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

R$ 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: 214-3714
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.

DOUTRINA

DIREITO ADQUIRIDO EM MATÉRIA DE INDEXAÇÃO LEGAL (INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 38 DA LEI 8.880, DE 1994)

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES

SUMÁRIO: 1. Preliminares — 2. A mudança do sistema monetário e as normas de conversão — 3. As normas de conversão do Plano Real — 4. A polêmica a respeito do expurgo do resíduo inflacionário — 5. Direitos adquiridos em matéria de indexação convencionada — 6. Investimentos em NTN, CDB e debêntures.

1. Preliminares

O Poder Executivo baixou a Medida Provisória 434, em 27.02.1994, que instituiu a Unidade Real de Valor — URV, que passou a ser dotado de poder liberatório a partir do dia 1.º.7.1994, assim dispondo o seu art. 36:

"Art. 36. O cálculo dos índices de correção monetária no mês em que se verificar a emissão do Real de que trata o art. 3.º desta medida provisória, tomará por base o equivalente em URV dos preços em cruzeiros reais e os preços nominados ou convertidos em URV nos meses imediatamente anteriores.

Parágrafo único. É nula de pleno direito e não surtirá nenhum efeito a aplicação de índice, para fins de correção monetária, calculada de forma diferente da estabelecida no *caput* deste artigo."

Posteriormente, as Medidas Provisórias 457 e 482, respectivamente de 29.03 e de 28.04.1994, alteraram o art. 36, acima reproduzido, que, ao se converter no art. 38 da Lei 8.880, de 27.05.1994, passou a ter a seguinte redação:

"Art. 38. O cálculo dos índices de correção monetária no mês em que se verificar a emissão do Real de que trata o art. 3.º desta lei, bem como o mês subseqüente, tomará por base preços em Real, o equivalente em URV dos preços em cruzeiros reais, e os preços nominados ou convertidos em URV dos meses imediatamente anteriores, segundo critérios estabelecidos em lei.

Parágrafo único. Observado o disposto no parágrafo único do art. 7.º, é nula de pleno direito e não surtirá nenhum efeito a aplicação de índice, para fins de correção monetária, calculado de forma diferente da estabelecida no *caput* deste artigo."

Em face desse dispositivo, cabem as perguntas: a) a atualização do valor nominal das NTN, debêntures e CBP, de forma diversa do ajustado quando de sua aquisição ofenderia o princípio da intangibilidade do direito adquirido e do ato jurídico perfeito a que se refere o art. 5.º, inc. XXXIV, da CF de 1988?

b) a lei nova, em sendo de ordem pública e/ou de direito econômico, que estabelece a mudança de padrão monetário, produziria efeitos sobre a forma de reajuste de contratos firmados anteriormente à promulgação da nova lei?

c) se a aplicação do art. 38 da Lei 8.880 provocar desequilíbrio contratual, isto é, o credor receber menos do que teria direito, e, por via de conseqüência, o devedor também pagar menos, a parte prejudicada, em recorrendo ao Poder Judiciário, visando a restabelecer o

equilíbrio contratual, teria possibilidade de êxito?

d) o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal já se manifestaram a respeito de outros Planos Econômicos, como, por exemplo, o Plano Verão, que guardam similitude com a matéria supra enfocada?

Para responder a essas questões, examinaremos algumas questões básicas, que nos parecem constituir as premissas para a adequada compreensão dos problemas jurídicos suscitados. Assim, estudaremos, sucessivamente:

a) a mudança do sistema monetário e as normas de conversão;

b) as normas de conversão adotadas pelo Plano Real;

c) a celeuma a respeito do expurgo do resíduo inflacionário, suscitado pela regra de conversão introduzida pelo art. 38 da Lei 8.880, de 1994;

d) a questão do direito adquirido ao regime de reajuste vigente por ocasião da celebração do contrato, em face da mudança da forma de indexação instituída pela lei nova;

e) a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça já manifestada a respeito da questão semelhante suscitada por força de anteriores planos econômicos; e

f) como ficam as aplicações financeiras realizadas em NTN, CDB e debêntures, com forma de atualização diversa da introduzida pela lei nova.

2. A mudança do sistema monetário e as normas de conversão

Como parte de uma economia em marcha, todo sistema monetário passa por mudanças constantes, sem que a sua continuidade seja necessariamente comprometida, visto que as alterações ocorridas via de regra não têm o condão de subverter a sua estrutura básica. Existem porém alterações de tal magnitude que podem determinar o desaparecimento do sistema monetário vigente, interrompendo, assim, sua continuidade, como é o caso da mudança do próprio padrão monetário, expediente a que costumam recorrer todos os programas de estabilização econômica.

Com efeito, esses programas, orientados na busca da estabilização monetária de uma economia mergulhada num vertiginoso processo inflacionário, passam freqüentemente pela fixação de uma nova relação do padrão monetário, que substitua aquela já comprometida pela inflação, provocando, destarte, a destruição do sistema monetário anterior. Segundo Nussbaum e Mann, essa "destruição" do sistema precedente chega até a ser a condição necessária da constituição de uma nova ordem monetária, conforme noção construída pelos tribunais alemães quando, sob o impacto do grande surto inflacionário de 1918-23, o governo introduziu, através da Lei de 30.09.1924, o Reichmark (em lugar do Mark), convertido como base do novo sistema monetário germânico.[1]

Alteração do sistema monetário só existe, pois, quando a sua base é destruída, razão pela qual a lei, que vier a criar o novo sistema, deverá sempre estabelecer uma "norma de conversão" (*recasting rule; Unrechnungsnorm*), que permita, sem solução de continuidade, expressar em termos da nova base monetária as obrigações geradas sob o império da unidade anterior.

Com efeito, o brusco desaparecimento de um sistema monetário, para a

(1) Cf. Nussbaum, Arthur, *Derecho Monetario Nacional e Internacional*, trad. esp., Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1954, p. 195 s.; Mann, F. A., *The Legal Aspect of Money*, 4.ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1982, p. 49.

instauração de um novo, poderia acarretar a extinção de obrigações constituídas ao tempo do sistema precedente, mormente as pecuniárias, pela impossibilidade do cumprimento de prestação em moeda extinta, de onde a implantação de novos sistemas monetários vir sempre acompanhada de mecanismos de conversão, que permitam a transição de uma ordem para outra.

Até porque uma nova unidade monetária só pode ser concebida tendo por referência outra já conhecida, e é nesse sentido que deve ser entendido o princípio da continuidade monetária imanente, a que se referiu Georg Friedrich Knapp.[2] Segundo esse autor do início do século, toda e qualquer unidade monetária só pode ser definida quando encarada sob o prisma histórico, numa correlação constante — ou recorrente referência (rekurrenter Anschluss), para usar da sua expressão — entre a nova e a antiga unidade. Ou como diz Karl Olivecrona: uma nova unidade de conta não passa de "an abstract measure of the relation of a given currency standard to its predecessor".[3]

Daí outra nota identificadora do surgimento de um novo sistema monetário: a necessária fixação, na *lex monetae*, dessas "regras de conversão" do antigo para o novo sistema. Pois todo sistema monetário, na medida em que constitui sempre um monopólio de criação do Estado, adote-se ou não a teoria estatal da moeda, só se instaura por iniciativa do legislador. Nussbaum se insurge contra essa orientação, que caracteriza de "legalista", mas Mann insiste, e com razão, nessa "manifestação legislativa" (*statutory pronouncement*), citando uma decisão de 1933 do *Reichsgericht*, no sentido de que uma alteração da moeda só existe quando se constrói uma nova "base legal" para o sistema monetário.[4]

Daí também porque podemos dizer, com Ascarelli,[5] que a antiga unidade monetária como que dialeticamente se incorpora ao novo sistema, como um elemento exógeno, exercendo a função de "moeda de conta" nas obrigações constituídas o império do antigo sistema, sem todavia preencher mais a correlata função de "moeda de pagamento", doravante assumida pela nova unidade monetária. Quer dizer, nas obrigações geradas antes da reforma monetária, a moeda de pagamento passa ser a nova moeda, vigente *tempore solutionis*, mantendo-se a moeda antiga como moeda de conta constante da obrigação *tempore contractus*.

Ora, ao operar essa dissociação entre as funções da moeda, mantendo a moeda antiga, que está in *obligatione*, como unidade de conta, para efeito da conversão das prestações constituídas ao tempo do antigo sistema, evidentemente cabe

(2) Knapp, G. f., *The State Theory of Money*, edição inglesa abreviada e traduzida por Lucas e Bonar, Londres, 1924, p. 122.

(3) Cf. Oliveira, Karl, *Problems of Monetary Unit*, Macmillan, New York, 1957, p. 119-120.

(4) Nussbaum, ob. cit., p. 199, nota 622. Mann, ob. cit., p. 50, nos dá a versão inglesa do acórdão citado: "An alteration of the currency only exists, if its basis is altered, whether this is due to the legislator conciously building up a new monetary systemon a new unit of account, orto the events of economic life completely destroyng that basys in disregard of the law". O *Reichsgericht*, já em acórdão de 16.04.1932, "*R.G.Z.*" 136, 87, adotara a expressão *rekurrenter Anschluss*.

(5) Cf. Ascarelli, Tullio, *Obligazioni Pecuniarie*, Ed. Nicola Zanichelli e Foro Italiano, Bolonha-Roma, 1962, p. 354 s.: "In sostanza l'esistenza di un rapporto legale di ragguaglio tra le due sucessive unità di misura legali stabilisce una continuità (e, a rigore, identità) nel tempo dll'ordenamento monetario, si che nei suoi confronti non sorgono problemi diversi da quelli dell'interpretazione della norma di conguaglio."

também aí, para efeito dessa conversão, incluir os indexadores a que estavam já sujeitas a moeda antiga como medidas de valor. Pois há longos anos que, no Brasil, por força do caráter crônico do regime inflacionário, as funções de moeda de conta e de pagamento mantêm-se separadas, chegando a funcionar praticamente como unidades de conta mais de duas dezenas de índices de reajuste da moeda corrente, enquanto eram moedas de pagamento, sucessivamente, o cruzeiro, o cruzado (antigo e novo), e, até agora, o cruzeiro real.

Em suma, na norma de conversão, a ser prevista na lei criadora de um novo regime monetário, deve ser estabelecido detalhadamente o mecanismo que possibilitará a transição das obrigações de uma moeda para a outra, de forma a que a nova unidade guarde sempre uma relação necessária com a antiga, encarada esta em sua função de unidade de conta, o que leva a abranger aí também os seus indexadores.

3. As normas de conversão do Plano Real

Ora, vejamos como isso se dá no chamado Plano Real. O Programa de Estabilização Econômica introduzido, sucessivamente, pelas Medidas Provisórias 434, 457 e 482, convertidas na Lei 8.880, de 27.05.1994, foi concebido para ser implementado em três tempos: 1.º) o estabelecimento em bases permanentes do equilíbrio de contas do governo, eliminando a principal causa da inflação; 2.º) a criação de um padrão estável de valor que denomina de Unidade Real de Valor (URV); e 3.º) a futura emissão desse padrão de valor como uma nova moeda nacional de poder aquisitivo estável — o Real.

Nessa introdução de um novo padrão monetário em etapas, a URV foi instituída, num primeiro estágio, dotada de curso legal para servir exclusivamente como padrão de valor monetário, continuando o cruzeiro real a ser utilizado como meio de pagamento revestido de poder liberatório, até que, numa segunda etapa, venha ela a ser também dotada desse poder liberatório, a partir de sua emissão pelo Banco Central do Brasil, quando passará a denominar-se Real (art. 2.º, *caput*). A partir daí, o cruzeiro real deixará de integrar o sistema monetário nacional, não mais dispondo de curso legal e poder liberatório, mantendo-se apenas como elemento exógeno de referência. A primeira emissão do Real ocorrerá no dia 01.06.1994 (art. 3.º).

Até atingir essa fase, o Banco Central do Brasil "fixará a paridade diária entre o cruzeiro real e a URV tomando por base a perda de poder aquisitivo do cruzeiro real" (art. 4.º), a ser "estimada", segundo esclarece a Exposição de Motivos Interministerial n. 047 (alínea n. 26) "por um conjunto de três índices de preços — IPCA-E do IBGE; IGP-M da FGV; e IPC (terceira quadrissemana) da FIPE", emprestando confiabilidade à URV "a utilização de dois índices de preço calculados por instituições privadas de pesquisa". Também no mesmo diploma é estipulada a correspondência da URV ao cruzeiro real, em 1.º.03.1994, à razão de CR$ 647,50, cada uma (art. 1.º, § 2.º).

Essa criação de um novo padrão monetário em momentos sucessivos tem por escopo obter a adesão espontânea da sociedade na conversão da grande maioria das obrigações expressas em cruzeiros reais, antes da emissão do Real (E. M. n. 54). Isso permitiria a introdução da nova moeda no universo das relações econômicas livremente, isto é, "por negociação direta entre as partes, e sem interferência governamental" (E. M. al. n. 52), exceção feita apenas a "algumas regras gerais" (E. M. al. n. 53). Avizinhando-se a época da futura emissão do Real, ao Poder Executivo

caberá fixar, se necessário, os critérios para a conversão em relação ao resíduo de obrigações que porventura remanescer não transformado em URV (E.M. al. n. 53).

A norma excepcionou dessa regra de conversão espontânea as obrigações trabalhistas e previdenciárias, a ambas dedicando regras de conversão compulsória e imediata (arts. 18 a 32), por dois motivos: em primeiro lugar, porque a URV, como será legalmente uma moeda, uma vez introduzida, criará direitos, em particular, o da irredutibilidade dos salários garantidos pela Constituição; em segundo lugar, trata-se de garantir, dessa forma, um piso para as negociações trabalhistas posteriores, que se almeja se mantenham livres, de acordo com a legislação existente (E. M. al. ns. 31 a 34).

No caso dos demais contratos, que não dispõem dessa característica de irredutibilidade, e que portanto podem ser convertidos por livre acordo entre as partes, foi estabelecida uma "lógica seqüencial específica", como adverte a Exposição de Motivos (al. n. 31): os contratos não financeiros poderiam desde o primeiro momento ser livremente convertido em URV; já com relação aos contratos financeiros, a conversão em URV seria regulada, num segundo momento, pelas respectivas agências normatizadoras (E. M. al. ns. 36 e 37); e, ao final, haveria a redefinição dos preços, já na nova moeda.

No que se refere especificamente à conversão das "obrigações pecuniárias de qualquer natureza" para a nova unidade, foi estabelecido que — exceção feita às operações ativas e passivas realizadas no mercado financeiro, de seguro e em outros mais, "regidos por legislação específica" — elas se alinhariam dentro da regra da conversão voluntária dos contratos à URV, a partir de 1.º.03.1994 (art. 7.º, c/c art. 16), sendo, por outro lado, obrigatoriamente expressos em URV os valores das obrigações pecuniárias contraídas a partir de 15.03.1994, inclusive, para serem cumpridas ou liquidadas com prazo superior a trinta dias (art. 10).

Já no que tange às operações ativas e passivas realizadas no mercado financeiro, assim como as operações do sistema financeiro de habitação e de crédito rural, as operações praticadas pelo sistema de seguro, as operações bursáteis de toda ordem, inclusive as relativas ao mercado futuro, as operações de arrendamento mercantil e de consórcios, e as operações relativas aos créditos da União junto aos Estados e Municípios, elas passariam a dispor de regras de conversão próprias, a serem oportunamente definidas. Assim, a exceção das demais obrigações pecuniárias, elas continuariam a ser expressas em cruzeiros reais até a data de emissão da nova moeda, quando então seriam "obrigatoriamente convertidas em Real, de acordo com critérios estabelecidos em lei, preservado o equilíbrio econômico e financeiro e observada a data de aniversário de cada obrigação" (art. 7.º, parágrafo único).

Quer dizer, mesmo quando "compulsória" a conversão de valores dessas obrigações pecuniárias, expressos em cruzeiros reais, para Reais, a *lex monetae* enfatiza que essa conversão deverá ser feita:

a) segundo os critérios estabelecidos em lei;

b) preservado o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos; e

c) observada a data de vencimento de cada obrigação.

A tônica do Programa reside, como se vê, nesse processo de conversão espontânea e voluntária para o novo padrão monetário, sem rupturas bruscas e com o mínimo de intervenção governamental. Declaradamente é esta, aliás, a razão principal da introdução da URV como estágio intermediário para a

construção de uma moeda estável; através desse expediente se permitiria "que as relações contratuais na economia tenham tempo de redefinir-se nessa nova unidade de conta, evitando as inevitáveis tablitas ou outros esquemas de ruptura de contratos que caracterizaram os planos anteriores de reforma monetária" (E. M. al. n. 35). E nas hipóteses que fogem dessa adesão voluntária ao Real, a conversão deverá atender rigorosamente aos critérios da lei, preservado o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos, e observada a data de aniversário de cada obrigação.

Ora, à vista desse amplo contexto legal, vem suscitando grande celeuma o regime de indexação adotado pelo artigo 36 das sucessivas medidas provisórias, renumerado como art. 38 na Lei 8.880/94, *in verbis*:

"Art. 38. O cálculo dos índices de correção monetária, no mês em que se verificar a emissão do Real de que trata o art. 3.º desta Lei, bem como no mês subseqüente, tomará por base preços em Real, o equivalente em URV dos preços em cruzeiros reais e os preços nominados ou convertidos em URV dos meses imediatamente anteriores, segundo critérios estabelecidos em lei.

Parágrafo único. Observado o disposto no parágrafo único do art. 7.º, é nula de pleno direito e não surtirá nenhum efeito a aplicação de índice, para fins de correção monetária, calculado de forma diferente da estabelecida no *caput* deste artigo."

4. A polêmica a respeito do expurgo do resíduo inflacionário

Da leitura do artigo acima reproduzido, infere-se que a lei teria determinado que o cálculo dos índices de correção monetária, no mês em que se verificar a emissão do real, ou seja, a partir de 01.07.1994, bem como no mês de agosto de 1994, e pelos quais serão atualizadas as obrigações a vencer após a emissão do Real, tomará por base a relação entre os preços, em Real, registrados no primeiro e no segundo mês de vigência da nova moeda, e os preços, em cruzeiros reais, convertidos — ou, à época, já expressos — em URV, vigentes nos meses imediatamente anteriores à emissão da nova moeda, "segundo critérios a serem estabelecidos em lei".

Ou seja, as obrigações que até a data da emissão do Real não tenham sido voluntariamente convertidas em URV, ou as que, por força de lei, como determinadas obrigações pecuniárias, mantiveram-se, até a data da emissão do Real, expressas em cruzeiros reais, serão compulsoriamente convertidas na nova moeda e reajustadas pelos índices de correção monetária calculados na forma acima, segundo a variação dos preços convertidos em URV, deixando, pois, de medir, nesses "meses imediatamente anteriores", a variação sofrida pelos preços em cruzeiro real (quando ainda vigente essa moeda comprometida pela inflação).

Segundo adverte a Exposição de Motivo (alínea n. 30), assim procedendo, esses índices de preço, calculados exclusivamente em URV,

a) "identificarão o fato de em URV a inflação estar próxima de zero, podendo até mesmo ser negativa", e

b) "(permitirão) que se possa fazer a conversão sem resíduos inflacionários que, por definição, não existem na nova moeda".

Ora, essa "substituição", no cálculo dos índices de correção monetária, da desvalorização experimentada pelo cruzeiro real, pela variação sofrida pela URV, nesses meses imediatamente precedentes à emissão do Real, determina, na realidade, um verdadeiro expurgo de um "resíduo inflacionário", efetivamente ocorrido e verificado em termos da

antiga moeda, mas ainda não incorporado aos índices de reajuste.

Dado o fenômeno da chamada defasagem da indexação, há, em verdade, sempre um intervalo entre o período de coleta dos preços médios e o período de divulgação e de aplicação da taxa de inflação (e pois do fator de correção), que só será objeto de atualização na coleta subseqüente,[6] e que se perde quando se substitui a mensuração da desvalorização do cruzeiro real pela desvalorização da URV. Pois a URV, como a própria Exposição de Motivos o enfatiza, "não é mais um indexador entre os muitos de que já dispomos", mas um padrão "apenas para efeito de medida de valores monetários", "imune à inflação que corrói o cruzeiro real" (al. ns. 28 e 29).

Ademais, esses índices têm um período de coleta e de aplicação diversos do mês calendário, estando os contratos atrelados a índices apurados em dias quebrados. Exceção feita ao IPC da FIPE, cujo prazo de apuração coincide com o mês cheio, o IPCA-E vai do dia 15 de um mês ao dia 15 do mês seguinte, e o IGP-M vai do dia 20 ao dia 20. Assim, o aumento, digamos, do IGP-M de junho é usado para transformar valores de 31 de maio em valores de 30 de junho, e o que ele mede é a elevação percentual dos preços médios de 21 de maio a 20 de junho, em relação aos preços médios de 21 de abril a 20 de maio. Daí que, quando se aplica os índices de atualização de junho, os preços já começam a sentir, imediatamente, a erosão de sua expressão monetária, que só será recomposta *a posteriori*, por ocasião da próxima aplicação da correção monetária. E assim sucessivamente.

Acresce ainda o fato de que os índices de inflação medem a variação dos *preços médios* de um mês sobre o anterior. Assim, no caso do IGP-M, por exemplo, calculado a partir da média dos preços coletados do dia 21 de um mês a 20 do mês seguinte, o índice acaba captando a variação dos preços do meio do período, ou seja, do dia 5 de um mês a 5 de outro mês, aproximadamente, aumentando-se, assim, a "defasagem da indexação".

Ora, a eliminação dessa cauda ou *carry over* inflacionária, com a introdução do cálculo do reajuste em URV (que, "por definição", não a reflete), quando a correção monetária dessa inflação residual já está prevista nos contratos com cláusula de correção pós-fixada e periodicidade mensal de reajuste — a grande maioria, aliás, dos atualmente em vigor — irá, inevitavelmente, gerar desequilíbrios nas relações contratuais existentes, provocando perdas não pouco significativas para as partes contratantes, dada a alta taxa de inflação em vigor.

Com efeito, não se trata de um mero efeito estatístico, que a nova forma de cálculo da correção monetária estaria desprezando, mas de uma efetiva perda do poder de compra, já experimentada pela sociedade, e que os índices de inflação não podem deixar de registrar. Quando os preços aumentam a uma taxa constante e, de um momento para o outro, param de aumentar, os índices de inflação continuarão a indicar um valor positivo de aumento de preços por alguns meses, não por mera consistência estatística, mas por força de um resíduo de depreciação da moeda que não fora

[6] Assim como a maior restrição que se faz à correção monetária seja o processo implícito de realimentação (*feedback*) da alta de preços, nela própria contido, a defasagem entre o período de cálculo e o período de vigência da correção monetária é encarada como um freio à alta geral de preços. Daí a atenção que os economistas já deram ao tema (Júlio Chacel, Mário Henrique Simonsen, *Correção Monetária*, Apec Editora, 1970, p. 300).

incorporado à série temporal do índice de preços.

Justificar esse expurgo da parte da inflação dos índices de correção monetária, sob o argumento de que não é possível comparar preços em Real com preços em cruzeiros reais, seria, não somente "cínico, num país que embarca na quinta reforma monetária em menos de dez anos", como já advertiu alguém,[7] como não teria consistência técnica, na medida em que, dado o princípio da continuidade monetária imanente, a que se refere Knapp, a nova unidade só pode ser concebida e empregada em relação à precedente, à qual se prende por um elo de referência permanente (*recurrent linking*).

A fluência da correção monetária por um período de defasagem estatística, após a data em que os preços param de subir, talvez seja uma aberração em termos de política econômica; mas a eliminação do arrasto ou *carry over* inflacionário no primeiro e segundo mês do Real, dos títulos e de outras operações indexadas, mediante a alteração, por lei, da forma de cálculo dos índices de correção monetária no mês em que se verificar a emissão do Real, bem como no mês subseqüente, representará uma violência jurídica, que ofende o princípio da intangibilidade do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, que dispõe de garantia constitucional assegurada no art. 5.º, alínea XXXVI, da Carta Magna. Sobre impor, ademais, um confisco não autorizado pela Lei Maior (art. 5.º, alínea XXIV), e comprometer o equilíbrio econômico e financeiro que a própria *lex monetae*, ora em exame, recomenda se preserve, na conversão compulsória para a nova unidade monetária das obrigações pecuniárias relativas às operações ativas e passivas realizadas no mercado financeiro e em outros mercados específicos (art. 7.º, parágrafo único).

Tanto isso é verdade que, tão logo veio a lume a Medida Provisória 434, de 27.02.1994, os meios de comunicação imediatamente detectaram a reação do setor empresarial, principalmente das instituições financeiras, contra o art. 36, que versava sobre a nova forma do cálculo dos índices da correção monetária, a partir do mês de emissão do Real. Em que pese afirmasse o art. 16 do mesmo diploma que as aplicações financeiras continuariam expressas em cruzeiros reais, até a emissão do real, e regidas "pela legislação específica", havia o receio nos meios financeiros de que as autoridades estabelecessem que as aplicações financeiras seriam convertidas, no mês de emissão do real, de acordo com o art. 36, e não de acordo com a "legislação especial".

Na reedição dessa medida provisória, através da MP 457, de 29.03.1994, o art. 36 foi reformulado, estendendo o cálculo novo dos índices de correção monetária, não só no mês de emissão do Real, "bem como no mês subseqüente", onde seriam mais significativos o arrasto, bem como aditando, *in fine*, a advertência de que esse novo cálculo seria aplicado "segundo critérios estabelecidos em decreto do Poder Executivo". Na nova reedição da medida, consubstanciada na MP 482, de 28.04.1994, essa parte final foi novamente alterada, estabelecendo a regra de que esse cálculo, na forma determinada, seria aplicado "segundo critérios estabelecidos em lei". E foi com essa redação mais cautelosa — exigindo um diploma legal na implementação dessa nova sistemática de indexação — que se converteu no art. 38 da Lei 8.880, de 27.05.1994, ora em vigor.

Daí que cabe agora examinar a questão do direito adquirido, oriundo do

(7) Simonsen, Mário Henrique, "Por que esse plano é melhor que todos os anteriores", in *Revista Exame*, ed. 553, março 1994, p. 23.

contrato, e cuja intangibilidade constitui cânon constitucional, em cotejo com a questão da aplicação de lei nova de direito monetário, revestida da natureza de ordem pública, que altere o regime de indexação vigente.

5. Direitos adquiridos em matéria de indexação convencionada

A Constituição de 1988 atribui competência à União Federal para legislar e regular a respeito das questões monetárias nos arts. 21, incs. VII e VIII, 22, incs. VI, VII e XIX, e 48, incs. II, XIII e XIV, que têm respectivamente a seguinte redação:

"Art. 21. Compete à União:

(...)

VII — emitir moeda;

VIII — administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros de previdência privada; (...)"

"Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

VI — sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais;

VII — política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores;

(...)

XIX — sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular; (...)"

"Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

(...)

II. plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito, dívida pública e emissões de curso forçado;

(...)

XIII — matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações;

XIV — moeda, seus limites de emissão e montante da dívida mobiliária federal."

Como se vê, ao atribuir ao Congresso Nacional competência para tratar da "matéria monetária" (art. 48, inc. XIII) e à União para legislar sobre o "sistema monetário" (art. 22, inc. VI), a Constituição reconheceu que ao Poder Legislativo Federal cabe estabelecer as normas referentes ao direito monetário, abrangendo todos os aspectos inerentes ao mesmo, ou dele decorrentes. Essa competência abrange tanto a disciplina da chamada moeda real, ou de pagamento, quanto a da moeda de conta, incluída nesta os indexadores, que dispõem em nosso País de um regime legal imperativo.

A confirmar essa assertiva, basta lembrar que, decorridos sessenta anos, desde a legislação restritiva de 1933, e mais de trinta anos, a partir das primeiras medidas legislativas que introduziram e, posteriormente, institucionalizaram a indexação em dívidas e obrigações, inexiste qualquer julgado dos tribunais superiores que negue ao Congresso Nacional o *poder* de baixar normas referentes à indexação, como instrumentos de política monetária nacional.

Ou seja, as normas de direito monetário, mesmo quando referentes apenas à indexação, são desenganadamente de ordem pública, inderrogáveis pela vontade das partes, e revestem a natureza de direito público, visto que não têm por objetivo disciplinar, ao menos diretamente, as relações privadas dos indivíduos como tais, mas as relações do Estado, como tal, e os seus membros.

