejeita e apelo a que se nega provimento.

Comentários de

Paulo Rogério Brandão Couto

O Acórdão segue um entendimento unânime da Justiça brasileira em julgar improcedente pedido de indenização, em ação movida por ex-fumante.

Até dezembro de 2002, momento em que foram elaboradas estas notas, havia 297 ações propostas, sem decisões favoráveis aos fumantes e ex-fumantes.

Bastante esclarecedor é o julgado que enfrentou as principais questões relaciona-

das aos pedidos de indenização por ex-fumantes.

O nexos causal, como elemento caracterizador da obrigação de indenizar, não está presente no caso concreto e seria bastante difícil de relacioná-lo em casos semelhantes. Eventual doença manifestada, como se sabe, pode ter muitas causas, sem que o nexos seja demonstrado com clareza.

Como explica Maria Helena Diniz,¹ "causa é o motivo *determinante* de um fato, sua fonte, sua origem; aquilo em virtude do qual se tem a existência de algo ou do qual advém um efeito". Ou seja, não pode haver simples suspeita. Para que exista o nexos deve haver *certeza* da causa.

O Supremo Tribunal Federal, no v. Acórdão relatado pelo Min. Moreira Alves, acolheu a teoria da não indenizabilidade pela inexistência do nexos causal direto (interrupção do nexos causal): "ora, em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no art. 1.060 do CC, a teoria adotada quanto ao nexos de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexos causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também à responsabilidade extracontratual, inclusive à objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e da causalidade adequada (cf. Wilson de Melo da Silva, *Responsabilidade sem Culpa*, ns. 78 e 79, pp. 128 e ss., Saraiva, 1974)".

Ou seja, havendo incontornável incerteza sobre a existência do nexos de causalidade certo e direto, não há como haver responsabilização.

Deve-se considerar, ainda, que o hábito de fumar é exercício do livre arbítrio. O autor daquela ação não foi obrigado a

fumar. Aliás, o princípio da autonomia da vontade é parte da expressão da liberdade individual e é considerado princípio fundamental do direito privado. Não se pode permitir a criação de fatos e a obtenção de vantagem indevida por conta desses fatos. Segundo Orlando Gomes, a autonomia privada é o *poder atribuído ao particular de partejar, por sua vontade, relações jurídicas concretas, admitidas e reguladas, "in abstracto", na lei.*² Limitar incoerentemente a autonomia da vontade ou visualizá-la de maneira distorcida poderia causar um seriíssimo transtorno para a própria sociedade. Assim, se o Estado limitar incoerentemente a autonomia da vontade em determinada situação, poderia, em tese, até mesmo ser responsabilizado por não fazê-lo em todos os outros casos nos quais supostamente deveria limitar. Algo muito absurdo, mas completamente coerente com o pensamento que desconsidera a autonomia da vontade e a livre escolha do próprio indivíduo em seguir este ou outro caminho. Se o Estado diz uma vez: "siga este caminho", deverá sempre fazê-lo sob pena de ser responsabilizado; uma verdadeira incoerência que pode vir a se tornar realidade e um gigantesco problema para a sociedade se admitirmos a idéia de que a autonomia da vontade não existe para o caso de o indivíduo consumir este ou aquele produto. Ainda mais: seria necessário que o Estado proibisse a venda de quase todos os produtos em comercialização: açúcar, por exemplo, pelas cáries que pode causar; detergentes, pela possibilidade de alguém querer ingeri-los e, assim, ter algum tipo de problema de saúde. Também deveria proibir todos os inseticidas, pois alguém também poderia ingerir e colocar sua vida em risco; veículos, pela possibilidade de alguém ser atropelado, daí por diante...

Também bastante coerente o juízo ao salientar a licitude da atividade, aliás, questão indiscutível. Sendo atividade econômica autorizada legalmente, incide no

1. *Dicionário Jurídico*, São Paulo, Saraiva, 1998, pp. 522 e ss.

2. Cf. *Obrigações*, pp. 40 e ss.

caso a excludente do exercício regular de direito.

Há outra decisão proferida nesse sentido, pelo MM. Juiz de Direito da 30ª Vara Cível da Comarca de São Paulo (proc. 99.013480-5): "(...) as atividades relacionadas ao cultivo do tabaco e à produção e comercialização de cigarros nunca foi considerada ilícita entre nós, sendo, provavelmente, a atividade que dispõe do maior número de regramentos a discipliná-la. (...) Muito embora — repita-se — o cigarro cause males a saúde, tal fato é público e notório há muitos anos, sem que, por causa disso, sua produção e comercialização tivesse sido proibida entre nós, ou mesmo em qualquer outro país. (...) E tal responsabilidade, não é demais repetir, apenas poderia ser caracterizada, em correndo a prática de atos ilícitos ou o desrespeito às normas do Código de Defesa do Consumidor aplicáveis ao caso, o que não ocorreu — ressalta-se, uma vez mais — no caso presente. Por isso, não se pode imputar à requerida a responsabilidade pelos mencionados danos padecidos pelo requerente, em vista da atividade lícita e regulamentada pelo poder público que ela exerce, pagando, aliás, elevadíssimos tributos, para tanto".