Ora, em consonância ao princípio geral adotado pelo direito intertemporal brasileiro (Lei de Introdução, art. 6.º), todas as normas de direito público são

de *aplicação imediata*, atingindo, desde logo, não apenas as situações inteiramente novas, e nascidas na sua vigência, como ainda todos os efeitos futuros das situações jurídicas criadas sob o império da lei antiga. Mas dizer que as normas de direito público têm aplicação imediata não quer dizer que as mesmas dispõem de efeito retrooperante.

Com efeito, com ensina Limongi França,[8] quando o legislador adota o princípio da imediatidade da lei nova, quer com isso dizer que a lei nova, além dos *facta futura*, se aplica também aos atos e elementos que, embora gerados sob o pálio da lei antiga, ainda estão em curso, atingindo os atos pendentes — mas, como esclarece esse autor, atingindo as "partes posteriores" dos *facta pendentia*, ficando, portanto, ressalvados de sua aplicação os fatos já consumados (*facta praeterita*) e as "partes anteriores" dos fatos em curso, "na sua condição de validade e nos efeitos que já produziu". Em suma, o princípio da irretroatividade ou da não-retroprojeção constitui um dos postulados que dominam a matéria, inclusive no que tange às normas de direito público.

Nessas condições, é com reservas que deve ser encarada a afirmação de que inexiste, no campo do direito público, *direito adquirido*, visto que a Constituição proíbe retroação violadora do direito adquirido, sem fazer distinção entre as normas de direito privado e as de direito público.[9] Todavia, não podemos esquecer a natureza distinta das normas para uma compreensão do direito adquirido.

Assim, de acordo com o art. 5.º, inc. XXXVI, da Constituição, não há dúvida que os contratos se regem pelas normas vigentes no momento de sua celebração, normas estas que, sobre eles, continuam a incidir, mesmo após a sua revogação, afastando a aplicação da lei nova, quando contrária às estipulações contratuais. Do contrato surge, pois, um direito adquirido à manutenção das cláusulas contratuais de direito privado (ou seja, aquelas regidas pela vontade das partes) nele convencionadas, entendendo-se que passaram a integrar o patrimônio do contratante antes da entrada em vigor da lei nova, que assim não pode alcançá-las. Mas esse direito adquirido, oriundo do contrato, não abrange matéria de direito público, a respeito das quais os contratantes não podiam convencionar. Destarte, não podem as partes estabelecer, no contrato, uma moeda de pagamento ou de conta que não seja admitida e consagrada pela lei.

Tanto a melhor doutrina, nacional quanto estrangeira, assim como a jurisprudência nacional[10] mais significativa, tem reconhecido a vigência imediata das normas monetárias e a sua incidência sobre os contratos em curso, considerando que, não cabendo aos particulares definir, nas cláusulas contratuais, a moeda e o seu poder aquisitivo, e não sendo, por conseqüência, o regime monetário matéria contratual, não há falar em direito

(8) França, R. Limongi, *Direito Intertemporal em Matéria Civil*, Ed. RT, S. Paulo, 1967, p. 423.

(9) A afirmação remonta ao trabalho clássico do Conselheiro Lafayette, "Retroatividade das Leis de Ordem Pública", in *Revista Forense*, n. 6, p. 129, 1906.

(10) A Egrégia 2.ª Turma do STF, julgando o RE n. 105.137, sendo recorrente a APLUB e relator o Ministro Cordeiro Guerra, citando Paul Roubier, assim se pronunciou: "As leis monetárias, pela própria transcendência de Direito Público de que se revestem, são de aplicação imediata, segundo o consenso de Direito transitório, sobre os contratos em curso, e, bem assim, sobre qualquer relação jurídica de outra natureza, pública ou privada não ressalvada pelo novo texto. (...) E, precisamente, se produz efeito sobre os contratos em curso, é porque não se trata de lei relativa a uma situação contratual, mas a um estatuto legal, o estatuto da moeda" (in *Revista Trimestral de Jurisprudência*, vol. 115, p. 387).

adquirido à manutenção, nem da moeda de pagamento, nem da moeda de conta, ainda quando expressa esta através de um índice corretor, caso a lei nova as venha modificar, ou extinguir.

Mas se é verdade que as normas relativas à moeda não contêm preceitos privatísticos, não é menos verdade que, várias são as relações privadas, que exigem conteúdo monetário, na medida em que, como diz Carbonnier, "tout dans notre civilization juridique, s'exprime en monnaie",[11] e que nem por isso são matérias da lei monetária, revestindo apenas conteúdo contratual privado. E nessas relações privadas, nessas, sim, prevalece, com todo o seu rigor, o cânon constitucional da intangibilidade das situações jurídicas definitivamente constituídas.

Paul Robier,[12] ao apreciar o grau de eficácia de uma norma de direito público em relação a uma determinada relação privada, faz uma distinção esclarecedora entre *situações legais* e *situações contratuais*. Por situação legal compreende-se um estado em que se encontra uma generalidade de pessoas, sem qualquer referência de ordem subjetiva, enquanto por situação legal entende-se o estado em que se encontra pessoas ligadas por uma específica relação jurídica. Se a lei nova regulamenta o estatuto legal da moeda, ela tem efeito imediato sobre todas as chamadas situações jurídicas em curso, mesmo se uma dessas situações em curso se apóia em um contrato. Mas não terá essa lei monetária efeito sobre as relações contratuais já constituídas, as quais permanecerão intocadas, em face do princípio da intangibilidade dos direitos adquiridos.

(11) Cf. Carbonnier, Jean, *Droit Civil*, 10.ª ed., Ed. Presses Universitaires de France, Paris, 1974, vol. III, p. 16.

(12) Cf. Roubier, Paul, *Le Droit Transitoire*, 2.ª ed., Ed. Dalloz et Sirey, Paris, 1960, p. 423 s.

Ao fazer a distinção acima, Roubier foi motivado pela idéia da irrefragável necessidade de se preservar as relações contratuais contra mutações oriundas de regulação normativa superveniente, na medida em que os contratos são, sempre, "atos de previsão". "Esta escolha (argumenta ele) seria inútil se uma lei nova, modificando as disposições do regime em vigor o dia em que o contrato foi travado, viesse a trazer uma subversão em suas previsões." (...) Assim, o específico dos contratos "é o de envolucrar o acordado com o manto protetor — o da lei vigente à época de sua instauração — para que a relação constituída atravesse o tempo enclausurada nesse abrigo e a salvo, portanto, da interferência de leis sucessivas".[13]

Por conseqüência, podemos dizer que as leis monetárias, por serem leis de direito público, são de aplicação imediata, incidindo sobre os contratos em curso, mas na parte que diz respeito ao estatuto legal da moeda, *não atingindo as chamadas situações subjetivas*, neles contidas, que se regerão pela lei do tempo em que se celebram. Alterado o padrão monetário, a moeda de conta e a moeda de pagamento passarão a se reger pela lei nova, mas uma aplicação financeira, ajustada sob a égide da lei anterior, se cumprirá nos termos em que foi pactuada, ou seja, nos termos da lei revogada, que assim tem um período de sobrevida, por respeito ao direito adquirido. Essa distinção tem sido objeto de especial atenção pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, instalado com o advento da ordem constitucional de 1988 e encarregado da interpretação e do resguardo das normas legais infraconstitucionais, especialmente no exame da reforma monetária promovida pelos Planos Cruzados, Bresser, Verão e Collor.

(13) Cf. Roubier, Paul, *Le Conflits de Lois dans le Temps*, 1.ª ed., 1929, vol. I, p. 587.

Com efeito, as chamadas "tablitas" de deflação dos diversos planos econômicos (Cruzado, Bresser e Verão), foram julgadas legais e não atentatórias ao direito adquirido ou ato jurídico perfeito, porque a incidência do infrator teria importado em alteração de *situações legais*, de ordem geral, incidindo sobre todos os contratos cujos vencimentos fossem posteriores aos planos, enquanto que a nova forma de indexação, imposta pelo Plano Collor, na medida em que dirigida especificamente às relações entre poupadores e entidades captadoras, significaria interferência indevida em *situações contratuais*, já estabelecidas e em curso de execução, entre as instituições financeiras e os investidores.

A título de ilustração, transcrevemos recentíssimos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça a respeito do assunto. Versando justamente hipótese de alteração do indexador de caderneta de poupança, já aberta ou renovada, por norma de ordem pública posterior (a MP n. 32, de 1989, transmudada na Lei 7.730, de 1989), a 4.ª Turma do STJ assim se manifestou, em decisão unânime de 10.11.1992, sendo rel. o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira no Rec. Esp. n.º 22.331-7-RS, *verbis*:

"Direito Econômico. Caderneta de poupança. Alteração do critério de atualização. Janeiro/1989. Direito adquirido. Norma de ordem pública. Interesse coletivo. Recurso desacolhido.

I — Iniciada ou renovada caderneta de poupança, norma posterior que altere o índice de correção incidente sobre tal modalidade de investimento não pode retroagir para alcançá-la. Tendo incidência imediata e dispondo para o futuro, não afeta as situações jurídicas já constituídas.

II — O critério de atualização estabelecido quando da abertura ou renovação automática, das cadernetas de poupança, para vigorar durante o período mensal seguinte, passa a ser, a partir de então, direito adquirido do poupador."

São, aliás, bastante esclarecedores os seguintes trechos do voto proferido pelo Relator e acompanhado pelos eminentes Ministros Barros Monteiro, Bueno de Souza, Athos Carneiro e Fontes de Alencar, no acórdão citado. Após salientar que a matéria não era nova naquela Corte, quando se sufragou a orientação de que as normas que alteraram o indexador da poupança consubstanciavam comandos de ordem pública, assim ponderou:

"Quanto ao ponto, comungamos da posição sustentada por José Afonso da Silva no sentido de que a asserção 'não há direito adquirido frente a norma de ordem pública' deve ser entendida *modus in rebus*. Somente é valida se referida norma tem em mira o escopo primordial de atender a interesse coletivo, como expressa o eminente jurista: 'Cumpre fazer uma observação final a respeito da relação entre direito adquirido e direito público. A generalização não é correta nesses termos. O que se diz com boa razão é que não corre direito adquirido contra o interesse coletivo, porque aquele é manifestação de interesse particular que não pode prevalecer sobre interesse geral' (*Curso de Direito Constitucional*, Malheiros, 8.ª ed., 1992, Tít. VI, Cap. III, n. 18, p. 380)".

"Frente a esse contexto, conquanto se considere que, a partir da edição da MP 32/89, as cadernetas de poupança abertas ou renovadas daí em diante se devessem por ela reger, é de se ponderar, contudo, que não poderia a nova disciplina normativa atingir as situações jurídicas constituídas, sob a égide da legislação anterior. Admite-se a incidência imediata. Não, porém, a retroatividade pretendida pelas entidades captadoras, que conferiram à referida norma interpretação com abrangência intolerável."

"Não se poderia mudar as condições do contrato no meio do período de sua execução, que é, essencialmente a sua

funcionalidade, orientada pelo seu aspecto genérico. É a gênese do contrato que baliza a execução."

"Trata-se de direito adquirido através de um ato jurídico perfeito, garantido e plenamente recepcionado pelo art. 5.º, XXXVI, da CF e definido pelo art. 6.º da Lei de Introdução ao Código Civil. Só assim se pode dar às partes a garantia do princípio de equivalência das condições do contrato sem que prevaleça a vontade unilateral."

Em outro acórdão, relativo à incidência da norma de desindexação, determinada pela Medida Provisória n. 32, de 1989, com relação a diversos títulos de CDB, sobre os quais se convencionara a incidência da variação da OTN, mais juros, a 3.ª Turma do STJ, RE n.º 29.901-1-MG, de 13.04.1993, sendo Relator o Ministro Waldemar Zveiter, após consignar que se tratava de norma de ordem pública de incidência imediata, fez prevalecer a cláusula de correção do contrato, em respeito ao princípio constitucional do direito adquirido:

"Direito econômico. Depósito bancário. Correção monetária pós-fixada.

Depósito bancário com correção monetária pós-fixada.

Aplicação não regida pelas disposições da Lei 7.730/89 e sujeita à força vinculante do contrato. Recurso conhecido e provido."

No mesmo sentido, o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, de 21.09.1993, no RE n. 31.751-8 MG, sendo rel. o Min. Sálvio de Figueiredo:

"Direito Econômico. CDB pós-fixado. Parâmetro contratualmente eleito, posteriormente congelado. Perda da feição de indexador. Preservação da comutatividade contratual. Adoção do índice que refletiu a variação inflacionária do período. Art. 15 da Lei 7.730/89. Inaplicabilidade aos contratos firmados anteriormente à sua edição sem previsão inflacionária projetada no futuro. Recurso desprovido."

6. Investimentos em NTN, CDB e debêntures

E aqui chegamos ao cerne deste artigo.

A Lei 8.880, de 1994, por promover a mudança de padrão monetário, revestiria a natureza de lei de direito público? E em sendo de ordem pública, produziria efeitos sobre a forma de reajuste desses títulos, criados e adquiridos anteriormente à promulgação da lei nova? Quer dizer, deveriam essas aplicações financeiras ser convertidas, no mês de emissão do Real, de acordo com o art. 38 da Lei 8.880? Ou, pelo contrário, a atualização do valor nominal das Notas do Tesouro Nacional de forma diversa do ajustado quando de sua aquisição ofenderia o princípio da intangibilidade do direito adquirido e do ato jurídico perfeito a que se refere o art. 5.º, XXXVI, da CF de 1988? A resposta que se der a esses requisitos seria aplicável a outros títulos de emissão privada, como, por exemplo, debêntures e CDB com as mesmas características?

Se bem que não se possa estabelecer uma separação absoluta entre normas públicas e normas privadas, são consideradas normas de direito público aquelas que se regulam as relações do Estado e os seus membros, visando à tutela dos interesses gerais da coletividade, enquanto seriam normas de direito privado aquelas que regulam as relações entre particulares, tendo sentido primordial o interesse dos indivíduos. A nota característica da relação de direito público é, destarte, a sujeição de uma pessoa ao *imperium* de outra, ou seja, da pessoa privada ao Estado. Ora, uma lei que altera o sistema monetário vigente e institui uma nova moeda de pagamento e de conta é, inegavelmente, uma lei de direito público, ou ao menos de ordem jurídica, em razão do interesse público em jogo.

E em sendo de matriz público, a lei que estabelece a mudança do padrão monetário tem efeito imediato, atingindo os contratos em curso, exceção feita, porém, às matérias de direito privado, em virtude da salvaguarda do direito adquirido decorrente. Com efeito, as novas normas imperativas de direito público incidem sobre os efeitos, a elas posteriores, dos contratos em curso, firmados sob o império da lei anterior, atendendo-se ao princípio da aplicação imediata da lei, que todavia não se impõe nas matérias de direito privado, em virtude da salvaguarda do direito adquirido decorrente do contrato. E são matérias de direito privado aquelas que se fundamentam na convenção das partes, ou seja, naquilo que elas legitimamente poderiam determinar, dentro do âmbito da autonomia de vontade, jamais no tocante ao estatuto institucional de direito público, que escapa da competência dos contratantes.

Assim, a lei nova, que criou o Real, estabelecendo uma nova forma de cálculo dos índices de correção monetária, interfere legitimamente na fórmula de reajuste dos contratos firmados anteriormente à promulgação da nova lei, mas deve respeitar os direitos oriundos das situações em curso, ainda pendentes, que já passaram a integrar o patrimônio dos contratantes antes da entrada em vigor da lei nova, que assim não pode alcançá-las. Ou seja, os resíduos inflacionários das aplicações financeiras, gerados nos meses precedentes por forma de atualização ajustada quando da aquisição das NTN, CDB e debêntures constituem direito adquirido dos aplicadores financeiros, que cabe respeitar.

Ademais, o desrespeito ao direito adquirido, decorrente da correção monetária ajustada quando da aquisição dos títulos, e a sua atualização nos moldes preconizados pelo art. 38 da Lei 8.880, provocarão *desequilíbrio contratual*, recebendo o credor menos do que teria direito e, por via de conseqüência, o devedor pagando menos do que deveria, o que também seria vedado pelo princípio da equivalência das prestações, presentes em todos os contratos comutativos, como expressão, em nível contratual, de outro princípio mais amplo, de conteúdo constitucional, que é o princípio de isonomia ou da paridade perante a lei (CF, art. 5.º, *caput*). De resto, o respeito ao equilíbrio econômico e financeiro no processo de conversão é expressamente determinado pela Lei 8.880, na referência feita no parágrafo único do art. 38 ao disposto no parágrafo único do art. 7.º da lei.

A manifestação mais recente do Egrégio STJ, instalado com o advento da ordem constitucional de 1988 e encarregado da interpretação e do resguardo das normas legais infraconstitucionais, e acima reproduzida, a respeito de outros planos econômicos, mas que guardam similitude com a matéria enfocada, vem roborar as conclusões a que chegamos, no sentido da inaplicabilidade da forma de reajuste introduzida pelo art. 38 da Lei 8.880 às aplicações financeiras firmadas anteriormente à sua edição, com o expurgo do resíduo inflacionário, por ocasião da conversão a ser precedida na data da emissão do Real.

As normas de direito monetário são efetivamente normas de direito público, de aplicação imediata, que atingem, sim, os contratos já em andamento, mas apenas no que toca aos aspectos de ordem pública, institucionais ou gerais, e jamais no tocante aos aspectos privados, convencionais ou específicos, regidos pela vontade das partes. Estes, na medida em que já integraram o patrimônio dos contraentes antes da entrada em vigor da lei nova, não podem por ela ser alcançados, sob pena de o novo diploma atuar retroativamente.

DOUTRINA

O TITULAR DE CHEQUES PÓS-DATADOS, DADOS EM GARANTIA REAL, NÃO PARTICIPA DA CONCORDATA DA DEVEDORA

JORGE LOBO

SUMÁRIO: 1. Natureza jurídica do cheque — 2. O cheque pós-datado conserva a natureza de título de crédito — 3. Penhor dos títulos de crédito — 4. Endosso pignoratício do título de crédito — 5. Endosso pignoratício do cheque — 6. Penhor do cheque pelo Direito comum — 7. Efeitos do penhor de cheques pós-datados.

1. Natureza jurídica do cheque

Há acirrada controvérsia, na doutrina, pátria e alienígena, sobre a natureza jurídica do cheque, tendo *Bouteron* advertido que a sua solução se compara à da quadratura do círculo (Le Chèque, Paris, Dalloz, 1924, p. 149, *apud* C.F. Cunha Peixoto, *O Cheque*, Forense, 1.ª ed., vol. I, p. 43, n. 35).

Entre as teorias mais difundidas, destacam-se a do mandato (Eudoro Balsa Antelo e Carlos Alberto Belucci), a da cessão (autores franceses), a da delegação (Tito Fulgêncio), a de instrumento de pagamento (Rodrigo Otávio), a de instrumento de pagamento e, quando endossado a terceiro, título de crédito (Waldemar Ferreira, Rubens Requião), a de título de crédito (Otávio Mendes, João Eunápio Borges) e a de título de crédito impróprio (Carvalho de Mendonça, Fran Martins).

Para o Signatário, o cheque é um título de crédito dotado dos predicados da cartularidade ou incorporação, do formalismo e da literalidade e, quando endossado a terceiro de boa-fé, um título abstrato e autônomo, aplicando-se-lhe os dogmas da solidariedade das obrigações cambiais e da inoponibilidade das exceções pessoais.

Se, com efeito, por "cartularidade" ou "incorporação", entende-se "a materialização do direito no documento": por "formalismo", o preenchimento da cártula de acordo com as formalidades expressamente previstas em lei; por "literalidade", o "teor do título fixa a medida e os limites da responsabilidade do subscritor"; por "abstração", o desprendimento do título do negócio que lhe deu origem; por "autonomia" , o "possuidor se investe de direito próprio, originário, ficando imune às exceções oponíveis aos precedentes possuidores (cfr. nosso artigo "Abstração e autonomia da nota promissória vinculada a contrato", *Revista do Sindicato dos Bancos*, n. 616, p. 27 e s.); por "solidariedade cambial", todos os co-obrigados respondem pela soma cambial e, finalmente, por "inoponibilidade das exceções pessoais", que "o obrigado do título não pode recusar o pagamento ao portador alegando suas relações pessoais com os signatários anteriores", salta aos olhos que o cheque é uma cártula, em que se materializa o direito do beneficiário, preenchida com observância das formalidades legais, valendo pelo que nela se contém; quando endossado, não há possibilidade de discutir-se a *causa debendi*, nem opor-se exce-

ção pessoal dos co-obrigados anteriores, respondendo, solidariamente, todos os signatários pela soma nela inscrita.

2. O cheque pós-datado conserva a natureza de título de crédito

A discussão no exterior sobre se a data do cheque é um requisito essencial vem de longa data, alguns sustentando que o cheque sem data o desnatura por prolongar-lhe a vida (Vivante, Sapino, Ramella, Bonelli, *apud* Tito Fulgêncio, *Do Cheque*, Liv. Acadêmica, 1923, p. 47, n. 45): outros, que a falta da data não o invalida (Kiihllembeck, Cohn, Schow, Fich, Marnoco, *apud* Tito Fulgêncio, loc. cit.), questão que, entre nós, foi, sabiamente, resolvida, já em 1912, pelo Decreto 2.591, de 07.08.1912, que, em seu art. 6.º, dispunha:

"Aquele que emitir cheque sem data ou com data falsa (...) ficará sujeito à multa de 10% (dez por cento) sobre o respectivo montante",

o que levou Tito Fulgêncio a doutrinar: "Emitindo com data falsa, aposta a data antes da emissão, o título, revestido dos demais requisitos, produz todos os efeitos cambiais (...). O cheque com data falsa é formalmente regular, nem o sacado, munido da provisão, teria razão para não pagá-lo. A descoberta da verdade não acarreta a nulidade, mas as penas da contravenção ou do crime, se houve fraude" (ob. cit., p. 103/104, n.º 109), opinião também sustentada por Lacerda, Paulo M. de. *O Cheque*. Ed. Jacintho Ribeiro dos Santos, 1923, p. 145, n. 129, *a*.

Pontes de Miranda, ao estudar o instituto, enfatiza: "A pós-data e a antedata não atingem o cheque, quer em sua existência, quer em sua validade, quer em sua eficácia; o passador dele incorre em multa" (*Tratado de Direito Privado*, 3.ª ed., 2.ª reimpressão, Ed. RT, 1984, tomo XXXVIII, p. 70, n.º 3), reafirmando, logo após, idêntico ponto de vista, ao expor: "4. Pós-data. O cheque pós-datado existe, vale e é eficaz. Se devia haver sanção de inexistência, invalidade ou ineficácia, por seus inconvenientes, é questão de *iure condendo*. A lei brasileira satisfaz-se com a multa" (ob. e vol. cits., p. 71, n. 4).

Cunha Peixoto, após frisar que a pós-data "desvirtuaria sua função típica, transformando-o de ordem de pagamento em instrumento de crédito", ensina: "Atualmente, a quase totalidade das legislações admitem a validade do cheque pós-datado, dividindo-se, entretanto, em três grupos, quanto às sanções. O primeiro, entre os quais se encontra o Brasil, estipula uma pena pecuniária (...)" (ob. cit., p. 150, n.º 136).

João Eunápio Borges, ao escrever sobre a pós-data no cheque, diz, claramente: "Não o anula, porém, a falsa data. No art. 28, a pós-data é claramente admitida com a disposição expressa de que o 'cheque apresentado a pagamento antes do dia indicado como data de emissão é pagável no dia de sua apresentação,'" (*Títulos de Crédito*, 2.ª ed., 3.ª tiragem, Forense, 1972, p. 168, n. 195).

Egberto Lacerda Teixeira, comentando a atual Lei do Cheque, afirma: "A data deve ser verdadeira, real. Se, contudo, a data de emissão não corresponder à realidade, no sentido de no título figurar data futura ou passada, nem por isso deixa de ser, desde logo, pagável o cheque a partir da data aparente, como parte do título" (*A nova lei brasileira do cheque:* Saraiva, 1985, p. 20, n. 30, 1.ª ed.).

Fran Martins, a seu turno, em seu festejado *Títulos de Crédito*, elucida: "a data do cheque é requisito para a validade do mesmo e é por ela que se fixa o prazo de apresentação (...) a data do cheque tem por finalidade maior fixar o termo para sua apresentação. Na realidade, não se altera esse termo, mas, admitindo a Lei um cheque pós-datado,

tal termo é prolongado além dos dias previstos na Lei para apresentação" (Forense, 1989, 1.ª ed., vol. II, p. 41, n.º 29), lição, aliás, que já havia ministrado em sua obra *O cheque segundo a nova lei*, Forense, 1986, 1.ª ed., p. 40, n. 29.

A lição doutrinária foi seguida, à risca, pela jurisprudência, com raras exceções, destacando-se os seguintes arestos:

a) "O cheque é um título formal, não perde sua característica por ter sido pós-datado" (Al. 188.433-SP, 6.ª CCTJSP, Rel. Des. Torres de Carvalho, publ. RDM, 1971, ano X, n.º 4. p. 42),

havendo Rubens Requião, ao comentar o acórdão, destacado:

"A emissão pós-datada não torna nulo os cheques, nem lhes tira a natureza de título de crédito" (RDM cit., p. 43).

b) "O cheque — no dizer de João Eunápio Borges — vence-se sempre na data de sua apresentação, qualquer que seja aquela real ou falsa de sua emissão.

O cheque é pagável à vista. Considera-se como não escrita qualquer menção em contrário (art. 28 da Lei Uniforme)" (Ac. unân. da 4.ª, 6.ª Câm. do TSPR de 08.05.1974 na Ap. Civ. 81/74, Rel. Des. Henrique Dorfmund, RT 468/182).

c) "Entrega de cheque pós-datado para liquidação de débito representado por título que continua em mãos do credor caracteriza pagamento *pro solvendo*. A medida não enseja novação; e não honrado o cheque, o título original conserva suas características de liquidez e exigibilidade, sendo apto para lastrear pedido de falência" (Ac. unân. da 6.ª Câm. do TJSP, de 24.03.1976, no Ag. Inst. 249.511, Rel. Des. Azevedo Franceschini, RT 493/87).

d) "Quanto ao cheque protestado, com a anotação de que deveria ser descontado em data posterior, equivalendo a cheque pós-datado, dividem-se as opiniões.

O título teria desnaturada sua função de ordem de pagamento, passando a sucedâneo espúrio de nota promissória, substituição que violava não só a Lei do Cheque como a que obriga o registro das cambiais (Julgados do TACivSP, 32/21).

Para outros, porém, inclusive Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, 37/71, n. 4, 103, ed. de 1962), o cheque pós-datado existe, vale e é eficaz (Julgados do TACivSP, 1/322 e 6/152), continuando subsistente a dívida anterior (idem 4/99 e 10/323).

Assim — e como salientou com propriedade o Tribunal de Alçada Cível — repugna à consciência jurídica sustentar, invocando o rigor formal do Direito Cambiário, que o ato criminoso da emissão de cheque sem fundos possa beneficiar o infrator, ou alguém por ele, como na espécie. A esse rigor do direito cartular, sobrepõem-se o fundamento ético da ciência jurídica, que repele a ilicitude como geradora de quaisquer efeitos benéficos" (idem, VI, 343).

Rubens Requião, em seu *Curso de Direito Comercial*, 5.ª ed. 1975, p. 503, conforme transcrição no parecer da douta Procuradoria-Geral da Justiça, escreve que a "Lei Uniforme consignou o princípio vitorioso de que se considera não escrita qualquer menção que importe em tornar o cheque a vista e, mesmo que indique outro vencimento, pode não obstante ser apresentado imediatamente a pagamento".

É o que, aliás, dispõe o art. 28, alínea 2.ª da Lei Uniforme (Decreto 57.595, de 1966) "(Ac. unan. da 4.ª Câm. Civ. do TJSP de 04.03.1976, na ap. Civ. 249.175, Rel. Des. Henrique Machado, RT 491/56)".

e) "O art. 28 da Lei Uniforme relativa ao cheque tem plena vigência, de modo que o cheque apresentado a pagamento antes do dia indicado como data da emissão é pagável no dia da apresentação.

Na lição de Lauro Muniz Barreto, não há cheques a prazo, pois todos são pagáveis a vista (*O Novo Direito do Cheque*, em face da Convenção de Genebra, 1973, 1.º vol., p. 239). Acrescenta o ilustre autor que o cheque assim emitido não se torna nulo, sendo nulo apenas o eventual *pactum de non petendo* entre as partes (ob. cit., p. 239-231).

Quanto à vigência entre nós do referido art. 28 da Lei Uniforme, vide ainda Antônio Mercado Júnior (*Nova Lei Cambial e Nova Lei do Cheque*, Ed. Saraiva, 1971, p. 119-120) e Paulo Restiffe Neto (*Lei do Cheque*, Ed. RT, 1973, p. 77-78). (Ac. unan. da 5.ª Câm. do 1.º TACivSP, de 13.08.1975 na Ap. 214.155, Rel. Juiz Luiz de Macedo, RT 242/135.)"

f) "Acontece que o fato de ser um cheque emitido para que o tomador o apresente alguns dias após ao sacado não desnatura o título, nem lhe afeta a força executiva. É que, pela Lei Uniforme de Genebra, até mesmo as convenções escritas para adiar a exigibilidade do cheque não o desnaturam. Ao contrário, são havidas como 'não escritas' (art. 28, inc. II), isto é, são tratados como 'inexistentes'. Daí dizer de Pontes Miranda, que, na espécie, o que vale não é o cheque, e sim a convenção que o procurou desnaturar. Aqui mesmo, em várias oportunidades, essa 2.ª Câmara Civil tem decidido que o cheque pós-datado não perde sua qualidade de cheque e, portanto, continua sendo ordem de pagamento à vista, reclamável, normalmente, pela via executiva.

Com esses fundamentos, portanto, nego provimento à apelação e confirmo integralmente a douta sentença recorrida (Ap. Civ. n. 17.259 — Pouso Alegre, 2.ª Turma da Câmara Civil do TAMG, Rel. Des. Humberto Theodoro, RT 55/22)."

g) Resp. 16.855-0-SP, 4.ª Turma do STJ, Rel. Min. Salvio de Figueiredo Teixeira, em que se lê, no voto do eminente Relator: "(...) impende ficar assentado que os cheques pós-datados emitidos em garantia de divida não perdem a liquidez e certeza, sujeitando-o à cobrança pela via executiva. Tais cheques não se podem considerar despidos dos requisitos essenciais, pelo que conservam cambialidade e executoriedade" (cfr. xerox de f. dos autos).

Por todo o exposto, conclui-se que o cheque não perde a sua natureza de título de crédito por ter sido pós-datado.

3. Penhor dos títulos de crédito

Até o advento da LUG, a Lei 2.044, disciplinadora dos títulos de crédito, não previa o "endosso caução", o "endosso garantia", "o endosso penhor", "o endosso pignoratício", o que levou Carvalho de Mendonça a afirmar: "Em face da Lei 2.044, de 1908, não é admissível a cláusula pignoratícia, pois importaria em declarar abertamente a causa da obrigação cambial. Aquela cláusula reputar-se-ia não escrita porque iria beneficiar o credor, além dos limites fixados na lei cambial" (*Tratado de Direito Comercial*, Freitas Bastos, 1947, vol. V, 2.ª parte, p. 265, n. 669, nota 1), lição, todavia, que não foi seguida pelos estudiosos do Direito Comercial, que consideram possível o penhor do título de crédito, conforme dão conta Magrinos Torres (*Nota Promissória*, 1943, 5.ª ed., p. 153, n. 109), Pontes de Miranda (*Direito Cambiário*, Liv. José Olympio, 1937, 1.ª ed., p. 224, n. 28), José Maria Whitaker (*Letra de Câmbio*, Liv. Acadêmica, 1928, p. 133, n. 84 e Theóphilo de Azeredo Santos (*Do endosso*, 1962, p. 49).

4. Endosso pignoratício do título de crédito

Com a LUG, desapareceu a controvérsia a respeito da possibilidade de dar-

se em penhor título de crédito, *ex vi* do art. 19, que dispõe:

"Quando o endosso contiver a menção valor em garantia, valor em caução ou qualquer outra menção do penhor, poderá exercer o portador todos os direitos derivados do título, mas o endosso por ele lançado somente vale como endosso-mandato", não havendo dúvida, atualmente, conforme ensina Fran Martins, que "a constituição do penhor de letra mediante simples endosso é expressamente admitida no direito uniforme" (*Títulos de Crédito*, Forense, 5.ª ed., vol. I, p. 171, n. 42).

5. Endosso pignoratício do cheque

Como se viu, em face do disposto no art. 19 da Lei Uniforme relativa às Letras de Câmbio e Notas Promissórias (Decreto 57.663, de 24.01.1966), a letra de câmbio e a nota promissória ensejam o endosso pignoratício.

Quanto ao endosso pignoratício do cheque, Pontes de Miranda doutrina: "O endosso-penhor é permitido em direito cambiário e nada obsta à incidência dos seus princípios ao cheque. Se o direito uniforme não cogitou dele, foi isso devido à sua quase nenhuma importância prática, tão curto é o prazo de sua apresentação" (*Do Cheque*, n. 86, *apud*, Fran Martins, *O Cheque Segundo a Nova Lei*, cit., p. 75, n. 62).

Todavia, segundo Fran Martins, o cheque não admite o endosso pignoratício, porque, nem a Lei Uniforme em matéria do cheque (Decreto 57.595, de 07.01.1966), nem a antiga Lei Brasileira do Cheque (Decreto 2.591, de 07.08.1912), nem a atual Lei Brasileira do Cheque (Lei 7.357, de 02.09.1985), dele cuidam, afirmando o eminente Comercialista: "A nova lei do Cheque não menciona o endosso pignoratício e em tais condições no cheque não deve ser feito tal endosso, uma vez que, em se tratando de endosso anômalo, as regras especiais do mesmo deveriam estar contidas na lei" (*O Cheque Segundo a Nova Lei*, cit., p. 77, n. 62).

6. Penhor do cheque pelo Direito Comum

Fran Martins, embora negue, sem razão, a possibilidade de lançar-se no cheque o endosso pignoratício, admite, taxativamente, "tal penhor pelo direito comum, por ser o cheque uma cousa móvel, não, porém, através da forma simplificada do endosso" (loc. cit.).

Com efeito, já deixara assentado João Eunápio Borges, "entre nós, em geral, a caução de títulos cambiais se faz por instrumento à parte, sendo lançado nos títulos o endosso puro e simples ou endosso-mandato" (*Títulos de Crédito*, Forense, 2.ª ed., p. 80, n.º 91), aperfeiçoando-se o contrato de caução ou penhor na forma e para fins e efeitos do disposto no art. 790 do CC e art. 273 do CCo.

7. Efeitos do penhor de cheques pós-datados

É curial que a concordata só obriga os credores quirografários (art. 147 da Lei de Falências), bem como, por igual, que a caução de cheques pós-datados, formalizada por endosso pignoratício e/ou por instrumento público ou particular de penhor ou caução, assegura ao credor um direito real de garantia (arts. 768 e 791 do CC e 273 do CCo), o que leva à inelutável conclusão de que o credor, garantido por penhor de cheques pós-datados, não participa da concordata da devedora.

DISCIPLINA DA CONCORRÊNCIA NAS OPERAÇÕES DE CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL*

JOSÉ JÚLIO BORGES DA FONSECA

SUMÁRIO: 1. Noção de concentração empresarial — 2. Técnicas de controle nas operações de concentração; 2.1. Notificação; 2.2. Critérios quantitativos — 3. Fundamentos da proibição das concentrações empresariais — 4. Autorização de condutas anticoncorrenciais — 5. Últimas considerações.

1. Noção de concentração empresarial

A abordagem do tema que envolve os aspectos legal e econômico. É sem dúvida importante buscar o significado jurídico das operações de concentração empresarial, mas não se trata de análise suficiente para entender realidade altamente diferenciada e estratificada. A pedra angular da questão constitui-se na correlação funcional de lei e realidade econômica.

A variedade de formas de concentração empresarial reclama modelo legal flexível, a fim de encampar hipóteses decorrentes do exercício da autonomia privada. Tratando-se de realidade diferenciada, o aumento de riquezas em poucas mãos assume múltiplas maneiras de expressão.[1] Entre elas, mencione-se a fusão de empresas, a participação societária, o controle conjunto de empresas, os contratos empresariais (quaisquer vínculos de controle) e a formação de grupos. Essa exemplificação não é exaustiva; cuida tão-só dos casos mais freqüentes.

Assinalada a problemática decorrente da variedade de formas de concentração empresarial, cumpre enfrentar a tarefa de desenvolvimento de técnica legal para aumentar o campo de incidência da lei antitruste e torná-la assim mais efetiva.

Do ângulo do direito comparado, podem se colher valiosos subsídios. A lei alemã contra as limitações concorrenciais (G.W.B) sofreu alteração em 1973, incorporando disciplina orgânica em matéria de concentração empresarial. O legislador definiu, no § 23, as hipóteses de concentração, o que aparentemente poderia diminuir a efetividade da lei, pela inadmissibilidade de analogia.[2] À enumeração das hipóteses se segue uma cláusula geral, técnica designada pela doutrina como de *Auffangtatbestand* (alcance de casos não enquadráveis nas quatro hipóteses previstas).[3] Essa cláu-

* Trabalho resultante de pesquisa para tese de doutoramento em direito comercial, defendida na Faculdade de Direito da USP.

(1) Frignani, Aldo, verbete "intese, posizioni dominanti, concentrazioni (diritto comunitario)" in *Novissimo Digesto Italiano.*

(2) Ruppelt, Hans-Juergen, *Kommentar zum deutschen und europaeischen Kartellrecht, Neuwied, Luchterhand*, 7.ª ed., 1994, p. 580-581.

(3) Rittner, Fritz, Wettbewerbs-und Kartellrecht, 3.ª ed. Heidelberg, C. F. Mueller Juristischer Verlag, 1989, p. 392.

sula torna desnecessária qualquer interpretação analógica. Engloba qualquer vínculo empresarial, mediante o qual uma ou várias empresas, direta ou indiretamente, podem exercer influência dominante sobre outra empresa. Note-se que uma quinta alteração da lei antitruste alemã também adota como *Auffangtatbestand* uma "relevante influência concorrencial".

A lei brasileira não utilizou cláusula geral semelhante à da lei alemã, preferindo a técnica francesa[4] de submeter os atos, sob qualquer forma manifestados, à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE. O § 3.º do art. 54 da Lei 8.884, de 11.06.1994, abrange atos que visem a qualquer forma de concentração. Trata-se de cláusula geral, que se fosse formulada como a alemã, evitaria, em parte, controvérsias. O direito europeu, no Regulamento 4.064/89, adotou a técnica da cláusula geral referindo-se a qualquer meio de adquirir o controle do conjunto ou de parte de uma ou várias empresas. O art. 5.º da Lei 287/90 reproduziu, na Itália, a norma constante do art. 3.º do citado regulamento europeu.

Verificada a necessidade de cláusulas gerais para aumentar a efetividade da lei, importa analisar, em seguida, quais operações merecem a atenção dos órgãos antitrustes e as técnicas de controle.

2. Técnicas de controle nas operações de concentração

2.1 Notificação

A verificação da relevância econômica das operações de concentração empresarial depende do acompanhamento do processo concentracionista. Os órgãos antitrustes encontram, na notificação das referidas operações, excelente instrumento, para dar início a sua atividade de controle (fiscalização e interdição).

Essa notificação pode anteceder à concentração ou ocorrer após a sua consumação. A efetividade dessa técnica tem variado, ao longo da experiência antitruste. É de notar que, sob o império da Lei 4.137/62, os acordos encerrando concentração não se sujeitavam à aprovação do CADE.[5] Essa falha da legislação brasileira foi superada já na Lei 8.158/90, sendo, definitivamente, afastada na Lei 8.884/94, que estabeleceu novo regime antitruste e revogou as demais leis. Agora, todos os atos restritivos da concorrência devem, sob pena de pesadas multas, ser submetidos, no prazo de quinze dias da sua consumação, à apreciação do CADE.

A reforma da lei antitruste alemã de 1973 introduziu disciplina pormenorizada, acrescentando, além do dever de dar punibilidade nas operações consumadas, a notificação dos projetos de concentração. O direito norte-americano, que representa marco histórico em legislação antitruste, somente em 1976, instituiu regime de notificação obrigatória (Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act.). A utilização do procedimento do "midnight merger",[6] à margem do controle dos órgãos antitrustes, contava com a dificuldade de desfazimento judicial de atos consumados.

No direito europeu, existe prazo de uma semana para notificar a Comissão européia, contado da conclusão do acor-

(4) Serra, Yves, Le droit français de la concurrence, Paris, Dalloz, 1993, p. 99-100.

(5) Shieber, Benjamin M., Abusos do poder econômico (direito e experiência antitruste no Brasil e nos E.U.A.), São Paulo, Ed. RT, 1966. p. 165.

(6) Goolrick, Robert M., "The End of the Midnight Merger: an Overview of the New FTC Premerger Notice Rules" in The Business Lawyer, vol. 34, novembro, 1978.

do ou da publicação da oferta de compra ou de permuta ou de aquisição de participação de controle.

Cuida-se de notificação prévia, com exigências semelhantes às estabelecidas nos EUA, notando-se que, na experiência norte-americana, os interessados devem esperar 30 dias para consumar a operação. No caso de "cash tender offers" (oferta de compra), ficou o prazo reduzido para 15 dias.

A notificação constitui excelente técnica de controle. Verifique-se que dela pode decorrer a suspensão temporária da operação, a exemplo do que dispõe o art. 17 da lei italiana 287/90. Já no direito europeu, na forma do Regulamento n.º 4.064/89, o prazo de suspensão é de três semanas, a partir da notificação, podendo ser prorrogado.[7] O direito brasileiro adota, por sua vez, a técnica das medidas preventivas aplicáveis em qualquer fase do processo administrativo.

A obrigatoriedade de notificação, no entanto, não deve resultar em prejuízo para as empresas envolvidas. A Secretaria de Direito Econômico e o CADE devem manter sigilo das informações obtidas. Os próprios interessados devem classificar as informações como sigilosas, o que não impediria a análise dos casos concretos e seu julgamento conforme a lei antitruste.

Não é qualquer ato de concentração que deve ser notificado. Atos existem que são economicamente irrelevantes. Daí a necessidade de estabelecimento de critérios quantitativos, para evitar o acúmulo de exame de atos não merecedores de atenção.

2.2 Critérios quantitativos

A análise concorrencial opera com o exame de fatores diversos. A empresa é encarada, sob os aspectos comportamental, estrutural e dos resultados. É evidente que os critérios não estão isentos de imperfeições. Robert Bork,[8] apontando as deficiências na consideração já de fatores concorrenciais, já de fatores extraconcorrenciais, sustenta que o único parâmetro válido é o bem-estar do consumidor. Ainda que se aceite a tese reducionista de Bork, não perde valia a enunciação de critérios para fundamentar o controle das concentrações empresariais.

O direito antitruste brasileiro adotou critérios quantitativos. A Lei 8.884 dispõe que os atos, independentemente de sua forma, que possam limitar a concorrência, sobretudo no que diz respeito à dominação de mercados relevantes de bens e serviços, estão sujeitos à apreciação do CADE. O § 3.º do art. 54 completa essa disposição, enumerando, de forma exemplificativa, algumas das operações de concentração econômica. Restringe, contudo, o controle à hipótese de atos que resultem em participação de vinte por cento ou mais no mercado relevante ou configurem "faturamento bruto anual" de qualquer dos participantes equivalente a cem milhões de UFIR.

O entendimento do referido dispositivo exige que se esclareça o que vem a ser mercado relevante. Para saber se determinados produtos ou serviços compõem um mercado relevante, há de se verificar a possibilidade de substituição de uns pelos outros. Levam-se em conta as necessidades do consumidor (*Bedarfsmarktkonzept*). Apesar de constituir critério suscetível de crítica, verifica-se o julgamento do consumidor médio na escolha de produtos ou serviços para atender suas necessidades. Note-se que não pode haver disparidade de preços.

(7) Kovar, Robert, Code Européen de la Concurrence, Paris, Dalloz, 1993, p. 254-255.

(8) Bork, Robert, A Policy at war with itself. Nova York, The Free Press, 1993, Parte I, Cap. I.

Os produtos de marca constituem um mercado à parte, embora possam ser quimicamente idênticos aos que não são distinguidos por marca. O empacotamento pode ser fator de diferenciação. A pertinência a determinado mercado relevante não exige análise técnica, objetiva e psíquica pelo consumidor, nas suas escolhas.[9]

Assinalada a dimensão objetiva do mercado relevante, cumpre tratar do perfil geográfico. Os mercados podem ser internacionais, nacionais, regionais e locais. A abrangência do mercado depende do custo do transporte e a natureza perecível ou não do produto. É verdade que essas limitações podem ser superadas pelas modernas técnicas de distribuição (*franchising*, concessão comercial). Alguns produtos, contudo, são necessariamente regionais, a exemplo dos jornais locais de interesse exclusivo da comunidade.

Sob o aspecto temporal, citem-se as feiras e os eventos isolados.

Apesar das críticas, a especificação dos mercados relevantes assume especial importância na solução das lides antitrustes. Na experiência norte-americana, são colhidos subsídios. Nesse sentido, considere-se o caso "Brown Shoe Co., Inc. v. United States"[10] concernente à concentração de duas empresas, no ramo de calçados. Foi avençada a troca de ações da Kinney pela Brown. Ficou demonstrado, no processo, que a produção de sapatos estava distribuída por grande número de fábricas. 204 produtoras eram responsáveis por cerca de 35% da produção nacional. Entre as 4 maiores empresas, incluindo a Kinney, a participação era de 23%, enquanto as 24 maiores participavam com 65% da produção. A Corte notou a tendência de aquisição das lojas de venda pelos produtores. A empresa Brown constitui exemplo dessa tendência. A Kinney era formada por cadeia de lojas de venda de sapatos. Vislumbrou-se, na operação "Brown-Kinney", aspecto vertical e aspecto horizontal, uma vez que se tratava de relação entre fornecedor e distribuidor que exerciam funções complementares na produção. Para determinar se a operação resultava em diminuição da concorrência, foi necessário definir o mercado de produto e o mercado geográfico. Vários argumentos foram aduzidos pelas empresas, a fim de subdividir o mercado de calçados, de acordo com o binômio preço/qualidade e idade/sexo. Todo o problema girou em torno da determinação do alcance da expressão "in any line of commerce". Quanto ao mercado geográfico, restou comprovado que era o nacional, embora pudesse ser menor como uma área metropolitana. Por fim, cumpre assinalar que a Corte entendeu anticoncorrencial a concentração de Brown e Kinney, ainda que a participação no mercado de lojas passasse a ser de 7.2% do país e 2.3% de pontos-de-venda, percentual bem menor do que o adotado nas modernas leis antitrustes.

Já nos termos dos percentuais de participação no mercado nos moldes modernos, é de invocar-se a aquisição da "Hazel-Atlas"[11] pela "Continental", notando que esta aumentou sua participação de 21.9% para 25% do mercado, diminuindo de 5 para 4 as empresas que pudessem ameaçar sua posição dominante. Aqui gerou controvérsia a definição de "lines of commerce", já que se discutia se os "containers" de vidro compunham a mesma linha de comércio que os "containers" de metal. Essa distinção é fundamental, uma vez que, em princípio, não existe diminuição de concorrência onde não há concorrentes.

(9) Emmerich, Volker, Kartellrecht, Munique. C.H. Beckscbe Verlagsbuchhandlung, 1991, p. 224-225.

(10) 370 U.S. 294 (1962).

(11) 378 U.S. 441 (1964).

Isso leva à questão de restrição da concorrência entre não concorrentes. Já foi visto que as restrições verticais entre produtor e distribuidor constituem obstáculo à entrada de novos concorrentes do produtor. O produtor de sapatos que, por exemplo, adquire todas as lojas de venda de calçados impedirá, com certeza, que outros produtores continuem fornecendo a essas lojas. Existe, contudo, categoria de concentração envolvendo não concorrentes, que não estão, ademais, em relação de fornecimento e distribuição. Trata-se do tipo conglomerado. Merece, nesse contexto, evocação o caso "United States v. Falstaff Brewing Corp".[12] Nele ficou registrado o alcance da Seção 7 do "Clayton Act", que proíbe concentrações em qualquer linha de comércio que tenham por efeito diminuir, substancialmente, a concorrência ou tendentes a criar monopólio. A parte relevante do julgado está no esclarecimento de que o referido "Act" se estende a hipóteses de aquisição de estabelecimento de não concorrente, desde que a adquirente ameace a dominar o mercado ou prejudicar a concorrência. É levado em conta que a empresa adquirente é concorrente potencial e pode, no futuro, diminuir a concorrência, gerando posição dominante.

As concentrações do tipo conglomerado suscitam preocupação na experiência alemã. De acordo com a "Abschreckungstheorie",[13] não se admite, em princípio, que concentrações desse tipo produzam efeitos anticoncorrenciais. Na experiência européia, as concentrações do tipo conglomerado estão sujeitas a controle. Operando em mercados distintos, não apresentariam efeitos horizontal ou vertical. Mas da mesma forma que, no direito norte-americano, podem produzir efeitos restritivos da concorrência.[14]

(12) 410 U.S. 526 (1973).
(13) Emmerich, ob. cit., p. 392.
(14) Code Européen de la Concurrence, ob. cit., p. 242.

Nos parágrafos anteriores, ficou esclarecido o que vem a ser participação no mercado relevante, sem descurar dos efeitos concentracionistas de operações diagonais (do tipo conglomerado). Convém agora aprofundar a análise no tocante aos percentuais de participação no mercado e ao papel do faturamento das empresas.

Do ângulo do direito comparado, a análise dos aspectos quantitativos mostra riqueza de pormenores. O direito alemão adota dois critérios: faturamento e participação no mercado. Sendo assim, existe o dever de notificar as operações planejadas (*Anmeldepflicht*), desde que se verifique um dos seguintes pressupostos: uma das empresas participantes tenha apresentado, no último ano, faturamento de pelo menos 2 bilhões DM; duas das empresas participantes pelo menos haja apresentado, no último ano, faturamento de 1 bilhão DM (ou mais); a outra hipótese concerne às concentrações decorrentes de lei estadual ou de ato administrativo de império com o mesmo caráter.

Nota-se aí preocupação com a estrutura das empresas. Existe presunção de que as grandes empresas constituem instrumento de limitação da concorrência. O controle preventivo, que impõe o fornecimento dos mesmos dados nas hipóteses do dever de publicidade de operações já consumadas, compele o "Bundeskartellamt" (órgão antitruste) a examinar a operação planejada, com finalidade de sua interdição.

Na prática, o controle preventivo do chamado casamento de elefantes (*Elefantenhochzeit*) é relativamente menos expressivo que o controle mediante a publicidade das operações já consumadas. Até 31.12.1986 foram notificados 3.174 projetos de concentração, sendo 294 voluntários. Esclareça-se que há dois procedimentos que o "Bundeskartellamt" deve seguir. Ou inicia o exame da operação no prazo de um mês

ou deve, no prazo de quatro meses, dar início a procedimento de interdição. Nos dados colhidos até 1986, verifica-se que 319 seguiram o rito de um mês, enquanto 2.350 se sujeitaram ao controle em período de quatro meses. Em apenas 38 casos, houve interdição.[15]

O exame de participação no mercado ocorre também na hipótese de dar publicidade à operação de concentração já consumada (*Anzeigepflicht*). Leva-se em conta, em primeiro plano, a participação de pelo menos 20% no mercado, alcançada com a concentração ou em decorrência dela aumentada, tendo em vista todo o campo de incidência da lei alemã ou em parte substancial dele. Outro pressuposto é de que uma das empresas participantes detenha sobre outro mercado pelo menos uma participação de 20%. Por fim, a hipótese de que as empresas participantes tenham apresentado, no último ano, a soma de pelo menos 10.000 empregados ou 500 milhões DM em faturamento. Deve-se acrescentar que, no exame desses dados, são consideradas todas as empresas envolvidas. No caso, contudo, de alienação parcial de patrimônio e de aquisição de participação societária, a análise centra-se na parte objeto de transferência. Quanto às empresas ligadas (*verbundene Unternehmen*), é-lhes atribuído tratamento unitário de acordo com a "Verbundklausel".[16]

Convém registrar que, na técnica alemã, a quota de participação no mercado é menos importante que o tamanho da empresa. Na prática, vem, em primeiro lugar, o exame do faturamento — dado expressivo do porte da empresa. As grandes empresas são observadas, ainda que, em princípio, não haja interesse de política concorrencial.[17]

Nesse contexto, é de notar que uma das alterações da lei antitruste alemã teve por objetivo sujeitar a controle as empresas de imprensa, visando a preservar a pluralidade de opiniões fundada na garantia constitucional de liberdade de imprensa e a impedir o embaraço à entrada de concorrentes no mercado. Devido às peculiaridades desse mercado, a cifra é de 25 milhões DM (500 mio/20).[18]

Já se dispõe de dados para uma comparação com a lei brasileira. Verifica-se, desde logo, que o direito antitruste brasileiro não adota procedimento dual de controle, conforme as características da operação. Não existe um regime de notificação preventiva para certas operações e outro para os atos já consumados. O § 4.º do art. 54 não impõe o dever de notificação prévia. O exame prévio ou posterior fica a critério do interessado, desde que, antes ou depois, dê conhecimento da operação à Secretaria de Direito Econômico e, por conseqüência, ao CADE.

Cabe acrescentar que, a partir de 1978, é obrigatória, nos EUA, a notificação de operações envolvendo aquisição de ações ou acervo empresarial (*assets*), quando uma companhia tem patrimônio consolidado ou vendas anuais (incluindo todas as empresas sob controle unificado) de 100 milhões de dólares ou mais e a outra companhia, por sua vez, apresenta acervo empresarial consolidado ou vendas anuais de 10 milhões de dólares ou mais. Leva-se, ademais, em conta se a aquisição excede 15 milhões em valor ou 15% das ações ou acervo empresarial da companhia adquirida, havendo o valor do patrimônio empresarial de ser de 10 milhões ou mais.[19]

Nesse item, foram discutidos os critérios adotados para fundamentar a

(15) Rittner, Fritz, ob. cit., p. 399.
(16) Idem, ibidem, p. 395.
(17) Idem, ibidem, p. 396.
(18) Emmerich, ob. cit., p. 350.
(19) Goolrick, ob. cit., p. 64.

obrigatoriedade de notificação. O direito antitruste brasileiro seguiu o exemplo das leis estrangeiras, estabelecendo critérios quantitativos para justificar o controle. Embora não seja pormenorizada como a lei alemã, a lei brasileira constitui avanço na regulação da matéria. O que merece ser modificado é a faculdade de notificação antes ou depois de consumada a operação. A notificação prévia evitaria as dificuldades de recompor a situação antes da concentração.

A seguir serão tratados os critérios para justificar a interdição das concentrações.

3. Fundamentos da proibição das concentrações empresariais

Esta parte do estudo é conclusiva das etapas anteriores; cuidou-se, em primeiro lugar, da caracterização das operações de concentração empresarial, apontando os seus traços quantitativos com o objetivo de circunscrever as hipóteses sujeitas a controle. Nesse esquema gradativo, chega-se à parte mais delicada da matéria: proibição das operações.

A proibição das operações exprime o grau de efetividade do direito antitruste. Isso leva à questão do desenvolvimento de técnicas jurídicas para regular realidade complexa, dando-lhe conformação de acordo com os princípios sócio-econômicos consagrados, implícita ou explicitamente, nas Constituições. John Maurice Clark[20] expressou muito bem os termos do problema. Para ele, deve existir controle antitruste fundado em lei, a fim de tutelar a concorrência, que não é perfeita, respeitando-se, contudo, o vigor e dinâmica da liberdade empresarial.

A conciliação de uma política de controle com a garantia de liberdade empresarial não constitui tarefa fácil. Do ângulo jurídico, a primeira dificuldade diz respeito à criação de instrumentos flexíveis, para não sufocar a iniciativa empresarial. Por outro lado, as restrições à autonomia privada há de ter fundamento legal. O legislador, entretanto, não pode prever todas as espécies de restrições à concorrência, justificando-se, assim, a utilização de conceitos indeterminados e de exceções a cada norma proibitiva.