Não se pode esquecer dos empregos gerados pela atividade da empresa e o considerável valor dos tributos arrecadados com o produto, ambos que revertem efeitos ao Estado e à coletividade. Aqui se pode ver efetivamente a função social exercida não só pela empresa, como também por um ramo de atividade lícita.

Por outro lado, como ficou salientado pelo julgado, não há propaganda enganosa veiculada pelas empresas fabricantes de cigarro. Publicidade enganosa por omissão é aquela que omite dado essencial do produto ou serviço, pois só a omissão deste configurará a enganiosidade. Este é o entendimento de Antonio Herman Benjamin: "Enquanto que na publicidade enganosa comissiva qualquer dado do produto ou serviço presta-se para induzir o consumi-

dor em erro, na publicidade enganosa por omissão só a ausência de dados essenciais é reprimida. De fato, não seria admissível que, em 15 segundos de um anúncio televisivo, o fornecedor fosse obrigado a informar o consumidor sobre todas as características e riscos de seus produtos e serviço. Assim, nos termos da lei e nos passos do direito comparado, só aquelas informações essenciais são obrigatórias. Por essenciais entendam-se as informações que têm o condão de levar o consumidor a adquirir o produto ou serviço".³

Sabendo-se que os riscos associados ao hábito de fumar são amplamente conhecidos pelo público há muito tempo (mais de um século como se pode constatar em estudo preparatório para estes comentários), sequer poder-se-ia alegar ignorância quanto a tal fato. Nesse particular, é digno de nota o fato de que, a despeito do bombardeio de alertas sobre os riscos para a saúde associados ao consumo do produto, milhares de pessoas se iniciam a cada ano no consumo de cigarros e de que, por outro lado, milhares de pessoas permanecem fumando.

Como bem salientado pelo Acórdão, qualquer atividade, pelo ponto-de-vista da má-fé e oportunismo, poderá ser vítima da indústria das indenizações. Cita o exemplo de arma de fogo, mas toda atividade pode gerar algum tipo de risco, qualquer produto pode trazer, de maneira distorcida, algum tipo de imaginário dano ao consumidor. Se alguém é atropelado porque o condutor do veículo dirige em alta velocidade, o fabricante do veículo não pode ser responsabilizado; se alguém é ferido com a utilização de uma faca, é absurdo querer responsabilizar seu fabricante. É preciso viver no mundo real e afastar os oportunistas e os indivíduos que, agindo com reserva mental, buscam enriquecimento ilícito subestimando a atuação inteligente e unânime do Poder Judiciário brasileiro.

3. Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, 1992, p. 204.

Nesse sentido o Brasil tem dado um bom exemplo, adotando a idéia de que nem tudo que é bom para os outros países é bom para o Brasil, pondo cobro à simples importação de idéias que acabam por não funcionar aqui. Se começarem a processar todos os fabricantes de bens por aqui, criando motivos absurdos, como há em outros países, teremos um grave problema, além do crescimento do custo dos bens e serviços, que terão em seu preço embutidas as provisões para as indenizações.

O Acórdão foi bastante correto ao dizer que o Brasil é um país independente. Se há julgados em outros países, não há que considerá-los aqui.

Temos exemplos absurdos nos Estados Unidos: (a) Stella Liebeck foi a senhora de 79 anos que se queimou com café quente no carro e ganhou uma polpuda indenização do McDonald's, alegando que não se deve servir o café tão quente. Em sua homenagem, foi criado nos EUA o "Prêmio Stella", para sentenças judiciais verdadeiras, mas absurdas; (b) Carl Truman, de Los Angeles, ganhou o reembolso de despesas médicas e US\$ 74 mil de indenização do motorista de um carro que passou em cima de sua mão. O motorista deu partida e andou, sem perceber que Truman estava roubando suas calotas; c) Terence Dickson, de Bristol, roubou uma casa e quis

sair pela garagem. Portão enguiçado. Tentou voltar para a casa, mas a porta tinha batido e se trancara. Passou oito dias na garagem, com algumas latas de Pepsi e um saco de ração de cachorro. Só saiu quando os donos voltaram de viagem. Ganhou US\$ 500 mil de indenização por "angústia mental indevida"; (d) Merv Grazinski, de Oklahoma, levou o *motor-home* para a estrada, regulou a velocidade em 120km/h e saiu do volante para fazer um cafezinho. O *motor-home* saiu da pista e capotou. Grazinski processou a fábrica porque o manual não dizia que o motorista precisava ficar na direção com o veículo em movimento. Ganhou um *motor-home* novo, mais US\$ 1,75 milhão de indenização.⁴

Não é isso que queremos para o Brasil!

O Poder Judiciário, apesar de injustas críticas que lhe são dirigidas e da falta de condições materiais, tem tido um relevantíssimo papel social no Brasil ao evitar que, a exemplo de outros países, o Brasil se torne um paraíso para a indústria de indenizações, gerando efeitos econômicos e sociais negativos.

Esse julgado nos leva a refletir: será que a população quer uma sociedade abusivamente litigiosa, em que uns processam os outros com a finalidade única de enriquecer indevidamente?

4. Estes e outros absurdos da "indústria das indenizações" podem ser consultados em <<http://www.citizen.org/congress/civjus/tort/myths/articles.cfm?ID=785>> e <<http://www.power-of-attorneys.com/>> (páginas acessadas em 15.1.2003).