O ponto de partida desta análise é a Seção 7 do "Clayton Act", modificada pela Emenda Celler-Kefauver incluindo a aquisição de acervo empresarial, bem como suprimindo o requisito de demonstração de que a competição, entre as empresas envolvidas na concentração, foi reduzida. O alcance do "Clayton Act" foi objeto de divergências judiciais. A sua interpretação, contudo, foi ajustada à necessidade de dar efetividade ao controle antitruste. No caso "United States v. Von's Grocery Company",[21] levantou-se a delicada questão sobre o papel das pequenas lojas na sociedade moderna em face do avanço dos supermercados. Os juízes, cientes de que não cabe às Cortes, opor obstáculo às novas formações econômicas, não podiam, por outro lado, esquecer que o "Clayton Act", sobretudo após sua alteração em 1950, visava a combater o aumento do grau de concentração na economia americana. Para isso, o Juiz Stewart, no citado caso, registra que, na verificação dos efeitos concorrenciais das operações de concentração, é determinante o exame tão-só da razoável probabilidade de diminuir a competição, não se exigindo certeza. Os problemas na aplicação do "Clayton Act", no entanto, não se restringem ao sentido que se dá à cláusula "diminuir" a concorrência. A próxima questão que se coloca diz respeito à possibilidade de aplicação da lei a hi-

(20) Clark, John Maurice, Instituições econômicas e bem-estar social, tradução, Rio de Janeiro, Zahar Ed., 1967, p. 150.

(21) 384 U. S. 270 (1966).

póteses de concentração entre não concorrentes.

Entre essas concentrações, distingue-se a do tipo de extensão do produto (*Product-extension*) e aquela de extensão do mercado (*market-extension*). As primeiras dizem respeito às indústrias de produtos complementares, enquanto as segundas concernem a produtos substituíveis, mas em mercados geográficos diferentes. Várias técnicas foram desenvolvidas para dar solução aos problemas daí advindos. No caso "Federal Trade Commission: The Bendix Corp et al",[22] cuidou-se da operação de concentração entre Fram e Bendix, sendo alegado que haveria diminuição substancial da concorrência ou tendência de criar monopólio nas três linhas de comércio de filtros de automóveis, de filtros aeroespaciais e de separação d'água. Nesse caso, verifica-se a criação da doutrina "toehold", ou seja, uma empresa, em vez de seguir o caminho da expansão interna, prefere a operação de concentração com empresa já no mercado. Em princípio, não fere o "Clayton Act" que uma empresa, com bom desempenho no mercado, adquira outra em dificuldade ou de demissão pequena para fazer concorrência com outros competidores mais poderosos. O caso sob exame, contudo, revela que Bendix decidiu se concentrar com empresa de liderança no mercado, eliminando a concorrência potencial que existiria se Bendix se aglutinasse com pequena empresa. A Fram, desaparecendo como concorrente, resultaria em concentração indesejada, do ângulo do direito antitruste. No já referido caso "Falstaff", nota-se avanço na compreensão da Seção 7 do "Clayton Act", já que registra que as proibições se voltam contra concentração entre não concorrentes, desde que resulte em ameaça de dominação do mercado ou perturbe as condições de concorrência no mercado. Confrontando essa opinião com a sustentada no caso "United States" v. International Telephone and Telegraph Corporation",[23] vê-se que as Cortes podem entender que os efeitos da concentração hão de ser examinados, à luz dos mercados geográfico e do produto, não alcançando, assim, a mera concentração econômica.

Na Alemanha, a interdição das operações de concentração funda-se na criação ou fortalecimento de posição dominante no mercado. Verifica-se aí que a técnica alemã se distancia do "Clayton Act", uma vez que não se refere à exclusiva hipótese de diminuição de concorrência. Pode-se dizer que a técnica alemã reflete os avanços expressos nos julgados das cortes norte-americanas. A caracterização de posição dominante não depende da existência de concorrência. Podem, ademais, as empresas envolvidas não apresentar situação de concorrência efetiva ou ser dominantes no mercado. Estão abrangidas todas as situações que foram objeto de controvérsia judicial, nos E.U.A. O que, contudo, importa, é verificar se, em razão da concentração, houve prejuízo nas relações concorrenciais. A determinação dos prejuízos depende da verificação da participação nos mercados relevantes, bem como dos efeitos de acumulação de recursos.[24] É de notar que se levam em conta os efeitos atuais ou potenciais sobre a concorrência.

Os alemães adotam regime de presunção de dominação de mercado, em hipóteses de grandes estruturas empresariais absorvendo pequenas empresas.[25] Essa técnica, no entanto, não teve repercussão prática.[26] Convém frisar que tudo gira em torno do conceito de criação de posição dominante ou seu

(22) F. 2 d 534 (6 th Cir. 1971)

(23) 324 F. Supp. 19 (P. Conn. 1970).

(24) Emmerich, ob. cit., p. 392.

(25) Rittner, Fritz, ob. cit., p. 408.

(26) Idem, ibidem, p. 409.

reforço. Trata-se da transposição da noção empregada no § 22, acentuando, em vez do aspecto comportamental da empresa, seu aspecto estrutural em relação ao mercado. Cabe dizer que uma empresa pode ocupar situação de posição dominante, tanto do lado da oferta como o da procura. Na caracterização da posição dominante, leva-se em conta a participação no mercado, o poder financeiro, o grau de penetração no mercado de fornecimento, aglutinação com outras empresas, restrições de direito ou de fato à entrada de outras empresas no mercado, bem como a possibilidade de interferir no regime da oferta e da procura. Cumpre notar que, para a proibição de uma operação, basta que o reforço da posição dominante seja sensível, não se exigindo que seja substancial. Em termos percentuais, o § 24, inc. I, aplica-se com o aumento da participação no mercado da ordem 1 a 4%.[27] Tratando-se, entretanto, de pequena importância em estrutura de mercado já altamente concentrado, não se justifica a proibição do § 24, inc. I.

O direito antitruste tem função de controle preventivo e, na sua insuficiência, interfere nas situações de mercado já constituídas. A lei brasileira 8.884/94 está longe da riqueza técnica dos direitos estrangeiros aqui analisados. A lei não disciplina os fundamentos da proibição de uma operação de concentração. Não se reporta à hipótese de criação de posição dominante ou seu reforço. Não existe subsídio legal para a verificação de restrição substancial à concorrência, não se considerando, ademais, os efeitos atuais ou potenciais. Essa inanição legal pode dificultar o trabalho do CADE e deixar o Judiciário sem parâmetro para verificar a legalidade de uma proibição.

No tocante à experiência brasileira, cabe acrescentar que, sob o império da nova lei, o CADE interditou ato de concentração envolvendo o grupo Gerdau, vislumbrando na operação ato anticoncorrencial. Houve pedido de reapreciação da decisão, que foi conhecido, mas negado por maioria de votos.[28]

A sistematização da lei antitruste brasileira, no entanto, deixa entrever que o objetivo principal foi a aprovação dos atos de concentração. Tanto é assim que se dispõe, no § 1.º do art. 54, sobre as hipóteses de autorização de atos restritivos da concorrência. Está-se aí no campo de política econômica, fundamentando exceções ao regime de mercado livre. As razões dessas normas derrogatórias serão examinadas a seguir.

4. Autorização de condutas anticoncorrenciais

O direito antitruste assume papel fundamental na correção das imperfeições do mercado. Deve ser dito que a concorrência perfeita não passa de abstração teórica, não cabendo assim, às normas concorrenciais reinstaurar, no mercado, estrutura fundada na multiplicabilidade de unidades produtivas, sem que qualquer delas tenha predominância sobre os demais. O direito antitruste, não podendo fugir à realidade econômica, protege a assim chamada concorrência efetiva. Não repele o processo de concentração empresarial em si, mas se volta contra as práticas anticoncorrenciais dele decorrentes. O exame do direito antitruste, no entanto, vai além disso. No seu contexto, existem regras que admitem condutas anticoncorrenciais, levando em conta, entre outros interesses, o progresso técnico-econômico. Deve-se verificar o alcance dessas normas exceptivas e a forma de aplicá-las.

Cuida-se de discricionariedade técnica decorrente, muitas vezes, do uso de

(27) Emmerich, ob. cit., p. 394.

(28) DOU 17.10.1995, Seção I, p. 16319.

conceitos jurídicos indeterminados, cujos limites estão estabelecidos na Lei 8.884. O ato de concentração, para ser autorizado, deve atender um dos seguintes objetivos: aumento da produtividade; melhoria da qualidade de bens ou serviços; eficiência e desenvolvimento tecnológico ou econômico. O ato, ademais, há de gerar benefício distribuído "equitativamente" entre os participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, do outro. Nesse passo, o legislador não se houve bem, ao excluir o consumidor intermediário. O exemplo europeu mereceria ser seguido. Embora o direito antitruste tutele, mediatamente, o consumidor final, sua preocupação é tornar a concorrência livre entre os agentes econômicos empresários. Outra relevante condição diz respeito à não eliminação da concorrência "de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços". A especificação legal, quanto à parte substancial, evidencia que o direito antitruste não repele as concentrações em si. Somente a eliminação da concorrência substancial não é admitida. A invocação do mercado relevante de bens e serviços não deve gerar dificuldades para alcançar hipóteses de concentração entre não concorrentes. O exemplo do direito estrangeiro analisado, neste estudo, constitui matéria de inestimável valor, na solução de problemas concretos. O legislador brasileiro, por outro lado, não admite que haja descompasso entre meios e fins. Um ato de concentração, para ser autorizado, não pode gerar mais desvantagens que vantagens. Trata-se da consagração do princípio da proporcionalidade. Por fim, o § 2.º do art. 54 cuida das autorizações das concentrações fundadas em motivo preponderante da economia nacional e do bem comum.

Pode entrar aí razão de competitividade internacional e preservação de emprego. Esses motivos de política econômica, no entanto, não amparam concentrações que gerem prejuízo ao consumidor final ou não atendam, pelo menos três das condições previstas nos incisos do mesmo parágrafo.[29] O sentido desse dispositivo é evitar que o CADE faça predominar interesses extraconcorrenciais, salvo quando se respeitem as condições referidas.

A essa altura, cumpre tecer algumas considerações de "iure condendo" sobre o direito antitruste brasileiro, oferecendo algumas sugestões.

5. Últimas considerações

A Lei 8.884/94 cuidou da disciplina das concentrações empresariais, no Capítulo I do Título VII. Essa regulação espelha o direito dos países europeus, bem como da União Européia. Na transposição, não se incorporou, entretanto, tudo que devia ser adotado. Existem, assim, lacunas e imprecisão de linguagem. A modificação da lei é aconselhável, mas enquanto isso não ocorre (algumas medidas provisórias têm alterado dispositivos da referida lei), convém adotar interpretação teleológica ajustando a norma à realidade subjacente. Para isso, a experiência européia mostra-se como inestimável fonte de exemplos.

Não se trata de transportação de modelos, sem a correspondente adaptação às peculiaridades brasileiras. É evidente que o Brasil tem interesse em promover seu desenvolvimento e aumentar sua competitividade no mercado internacional. Daí que, em razão da flexibilidade das normas antitrustes,

(29) § 2.º do art. 54: "Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final."

possam haver oscilações entre o binômio tutela da concorrência e interesse da economia brasileira. Isso significa que o ponto de equilíbrio no Brasil não há de se confundir com aquele dos países desenvolvidos. A aplicação da lei e os fatores econômicos exercem, pois, entre si influência.

A maleabilidade do direito antitruste contradiz o princípio de segurança jurídica. Isso significa que o legislador deve formular suas proposições, de modo preciso. O alcance da limitação da autonomia privada deve ser, sem prejuízo da efetividade da lei, claro e bem especificado.

Propõe-se, assim, modificação da disciplina das concentrações. A enumeração das hipóteses não é taxativa, no § 3.º do art. 54 da Lei 8.884. Não obstante, a doutrina tradicional não aceita que possam existir outras formas de concentração, já que isso resultaria na cominação de penas sem que a lei tipifique a conduta ilícita. Essa opinião não merece acolhimento. O que conta não é a forma dos atos, mas sim seu objeto ou efeito anticoncorrencial. Havendo dúvida do empresário sobre os efeitos de seu ato, pode ele se proteger de eventuais sanções formulando ao CADE consulta, na forma da citada lei.

Ainda assim, deviam constar da lei brasileira outras hipóteses de instrumentos de concentração empresarial como, por exemplo, o acordo de acionistas, as hipóteses de administração comum de sociedades e a participação de controle em outras sociedades, excluindo a hipótese de aquisição de ações na modalidade "underwriting", sem exercício de direito de voto. É de notar que o termo "participação" é mais abrangente que "aquisição". Nesse particular, a experiência alemã merece análise. A "G.W.B" definiu as hipóteses de aquisição de patrimônio, de aquisição de partes sociais nos seguintes graus: 25% do capital votante, 50% do capital votante e aquela majoritária. A hipótese de controle comum também figura. Em nenhum dos casos, é admitida interpretação analógica, nem isso se mostra necessário, já que houve a adoção de cláusula geral alcançando o caso de vínculo de empresas que gere influência dominante exercida, direta ou indiretamente por uma ou várias empresas, sobre outra empresa. Essa cláusula garante, por exemplo, o enquadramento dos grupos de fato de controle externo.

A lei italiana 287/90 leva em conta a mera possibilidade de exercer influência determinante, especificando no art. 7.º os instrumentos de configuração dessa situação com referência a outras relações jurídicas.

A necessidade de modificar a lei brasileira 8.884, incorporando hipóteses de concentração não previstas e uma cláusula geral de influência determinante e de relevante influência concorrencial, não há de ser tomada como impossibilidade de aplicação do direito vigente às variadas hipóteses da vida negocial. O aprimoramento, no entanto, evitaria controvérsias.

A especificação das espécies fáticas — é de assinalar-se — não implica repúdio às concentrações em si. Constitui, antes, pressuposto de controle pela Secretaria de Direito Econômico e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Após exame da caso concreto, o CADE pode decidir pela não aprovação do ato. A Lei 8.884, contudo, foi omissa quanto aos fundamentos de decisão denegatória. Numa reforma da lei, convém registrar que se pretende coibir a criação ou reforço de posição dominante. Ademais, a introdução do conceito de posição dominante traduz superação da estreiteza do conceito de monopólio, inajustável ao tipo de concorrência verificada na prática.

Não é qualquer posição dominante que merece repulsa; por isso o art 6.º da citada lei italiana se refere à cons-

tituição de posição dominante ou seu reforço de modo a eliminar, substancial e duradouramente, a concorrência ou reduzi-la. O dispositivo indica, ademais, os fatores que devem ser levados em conta para a configuração da referida situação. É de notar que o § 1.º da Lei 8.884 já enumera alguns fatores a serem levados em conta para autorização de atos restritivos da concorrência. Os fatores são semelhantes, porém mais pormenorizados na lei italiana e concernentes não à autorização e sim à vedação. O que importa, contudo, é o critério de avaliação dos casos sob exame.

As propostas de aperfeiçoamento técnico, no tocante à disciplina das concentrações empresariais, reclamam alteração de todo o conjunto normativo, a fim de afeiçoar a lei à concepção moderna do direito antitruste. A Lei 8.884/94 definiu infrações à ordem econômica, o que deixa transparecer caráter penal. É evidente que, considerada como ordem penal administrativa, não se admitirá interpretação flexível dos seus dispositivos. Ademais, a Constituição comanda que não há crime ou pena, sem lei que os defina. Sucede que a lei deve tutelar a concorrência, mas esta não é valor absoluto, sendo, pois, incongruente definir infrações quando o bem tutelado é disponível até certo ponto. A ordenação do mercado, mediante a tutela da concorrência não afasta o papel de intervenção do Estado através de políticas econômicas. Isso significa que a concorrência convive com outros valores.

A tarefa de reformulação do direito antitruste brasileiro há de levar em conta alguns fatores relevantes: não se trata primordialmente de ordem penal administrativa; a primeira conseqüência deve ser a ineficácia dos atos anticoncorrenciais; as sanções caberiam tão-só pelo descumprimento das decisões do CADE e das medidas preventivas; sistematização da lei com tratamento separado dos acordos, dos abusos de posição dominante e das concentrações; inevitável acolhimento da concepção paradoxal do direito antitruste (a livre concorrência não é princípio absoluto), mediante tolerância de práticas anticoncorrenciais.

A MINORIA SOCIAL. RELATIVIDADE E ALCANCE DOS EFEITOS DE SEUS DIREITOS.

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Seja em qual tipo societário se insira a posição de sócio minoritário, é sempre ela, fora casos excepcionais, mais inconfortável do que a daqueles que comandam o negócio social.

Aos majoritários cabe algum risco adicional, por certo, ligado à sua consciência e poder de decisão nas ações da pessoa jurídica, o que lhes imputa ocasiões de responsabilização extra, mas o lado desfavorável dessa responsabilização perde peso diante da inegável vantagem de serem eles os reais gestores e condutores da "vontade" da pessoa jurídica.

As hipóteses fora do curso comum, acima referidas, dizem, em regra, com a possível existência de acordos de acionistas (documentos não estatutários, mas com efeitos compulsórios específicos, cf. art. 118 da Lei 6.404) e mesmo de quotistas, (hoje acolhidos, sem dúvida, conforme Waldirio Bugarelli "in" *Revista de Direito Mercantil*, n. 98, p. 44) que em um ou outro tipo societário, confiram a certos minoritários alguma força social que lhes dê vez e voz em determinadas decisões, e enfim garantam, à força daqueles efeitos legais tão potentes, eficácia real, e alcance ilimitado a seus direitos, o que, como veremos, não pauta por ocorrer no comum das sociedades.

No referente às sociedades anônimas, como se sabe, mas nem sempre se pratica, minoritários que detenham 10% ou mais do capital social votante podem, pelo uso do voto múltiplo (art. 141 da Lei 6.404), garantir uma ou mais vagas nos órgãos de gestão, mas sempre, é claro, em situação de desvantagem decisória diante dos comandatários, cuja palavra final há por preponderar.

Enfim, os sócios majoritários assumem e comandam, ao ritmo do seu talento, ao maior ou menor peso da sua honestidade, da sua vocação e do seu esforço, o destino dos objetivos próprios, do sucesso e/ou do fracasso dos negócios sociais.

Já os minoritários, o mais das vezes se vêem posicionados como meros "prestadores de capital", contentando-se em observar e torcer de longe pelo cumprimento das finalidades da empresa, cientes de que dificilmente poderão influir na condução dos destinos da sociedade, e, pois, daquela parcela de seu patrimônio ali investida.

No caso das sociedades de pessoas regidas pelo antigo código comercial, sempre se admitiu a hipótese, assentada no princípio do seu art. 335, "5", de que, contratadas elas por prazo indeterminado, qualquer sócio, minoritário que fosse, poderia a todo tempo requerer a sua dissolução, a sua extinção, pelo mero fato de que extinta estivesse a *affectio societatis*, ou seja, pela sua vontade simples de não mais continuar com o negócio social.

As sociedades por cotas, ainda que regidas também à parte — pelo Decreto 3.708/19, e porque na sua estrutura ordinária as grandes deliberações (poderes da administração, direitos dos quo-

tistas, modo de fiscalização, distribuição dos lucros) passam por alterações necessárias no contrato social (que é o seu estatuto), elas também abrigam uma proteção extrema ao quotista minoritário, pois que nos termos do art. 15 daquele Decreto 3.708, assiste ao quotista dissidente da deliberação que reforma o contrato social, o direito de retirada, uma espécie de direito de recesso, recebendo o valor de suas quotas com base no patrimônio líquido apurado.

Na verdade, ainda durante tanto tempo, a jurisprudência andou aplicando às sociedades por quotas, qualificando-as como sociedades de pessoas (o que era aliás, o entendimento da doutrina então prevalente, veja-se Waldemar Ferreira *Tratado de Sociedades Mercantis*, 5.ª ed., vol. 3, p. 658) a regra do código comercial (art. 335, 5) via da qual, se por prazo incerto a duração do empreendimento — como o mais das vezes — qualquer um dos quotistas poderia dissolvê-las (no pressuposto de que finda estava a *affectio societatis*).

Com a evolução inegável desse tipo de sociedade no curso do século, amoldando-se aos negócios de pequeno e de médio vulto, e de um modo sensível despersonalizando freqüentemente a qualidade de seus sócios, tanto a doutrina como a jurisprudência passaram a aproximar as sociedades por cotas do gênero das sociedades de capitais, de toda forma diferenciando as daquelas típicas sociedades de pessoas tratadas no secular Código Comercial (veja-se Egberto Lacerda Teixeira, *Das sociedades por cotas de responsabilidade limitada*, 1956, Ed. Max Limonad).

Neste seguimento, a vertente jurisprudencial hoje dominante decorre por conceder prevalência à continuidade, sempre que possível, dos negócios sociais, de um modo tal que àquele sócio quotista, qualquer deles, não mais cabe o direito, e o poder, de dissolver a sociedade por prazo indeterminado pelo seu simples desejo de assim decidir, mas tal direito convola-se no direito de "dissolução parcial", ou seja, no seu direito pessoal de, como dissidente, obter a sua retirada.

Veja-se, emblematicamente, essa decisão da 11.ª Câmara Cível, do TJSP na RT 587/79:

"A jurisprudência predominante formou-se no sentido da conversão da ação de dissolução total da sociedade em dissolução parcial, com a retirada dos dissidentes minoritários, apurados seus haveres pelo valor real do ativo (...) neste sentido a jurisprudência (RTJ 91-357, 89/1054 e 90/88 (...)."

O parâmetro adotado, tratando-se assim de uma liquidação parcial da empresa, ou seja, da sua terminação apenas em relação ao sócio insatisfeito, continuando ela a viver com os sócios remanescentes, foi o da apuração de haveres, mensuração do patrimônio líquido da sociedade alocável àquele determinado sócio, o que se calcula, como conseqüente, na base percentual da participação do mesmo no capital da sociedade.

Há questões longamente debatidas, que aqui não vem a talo, quanto à real mensuração dessa quantificada "tranche" dos ativos líquidos cabível ao quotista retirante, o que se apura, na forma da lei adjetiva ainda prevalente a respeito, pelo curso processual da "apuração de haveres" (Cód. de Proc. Civil, art. 1.218, inc. VII, combinado com os arts. 655 a 674 do Decreto-lei 1.608/39).

A verdade é que, nas sociedades por quotas de responsabilidade limitada, pois, o minoritário desfruta desses extremos limites de proteção de seus direitos e interesses sociais:

• Se por prazo indeterminado a sociedade, a qualquer tempo e hora pode o quotista requerer como que imotivadamente, ou melhor, tão só argüindo unilateralmente o desaparecimento da *Affectio Societatis*, o seu desejo de não

continuar ali agregado, ou seja, a dissolução parcial da mesma em relação a si, e nesse contexto, terá direito a receber a sua parcela no patrimônio líquido da empresa.

• Se por prazo certo a sociedade, não se defere ao quotista o direito *tout court* e unilateralmente fundamentado, de dali se retirar, mas, garante a ele, por menor que seja sua participação societária, de, divergindo de qualquer alteração do contrato social, retirar-se do empreendimento, recebendo também sua parcela do patrimônio líquido (art. 15 do Decreto 3.708).

Quanto a esse último ensejo de retirada, é de ser percebido e sublinhado o efeito daquela característica própria das sociedades por quotas, de ter o seu contrato social como um instrumento muito mais volátil, menos estratificado e pétreo do que o estatuto das sociedades anônimas.

O exercício diário da prática mercantil demonstra como nas sociedades por cotas, a cada passo se mexe no seu contrato social, ou porque ali se inserem a investidura de seus gestores todos, a contenção e a amplitude dos poderes diretivos dos mesmos, ou porque, como maior timbre de sua "semi-pessoalidade", em regra projeta-se ali o cenário de quase todas as deliberações dos sócios, ou ainda pois por um ou outro motivo, as condições formais da alteração do contrato social quase sempre são mais simplificadas (sem demanda de quórum qualificado, sem publicidade convocatória em jornais, etc.).

De fato, na grande maioria das sociedades por cotas, qualquer maior assunção de responsabilidades, em nome da empresa, a prática de ato jurídico que não se contenha nos limites da gestão usual e comum, demanda alteração do contrato social.

É então que essa particularidade da fisiologia das sociedades por cotas apresenta aos sócios minoritários muitas oportunidades de, à vista da deliberação para alterar o contrato social, obter sua retirada, como dissidente, havendo sua parcela do patrimônio líquido.

Não assim nas sociedades anônimas fechadas, aquelas que não possuem qualificação para ensejar a seus acionistas, quaisquer deles, obter, no mercado, o escape a seu *status* de sócio mediante alienação de suas ações.

Nessa espécie de sociedade, o acionista descontente ou insatisfeito com o rumo da empresa vê suas opções muito mais limitadas no que tange à sua saída. É isso mesmo sendo o direito à retirada um daqueles solenemente enunciados pela Lei 6.404 como inalienáveis (art. 109, inc. V).

O resgate e a amortização das ações são hipóteses em que a sociedade anônima pode dispor dos lucros ou reservas (exceto a legal) para *buy out* acionistas, recebendo estes o valor de suas participações. Mas são hipóteses deferidas à decisão e conveniência da própria sociedade, vale dizer, ao poder de decisão da maioria societária.

Existe o reembolso (art. 45), pelo qual esse valor de patrimônio líquido das ações é pago ao acionista dissidente, mas apenas limitado ao caso de certas e contidas matérias deliberadas pela assembléia geral (art. 136, incs. I, II, e IV a VIII).

Todas essas matérias dizem respeito a alterações nos estatutos da companhia, mas ao contrário do que acontece nas sociedades por cotas, nem toda e qualquer alteração do estatuto proporciona o direito de recesso, senão apenas essas 8 (oito) hipóteses acima codificadas. São hipóteses de deliberações carregadas de radicalidade e só por isto o legislador abona a retirada ao minoritário.

Explica Rubens Requião (*Curso de Direito Comercial*, 2.º vol., 8.ª ed., Saraiva, p. 159):

"A alteração fundamental da estrutura da companhia, pela assembléia geral

extraordinária, dá ao acionista o direito de retirada. Tendo ele ingressado na sociedade, pelo contrato, a modificação substancial de seus termos vale dizer, da estrutura da sociedade, dá-lhe o direito de, desinteressando-se pela empresa, dela retirar-se."

Bem, pela própria qualidade dos acionistas, como tais, integrantes de um corpo maior, e ali subjugados a decisões que lhes são sobrepostas, ordens jurídicas como a nossa, optam por

"(...) garantir o respeito, em qualquer hipótese, de um certo número de direitos aos acionistas, concebidos analogamente aos direitos individuais do homem e do cidadão, na sociedade política (Lei 6.409, art. 109)" (Fábio Konder Comparato, *O poder de controle das sociedades anônimas*, Ed. RT, S.P., 3.ª ed., p. 283 e s.)

Modesto Carvalhosa (*Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, Ed. Saraiva, 4.º vol., p. 40) discorrendo sobre o contexto desses direitos essenciais, procura elencar tantos outros direitos que a Lei 6.404 assegura aos acionistas, e que, "por não serem de igual importância", ali não são listados, tais como:

- direito de tratamento igualitário na alienação do controle da companhia, mediante oferta pública simultânea (art. 254);
- direito de negociar livremente suas ações (art. 36);
- direito de participar na Assembléia Geral (art. 125);
- direito de propor ação de responsabilidade contra os administradores em nome próprio e, por substituição processual, em nome da Companhia (art. 159).

Mas, logo se observa o porque da essencialidade daqueles direitos do art. 109, e na sua sobrerrelevância.

Realmente, de pouco vale o direito de "negociar livremente" as ações, se o mercado não existe para elas, ou efeito relativo e limitado tem o direito de participar na assembléia geral, para se ver enfim vencido nas decisões dali proferidas.

O direito de eqüidade de preço por ação na alienação de controle é importante, mas cuida de hipóteses de saída do acionista e não da vida usual da sociedade, assim como o direito de responsabilização dos gestores é recurso necessário e basilar mesmo, mas ele se revela como uma válvula de emergência, em regra com objeto somente realizável *à la longue*, custosa, demorada, e desgastante, para buscar compensações pelos desvios patológicos do poder societário.

A verdade então é que, salvo tais hipóteses literalmente e expressamente selecionadas nos arts. 136 e 137, de certo traumatismo societário dentro da vida da companhia, e que ensejam a retirada, com ressarcimento patrimonial, ao acionista minoritário, na sociedade anônima, resta quedar-se nela integrado e investido, desde que lhe sejam garantidos os demais direitos sociais irrenunciáveis (art. 109):

- de participar dos lucros;
- de partilhar o patrimônio líquido na liquidação;
- de fiscalizar a gestão oficial;
- de manter seu percentual de participação societária.

Ora, o desfrute dos (não o direito aos) lucros sociais é alguma coisa de certa relatividade, pelo grande poder de mensuração e quantificação a tais lucros, e que é privilégio da maioria dirigente, ou mesmo pela eventual contenção estatutária ao seu limite de distribuição, por mais que a lei tenha determinado quantitativos mínimos.

De um lado a grande possibilidade de maleabilizar, artificializar — mesmo sem, em rigor técnico, ocorrência de fraudes — os balanços, apequenando os resultados formais, e de outro a conveniência, nem sempre descartável é claro, mas nem sempre tecnicamente necessária, da capitalização maior, juízo único dos

majoritários. Tudo isto são circunstâncias inegáveis que militam contra a pretensão das minorias a haver ganhos sociais concretos em suas mãos.

Muitas vezes, às viúvas, aos pequenos investidores, é de muito maior interesse haver resultados concretos, monetários, de suas ações, às vezes como meio de auxiliar sua sobrevivência, em contraponto aos que podem e tem como contemplar seus investimentos *à la longue*, capitalizando para tempos futuros.

O poder dos administradores (e aí entenda-se, é claro, subjacente, o poder dos controladores que os elege) é tamanho, nessa matéria dos lucros sociais, e do acesso dos acionistas aos dividendos, que a própria assembléia geral, soberana que é em princípio, tem seus limites a respeito. Ensinam assim Modesto Carvalhosa e Nilton Latorraca (*Comentários à Lei de S.A.*, vol. 6, p. 107):

"Tanto nas companhias abertas como nas fechadas, a lei atribui competência ao órgão de administração para decidir pela não distribuição de dividendo obrigatório, simplesmente informando à assembléia geral da incompatibilidade da situação financeira com tal distribuição. Se isso ocorrer, não terá a assembléia competência para deliberar em contrário. Cabe-lhe apenas homologar a decisão do *board*.

Pior ainda para os minoritários nas companhias fechadas, pois nessas, mesmo que a administração proponha distribuir dividendos obrigatórios, a assembléia, por voto unânime dos presentes, pode negar tal distribuição, estranho sendo que não tem a mesma assembléia o poder de agir em sentido contrário, ou seja, de revogar decisão dos gestores de não distribuir o dividendo compulsório" (veja-se Carvalhosa, ob. e vol. cit., p. 108).

Quanto ao direito à sua quota no remanescente ativo líquido da empresa, ao fim desta, é um mínimo essencial ao próprio conceito econômico da associação, e pode-se dizer, não representa consolo do agravo ao pequeno acionista, ou pelo absurdo último que a ausência desse direito diria, ou pela compreensível (e ínsita ao conceito societário) prevalência, por parte da vontade de qualquer acionista normal, em ver resultados durante e no curso do empreendimento social.

De igual modo, importante que é o direito de preferência nos aumentos de capital, mantendo ao minoritário sua quota-parte na empresa, ele de pouca valia tem nesse aspecto tão preocupante e tão freqüente, de ver-se o acionista acuado, esquecido, relegado a um canto como mero prestador de capital, sem retorno devido, sem acesso às vias dinâmicas da máquina empresarial. O direito de preferência, por assim se simplificar, não melhora em nada a posição inferior do minoritário, apenas lhe assegura meios para não agravar tal *status* inferior.

Sobra ao acionista minoritário, assim, na síntese dos direitos essenciais que a lei lhe garante, aquele de fiscalizar a gestão social, para que faça valer sua condição de participante do quadro dos "donos" da empresa.

Ora, na sintaxe legal, esse direito de fiscalização dos acionistas se exerce, na sua essência, no âmbito da assembléia geral, que é o organismo superior da sociedade (art. 121).

Tanto é que o próprio balanço e demais demonstrações financeiras da companhia (art. 176), com todas as exigências e demandas formais que a lei expressa, e que são, enfim, ou devem ser, um raio "X" anual de sua vida, são mandatoriamente submetidos ao crivo apreciatório da assembléia geral ordinária (art. 132, bem como, para tal fim, devem estar disponíveis para análise pelos acionistas dias antes da reunião assemblear (art. 133, *caput*) ou serem enviadas aos que o solicitem (art. 133,

§ 3.º) e de toda maneira publicados (art. 133, § 3.º).

E, neste passo, todas as demais deliberações societárias, inclusive a reforma dos estatutos, passam obrigatoriamente pela apreciação assemblear (art. 135).

Contudo, o fato incontente é que, na sociedade anônima, nas suas assembléias gerais, rege o princípio da prevalência majoritária, tendo como resultante óbvia o fato de que, ainda que formalmente fiscais da empresa por aqueles meios, os acionistas minoritários deverão sempre se conformar com o voto e decisão dos controladores.

E desde que tal voto não implique em resoluções sobre aquelas específicas matérias tipificadas nos incisos (exceto o III) do art. 136, não cabe ao minoritário, em seu inconformismo, o direito de retirar-se da empresa recebendo sua quota-parte de patrimônio líquido.

Suponha-se que — e sabe-se o quão longe da extratificação puramente teórica tal hipótese representa no Brasil — os majoritários apresentem balanço viciado, mas tecnicamente bem elaborado, sob maquiagem palatável aos auditores, cujo resultado enfim, sob qualquer aparência que tenha, acabe prejudicando direitos dos acionistas aos lucros sociais.

Naturalmente que os majoritários vão aprovar a matéria em assembléia, configure-se ou não votos dissidentes, e assim decidido, a nível interno nada restará a fazer aos minoritários supostamente prejudicados.

Sim é certo que os administradores da sociedade tem responsabilidades legais em tese nítidas (art. 158), desde que seus atos lesivos:

• sejam praticados em ofensa à lei ou em excesso de poderes estatutários; o que podemos chamar de atos "objetivamente lesivos";

• mesmo aparentemente legais ou estatutários, sejam contaminados de culpa ou dolo, os quais denominamos atos "subjetivamente lesivos".

Mas, ainda que tais ações desviosas possam ter ocorrido, como na hipótese daquelas demonstrações financeiras irreais como acima, a assembléia geral é ainda ela o painel competente (art. 159) para deliberar a persecução dessa responsabilização dos gestores.

E, mais uma vez, a maioria dirá. No entanto, aí enfim a lei abre uma janela aos acionistas menores, tenham eles 5% (cinco por cento) ou mais do capital ou ainda que esse não seja o caso (§§ 3.º e 4.º do art. 159), pois se a assembléia, pela sua voz dominante, resolver não buscar a responsabilização de seus agentes, quaisquer acionistas poderão fazê-lo, em benefício da companhia, havendo desta reembolso de seus custos com tal procedimento (§ 5.º do art. 159).

Certo portanto que, na circunscrição exterior à empresa o acionista minoritário possui, fora a base genérica da lei civil (art. 159), assentos legais próprios para procurar compensação para sua sociedade, derivada de atos desviosos de seus gestores, assim como igual responsabilização pode ser demandada daqueles próprios acionistas controladores, se estes com abuso de seu poder de comando, de voto, causarem prejuízos à companhia (art. 117).

Pois porque a sociedade anônima não "é" dos controladores, ainda que estes decidam no foro assemblear por ela, a lei houve por criar essa responsabilização própria, sempre que os atos e ações de comando desses controladores se revelarem cumulativamente abusivos de poder e danosos à companhia.

É bom se ver que, tratando desse importante comando, a lei (§ 1.º do art. 117) nomeia hipóteses apenas exemplificativas desses atos desviosos ("modalidades de exercício abusivo de poder").

E, ainda, há de se perceber que o conceito de abuso de poder nessa tipificação legal é o conceito amplo, isto

revelado pelo próprio elenco exemplificativo de atos como tais catalogados.

Sim, porque de rigor formal, levar a companhia, pelo voto, pela orientação comanditária, "a favorecer outra sociedade, (...) em prejuízo da participação dos acionistas minoritários (...)" pode não ser ato abusivo de poder em visão estreita, se os estatutos conferem à assembléia geral amplitude de decisões a respeito, mas certamente, pautado o poder societário como necessariamente voltado aos interesses sociais, tal comportamento se qualifica como abusivo por nada objetivar a favor da empresa e/ou de todos os seus acionistas, senão de alguns deles.

Mais ainda, se não em nome e em benefício da sociedade, o acionista minoritário, seja em face dos diretores que ajam com irregularidade (já na forma, já na substância) seja diante dos acionistas controladores praticantes de ações abusivas e danosas à sociedade, pode ele demandar em seu próprio nome, como prejudicado, com título próprio pois a buscar ressarcimento indenizatório.

Assim ensinam Carvalhosa e Latorraca (ob. cit., p. 136):

"Deve ter havido um prejuízo para a companhia ou para os não controladores ou para as demais pessoas e entidades mencionadas na lei, o qual demanda uma reparação.

Dois procedimentos, que não se excluem, podem ser adotados para essa reparação. A ação de anulação das decisões, atos e negócios realizados contrariamente à lei e aos interesses dos terceiros. A ação de indenização por perdas e danos sofridos por essas mesmas pessoas. Na ação de responsabilidade civil, também poderá ocorrer a anulação do ato do controlador, desde que não fira legítimo direito ou interesse de terceiro de boa-fé.

Cabem, portanto, na espécie, a ação para anular deliberações tomadas pelos controladores em assembléia geral (art. 286) e a de responsabilidade civil (art. 287).

Se o controlador for concomitantemente administrador, contra ele cabem os procedimentos prescritos no art. 159 da lei, sem o embargo das medidas individuais dos 'prejudicados'."

Nestas circunstâncias, é deferido ao minoritário até o acesso a meios processuais preparatórios, de modo a logo evidenciar e refletir eventos danosos que, no bojo e no seio da companhia, tenham deixado rastros para embasar as responsabilizações de diretores e/ou comanditários:

"Medida cautelar — Perícia Contábil — Recurso Provido Cabível é a perícia contábil como medida preparatória de ação de responsabilidade civil de diretores de sociedade anônima quando há fundada suspeita de atos lesivos aos interesses da empresa e por via de conseqüência do requerente da medida" — (TJSP, 1.ª Câm., Ag. In 271.860, julgado em 19.09.78 e publicado por Waldirio Bulgarelli em seu *Manual das Sociedades Anônimas*, 7.ª ed., p. 210).

Em última análise, pois, o acionista minoritário que se veja agravado, afetado pela condução dos negócios sociais que vê como abusiva de seus direitos só encontra soluções *no âmbito* do que podemos, em sentido, chamar da própria "organicidade" da empresa, se (a) alienar sua participação societária, o que de regra só se mostra economicamente viável nas companhias abertas, ou (b) requerer direito de recesso, aí sim, recebendo sua quota-parte efetiva no patrimônio líquido, mas só se algum daqueles poucos direitos que o legislador capitulou como essenciais foi afetado.

Aos tantos e tantos comanditados que se acham fora dessas hipóteses acima sobra aquele caminho da busca no Judiciário da responsabilização de administradores e controladores.

Aparentemente, essa indiscutível inferioridade jurídica dos minoritários decorre da própria natureza do corpo coletivo, que, como "pessoa moral" não tem manifestação volitiva própria, e há de se manifestar perante o mundo externo, pela voz de sua maioria, que é a mesma voz que escolhe seus administradores.

A verdade é que esse problema, digamos, sistêmico, que há por provocar quase inevitável insatisfação dos que precisam se conformar com decisões alheias afetando seu patrimônio e suas esperanças empresariais, vê-se bem agravado pela conhecida postura cultural da ordem brasileira, onde corporações se formam sob controle de hordas familiares ou inter familiares, sem o vezo democrático que observamos em estruturações de sociedades nas nações mais evoluídas.

Nessas derivações mais modernas das corporações o papel (que é por conceito) minoritário dos pequenos acionistas vê-se relevado pela necessidade, a toda hora, de seu concurso, em decisões que confrontam grupos maiores mas não absolutos dentro da empresa, e é nesse contexto e sob tal influxo de interesses que aos pequenos acionistas ali são garantidos acessos maiores aos quadros de gestão, sob forma de cooperação ou de algum controle fiscal, assim como participações mais recompensadoras nos lucros sociais.

CRIAÇÃO DE IMPOSTOS.

Alteração de seus elementos essenciais. O artigo 146 da Constituição Federal

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

1 — A presente ordem constitucional brasileira começa a tratar do que denominou (Cap. I do Tit. VI) de "Sistema Tributário Nacional", determinando (art. 145) que a todos e a cada um dos entes políticos admitidos na federação (a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios) cabe a imposição de todas as espécies de tributos ali elencadas: impostos, taxas e contribuições de melhoria.

2 — Na verdade, mais adiante, a Carta prevê outras espécies tributárias, como os empréstimos compulsórios (art. 148), e as contribuições sociais (art. 149), exclusivas da União Federal, admitindo-se aos outros entes uma subespécie limitada dessas últimas (parágrafo único do art. 149) para custeio da previdência e assistência social de seus servidores.

3 — Mas a Constituição vai mais além, e já especifica, quanto aos impostos, — de um modo simples a mais importante espécie tributária — quais são os de competência da União (art. 153), quais os cabíveis aos Estados e ao Distrito Federal (art. 155) e quais os pertinentes aos municípios (art. 156).

4 — Seja o tributo de que espécie for, não só os impostos portanto, seja ele de competência privativa de qualquer dos entes federativos, a regra geral mandatória da Carta, abrigada no conhecido princípio da legalidade, é a de que nenhum tributo será cobrado sem prévia criação por lei (art. 150, inc. I).

5 — Esse princípio é uma "afirmação em gênero" como não poderia deixar de ser, pelo seu caráter marcadamente abstrato, repercutindo hoje o velho postulado saxão *no taxation without representation.*

6 — Daí porque, genérica que é essa norma, pretende garantir a cidadania contra os eventuais exageros dos "príncipes", no sentido óbvio de que, sem lei, sem o crivo do poder legislativo, que é o congresso dos representantes populares, não há criação de tributos, ou aumento de seus valores.

7 — Mas certamente, ao dispor "sem lei que o estabeleça", não está o constituinte afirmando, pela falta de adjetivação, que tal será lei necessariamente ordinária. A resposta à inevitável pergunta "qual lei?" deve ser encontrada mais além, nos dispositivos claros da mesma Constituição.

8 — Pois observando algumas regras constitucionais vamos nos deparar com um orgânico, estruturado atendimento a essa importante, simples que é, indagação, e no processo, vai-se entender o mecanismo de movimento do sistema

tributário brasileiro, particularmente quanto a essa relevante espécie dos impostos.

9 — Vimos então que tem assento na própria Constituição os impostos da União (art. 153): de importação, de exportação, de renda, IPI, IOC, IPTR, e sobre grandes fortunas.

10 — Também arrimados na própria lei matriz (art. 155) estão os impostos dos Estados e do Distrito Federal: de transmissão *causa mortis* e doação, ICMS, IPVA.

11 — E enfim aos Municípios a Constituição (art. 156) garantiu o IPTU, o imposto de transmissão *inter vivos*, o imposto sobre vendas a varejo de combustíveis, e o ISSQN (Imposto sobre Serviços).

12 — Na época em que escrevemos, o Governo Federal, após tentativas abortadas na legislatura anterior e no início desta, trabalha no seu projeto de reforma tributária, eliminando alguns desses impostos acima, fundindo certas espécies, criando outros — a nível compulsório de emenda à Constituição, pois que ali é, pela nossa ordem, o abrigo obrigatório dessas imposições tributárias.

13 — Todos esses tributos acima tem, pois, raiz constitucional. A respeito de alguns, inteiramente novos, como o imposto de grandes fortunas, a Constituição quis expressamente se qualificar neste particular como norma de eficácia limitada, por logo referir-se a "nos termos da lei complementar", dessa assim dependendo de modo categórico. A explicação imediata é a de que esse imposto, novo que é, não é substitutivo ou sucedâneo de nenhum outro advindo do quadro constitucional anterior, como o ICMS em relação ao ICM ou o ISSQN em resposta ao ISS.

14 — Também quanto a esses impostos adaptados de seus antecessores, como o ICMS, a Carta de forma expressa reconheceu a dependência da lei complementar, no que as disposições transitórias (art. 34, §§ 8.º e 9.º) fixam regras provisórias até que aquela lei de qualidade venha promulgada. Mas o Constituinte foi mais longe ainda nas limitações ao poder de tributar (leia-se também de criar ou alterar os impostos), pois o art. 146, inc. III, "a", determina:

"art. 146 — cabe à lei complementar:

(...)

III — estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;" (...)

15 — Vê-se que a primeira parte dessa disposição contida na alínea "a" é uma expressa referência ao Código Tributário Nacional, que, tido com força de lei complementar, é tratado com igual respeito, pois a definição ou redefinição de tributos e suas espécies é matéria ali admitida como privativa de norma complementar.

16 — Mas a 2.ª parte tem um significado mais radical, no que consolida, estabiliza os impostos já então existentes, exigindo a lei qualificada para que sejam alterados seus caracteres básicos; fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes.

17 — Resumindo até aqui: a ordem constitucional brasileira chamou a si o trato do sistema tributário do país. E, em relação aos impostos, somente ela a Constituição, e, claro, as emendas à mesma, podem instituí-los, facultado à União Federal, e só a ela, por meio de lei complementar, criar outros impostos,

com aqueles não coincidentes, no exercício privativo do que se chama competência residual.

18 — Pois quanto a esses impostos, que já são tratados na Constituição, sua sede própria (ou mesmo os que vierem a sê-lo, via de emenda constitucional), somente a lei qualificada (complementar) pode alterar os seus elementos essenciais, seus fatos geradores, bases de cálculo e a definição dos seus contribuintes.

19 — A convivência dessa inegável exigibilidade da lei complementar para alterações nas estruturas dos impostos, com a competência impositiva outorgada pela carta aos outros entes políticos (Estados, Municípios) com relação a certos impostos, tem criado uma série de enganos, surgindo argumentos artificiosos que acabam por deturpar as garantias constitucionais.

20 — Porque decerto a demanda da lei qualificada (art. 146, inc. III, "a") é certamente uma extensão das limitações constitucionais do poder de tributar; aliás essa exigência, é, como já vimos, o desdobramento apropriado do princípio genérico (art. 150, inc. I) limitativo da tributação: é vedado exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça, e mais proximamente é vedado exigir imposto, naquilo que alterado seu fato gerador, base de cálculo ou definição de contribuinte, sem lei complementar que assim o faça.

21 — Esse freio severo, essa exigência de garantia de uma sedimentação maior nas relações jurídicas de sujeição tributária, evidentemente tudo isso trouxe conflitos de entendimento pelos entes tributantes outros que não a União Federal, insatisfeitos em, à mesma época em que ganhavam a sonhada competência impositiva constitucional para seus impostos respectivos, verem-se amordaçados na sua "mobilidade" para o exercício prático da imposição tributária, dependentes de lei complementar para qualquer modificação de substância nas relações de sujeição tributária com seus contribuintes.

22 — E foi assim que, para tomarmos um exemplo emblemático, vigente a Constituição de 88, a eles garantida a competência para legislar sobre o ISSQN, municípios com o do Rio de Janeiro, logo correram, e, por uma série de leis comuns municipais foram excluindo daquela base de cálculo especial (com base em valores anuais fixos), certos contribuintes sociedades uniprofissionais de serviços.

23 — Isto é, apesar deste tratamento especial desse tipo de sociedades vir consignado no antigo Decreto-lei 406/68 (alterado pelo Decreto-lei 834/69) que tem, proferida pelo STF, força de lei complementar, tanto que, neste específico ponto de que aqui se cuida foi alterado depois pela Lei Complementar 56 de 1987, apesar dessa legislação qualificada garantir que aquelas sociedades tenham base de cálculo fixa, e não assentada no movimento econômico, a Lei Municipal 1.513 veio tratar de modo diverso, representando portanto uma evidente alteração naquele particular, em relação àqueles contribuintes, na base de cálculo do ISSQN. E ainda depois outra lei municipal veio à luz excluindo mais contribuintes sociedades uniprofissionais daquele tratamento de uma base de cálculo especial tal como prevista no Decreto-lei 406.

24 — A inconstitucionalidade é flagrante, mas nem por isso desprovida de defensores nos seus princípios, como vemos, v. g., nas razões doutrinárias expostas pelo prof. Johnson Nogueira (*Direito Tributário Atual*, vol. 13, Ed.

Res. Tributária, São Paulo, abril/94, p. 133 e s.) que chega a afirmar:

"Ora, sendo os impostos de competência privativa, a definição do seu fato gerador, base de cálculo e contribuintes é matéria reservada ao seu titular, não comportando definição a título de norma geral."

25 — Talvez por desvio de entendimento, por dever do ofício como procurador do Estado, na defesa da vocação tributante dos entes políticos, o professor baiano chega a atropelar às claras o texto constitucional, a ver então a lei complementar que defina fatos geradores e bases de cálculo, como exorbitante:

"Dessa maneira, a invasão da competência tributária estadual ou municipal por lei complementar implica inconstitucionalidade." (Op. e p. cits.)

26 — Os argumentos são, como se percebe, de difícil sustentação, pois o art. 146, inc. III, "a", da Carta é muito categórico, e "em relação aos impostos discriminados nesta Constituição", vale dizer, *todos aqueles federais, estaduais e municipais*, não se há de alterar a definição de seus fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes sem lei Complementar. Quer dizer, a competência tributária dos Estados, tal como a da União e a dos municípios, sofre essa evidente restrição no próprio corpo constitucional, dependente que fica, naquele particular, do advento de uma lei nacional.

27 — Ou para os que afrontosamente negam vigência ao texto claro do art. 146, inc. III, "a", da Carta, por concluírem que a lei complementar não tem nada a tratar sobre impostos estaduais ou municipais, ou para aqueles que entendem que, enquanto não vier uma lei complementar, os entes estaduais ou municipais poderiam legislar, por lei ordinária, é claro, sobre fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes de seus impostos (e isto com base na sua competência concorrente com a União (art. 24, inc. I) sobre matéria de direito tributário), melhor respondem Ives Gandra Martins e Celso Bastos (*Comentários à Constituição do Brasil*, 6.º vol., Tomo I, p. 90 e s.):

"O Argumento não impressiona. A lei complementar não é uma lei ordinária da União. Não é uma lei federal. É uma lei nacional. É lei da federação.

Normas gerais existem que podem ser veiculadas por lei ordinária federal, tais como sobre licitação, sobre processo, sobre material bélico etc. (...).

Nos casos de lei nacional, como é a Complementar, a União apenas empresta seu aparelho legislativo para a federação, e a lei é da Federação e não da União. Por essa regra, a necessidade de quórum qualificado, posto que não só a Casa dos Estados (Senado), mas a de representação do povo e dos municípios (Câmara), pela maioria absoluta de seus membros pode produzir tal veículo legislativo."

28 — Acontece que a grande maioria desses impostos constitucionalmente listados já vinha balizada em leis anteriores jurisprudencialmente conceituadas como complementares (o CTN, o Decreto-lei 406/68 etc.). É certo que, já datando da Constituição de 1891 (art. 34) a inserção dessa lei nacional (ali chamada de "orgânica"), só teve ela um trato mais extenso a partir da Carta de 1967 e da Emenda 1/69, que ali cuidaram do seu trâmite legislativo qualificado, tal como agora na Constituição de 88, onde seu caráter de norma nacional, supra federativa, fica patente.

29 — E é natural assim que, exceto naquilo em que conflitarem com as novas regras constitucionais, como é princípio essencial de nosso direito, essa legislação complementar anterior conti-

nuou vigindo, tratando daqueles impostos.

30 — E, como dissemos, o sistema tributário brasileiro, em seus parâmetros básicos, vai se desenhando diante de nós, pois temos os impostos todos citados na Constituição, assim como temos deferido à lei complementar (art. 154, inc. I), a criação de impostos novos, competência residual privativa da União.

"Mantendo a disposição contida na Carta de 1967, o texto constitucional confere à União a competência para instituir impostos não previstos expressamente na Constituição" (*A Constituição do Brasil*, 1988, Price Water House, 1989, p. 658).

31 — Pois tanto uns como outros, estes últimos porque criados pela lei qualificada, aqueles por força do comando constitucional expresso do art. 146, só são alterados em seus elementos básicos por lei complementar.

32 — Tão simples e claro o princípio do art. 146, inc. III, "a", da Carta, e, contudo, a matéria pulsante e sempre momentosa da alteração de substância nos impostos exigíveis proporciona visões e interpretações as mais tortuosas e difusas, ao tentar se extrair do patamar de segurança da lei qualificada, as disposições que, alterando fatos geradores, base de cálculo ou conceito de contribuintes, na verdade ampliem e maximizem o espectro de incidência do ônus tributário.

33 — Entendimentos assim com o do prof. Célio de Freitas Batalha ("Lei Complementar em matéria tributária", *Revista de Direito Tributário*, n. 49, p. 127).

"Instituir tributos ou criar tributos é desenhar os respectivos aspectos ou critérios da hipótese da incidência da norma, identificando quais são as circunstâncias materiais, temporais, espaciais, pessoais e quantificativas julgadas relevantes à sua ocorrência, incluídos nesses critérios ou aspectos, bem por isso, evidentemente, segundo a própria dicção da teoria geral do direito tributário, os fatos geradores, as bases de cálculo e contribuintes.

Assim, a interpretação correta sobre a função da lei complementar prevista no art. 146, inc. III, "a", é aquela que indica que o definir tais aspectos, para criação ou instituição de tributos, só poderá ser feito nas duas hipóteses constitucionalmente previstas, a saber, arts. 148 e 154, inc. I, ambas da CF, nem mais nem menos."

34 — O professor Batalha está assim pretendendo que a regra do art. 146, inc. III, "a" só se aplica a empréstimos compulsórios e aos impostos criados pela União no exercício da competência residual.

35 — No entanto, mais claro não poderia ter sido o legislador constituinte ao dispor ali que em relação aos impostos na Constituição listados, só a lei complementar poderia definir fatos geradores, bases de cálculo e contribuinte.

36 — Não há escape, não há brecha alguma nessa categórica expressão de normatividade, que permita, como quer o professor paulista, falar-se em "limites claros para interpretação do real conceito, conteúdo e alcance das funções da lei complementar em matéria tributária, nos termos previstos no art. 146 da CF".

37 — Não, o sistema constitucional brasileiro é bem categórico em, criando os impostos vigentes no país no corpo da própria Lei Maior, estabelecer uma instância imediatamente abaixo, qualificada, a da lei nacional, para que se alterassem as estruturas básicas desses

impostos, assim como por mero conceito axiológico escolhido, deferiu à União Federal, e só a ela, criar outros impostos diferentes daqueles, sempre ao nível da lei complementar, tal como poderá fazê-lo com relação aos empréstimos compulsórios.

38 —Esta simplicidade categórica do texto constitucional se acha bem espelhada no artigo do prof. Antonio Carlos Rodrigues do Amaral (in *Curso de Direito Tributário*, 2.ª ed., vol. 1, Ed. Cejup, p. 101):

"Por sua vez, ao tratar do estabelecimento de normas gerais, a matéria se projeta na estipulação dos parâmetros normativos a serem seguidos pelo legislador ordinário. Deverá assim conformar as linhas mestras do sistema positivo, de forma a permitir a perfeita integração dos comandos constitucionais à legislação inferior, sem perda do sentido originalmente plasmado no texto supremo. Fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes das espécies tributárias hospedadas na Constituição (impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições especiais), típicas matérias atinentes, a normas gerais, deverão ser objeto de regulamentação por lei complementar, antes de sua instituição pelo legislador ordinário."

39 — Um tanto mais matizada até aqui veio a resistência dos Estados-membros a essa presilha constitucional da lei qualificada. Isso porque, nas "disposições constitucionais transitórias", encartadas na Constituição de 88 inseriu-se um dispositivo, art. 34, § 8.º, determinando que, se em 60 dias da Constituição (até a data em que escrevemos, 7 (sete) anos depois, tal não aconteceu) não fosse editada lc' complementar necessária à instituição do ICMS, os Estados e o DF celebrariam convênio para "regular provisoriamente a matéria".

40 — Foi assim que, com a maior rapidez, esses entes tributantes firmaram o Convênio 66/88, e depois o de n. 107/89, onde aqui e ali redefiniu-se fatos geradores e bases de cálculo do antigo ICM, hoje ICMS.

41 — O mesmo professor Celso Batalha, naquele cuidadoso artigo supra citado, onde se envolve com uma interpretação duvidosa sobre a regra do art. 146, inc. III, "a", revela-se aqui mais preciso e contundente a negar validade constitucional a um ato meramente administrativo sem qualquer crivo de apreciação pelos representantes populares, dispondo sobre matérias afetas à lei complementar (ob. cit., p. 122 e 123):

"Situação própria de caracterização dessa inconstitucionalidade acontecerá se, por hipótese, os Estados pretenderem sustentar a possibilidade de que Convênio venha a regular, provisoriamente, o novo imposto incidente sobre operações relativas à circulação de mercadorias e prestação de serviços — art. 155, inc. I, "b", da Carta, combinado com o seu § 2.º, inc. X, "a", e inc. XII —, invocando, para tanto, as Disposições Transitórias do mesmo texto, no caso, as do art. 34, § 8.º. Como se recorda, a previsão desse art. 34, § 8.º, das Disposições Transitórias, afirma que, na falta da edição de lei complementar necessária à instituição do novo tributo, Convênio regulará, provisoriamente, a matéria.

Ocorre que dita previsão, contudo, por toda evidência, não pode ser tomada com interpretação equivocada, que afronte todo o contexto sistemático da nova Constituição, concluindo-se, por conta da mesma, por exemplo, que seja possível ao Convênio atuar em matéria provisória da lei complementar, sob o manto do caráter provisório dessa regulamentação.

Convênio não é mais do que o resultado de entendimento entre representan-

tes do Poder Executivo dos Estados, normalmente Secretários da Fazenda.

Por isso mesmo, os Convênios, como propostas dos Secretários da área econômica dos Estados, ainda que ratificados, por via de Decretos, pelos Chefes dos Poderes Executivos a quem aqueles representam, se já não têm aptidão para substituírem a lei ordinária, muito menos o terão para o fazerem em relação à lei complementar."

42 — Também o categorizado jurista Sacha Calmon, escrevendo sobre a "Natureza Jurídica dos convênios de Estados Membros" (*Revista de Direito Tributário*, vol. 64, p. 178) fulmina de inconstitucionalidade tais atos administrativos — que essa é a natureza desses convênios entre os executivos estaduais — regendo matéria de reserva legislativa; no caso vertente, acrescentamos nós, de reserva legislativa privilegiada, pois que alteração de fatos geradores e bases de cálculo do ICMS demanda lei complementar.

43 — Admitir-se, pois, que, esses convênios sobre o ICMS pudessem fazer, como fizeram, traçando novas hipóteses de incidência e novas bases de cálculo do ICMS, seria, na essência, renegar a validade do princípio de *no taxation without representation* que, conquistado no alvorecer da idade moderna pela sociedade ocidental, só se vê repelido quando dos infortunados interregnos ditatoriais.

44 — Acórdão recente da 1.ª Secção STJ, por maioria de votos, no Embargo de divergência em Recurso Especial n. 50.884-1, vem de negar validade a esse desvioso convênio entre os Estados.

" — A competência atribuída aos Estados e ao Distrito Federal, para, na ausência de lei complementar necessária à instituição do ICMS, celebrarem Convênio para regular provisoriamente o mencionado imposto, restringe-se às lacunas existentes e às matérias legais não recepcionadas pela Constituição vigente (art. 34, § 5.º, ADCT).

— Nos termos do art. 155, inc. XIII, "b", da atual Constituição, a disciplina do instituto da substituição tributária, relativamente ao ICMS, deve ter base em lei complementar, cuja ausência não se enquadra na autorização prevista no art. 34, § 8.º, ADCT, não podendo pois ter suporte em Convênio celebrado pelos Estados-membros."

45 — A questão continua assim posta, sem embargo daquilo que nos parece, em sã consciência, a expressão normativa clara da Constituição Federal.

45.1 — Que a Lei Maior define, exaustivamente, quais os impostos exigíveis no país, e quais os seus entes políticos credores é fato incontroverso.

45.2 — Que o único ente político autorizado constitucionalmente a criar *outros* impostos seja a União Federal também é incontestável, como é a demanda de lei complementar para essa imposição tributária residual.

45.3 — Há, contudo, resistências doutrinárias e jurisprudenciais, umas como outras em contagem minoritárias, ao que podemos perceber, em admitir-se a exigência da Lei Complementar para que sejam alterados os elementos essenciais (fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes) dos impostos constitucionalmente previstos.

45.4 — Essa relutância em aceder a um evidente preceito constitucional, qual seja o assento jurídico formal dessa oposição — ou o confronto de comandos constitucionais outros, limítrofes àquele, ou o permissivo específico, um tanto difuso, em seus termos, das Disposições Transitórias, no caso do ICMS

— traz como caráter evidente, de cunho mais fundo, a notória importância de que se reveste a maior ou menor flexibilidade legislativa para que os credores tributários, em um país de reconhecida sanha neste particular, possam exercer a imperatividade de seus direitos de "príncipe", e alterar a quantificação e a abrangência do que lhes é devido e do conjunto de seus devedores.

A CONCORDATA DO EX-CONCORDATÁRIO E A DESISTÊNCIA DO FAVOR LEGAL

DÉCIO POLICASTRO

A lei falimentar não limitou o número de vezes que o empresário pode requerer a concordata preventiva. Sob certas condições, o empresário que exerce atividade econômica regida pelas leis comerciais poderá recorrer a esse benefício legal, concedido para evitar a falência, mal maior aos credores e à sociedade, sempre que houver necessidade.

Impede, porém, a impetração de concordata o devedor ter recorrido a esse remédio excepcional há menos de cinco anos ou, então, não ter cumprido concordata anteriormente requerida. Fora esses casos, a cada cinco anos, pode pedir nova concordata.

O inc. IV do art. 140 da Lei de falências, dá a falsa impressão de que basta ter sido requerida concordata anterior, para impedir o requerimento de novo benefício. No entanto, a correta interpretação do texto não é essa. Deve entender-se a palavra *requerida* no sentido de deferida, concedida ou obtida, porque, quem pede e não obtém a concordata dela não se aproveita.[1, 2]

O simples decurso do quinqüênio não satisfaz o requisito legal. É necessário, também, que o proponente tenha cumprido concordata anteriormente requerida. Coerente com a finalidade a que se destina o instituto, ao mesmo tempo em que procura oferecer amparo ao empresário dos percalços da atividade mercantil, o legislador quis impedir o mal uso e a utilização abusiva daquele antigo e salutar instituto jurídico, o qual visa proporcionar ao devedor reestabelecer-se de momentâneo e anormal desequilíbrio financeiro capaz de conduzi-lo à falência.[3]

(1) "O que devemos entender é que não pode pedir decretação de concordata que, nos cinco anos anteriores, já a obtivera. Quem pediu decretação de concordata, há cinco anos, e não obteve, não está pré-excluído do direito à concordata. A despeito de se dizer 'houver impetrado' em verdade aludiu-se a ter pedido e obtido." — Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, ed. 1961, vol. XXX/55, § 3.458, n. 5.

(2) "Concordata suspensiva — Pedido por falido que teve concordata preventiva não concedida — inexistência de obstáculo legal — Inteligência do art. 140, inc. IV, da Lei de Falências — Agravo não provido. Quem impetrou concordata há cinco anos e não a obteve não está impedido de pedi-la novamente. Ag. In. 245.221 — TJSP — Capital — Vot. Unânime — Agravantes: Banco do Brasil S/A e Indústrias Mangotex S/A — Agravada: Indústrias Reunidas H. Morbin Dibrase S/A." RT-485/77.

(3) "O impedimento do art. 140, abrange, pois: a) quem impetrou concordata há menos de cinco anos e a cumpriu, fielmente; b) quem, a qualquer tempo, haja pedido concordata preventiva ou suspensiva, mas não a houver cumprido (*verbis*: "ou não tiver cumprido concordata há mais tempo requerida"). Assim, no caso da letra *a* quer se evitar a indústria das concordatas. Quem dela se beneficiar, embora tendo-a cumprido regularmente, não poderá, abusando do benefício legal, dela beneficiar-se novamente, no decurso de cinco anos. Com a incidência da letra *b* quer se evitar que se beneficie quem, a qualquer tempo, não honrou a proposta feita e não conseguiu cumprir a

Pagos os credores e satisfeitas as obrigações assumidas, o concordatário deve requerer ao juiz que se dê por cumprida a concordata, com a prolação de sentença declarando extintas as obrigações pelos créditos sujeitos aos efeitos do benefício legal (art. 155). Como o juiz, independentemente da iniciativa ou provocação dos credores, pode indeferir desde logo o pedido de concordata se tiver conhecimento de qualquer impedimento, a prudência aconselha que o ex-concordatário faça acompanhar o novo pedido com a sentença de cumprimento da concordata anterior, transitada em julgado. Com isso estará demonstrando, de maneira inequívoca e sem perda de tempo, o cumprimento da exigência legal.

Ao legislador pareceu razoável impedir a impetração de nova concordata antes do transcurso do prazo de cinco anos da obtenção de igual favor. Preferimos deixar de indagar se foram corretos os critérios adotados para a fixação desse prazo, ou se o prazo é suficiente para a recuperação econômico-financeira do empresário. Entretanto, o bom-senso faz com que se reflita sobre o surgimento de fatos relevantes que podem repercutir intensamente na atividade empresarial. São exemplos disso: os fenômenos econômicos imprevisíveis, os atos governamentais, os quais, aliás, estamos cansados de ver, e assim por diante (...). Há, evidentemente, acontecimentos que escapam da correta gestão dos negócios, independem da vontade, e causam súbitos transtornos na saúde econômico-financeira da empresa.

A falência não traz nenhum benefício e o judiciário, sensível ao princípio de que, na aplicação da lei, o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige, não irá, por certo, em casos excepcionais, deter-se em extremo apego à lei para deixar de admitir a nova concordata, somente porque o devedor requereu outra concordata há menos de cinco anos.

Pode acontecer que, por variadas razões, o devedor venha desinteressar-se de prosseguir com a concordata. Favor concedido aos que se dedicam às atividades mercantis e que, providos de boa-fé, estão dispostos a evitar perdas maiores que a falência traz a si e aos credores, não ocorrerá impedimento legal à desistência do remédio legal, desde que não revele a intenção de descumprimento das obrigações assumidas na concordata ou a impossibilidade de cumpri-las e, principalmente, não seja fonte de prejuízo aos credores.

A desistência implica na renúncia voluntária de um direito que a lei confere ao devedor, o qual, voltará à mesma situação jurídica de antes. Assim, após a decisão homologatória da desistência, o devedor volta ao antigo estado, ficando sujeito, por conseguinte, à imediata execução dos credores que estavam submetidos aos efeitos da concordata, no caso destes ainda não terem recebido e dado a quitação de seus créditos.[4]

Em meticuloso estudo sobre o tema da desistência da concordata preventiva, o ilustre 1.º Curador Fiscal de Massas Falidas de São Paulo, J. Netto Armando, disse, com toda a propriedade, que a desistência não traz nenhum prejuízo aos credores. Ao contrário, dela, só vantagens poderão advir-lhes. É que com a concordata, prossegue ele, protelam-se

concordata, que requereu, quer preventiva, quer suspensivamente." — Pacheco, José da Silva, Processo de Falência e Concordata, 6.ª ed., Forense, 1996, § 1.102, p. 601.

(4) "Concordata preventiva — O concordatário pode desistir do pedido de concordata. O credor quirografário pode exigir fora do processo da concordata o seu crédito apurado. Caso em que não foi ofendido o artigo 155 da Lei de Falências. Recurso especial não conhecido." — STJ — 3.ª T.; Rec. Esp. n. 36.032-3-SP; Rel. Min. Nilson Naves; j. 18.10.1994; v.u.

os pagamentos, reduzem-se os créditos, cessam-se os juros creditórios, suspendem-se as ações e execuções, enquanto que, homologada a desistência, quebram-se todos os elos que prendiam os credores quirografários à concordata preventiva.[5]

Embora a desistência do pedido de concordata não tenha sido abordada expressamente na lei de falências, sua utilização é comum. Considerando que não extingue as obrigações do devedor junto aos credores, os quais poderão reclamar seus créditos fora do processo de concordata, a desistência é admitida doutrinariamente[6, 7, 8] e os tribunais contemplam variadas situações em que ela tem sido acolhida, sempre que não resultar prejuízo aos credores.[9, 10, 11]

A desistência pode ser requerida em qualquer fase do processo de concordata: antes ou depois da decisão que deferiu o processamento da concordata.[12, 13] Porém, há decisões considerando abusivo

(5) J. Netto Armando, Desistência da Concordata Preventiva. — RT-315/297.

(6) "A Lei de Falências não previu essa hipótese. Daí, *data venia*, entendermos que, na solução dessa pergunta, podemos nos servir do que a legislação processual comum reserva. Então, vamos, encontrar no art. 181, do CPC, a regra que faculta o ato da desistência, se a mesma, em última análise, não resultar prejuizo à parte contrária. Portanto, em se tratando de concordata preventiva, achamos que a desistência de seu processamento, não deverá ser rejeitada. É que, os credores, nenhum prejuizo poderão alegar contra a suspensão, porque ficarão livres para manejarem a cobrança de seus créditos, regularmente. O máximo que poderá acontecer consistirá em que, se postular a cobrança, e o devedor não pagar, ser-lhe-á decretada a falência. Normalmente, a realização do ativo e conseqüente distribuição ao passivo poderá efetivar-se antes que decorram os prazos comuns nas concordatas; se o devedor tiver agido com má-fé, fraude ou conluio, responderá penalmente." — Bedran, Elias, Falências e Concordatas no Direito Brasileiro, Comentário, Doutrina, Jurisprudência e Legislação, vol. III, Ed. Alba Limitada, 1962, p. 657.

(7) Requião, Rubens, Curso de Direito Falimentar, 2.º vol., 3.ª ed., 1979, Ed. Saraiva, p. 104 a 110.

(8) Abrão, Nelson, Curso de Direito Falimentar, 1978, Ed. Saraiva, p. 204 e 205.

(9) "Desistência — Direito, em princípio, aceitável com reservas — Hipótese, todavia, do seu exercício irregular — Decretação da quebra — Decisão confirmada. Não é absoluto o direito do comerciante, em regime de concordata preventiva, de requerer a desistência do favor legal. Não lhe assiste esse direito se ele o está exercendo de modo irregular. Ag. In. n. 256.755 — Capital — Agravante: Esther Kibrit — Agravada: Massa Falida de Esther Kibrit." — RT-501/101.

(10) "Desistência — Anuência dos credores não manifestada — Indeferimento — Autos conclusos para decretação de falência — Segurança denegada. Admite-se a desistência de concordata, mesmo não cumprida a obrigação de efetuar os depósitos das prestações devidas, quando com o pedido se manifestem de acordo, expressamente, os credores, ou a ele não se oponham. (Red.) M. S. n. 10.353-1 — Capital — Impetrante: Aparel — Indústria de Aparelhos de Controle S/A — Impetrado: Juiz de Direito da 28.ª Vara Cível." — RT-554/69.

(11) "Concordata preventiva. Desistência lícita, desde que não sofreu objeção de qualquer credor. Apelação cível n. 89.179 — Apelante: 1.º Curador de Massas — Apelada: Valmaque S. A. — Válvulas e Acessórios Ltda. — Rel.: Des. Hamilton de Moraes e Barros — j. em 08.04.1976 — TJRJ." — Jurisprudência Brasileira n. 36, Ed. Juruá, p. 183.

(12) "Desistência da concordata — Pode o requerente da concordata dela desistir antes do despacho que abre o processo (Minas Forense, junho 1957, vol. 18/236)." Pacheco, José da Silva, ob. cit., § 1180, p. 637.

(13) "A concordata, como já observamos, é um favor legal, não se subordinando, como ocorria no regime anterior, à prévia aquiescência dos credores. Em conseqüência, lícito é ao devedor desistir da concordata impetrada, faculdade que nenhum autor põe em dúvida, muito embora silencie a respeito a legislação específica. 'Não parece deva

e irregular o exercício do direito de desistência às vésperas do vencimento da primeira parcela, sem a anuência dos credores.[14, 15]

O empresário que anteriormente requereu a moratória judicial e, depois de concedida, dela desistiu, não está impedido de requer outro favor legal, mas, inclusive nesta hipótese, terá de aguardar o prazo de cinco anos. Como medida de cautela, também, neste caso, não será demais instruir o novo pedido de concordata com a sentença homologatória da desistência. Aceitar o argumento de que a desistência desobrigaria o cumprimento do prazo de cinco anos exigidos pelo inc. VI do art. 140, seria possibilitar burla a lei. Se por imprevisão ou imprudência o concordatário abriu mão do favor legal que tinha ao seu alcance para evitar a quebra, não será com a concessão de novo benefício em tempo menor que o fixado na lei; que conseguirá normalizar seus negócios. Enfim, se não pode reabilitar-se antes, provavelmente, não cumprirá a outra concordata.

Com o intuito de preencher a lacuna existente na legislação, em 1991, o Instituto dos Advogados de São Paulo, entre as sugestões apresentadas à então comissão nomeada pelo Ministério da Justiça para a elaboração de um anteprojeto sobre a Lei de Falências e Concordatas, previu a hipótese da desistência da concordata preventiva e a forma de seu processamento, através da introdução de § 3.º ao atual art. 156 da Lei de Falências.[16]

ser tema de controvérsia a possibilidade do devedor desistir do pedido de concordata preventiva. Sendo hoje, em face de nossa lei, tal instituto, como anteriormente acentuamos, um favor legal, nada há que impeça o devedor de desistir do pedido, tanto mais quanto essa atitude nenhum prejuízo pode trazer aos credores', observa Sampaio de Lacerda." — Almeida, Amador Paes de, Curso de Falência e Concordata, Ed. Saraiva, 4.ª ed., revista, atualizada e ampliada até 1983, p. 6.

(14) "Concordata — Concordata preventiva — Desistência do pedido — Impugnação dos credores. Pedido formulado às vésperas do vencimento da primeira prestação. Justa impugnação dos credores. Desistência que, na espécie, configura evidente expediente do concordatário para fugir às obrigações assumidas. Falta de depósito da primeira prestação, fato que aponta a sua insolvabilidade, tornando imperiosa a convolação da concordata preventiva em falência. Jurisprudência pacífica a respeito (Ag. In. n. 217.134 — Rel. Des. Márcio Bonilha)" — Jurisprudência Brasileira n. 36, Ed. Juruá, p. 393.

(15) "Concordata — Concordata preventiva — Desistência nas vésperas do primeiro pagamento — Oposição de credores — Conversão em falência. Concordata preventiva. Desistência. Pedido nas vésperas de vencimento da primeira prestação. Oposição de credores. Falência. Agravo não provido. Procede com malícia o concordatário que, ao invés de efetuar os depósitos das prestações devidas, apresenta pedido de desistência. (Ag. In. n. 231.185 — Capital — Agravante: Codimas S/A — Comércio e Indústria — Agravada: Massa Falida da mesma — Rel. Des. Oliveira Andrade — j. 02.04.1974/TJSP)." Jurisprudência Brasileira n. 36, Ed. Juruá, p. 394.

(16) "Art. 156. (...)
§ 3.º — Poderá o devedor, satisfeitos os créditos, formular a desistência do pedido em processamento. O pedido de desistência obedecerá o seguinte rito: I — do requerimento serão intimados os credores para que, no prazo de dez dias, ofereçam reclamação; II — findo o prazo, ouvido o devedor se tiver havido reclamação, o juiz homologará, por sentença, a desistência, em que ressalvará o direito de os credores cobrarem seus créditos pela forma que seus títulos permitirem; III — da decisão que homologar a desistência da concordata podem apelar os credores não satisfeitos e da decisão que negar o pedido pode o devedor interpor agravo de instrumento; IV — transitada em julgado a decisão homologatória da desistência, a requerimento do devedor e à vista das respectivas certidões e da prova do efetivo pagamento, o juiz determinará o cancelamento dos protestos dos títulos relacionados pelo devedor

Atualmente, está em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 4.376 de 1993, de iniciativa do Poder Executivo (Regula a falência, a concordata preventiva e a recuperação das empresas que exercem atividade econômica regida pelas leis comerciais, e dá outras providências), encaminhado ao Poder Legislativo através da Mensagem Presidencial n.º 1.014/93. Um dos seus dispositivos impede a impetração da concordata preventiva ao devedor que faltar ao cumprimento dos planos de recuperação econômica e financeira e de solução do passivo, qualquer que seja o tempo decorrido. Outro dispositivo exige como documento obrigatório à instrução do pedido de concordata, declaração sobre a existência ou não de falência anterior, concordata ou recuperação da empresa.[17] Todavia, o Projeto de Lei silenciou quanto ao prazo de cinco anos exigido na lei atual para impetração da nova concordata, deixou de prever a respeito da desistência e, também, sobre o novo pedido de concordata do devedor que desistiu da anteriormente requerida. Utilizados corriqueiramente na prática, a importância desses temas é inegável e esta é, sem dúvida, oportunidade ímpar para que o Poder Legislativo inclua a regulamentação dos mesmos no Projeto em questão.

no pedido inicial, desde que comprovadamente pagos."

(17) "Art. 30. Não pode impetrar concordata o devedor que:
(...)
II — faltou ao cumprimento dos planos de recuperação econômica e financeira e de solução do passivo, qualquer que seja o tempo decorrido;

Art. 33. A petição inicial conterá a explicação das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões do pedido, e será instruída com os seguintes documentos:
(...)
VI — declaração sobre a existência ou não de falência anterior, concordata ou recuperação da empresa."

DOUTRINA

DERIVATIVE'S SUITABILITY

LUIZ GASTÃO LEÃES FILHO*

SUMMARY: 1. Introduction — 2. The nature of derivatives; 2.1 Types of derivatives; 2.1.1 Basic classification; 2.1.2 Trading classification; 2.1.3 Application classification; 2.2 The legal status of derivatives — 3. Current rules and solutions for derivatives suitability; 3.1 Securities laws; 3.1.1 Self-regulatory organizations rules; 3.2 Commodities rules; 3.3 The common law approach; 3.4 Banking rules; 3.5 The written agreement between Bankers Trust and the Federal Reserve; 3.6 The derivative's industry voluntary standard for the sale of derivatives — 4. Conclusion.

1. Introduction

Recently, newspaper published several reports about various events of huge private and public losses from derivatives. Among them was the Orange County event, where derivatives generated an approximately two billion dollar in losses for that County.[1]

Other huge monetary losses' incidents were related to two of Banker Trust's customers: Proctor & Gamble[2] and Gibson Greetings. Together they asserted they had losses of almost $ 180

* Luiz Gastão Paes de Barros Leães Filho is a candidate for a LL.M. Degree in Banking, Finance and Corporation Law. Expected for May 1996, at Fordham University.

For detailed consideration on the security concept in Brazilian law, see Luiz Gastão Paes de Barros Leães, "O conceito de 'security' no direito norte-americano e o conceito análogo no direito brasileiro" in Revista de Direito Mercantil (1974) 42-60, Ary Oswaldo Mattos Filho, "O conceito de valor mobiliário" in Revista de Direito Mercantil (1985) 30, and Nelson Eizerik, "O conceito de valor mobiliário e o alcance da Lei n. 7.913/89" in Aspectos Modernos do Direito Societário (1992) 147-163.

About Swaps and derivatives operations in Brazilian market see Silvio H. Yanagawa, "Das compensações Múltiplas (nettings) nos "swaps" e "derivatives" in Revista de Direito Mercantil (1994) 58-65. Recent figures shows that only in the Brazilian market were negotiated until 1994, 41.543 interest/exchange currency rates swaps agreements and 5.954 interest rates swaps agreements. See IFR April 1994 Development Bank report, page 32. See about the regulation on Brazilian OTC market in Resolution 2.042/94 and Circular 2.402, both issued by Brazilian Central Bank, and swap regulation in manual de Normas e Instruções, Rules 2.19, also issued by Brazilian Central Bank.

Arnoldo Wald, "O mercado futuro de índices e os valores mobiliários" in 57 Revista de Direito Mercantil 5-18, provides a good review on the Brazilian index Market.

Futures and fowards in Brazilian market are reported by Luiz Gastão Paes de Barros Leães, "Liquidação compulsória de contratos futuros" in 657 Revista dos Tribunais 44-55.

(1) New York Times. December 14, 1994. Sallie Hofmeister. "Orange County's Battered Fund to be Sold in Effort to Limit Loss".

(2) Wall Street Journal. October 28, 1994. Paulette Thomas, "Proctor & Gamble Sues Bankers Trust Because of Huges Losses on Derivatives".

million in swaps' transactions with that Bank.[3] Big losses from derivative's transactions also happened with two colleges: City College of Chicago and Odessa College. Even banks have experienced unbelievable big losses when dealing with derivatives. The most famous incident involving a bank happened with Barings PLC, a British investment bank, more than two hundred-years-old, which went bankrupt after a 27 years-old Singapore based trader, lost more than 1 billion dollars in a speculative investment on derivatives of Japanese securities indexes.[4]

Those losses have trigged an increase questioning about the current methods of trading and regulating derivatives. Investors, policymakers, and dealers started to reevaluate methods of regulating derivatives' trades, trying to find answers for a number of doubts: Is it necessary to regulate the procedure for the sale of derivatives? Does everybody should be allowed to invest in these financial instruments? Should all investors be treated equally? Are the regulations nowadays existents adequate? If it's imperative to introduce a suitability rule, who should bear the responsibility for determining whether a derivative is suitable for certain investor? Should the dealer who arranged the transaction, or the investor be in charge to bear that responsibility?

The questioning about the need for regulation over derivatives, is mainly true for these traded over the counter (OTC), rather than derivatives traded in exchange markets,[5] considering the OTC derivatives' market has not been covered by the commodities and securities regulation. OTC derivatives, market size still uncertain, however estimations project its volume over hundreds of billion dollars.[6] Thus big enough to worry the industry and policymakers. Derivatives traded in exchanges are standardized and somehow better known by investors. Only by the fact of being traded in exchanges also provide them with more strict regulation from the exchanges as well from the institucional regulators that supervise the exchanges.

In this work I will try to cover these questions, analyzing the legal nature of the OTC derivatives, the existing suitability rules, in both securities and commodities trades, the several approaches for solving the suitability problem, including, besides others, the common law guidelines.

My intentions with this work are not to profoundly discuss all the existing rules and solutions, nor to dictate a magic resolution for the problematic hereby exposed. What I intend is to understand what are the problems, identify tendencies of solutions towards the issue, and finally give my impressions on derivatives' suitability.

2. The nature of derivatives

In order to discuss derivatives' suitability, it's crucial to understand what derivatives are. They are financial instruments that derive their value from some other instrument or asset, such as interest rate, exchange rate or index.[7]

(3) New York Times. December 23, 1994. Saul Hansell, "Settlement by Bankers Trust Unit".

(4) New York Times. March 3, 1995. A Special Report: "Big Gambled, Lost Bets Sank a Venerable Firm".

(5) For example securities options, and future exchange.

(6) John A. Lindholm, "Finical Innovation and Derivates Regulation" — Minimizing Swap Credit Risk Under Title V of Future. Trading Practices Act of 1994 Column. Bus. L. Rev. 73, 78.

(7) Kenneth R. Kapner & John F. Marshal, "The Swaps Handbook: Swaps and related Risk Management Instruments" 494 (1990); "Global Derivatives Study Group, Group of

There are many types of derivatives. An option, for example, is a type of derivative instrument that secures value from the underlying security[8] which may be purchased by exercising the secures value from the underlying security, that may be purchased by exercising the option.

Unfortunately, neither policymakers, neither courts have yet fully established derivatives' legal status. This situation creates even more difficulties to introduce new rules to combat abusive sales practices, that came together with the growth of derivatives' market.[9]

2.1 Types of derivatives

2.1.1 Basic classification

Essentially derivatives can be classified in four different basic categories: forwards, futures, options and swaps.

Forwards and futures are, fundamentally, contracts that obligate a party to buy or sell and underlying asset at a specific price and date in the future. The key difference between the two is that future contracts are standardized products that must be traded on an exchange, whereas forwards are individually negotiated.[10] Probably the most commons are futures on financial indexes, and those involving commodities, such as oil, precious metal or agricultural products.[11]

Options are, maybe, the most known kind of derivatives. It gives to the holder of the option the right to buy or sell an underlying asset at a particular price on or before a certain date. In a stock option one can have either a "call" stock option, or a "put" stock option. For

Thirty, Derivates: Practices and Principles" 28 (1993); Adam R. Waldman, "OCT Derivatives & Systemic Risk: Innovative Finance or the Dance into the Abyss? "43 Am. U. L. rev. 1023, 1026 (1994). The problem with this type of definition is that it conceivably covers many agreements or other arrangements that arise in the course of commercial transactions that probably should not be subject to comprehensive regulation. Congress has made several attempts to define derivatives more precisely, at least in the swaps area. The Financial Institution Reform, Recovery, and Enforcement Act of 1989 defines swap agreement as a "rate swap agreement, basis swap, commodity swap, forward rate agreement, interest rate future, interest rate option purchased, forward foreign exchange agreement, rate cap agreement, rate floor agreement, rate collar agreement ... or any other similar agreement" or combination thereof. 12 U. S. C. s 1821 (c) (8) (D) (vi) (1988 & Supp. V. 1993). A similar definition exists in the Bankruptcy Code. See 11 U.S.C. s 101(55) (Supp. V 1993). This approach, however, may lag significantly behind the process of financial innovation, thereby leaving regulatory gaps.

(8) In this example the underlying security is the "underlying asset" of derivative instrument called "option". "Underlying asset" is simply the asset that gives value to the derivative security. Consequently, the underlying asset of a stock option is the stock over which a purchase option can be exercised in certain future date. David L. Scott, Wall Street Words 96 (1988).

(9) Geoffrey B. Goldman, "Crafting a Suitability Requirement for the Sale of Over-The-Counter Derivatives: Should Regulators. Punish the Wall Street Hounds of Greed". Columbia Law Review, June 1995.

(10) General Accounting Office, Financial Derivatives: Actions Needed to Protect the Financial System, 27 (1994).

(11) Jerry W. Markham, "Confederate Bonds," "General Custer," and the Regulation of Derivative Financial Instruments, 25 Seton Hall L. Rev. 1, 1 (1994). Despite the general idea that derivatives is a highly modern financial instrument, Markham notes that derivatives of agricultural commodities have been used in one form or another for several thousand years and that the Confederacy developed fairly complex financial derivatives during the Civil War.

example, the holder of a "call" stock option will have, in a certain date, the right to buy a specified stock, at a previously stipulated price.[12] The "put" stock option, on the other hand, gives to its holder the right to sell a specified stock, at a specified price. This right has to be exercised in a certain date, or other pre-established period of time.

Swaps, which are the largest component of the OTC derivatives' market,[13] are basically agreements between two parties who, based on an agreed formula, compromises themselves to make payments to each other, in a certain date. Swaps can be based on currency exchange rates, on commodity's price, on equity indexes or on interest rates.[14]

Probably the most usual and simple type of swap is the one based on interest rate. Therefore we will take advantage of this simplicity to try to better understand swaps. In an interest rate swap agreement one party is obligated to pay periodically a fixed amount off interest on a specified sum of money — called the "notional principal amount" — in return for a stream of payments based on a floating interest rate.[15] Swap agreements are used to hedge against changes in interest and foreign exchanges' rates. They allow parties to manage the risks of their exiting obligations that are sensitive to interest rates, allowing, some times, a party to borrow money more cheaply.[16] For that reason they are even more difficult to regulate and to understand.

2.1.2 Trading classification

Based on how are traded, these four basic derivatives' categories can be

(12) Among other factors, the value of the option will, largely, depend on the movement of the price of the underlying stock related to the option price. See Fischer Balck & Myron Schols, "The Pricing of Options and Corporate Liabilities", 81 J. Pol. Econ. 637 (1973). See also Henry T. C. Hu, "Misunderstood Derivatives: The Causes of Information Failure and the Promise of Regulatory Incrementalism", 102 Yale L. J. 1457, 1474 (1993) (discussing evolution of modern finance theory and its application to valuing options and other derivatives).

(13) Daniel P. Cunningham et al., "An Introduction to OTC Derivatives, in Swaps and Other Derivatives in 1994", at 121, 126 (1994). The notional value of interest rate swaps in 1992 was estimated at about $ 3.9 trillion.

(14) Just as matter of curiosity, I must say that swaps agreement has becoming a very common financial instrument in Brazilian financial market. It's mostly traded over-the-counter, and sometimes are used by Brazilian banks to by-pass rules that limits the rate of remuneration that banks can give on demanding deposits.

(15) Henry T. C. Hu, "Swaps, the Modern Process of Financial Innovation and the Vulnerability of a Regulatory Paradigm", 138 U. Pa. L. Rev. 333, 347 (1989). The "notional principal amount" rarely changes hands; it is simply the reference for determining the fixed and floating interest payments. It is not necessarily useful in determining the actual value of the instrument. If a party has an obligation to pay a creditor interest based on a floating rate but fears that interest rates will rise, it may make sense to enter into a swap in which it would pay according to a fixed rate. In return, it would receive enough money to pay its other obligation, thereby protecting itself against an increase in rates. Of course, it would lose money if interest rates fell, as it would be committed to paying the higher fixed rate.

(16) In some cases, a party might be able to borrow more cheaply at a fixed rate than at a floating rate because of its creditworthiness or other factors commonly called as market imperfections. If it would nonetheless prefer to pay a floating rate, it could borrow at the fixed rate and then enter into an interest rate swap. In doing so, it has in effect created a floating rate loan that is less costly than if it had borrowed directly.

classified in two different groups. One is compound by derivatives traded on organized exchange market. The other is compound by derivatives traded over-the-counter (OTC). All of the futures agreements and a great number of the options' contracts have been standardized and are traded on established exchanges. Despite the possibility of complexity and risking of these derivatives, they are more familiar and have already been regulated by either the Commodity Future Trading Commission or the Securities and Exchange Commission.

OTC derivatives, in contrary, are not traded on exchanges and are characteristically negotiated individually between the participants. For that reason they come in a variety of distinct forms, what implicates in a non-standardization of these derivatives. This factor often implicates in more complexity and less predictability in their performance.[17]

2.1.3 Application classification

Another way to classify derivatives is related to their application. The uses of derivatives mostly fall in four different categories: asset/liability management, creation of synthetic asset of liabilities, hedging and speculation. In an asset/liability management, users can engage in derivatives' transaction with the purpose to balance a possible mismatch with assets and liabilities.[18]

Another possible use for derivatives appears when investors use them to create "synthetic assets of liabilities".[19] For example, if a company would prefer to buy an investment with a fixed rate of return, but under current conditions can get a better return with a floating rate instrument, it can buy a floating rate instrument and then use a swap or other derivative to create a synthetic asset and obtain the desired fixed return.[20]

Hedging against adverse changes in interest or exchange rates, prices of stock or commodities, or indexes, is an additional common use for derivatives.[21]

(17) Geoffrey B. Goldman, "Crafting a Suitability Requirement for The Sale of Over-The-Counter Derivatives: Should Regulators "Punish the Wall Street Hound of Greed". Columbia Law Review, June 1995.

(18) For example a small bank or thrift institution may have a short-term, variable rate liabilities, such as depositors' funds, but long-term, fixed asset, such as home mortgages. If interest rates rise, the bank may find it more difficult to pay interest on deposits, as income from its assets will not change. As a result, it may be beneficial to enter into an interest rate swap, in which it will pay the fixed proceeds from its assets in return for a stream of floating rate payments that it can use fund its liabilities. Daniel P. Cunningham et al., "An Introduction to OTC Derivatives, in Swaps and Other Derivatives in 1994", at 131-132 (1994).

(19) Daniel P. Cunningham et al., "An Introduction to OTC Derivatives, in Swaps and Other Derivatives in 1994", at 132 (1994).

(20) On the liabilities side, currency swaps is commonly used by companies that issue debt abroad, in order to eliminate some of the risks of dealing with foreign currencies. For example, the company can arrange a swap through which it exchanges a certain payment in dollars for sufficient amounts of the foreign currency to meet its interest obligations to foreign creditors. From the company's perspective, the synthetic liability made this type of financing is not much more difficult than raising money domestically. See Daniel P. Cunningham et al., An Introduction to OTC Derivatives, in Swaps and Other Derivatives in 1994, at 132 (1994).

(21) By purchasing derivatives that offset the risks they face in their other activities, companies can ensure a cash payment that will compensate them for losses caused by underlying market movements. Daniel P. Cunningham et al., "An Introduction to OTC Derivatives, in Swaps and Other Derivatives in 1994", at 133 (1994).

Finally, derivatives can be used by investors in an attempt to speculate, much as it's normally done with any other investment. Not surprisingly, it is in this last group that investors seem to have experienced the most trouble.[22]

Given the different types of derivatives and applications we can understand the difficulty to constitute a suitability rule, that would impose if certain derivative instrument is suitable for a particular investor, or not. If the problem was only focused in derivatives that are appropriate for hedging or balancing asset/liability mismatch, there would be a better possibility that an objective rule could be created. However when think about derivatives used for the creation of synthetic investment or for speculation, how can someone find if a particular derivative is suitable for this kind of investors. Those are problems that we have to face and think about when dealing with the creation of derivatives' suitability rules.

2.2 The legal status of derivatives

As said before, derivatives' legal status has not yet been clearly introduced. Most of the difficulty for establishing that legal status resides in the fact that the legal status of OTC derivatives in uncertain. OTC derivatives do not fit perfectly in any one of the financial regulatory areas; securities, commodities, or banking. Besides the fact that some derivatives are securities, such as stock options, all of them can not be perfectly characterized as securities. If they could, they would be subject to the existing securities suitability rules. The problem is that the OTC derivatives' market embraces a wide variety of instruments, some of which contain elements recognizable as securities or commodities. As a result, it may be difficult to know which set of rules applies to any particular derivative.

Not having a clear legal status for derivatives created a division on the authority in charge of regulating and controlling derivatives. The Securities and Exchange Commission (SEC) has authority over derivatives related to securities,[23] currency options traded on securities exchanges, and over certificates of deposits.[24]

The Commodities Futures Trading Commission (CFTC) has authority over futures on groups or indices of securities, options on such futures, and options on foreign currency not traded on securities exchange.[25]

Finding jurisdiction for swaps constitutes also a problem. Technically swaps would be better fit under the Commodity Exchange Act (CEA), what would implicate in following its rule that forces all futures contracts to be traded on

(22) General Accounting Office, "Financial Derivatives: Actions Needed to Protect the Financial System" (1994), at 25.

(23) For example options on securities, on groups and indices of securities.

(24) See 7 U.S.C. s 2a(i) (1988); 15 U.S.C. s 77b(1)(1988); Susan C. Ervin, "OTC Derivative Markets and Their Regulation: Working Paper on Commodity Futures Trading Commission Regulatory Framework", C882 ALI-ABA 97, 101-02 (1994), available in Westlaw, ALI-ABA Database.

(25) Jerry W. Markham, "Confederate Bonds," "General Custer," and the Regulation of Derivative Financial Instruments", 25 Seton Hall L. Rev. at 17 n. 62 (1994); and See 7 U.S.C. s 2a(i) (1988); 15 U.S.C. s 77b(1) (1988); Susan C. Ervin, "OTC Derivative Markets and Their Regulation: Working Paper on Commodity Futures Trading Commission Regulatory Framework", C882 ALI-ABA 97, at 102 (1994). The SEC effectively has a veto over an attempt by the CFTC to establish a contract market for futures on indexes of securities.

exchanges,[26] includind swaps. Nevertheless, CFTC regulations expressly excepted from CEA's provisions swap transactions, apart, however, from the antifraud rules,[27] which still applies to all swaps.

In general, is possible to state that swap agreements are not securities within the definitions of the Securities Act Exchange Act. Nonetheless, last year, the SEC decided that where the swap agreement contains "embedded options", those options may be securities within the scope of its jurisdiction.[28] In its administrative proceeding against a subsidiary of Bankers Trust (BT Securities), the SEC demanded that it had violated the antifraud provisions of the securities act when its client (Gibson Greetings) was misled in the sale of derivatives that contained embedded debt options.[29] Having that SEC's decision in hands, Proctor & Gamble, another complaint against Bankers Trust, amended its lawsuit against the mentioned Bank, presenting that the sale of interest rate and currency swaps violated the securities laws.[30]

It's important to note that extent of SEC's authority over these derivatives is still unclear, and no court has decided this subject and neither has ratified SEC's position. Until any court decision is released in this matter that doubt will stay undefined.

Due to who are the biggest players with OTC derivatives, these financial instruments are overseen through the agencies that control those players. Most

(26) 7 U.S.C. s 6(a) (1988 & Supp. IV 1992) requires that most contracts for the purchase or sale of a commodity for future delivery be conducted on or subject to the rules of a Commission-approved board of trade. In 1992, s 6(c) was added, which allows the CFTC to exempt transactions between "appropriate persons" from the exchange trading requirement.

(27) See 17 C.F.R. s 35.2 (1994). The exemption only applies to agreements between eligible swap participants where the creditworthiness of any party "having an actual or potential obligation under the swap agreement would be a material consideration in" determining the terms of the agreement. Id. An eligible swap participant, as defined in 17 C.F.R. s 35.1 (1994), includes banks, investment companies, commodity pools with assets exceeding $ 5 million, corporations or other businesses with assets exceeding $ 10 million (a corporation ned only have a net worth of $ 1 million if the swap is in connection with the conduct of its business, and there is no net worth requirement if its obligations are guaranteed by another eligible swap participant), ERISA employee benefit plans with assets over $ 5 million, any governmental entity (including subdivisions of a state), broker-dealers, and any natural person with assets over $10 million.

(28) See BT Sec. Corp. Admin. Proc. File N. 3 — 8579, 1994 SEC LEXIS 4041 (S.E.C. 1994); SEC Announces Institution & Settlement of Proceedings Against BT Securities Involving Derivative Securities Sold to Gibson, SEC News Release 94-180, Dec. 22, 1994, 1994 WL 710062 (S.E.C.). Apparently the SEC's authority derives from the fact that the swap contained an inseparable ("embedded") option based on the value of a debt security. For criticism that the SEC's new position may overstep its authority and create unnecessary and harmful new uncertainty about the status of swaps. John C. Coffee Jr., "Bankers Trust Settlement: Whither the Swaps Market?", N.Y.L.J., Jan. 26, 1995, at. 5.

(29) BT Securities consented to an SEC order finding that it violated the securities antifraud rules, s 17(a) of the Securities Act and s 10(b) of the Exchange Act and rules thereunder. The order also found that BT had caused Gibson to violate the reporting requirements of s 13(a) of the Exchange Act. Coffee argues that the SEC could have reached the conduct in the Gibson case without having to use an expansive definition of securities that could include many swaps. See Coffee, supra note 28, at 6.

(30) G. Bruce Knecht, P & G Amends Lawsuit Naming Bankers Trust, Wall St. J., Feb. 7, 1995, at. A3, A14.

of derivatives' traders in the United States of America are converged in a number proximate to 15 banks and securities firms.[31]

Banks, which activities on derivatives have not yet been restricted, like happened with most securities and commodities futures trading, are the predominant player with OTC derivatives.[32] They are differently regulated from securities firms or even their affiliates. Major banks' derivatives trading are regulated by the Office of the Comptroller of the Currency (OCC) and the Federal Reserve.[33] Securities broker-dealers are regulated by SEC and self-regulatory organizations, such as NASD or NYSE.[34] However, in order to avoid SEC's restrictive rule, as well as self regulatory organization's oversight, securities firms deviated their derivatives transactions to unregistered affiliates.

Despite all these different types of derivatives' dealers and their distinct regulators, they have the same kind of problem and concern: the suitability of the derivative offered to determined investor.

3. Current rules and solutions for derivatives suitability

Presently, securities and commodities laws deal with issues of investor's protection in different ways, depending in part on the nature of the instrument and of the buyer. Normally, securities law imposes more responsibility on the broker, while commodities laws tend to leave matters more in the hands of purchaser. Actions for breach of fiduciary duty and fraud provisions provide a common law alternative that coexists with federal securities and commodities regimes.

3.1 Securities laws

With no doubt, securities laws are the most rigorous and developed of investor's protection. Securities regulations present two ways of addressing the issue of suitability for several securities: bright-line rules, and requirements that brokers tailor recommendations to the particular situation of an individual customer.

Bright-lines rules are those where it is imposed fewer restrictions on investors that meet certain characteristics, which qualified them in a small number of sophisticated, investors, who are deemed to have enough knowledge and experience in financial market, and so who are capable to fend themselves.

(31) General Accouting Office, "Financial Derivatives: Actions Needed to Protect the Financial System", at 7 (1994).

(32) By the end of 1992, large banks were deemed to detain around 70% of United States OTC derivatives market, even though the securities' market share was growing. General Accouting Office, "Financial Derivatives: Actions Needed to Protect the Financial System", at 11 (1994).

(33) The Federal Reserve regulates bank holding companies and state-member banks (State Banks which decided to be affiliated to the Fed. Reserve). The Federal Deposit Insurance Corporation and state banking agencies have authority over other institutions. The OCC, that is a part of the Treasury Department, has jurisdiction only over national banks.

(34) Although the SEC has authority to regulate the conduct of broker-dealers directly and to review the rules of the self-regulatory organizations (SROs), in practice much of the regulation is left to the SROs. The NASD and the stock exchanges have their own rules governing the conduct of their members. They also have their own enforcement and disciplinary proceedings, usually subject to appeal to the SEC. Geoffrey B. Goldman, "Crafting a Suitability Requirement for The Sale of Over-The-Counter Derivatives: Should Regulators. Punish the Wall Street Hounds of Greed", Columbia Law Review, June 1995.

Examples of bright line rules are in Role 506 of Regulation D[35] and in Rule 144A.[36] Those kinds of rules, however, were not yet addressed to try to resolve the problem of derivatives' suitability.

3.1.1 Self-regulatory organizations rules

Those are the rules that establish requirements for broker-dealers, have already deal with the issue of financial instruments' suitability, including derivatives' suitability. They involve subjective case-by-case determiantions, that try to ensure the broker belief that the investment is appropriate for the specific client. Instead of coming from SEC's regulators, these kinds of suitability rules arrived mostly from the Self Regulatory Organizations (SROs). Probably, the most important of these rules is the one enacted by the National Association of Securities Dealers (NASD), that agglomerate most of the broker-dealers. NASD imposed Article III, Section 2 of its Rules of Fair Practice requiring that "[i]n recommending to a customer the purchase, sale or exchange of any security, a member shall have reasonable grounds for believing that the recommendation is suitable for such customer upon the basis of the facts, if any, disclosed by such customer as to his other security holdings and as to his financial situation and needs."[37] With regard to derivatives, the policy requirements states that a member makes every effort to familiarize themselves with customer's ability to meet the risks involved and to make customers aware of any pertinent information.[38]

The New York Stock Exchange (NYSE) has a rule that requires a member firm to use due diligence to learn the essential facts relative to every customer, every order, every cash or margin account accepted or carried by that member firm.[39] The American Stock Exchange (AMEX) has a corresponding "know-your-customer" provision; Rule 411.[40]

These rules, however, do not explicitly impose the determination of the suitability of the investment. They just require that the broker take the necessary steps to try to know the customer status.

3.2 Commodities rules

Commodities regulators always avoided imposing a suitability requirement. CFTC, for example, considered and

(35) Section 4(2) of the Securities Act, 15 U.S.C. s 77d(2) (1988), exempts from the registration statement and prospectus requirements of s 5 "transactions by an issuer not involving any public offering." Judicial interpretations of this section have often considered investor sophistication to be necessary for a claim that the s 4(2) exemption applies — outside of the SEC — created safe harbors. C. Edward Fletcher, III, Sophisticated Investors Under the Federal Securities Laws, 1988 Duke L. J. 1081, 1120-21.

(36) See 17 C.F.R. s 230144A (1994). Luiz F. Moreno Trevidno, "Access to U.S. Capital Markets for Foreign Issuers: Rule 144A Private Placements", 16 Hous. J. Int'l L. 159, 165-66 (1993), and see 17 C.F.R. s 230.144A(a)(1)(i) (1994). Registered dealers are considered qualified institucional buyers if they invest and own at least $ 10 million in unaffiliated securities. See id. at s. 230.144A(a)(1)(ii). The Rule also does not exempt the transaction from the securities antifraud rules.

(37) NASD Rules of Fair Practice art. III, s 2(a), reprinted in NASD Manual (CCH) P 2152 (1994).

(38) Policy of the Board of Governors, in NASD Manual, P 2152, at 2048.

(39) New York Stock Exchange Rule 405, reprinted in N.Y.S.E Guide I(CCH) P 2405 (1994).

(40) American Stock Exchange Rule 411, reprinted in Am. Stock Ex. Guide (CCH) P 9431 (1994).

rejected a suitability rule for futures commission merchants (FCMs).[41] In Phaccelli v. Conti Commodities Services, CFTC emphasized that its position that a claim of unsuitability alone under Section 4b can not serve as basis for action. It places greater responsibility on the buyer to determine whether the investment is suitable, at least as long as there is no fraud or mispresentation and as long as appropriate initial disclosures have been made.

3.3 The common law approach

Common law actions, mainly those based on breach of fiduciary duty, provide an important alternative to redress unsuitability claims against dealers and advisors,[42] since they generally owe fiduciary duty to their customers. SORs rules such as from NASD and NYSE can also provide basis for this kind of actions. These rules might constitute basis for a breach of fiduciary duty case, but the fact that existing case law does not indicate clearly if fiduciary duties will or will not apply to derivatives' transaction,[43] may constitute an obstacle for making use of this alternative.

The idea that banks traditionally have no fiduciary duties to their depositors or borrowers, may constitute another obstacle for those kinds of claims, when against banks. In my opinion, yet, banks trading with derivatives, and acting as brokers, do owe fiduciary duties to the buyer of the derivatives, who may or may not be a depositor of that bank. Nevertheless, this position still has to be developed in courts, what creates an environment of uncertainty for the industry about their responsibilities and possible liabilities. Definitively this is not a good environment for the development of any kind of business, mainly a business transaction so delicate and complex as investing in derivatives.

3.4 Banking rules

Not following its traditional approach to investor protection, what have not been a concern of banking regulators, the Office of the Comptroller of the Currency (OCC) enacted in 1993 Banking Circular BC-277,[44] that requires

(41) Russo & Vinciguerra, at 1505 app. "The rule would have required futures commission merchants (FCMs)" — who are roughly equivalent to securities broker-dealers — to assess whether a futures contract was suitable for a customer in light of his financial status and trading objectives. The futures industry objected on the grounds that this type of case-by-case analysis was better suited to the securities industry than to futures trading, as all futures trading is inherently and similarly risky. The industry concluded that any appropriateness evaluation should be made before beginning futures trading altogether, rather than with each transaction. See id. In rejecting the proposed rule, however, the CFTC confused matters somewhat by stating that the principles underlying the suitability rule were already part of the Commodities Exchange Act's antifraud provision. It quickly retreated from this position, although for a time administrative law judges nonetheless tried to infer a suitability rule. Jerry W. Markham & Kyra K. Bergin, "Customer Rights Under the Commodity Exchange Act", 37 Vand. L. Rev. 1299, 1307 (1984).

(42) To better understand the subject see Jerry W. Markham, "Fiduciary Duties Under the Commodity Exchange Act", 68 Notre Dame L. Rev. 199 (1992).

(43) Gibson Greetings, "Inc. v. Bankers Trust Co.", N.° C-1-94-620 (S. D. Ohio Sept. 12, 1994). In its suit against Bankers Trust, Gibson Greetings alleged, among other claims, that the bank breached its fiduciary duty.

(44) "Risk Management of Financial Derivatives", OCC Banking Circular BC-277, Fed. Banking L. Rep. (CCH) P 58, 717, at 36, 462 (Oct. 27, 1993).

bank's officers to identify whether a proposed derivatives' transaction is appropriate for its buyer. This rule, called as "appropriateness" standard, imposes to national[45] banks' requirements that is very close to requirements instituted by securities suitability requirements.[46] In determining the appropriateness of certain derivative to certain customer, the bank has to analyze the impact of the derivative transaction on the financial condition of that customer and that this customer understands the transaction and the risks it involves. In case that the Bank believes that the derivatives' transaction is inappropriate for a determined client, and if this client, in contrary to the bank's warn, still wants to close the transaction, bank's officers are allowed to proceed with the deal.[47]

In fact, that rule that was primarily designed to prevent banks from being sued from a frustrated customer, and to protect banks from situations which the counterparts are unable to perform its obligations, turned out to be a rule very close to a suitability rule and very effective for customers protection against unsuitable derivatives.[48]

3.5 The written agreement between bankers trust and the federal reserve

In an enforcement action that arose in the wake of the lawsuits by Proctor & Gamble and Gibson Greetings over losses on interest rate swaps sold by Bankers Trust and its subsidiaries, as already mentioned, the Federal Reserve of New York and the determined Bank entered into a formal written agreement.[49] This agreement imposes, besides others things, a client selection requirement that forces Bankers Trust to conduct its business in a manner that reasonably seeks to ensure that each customer has the capability to understand the derivative's transaction it is about to proceed, its conditions and risks of any "leveraged derivatives"[50] transaction. The bank has also to disclose to customers sufficient information for them to understand the nature, terms, conditions, and

(45) As with all OCC activities, it only applies directly to national banks.

(46) "Risk Management of Financial Derivatives: Question and Answers — Re": BC-277, OCC Bulletin 94-31, Fed. Banking L. Rep. (CCH) P 58, 717, at 36,473, 36,478-80 (May 10, 1994). The OCC had difficulties to distinguish the appropriateness standard from a true suitability requirement.

(47) See OCC Bulletin 94-31, at 36,480.

(48) "OCC is Reviewing Derivative Sales Practices of Five Large Multinacionals, Banking Daily (BNA)", Mar. 4, 1995, available in LEXIS, Banking Library, Bnabd File. The OCC has announced that it is investigating the sales practices of five large multinational banks for compliance with the BC-277 appropriateness standar. Although the banks are "substantially complying" with the standard, the OCC apparently wants more details about their operations. Id.

(49) "Signed, Sealed, Economist", Dec. 10, 1994, at 81 and "Saul Hansell, Bankers Trust and U. S. Set Pact on Disclosure of Derivatives' Risk", N. Y. Times, Dec. 6, 1994, at A1. A written agreement is the Federal Reserve's second most powerful enforcement tool; a cease-and-desist order is the most powerful. The use of a written agreement is rather rare against a major commercial bank and might be considered somewhat embarrassing. Unlike memoranda of understanding, a more common sanction, written agreements are made public and can be judicially enforced. However, its sanctions probably cannot be enforced by third parties.

(50) Brett D. Fromson, "Bankers Trust Faces Derivatives Scrutiny", Wash. Post, Dec. 6, 1994, at C1. The agreement governs only "leverage" derivatives transactions, which are extremist volitle. The agreement uses a fairly technical definition of leveraged derivatives transactions. The bank claims that such transactions account for only about five percent of its derivatives activities.

risks of the transaction. Bankers Trust, so, is required to implement sales policies governing new product identification and disclosure and to distribute written term sheets and sensitivity analyses. The bank must additionally develop policies to ensure the reasonable transparency of derivative pricing and valuation for its customers,

3.6 The derivative's industry voluntary standard for the sale of derivatives

Another response, and attempt to find solutions for the derivative's suitability problem are the voluntary standards, that derivatives' industry is generating. There are two efforts in this way.

First we have the Framework for Voluntary Oversight from the Derivatives Policy Group.[51] Essentially it imposes a standard disclosure for the dealers that should, as there suggested, disclosure the risks involving the transaction and clarify the transaction and the relationship between dealer and customer. The framework also suggests that the investment in derivatives is a particular decision of the buyer, and that the dealer should avoid giving opinions.

The other major voluntary effort in the same way is the Wholesale Transactions Code of Conduct.[52] It more or less follows the rational line expressed in the written agreement between the Federal Reserve of New York and Bankers Trust. Says that it party should assume that the other is capable to understand the transaction and make its own free decisions about it. Nevertheless, if one party ("A"), the dealer, realizes that the other party ("B"), does not have the ability to understand the transaction and its risks. Then party A should either not make the transaction, or enter in a written agreement with the parties agreeing that B can rely on the transaction, after providing A with complete information about its financial situation and objectives.[53]

All those several approaches for the problem exposed above are not conclusive suitability rules, nor are these attempts extensive enough to cover all kind of OTC derivatives. They seek solutions for the same problem, but showing different solutions. A general suitability rule for derivatives is needed, however it's far from be a fact. No one of the cases contesting dealer for sale of unsuitable derivatives have imposed penalties for dealers whose only guilty was the sale of that not appropriate derivatives. The breach of fiduciary duty by a mispresentation of the transaction with derivatives, and fraudulent sales practices have been being better bases for succeeding in lawsuits against the dealer who one believed was responsible for her losses, than a pure unsuitability argument.

4. Conclusion

Derivatives may be extremely useful for financial management for those investors who fully understand them. They are not always suitable for the parties that invest in them. Due to their complexity, not always users completely understand the kind of risk that some derivatives may expose them, as proved by the several recent losses' events.

(51) The six firms are Goldman Sachs, Merrill Lynch, CS First Boston, Morgan Stanley, Salomon Brothers, and Lehman Brothers. The SEC and the CFTC also participated in the development of the standards.

(52) Drafted by several industry groups, such as the Emerging Markets Traders Association, the Internacional Swaps & Derivatives Association, the Public Securities Association, and the Securities Industry Association assisted by the Federral Reserve of New York.

(53) Wholesale Transactions Code of Conduct s 4.3.1 (Proposed Draft 1995).

The willingness of the industry and policymakers to find a solution for the problem, together with public pressure for a regulatory response to the several recent immense monetary losses, highlighted the question of who should bear the responsibility for determining whether an investment is suitable or not. That question together with the desire to maintain derivatives' market growing will lead to a uniform derivatives' suitability rule, that can come from common law, from federal statutes as well as from an industry self-regulation. It does not matter from where that suitability rule comes, what matters is that this rule must not impose extreme obligation to the participants of a derivative transaction, that can implicate in exorbitant difficulties for market development. The protection of some kind of investors does not have to take from them all the responsibilities to know in what and why they are proceeding with some investments.

The several existing suitability rules exposed in this paper, may give the guideline lines for the construction for the uniform suitability rule over OTC derivatives. In the securities field, brokers may have a duty to reasonably believe that a recommended investment is suitable for a customer. Nevertheless the nature of the derivatives' market makes simply importing the securities rules impossible. The securities bright-lines rules have a scope that I believe is very appropriate to OTC derivatives. Since most of the current derivatives' users tend to be fairly sophisticated and institucional, with financial capacity to bear monetary losses, I understand that this kind of investors is able to fend for themselves, and so they should be ruled by the rule of caveat emptor. On the other hand, investors without that characteristics should receive protection from statutes when making transactions in the OTC derivative's market.

The simply fact that the occurrence of the recent losses in derivative's transaction is being discussed by all the parties in the derivatives' market is a good sign that a solution will be achieved.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A SENTENÇA QUE INDEFERE A RENOVAÇÃO DE CONTRATO DE LOCAÇÃO

CARLOS AUGUSTO DE ASSIS

SUMÁRIO: 1. Introdução. Estabelecimento comercial e sua proteção — 2. Regime do Decreto 24.150 — 3. A Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991; 3.1. Considerações Gerais; 3.2. A sentença que denega a renovatória e o recurso pertinente. O prazo para desocupação; 3.3. Execução provisória da sentença que denega a renovação — 4. Conclusões — 5. Bibliografia.

1. Introdução. Estabelecimento comercial e sua proteção

Não é de hoje a tomada de consciência quanto à importância de se proteger o estabelecimento comercial, como elemento objetivo[1] da empresa, verdadeiro suporte com base no qual ela desenvolve suas atividades.[2]

O estabelecimento comercial, conforme se destaca na obra precursora de Oscar Barreto Filho,[3] é uma *universalidade de fato*, composta de elementos ou bens materiais e imateriais.[4]

Ao estabelecimento comercial, nos seus diversos elementos, outorga-se, como assinala Waldirio Bulgarelli,[5] proteção jurídica *direta* (como no caso da repressão à concorrência desleal) ou *indireta* (de que é exemplo a garantia da exclusividade, ou monopólio).

Aqui nos interessa apenas a específica proteção de que goza o "ponto comercial" (também chamado de propriedade comercial),[6] feita através da Ação Renovatória de Contrato de Locação.

No Brasil, a história da proteção ao ponto comercial, através da ação renovatória, começa com o Decreto 24.150, de 20.04.1934, que ficou conhecido como Lei de Luvas.[7]

(1) Cabe lembrar, aqui, a célebre colocação de Asquini (Profili Dell'Imprensa, p. 1-20) identificando na empresa três perfis: "prófilo soggettivo — l'imprensa come imprenditore", "profilo funzionale — l'imprensa come attività imprenditrice" e "profilo patrimoniale e oggettivo: l'imprensa come patrimonio aziendale e como azienda" (sendo este último o que ora nos interessa).

(2) Rubens Requião (Curso de Direito Comercial, p. 186) assevera que o estabelecimento, ou fundo de comércio, forma "... *a base física da empresa*, constituindo um *instrumento* da atividade empresarial. O Código Italiano o define como o complexo de bens organizados pelo empresário, para o exercício da empresa." Não é demais observar que é precisamente esta a definição do nosso Projeto de Código Civil (634-B): "Art. 1.142 — Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou sociedade empresária."

(3) cf. Teoria do Estabelecimento Comercial, p. 109.

(4) idem, p. 154.

(5) cf. Sociedades, Empresa e Estabelecimento, p. 63-64.

(6) A expressão é utilizada por Waldemar Ferreira (Instituições de Direito Comercial, p. 62), mas é criticada por Oscar Barreto Filho (op. cit., p. 164-166).

(7) A fonte na qual o legislador brasileiro se inspirou foi a lei francesa de 30.06.1926, como explica Darcy Bessonde de Oliveira Andrade (in Renovação da Locação, p. 3).

2. Regime do Decreto 24.150

De maneira sintética, ignorando propositadamente as várias nuances e desdobramentos jurisprudenciais que o tema suscitou, podemos dizer que o referido Decreto, basicamente, dava direito a renovar o contrato de locação comercial àquele locatário:

cujo contrato fosse por tempo determinado;

cujo contrato tivesse prazo mínimo de cinco anos (admitida a soma dos prazos de contratos sucessivos);

que estivesse explorando o mesmo ramo de comércio ou indústria nos últimos três anos.

Não preenchendo algum dos requisitos, ou exercendo o proprietário seu direito de retomada, nos casos previstos na lei, ficava o locatário privado de seu ponto comercial. Mas, em caso de carência ou improcedência da sentença de primeiro grau de jurisdição, tinha o locatário o direito de recorrer ao tribunal. Qual a situação dele, em tal hipótese? Podia permanecer no imóvel até a decisão final ou estava sujeito a ser forçado a desocupá-lo (antes do acórdão do tribunal que eventualmente poderia, reformando a sentença de primeiro grau, reconhecer-lhe o direito à renovatória)?

O Decreto 24.150/34 previa, em seu art. 25, que não sendo prorrogado o contrato, o juiz fixaria um prazo para o inquilino desocupar o imóvel, não excedente de seis meses. Este prazo somente se iniciava a partir do trânsito em julgado da decisão, segundo o § 2.º do mesmo artigo.

O mencionado artigo foi revogado por força do art. 360 do CPC de 1939, ao dispor que, sendo julgada improcedente[8] a renovatória, o inquilino teria prazo de seis meses (sempre, ou seja, não sujeitava mais ao arbítrio do juiz) para desocupar o imóvel. Esse prazo deveria ser contado do trânsito em julgado da sentença.

Esse prazo foi dilatado com o advento da Lei 1.300, de 28.12.1950, que estendia o prazo "(...) por tantos meses quantos forem os anos em que estiver (o inquilino) ocupando o imóvel (...)".

(8) Observe-se que, aqui, o dispositivo legal falava em "improcedência", dando origem à interpretação de que quando se tratasse de "carência" da renovatória, o mesmo não incidia. Oswaldo Opitz (Problemas de Locação Comercial e Industrial), esclarecendo a esse respeito, dizia: "Não se pode deixar de referir aqui a distinção que se vem fazendo entre a carência e a improcedência da ação renovatória, tanto pela vasta jurisprudência, como pela doutrina. Dá-se a carência de ação ou de direito à renovação, quando o inquilino não preenche os requisitos constitutivos da ação de renovação do contrato de arrendamento. A improcedência, quando o inquilino preenche aqueles requisitos, mas o locador exerce o seu direito de retomar para si ou sua família ou dá em locação a terceiro, por proposta, em melhores condições, do que a oferecida pelo locatário. No primeiro caso, a locação nunca passou à órbita da lei especial, ficando regida pela lei emergencial. No segundo, o contrato é assegurado pela Lei de Luvas, mas prevalece o direito do locador. Daí o prazo dos arts. 360 e 19, referidos, só serem conferidos aos locatários que tenham seu direito assegurado pela Lei de Luvas. Decorrido o prazo legal, tem o locatário o dever de entregar o prédio, sob pena de evacuação compulsória, como conseqüência necessária da ação rescisória de contrato de locação (RT 183/672). Na carência de ação não pode o juiz marcar prazo para a desocupação, porque o despejo só se pode dar nos casos expressos da Lei 1.300. Caso isso se dê, cabe ao inquilino impetrar mandado de segurança para permanecer no prédio até ser despejado pelos meios regulares."(p. 353-354).
A dúvida quanto a ser ou não aplicável o art. 360, do CPC de 39, aos casos de carência de renovatória, continuou existindo, como se pode depreender das indicações contidas em nota de rodapé n.º 1, ao art. 360, à p. 628, do CPC e legislação processual civil em vigor, de Theotonio Negrão (21.ª ed., atualiz. até 06.01.1991).

Esta extensão do prazo estava limitada pelo parágrafo único do mesmo artigo, a um ano.

A Lei 1.300/50 foi revogada expressamente pela Lei 4.494, de 25.11.1964, retornando o prazo à formulação original do art. 360, do CPC de 1939. O CPC de 1973 (Lei 5.869, de 11.01.1973), nada alterou nesse particular, por manter em vigência o art. 360, do CPC de 1939.

Tanto o Decreto 24.150/34 quanto o art. 360, do Código de 1939, estabeleciam como termo inicial do prazo o "(..) trânsito em julgado (...)". Apesar da aparente clareza dos citados dispositivos, também aí se instaurou controvérsia.

Alfredo Buzaid, na sua clássica monografia "Da Ação Renovatória",[9] aponta o caminho trilhado pela jurisprudência, nesse particular:

"Malgrado a clareza dos preceitos legais, acima citados, de que o trânsito em julgado é condição necessária para a execução da sentença, não pensaram assim, enquanto vigorou o Código de Processo Civil de 1939, os tribunais brasileiros, cujo pronunciamento foi no sentido de que o prazo para a desocupação do imóvel, na caso de não ser feita a prorrogação do contrato, se conta da data em que a sentença não está mais sujeita a recurso *ordinário* ou com efeito *suspensivo*; destarte, a execução do julgado, sujeito a recurso de revista ou extraordinário, tem caráter definitivo."

O entendimento jurisprudencial, entretanto, não era partilhado pela melhor doutrina, de que é exemplo Pontes de Miranda:[10]

"O prazo de seis meses para desocupação do imóvel conta-se do trânsito em julgado da sentença, isto é, quando dela não mais cabe recurso ordinário (4.ª Câm. do TJSP, 07.10.1948, RT, 177, 753) ou extraordinário. A revista e o recurso extraordinário, embora não impeçam o cumprimento da sentença, são óbices ao trânsito em julgado (certa, a sentença do Juízo da 4.ª Vara Civil do Distrito Federal, a 03.10.1947, R. de J.B., 77, 72, que entendeu obstar ao trânsito em julgado a interposição do recurso extraordinário)."

Esta questão, entretanto, segundo Alfredo Buzaid,[11] teria ficado definitivamente sepultada com o advento do Código de Processo Civil de 1973, ao incluir em seu bojo — art. 467 — a definição de coisa julgada, de tal sorte que:

"Já agora, pois, sob o regime do Código de Processo Civil de 1973, não é possível execução de sentença, proferida consoante o Decreto 24.150, na pendência de recurso extraordinário. Só após o trânsito em julgado cabe a execução."

3. A Lei 8.245, de 18.10.1991

3.1 Considerações gerais

Com a entrada em vigor da Lei 8.245, em 20.12.1991, ficou expressamente revogado o Decreto 24.150/34. A nova lei de inquilinato (como é conhecida a Lei 8.245/91), além das matérias relativas à locação predial urbana residencial e não residencial tratadas na lei de locações anterior (Lei 6.649, de 16.05.1979), passou a abrigar dispositivos relativos à renovação compulsória do contrato de locação.

A principal inovação, sem dúvida, foi a ampliação do âmbito da renovatória para locações não comerciais (desde que não residenciais e destinadas a uma atividade econômica). Tal alteração foi substancial, podendo-se mesmo dizer que, a partir da vigência da Lei 8.245/

(9) Da Ação Renovatória, p. 606.
(10) Cf. Tratado de Direito Predial, p. 259-260.
(11) Op. cit., p. 612.

91, o tradicional nome "renovatória de locação comercial" tornou-se inadequado.[12]

Cabe agora, no âmbito deste trabalho, analisar como ficou tratada a questão da sentença que denega a ação renovatória de contrato de locação. É o que passaremos a fazer.

3.2 A sentença que denega a renovatória e o recurso pertinente. O prazo para desocupação

O art. 58 da Lei 8.245/91 preceitua que:

"Art. 58 — Ressalvados os casos previstos no parágrafo único do art. 1.º, nas ações de despejo, consignação em pagamento de aluguel e acessório da locação, revisionais de aluguel e renovatórias de locação, observar-se-á o seguinte:

(...)

V — os recursos interpostos contra as sentenças terão efeito somente devolutivo."

A leitura isolada do acima transcrito dispositivo legal poderia levar a crer que a desocupação do imóvel, desde que determinada em sentença que denegue a renovação, seria passível de execução provisória (com aplicação dos arts. 588 a 590 do CPC).

O engano se desfaz, entretanto, ante a leitura do art. 74, da mesma Lei, que determina:

"Não sendo renovada a locação, o Juiz fixará prazo de até seis meses após o trânsito em julgado da sentença para a desocupação, se houver pedido na contestação."[13]

Ora, por sentença transitada em julgado deve se entender, pura e simplesmente, aquela da qual não caiba mais recurso. Tal conceito, como já se teve oportunidade de mencionar acima, está expressamente consagrado no art. 467, do CPC e, segundo claramente leciona Moacyr Amaral Santos,[14] assim deve ser compreendido:

"(...) chegará um momento em que não são admissíveis quaisquer recursos, ou porque não foram utilizados nos respectivos prazos ou porque não caibam ou não haja mais recursos a serem interpostos. Não será mais possível, portanto, qualquer reexame de sentença. Não mais suscetível de reforma por meio de recursos, *a sentença transita em julgado*, tornando-se firme, isto é, *imutável* dentro do processo." — destaques do original.

Desse modo, dúvida não resta de que a contagem do prazo de desocupação, estabelecido na sentença que denega a renovatória, está sujeita ao prévio exaurimento das vias recursais (seja por não caber mais recursos, seja pelo fato de o recurso cabível não ter sido interposto no prazo adequado).

(12) É esse o motivo que levou Fábio Ulhoa Coelho (Comentários à Lei de Locação de Imóveis Urbanos, p. 320/321) a sugerir sua substituição para "renovatória de locação empresarial". É de se notar que a melhor adequação do termo "empresarial" já era ressaltada por Darcy Bessone (Renovação da Locação, p. 61-74), ainda durante a vigência do Decreto 24.150/34.

(13) Observe-se que, aqui, diversamente do que ocorria no Direito anterior, o prazo não é sempre de 6 (seis) meses, mas será fixado pelo Juiz, conforme seu prudente arbítrio, em até seis meses. É o que também anota Nagib Slaib Filho (Comentários à Nova Lei do Inquilinato, p. 437): "Na fixação do prazo, tem o Juiz discricionariedade, pois pode, fundamentadamente, determiná-lo *em até seis meses*." Desnecessário dizer que o magistrado deve ter redobrado cuidado se pretender estabelecer prazo inferior a seis meses (dado que, normalmente, a escolha de novo estabelecimento e a correspondente mudança demanda tempo razoável).

(14) Cf. Comentários ao Código de Processo Civil, p. 423.

Em outras palavras: não cabe execução provisória da parte da sentença (que indeferiu a renovatória) que determina a desocupação do imóvel. A essa conclusão, aliás, chegaram diversos doutrinadores que tiveram oportunidade de examinar especificamente o tema.

Sílvio de Salvo Venosa[15] é exemplo desse entendimento:

"Desocupação do Imóvel não Sendo Acolhida a Renovação

(...)

O termo inicial para a desocupação é o do trânsito em julgado da sentença. Não se admite aqui execução provisória do despejo, já que a disposição tem cunho especial."

Ou, como leciona Antonio Carlos Marcato:[16]

"Então, ao negar efeito suspensivo à apelação interposta contra qualquer sentença proferida em processo envolvendo locação ou prestações dela oriundas, está a lei a permitir o cumprimento imediato do provimento juridicional — ressalvadas, apenas, as hipóteses contempladas nos arts. 69, *in fine*, e 74."

E, também, na lição de Gildo dos Santos:[17]

"(...) existe contradição, ao menos aparente, entre a regra ora examinada que prevê seja o prazo de desocupação contado a partir do trânsito em julgado, e a norma do inc. V, do art. 58, ao dizer que 'os recursos interpostos contra as sentenças terão efeito somente devolutivo'. Se a sentença julga improcedente o pedido de renovação ou conclui que dele é o autor carecedor, o Juiz concederá ao locatário o prazo de seis meses, tanto que o réu-locador tenha formulado pedido a respeito. Havendo apelação, se esta não é recebida no efeito suspensivo, em princípio poderia haver notificação para que o inquilino-autor deixasse o imóvel. O que se há de entender do dispositivo ora comentado é que, contendo regra especial, prevalece sobre aquela geral que aponta existir apenas o efeito devolutivo nos recursos contra as sentenças de despejo, consignação em pagamento, revisional e, também, na renovatória (art. 58). Nesta última ação, o recurso terá efeito somente devolutivo no caso de renovação do contrato, no que respeita, digamos, à exigência das diferenças de aluguel.

Assim, o fato de a apelação ser recebida no efeito meramente devolutivo contra a sentença que desacolhe a renovatória, não permite a sua execução provisória, em que pese a sistemática do estatuto processual. E não permite porque, especificamente quanto ao prazo de desocupação do prédio, há regra especial fixando o seu termo inicial por ocasião do trânsito em julgado da decisão. Nesse caso, portanto, a apelação tem efeito suspensivo, sem a menor sombra de dúvida."

Ainda sobre o art. 74, da Lei 8.245/91, cumpre dizer que hoje não há mais espaço para a controvérsia a respeito da regra para desocupação em caso de improcedência e carência.[18] O mencionado dispositivo legal abrange ambas as possibilidades, na sua dicção: "não sendo renovada a locação".

Finalmente, é de se ressaltar que, a teor do disposto no art. 74, da Lei Inquilinária, o Juiz só determinará a desocupação se *houver pedido na contestação*. Ou seja, a desocupação não é considerada pedido implícito na contestação, estando sujeita à regra dos arts.

(15) Cf. Sílvio de Salvo Venosa, Nova Lei do Inquilinato Comentada, p. 276-277.

(16) Comentários à Lei de Locação de Imóveis Urbanos, p. 362.

(17) Cf. Locação e Despejo, p. 220-221.

(18) É de se registrar, entretanto, a opinião de José da Silva Pacheco (Comentários à Nova Lei sobre as Locações dos Imóveis Urbanos e seus Procedimentos, p. 282/283) em sentido oposto, afirmando que o art. 74 não é aplicável aos casos de carência.

128 e 460, do CPC. É o que temos oportunidade de verificar na jurisprudência[19] e na doutrina:[20]

"Se a contestação pediu a execução da desocupação nos próprios autos, a execução se fará após o trânsito em julgado. Se a contestação for omissa, a sentença que rejeitar a renovatória ensejará para o locador a possibilidade de denunciar o contrato, pela forma comum e pelo procedimento adequado, por se tratar de contrato que prossegue por tempo indeterminado."

3.3 Execução provisória da sentença que denega a renovação

Já vimos que a desocupação do imóvel determinada na sentença que denega a renovatória não é passível de execução provisória. Mas tal sentença não se limita a determinar a desocupação.[21] De fato, além da declaração de conteúdo negativo e da eventual determinação no sentido da desocupação, a sentença em questão poderá abrigar em seu dispositivo a condenação ao pagamento de diferenças de alugueres[22] e das custas e honorários advocatícios. Para estes últimos, é plenamente aplicável a regra do

(19) É exemplo dessa orientação a decisão da 3.ª Câm. do 2.º TACSP, na Apelação c/ revisão n. 440686-00, em 28.11.95, onde o relator, Juiz Francisco Barros asseverava: "É curial que, em julgamento de ação renovatória, só se determina a desocupação, fixando prazo de até seis meses após o trânsito em julgado, quando não renovada a locação, *desde que tenha o locador manifestado pedido na contestação. Conditio sine qua non.* A clareza do texto legal inadmite tergiversação: parte final do art. 74 da Lei 8.245/91." — grifos do original. Ressalte-se, todavia, que o relator do acórdão admite, em alguns casos, o pedido implícito: "Quando o réu opõe exceção de retomada, por exemplo, está implícito o pedido de desocupação."

(20) Cf. Wilson de Souza Campos Batalha e Silvia Marina Labate Batalha — Lei das Locações Prediais Urbanas: comentários, jurisprudência, p. 202.

(21) J. Nascimento Franco e Nisske Gondo (Ação Renovatória e Ação Revisional de Aluguel, p. 287), escrevendo na vigência do Decreto 24.150/34, explicitavam que, no caso de improcedência da renovatória, o objetivo da execução seria o seguinte: "a) restituição do prédio ao locador; b) cobrança, pelo vencedor, das custas e honorários; c) cobrança, pelo locatário, da indenização a que eventualmente tiver direito por força de sentença." À lição dos consagrados autores, devemos, hoje, fazer as seguintes ressalvas: — a "restituição" só será possível se houver pedido expresso na contestação; — é possível a cobrança de diferenças de alugueres pelo período até a desocupação.

(22) Este ponto é particularmente controverso, uma vez que a lei só fala expressamente de diferenças de alugueres no caso de renovatória julgada procedente (art. 73). É por esse motivo que Waldir de Arruda Miranda Carneiro (Ação Renovatória — estrutura, inovações e principais controvérsias diante da nova lei do inquilinato, p. 75) recomenda que se o locador não concordar com a renovação, proponha ação revisional logo que terminar o contrato. Mas no sentido da exibilidade de aluguel novo temos, por exemplo, a opinião de Silvio de Salvo Venosa (op. cit., p. 227: "O locador tem direito a receber, até a desocupação, e com os acréscimos permitidos, o aluguel fixado na perícia, impedindo-se o enriquecimento ilícito..."), ou julgados como o do 2.º TACSP, citado por Maria Helena Diniz (Tratado Teórico e Prático dos Contratos, p. 236). Ainda nesse mesmo sentido, deve ser lembrada a referência feita por Buzaid (op. cit., p. 597/598) à orientação do Supremo Tribunal Federal (que, embora manifestada na vigência do direito anterior, cremos que deverá ser mantida). Desse modo é, pelo menos, razoável imaginar execução provisória a este respeito. Como disse Humberto Theodoro Júnior (A Lei do Inquilinato: anotada e comentada, p. 179): "Em relação, todavia, à cobrança das diferenças de aluguel, a sentença da renovatória mostra-se perfeitamente exeqüível, em caráter provisório, enquanto estiver pendente eventual recurso de apelação."

art. 58, inc. V, da Lei 8.245/91, que permite a execução provisória.

Não se pode olvidar, ainda, que se a não renovação se deveu ao previsto no art. 72, inc. III, a indenização de que trata o art. 75 pode ser objeto de execução provisória (nesse caso, porém, seria o inquilino o exeqüente).

Desnecessário dizer que, tratando-se de execução provisória, devem ser observados os arts. 588 a 590 do CPC, com exigência, inclusive, de caução.

4. Conclusões

Alguns pontos merecem ser destacados após esta sucinta exposição:

a) a desocupação só pode ser determinada na sentença que denega a renovatória se tiver havido pedido nesse sentido, por parte do locador, no momento da contestação;

b) a regra do art. 74 da Lei 8.245/91 abrange tanto as hipóteses de carência como as de improcedência;

c) embora a sentença tenha efeito apenas devolutivo (art. 58, inc. V, Lei 8.245/91), admitindo, em princípio, execução provisória no que tange à desocupação, a lei só admite execução definitiva (ou seja, após trânsito em julgado — art. 74, Lei 8.245/91).

Sobre este último aspecto, é bom que se diga, não há nenhuma incoerência em se admitir a execução de despejo (de um modo geral) e se sujeitar a execução da desocupação em renovatória denegada ao trânsito em julgado. A eventual existência, aqui, de "fundo de comércio",[23] de importância tão fundamental, como já se disse acima, demanda esta proteção especial.

[23] Como aduz Nagib Slaib Filho (op. cit., p. 438): "A intangibilidade do desalijo em renovatória à execução provisória tem fundamento, certamente, na necessidade de proteger o fundo de comércio com o manto da coisa julgada."

Trata-se, mais uma vez, de harmonizar as exigências de celeridade com as de segurança, de modo a preservar o equilíbrio do sistema.

5. Bibliografia

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1994. vol. IV.

ASQUINI, Alberto —Profili Dell'Impresa. *Rivista del Diritto Commerciale*, Milano, Francesco Vallardi, 1943, v. XLI.

BARRETO FILHO, Oscar — *Teoria do Estabelecimento Comercial*. São Paulo, Max Limonad Ed., 1969.

BATALHA, Silvia Marina Labate e Wilson de Souza Campos Batalha — *Lei das Locações Prediais Urbanas; comentários, jurisprudência*. São Paulo, LTr, 1992.

BULGARELLI, Waldírio — *Sociedades, Empresa e Estabelecimento*. São Paulo, Atlas, 1980.

BUZAID, Alfredo — *Da Ação Renovatória*. 3.ª ed. rev. e aument., São Paulo, Saraiva, 1988, vol. II.

CAMPOS BATALHA, Wilson de Souza e Silvia Marina Labate Batalha — *Lei das Locações Prediais Urbanas: comentários, jurisprudência*. São Paulo, LTr, 1992.

DINIZ, Maria Helena — *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. São Paulo, Saraiva, 1993, vol. 2.

FERREIRA, Waldemar — *Instituições de Direito Comercial*. 4.ª ed. rev. e aument., São Paulo, Max Limonad Ed., 1956, vol. 2.

FRANCO, José Nascimento e Nisske Gondo — *Ação Renovatória e Ação Revisional de Aluguel*. 3.ª ed. rev. e ampl., São Paulo, Ed. RT, 1977.

GONDO, Nisske e J. Nascimento Franco — *Ação Renovatória e Ação Revisional de Aluguel*. 3.ª ed. rev. e ampl., São Paulo, Ed. RT, 1977.

MARCATO, Antonio Carlos — *Comentários à Lei de Locação de Imóveis Urbanos*. Coord. Juarez de Oliveira, São Paulo, Saraiva, 1992.

MIRANDA CARNEIRO, Waldir de Arruda — *Ação Renovatória — estrutura, inovações e principais controvérsias diante da nova*

lei do inquilinato. In Revista do Advogado n.º 45, jan. 95.

NEGRÃO, Theotonio — *Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor*. Ed. RT, 21.ª ed. atualiz. até 06.01.1991.

OLIVEIRA ANDRADE, Darcy Bessone de — *Renovação da Locação*. 2.ª ed. rev. e ampl., São Paulo, Saraiva, 1990.

OPITZ, Oswaldo — *Problemas de Locação Comercial e Industrial*. 2.ª ed. rev. e atualiz., São Paulo, Ed. RT, 1964.

PACHECO, José da Silva — *Comentários à Nova Lei sobre as Locações dos Imóveis Urbanos e seus Procedimentos*. São Paulo, Ed RT, 1992.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti — *Tratado de Direito Predial*. Rio de Janeiro, José Konfino Editor, 1953, vol. 5.

REQUIÃO, Rubens — *Curso de Direito Comercial*. 8.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1977, v. 1.

SANTOS, Gildo dos — *Locação e Despejo*. São Paulo, Ed. RT, 1992.

SLAIBI FILHO, Nagib — *Comentários à Nova Lei do Inquilinato*. 8.ª ed. aum. e atualiz., Rio de Janeiro, Forense, 1995.

THEODORO JÚNIOR, Humberto — *A Lei do inquilinato: anotada e comentada*. Coord. de Carlos Alberto Bitttar, Rio de Janeiro, Forense-Universitária, 1992.

ULHOA COELHO, Fábio — *Comentários à Lei de Locação de Imóveis Urbanos*. Coord. de Juarez de Oliveira, São Paulo, Saraiva, 1992.

VENOSA, Sílvio de Salvo — *Nova Lei do Inquilinato Comentada*, São Paulo, Atlas, 1992.

GESTÃO PRIVADA DO FUNCAFÉ

ALINE PAOLA C.B.C. DE ALMEIDA; FLÁVIO AMARAL GARCIA; MARCOS JURUENA V. SOUTO; PAOLO HENRIQUE SPILOTROS COSTA

O PROBLEMA

Extinto o IBC, encarregado da gestão do Funcafé, indaga-se acerca da possibilidade de ser atribuída a função à iniciativa privada, bem como quais as fórmulas cabíveis para essa transferência.

Trata-se de tarefa que merecerá uma abordagem no campo dos Direitos Constitucional, Econômico, Administrativo, Financeiro e Tributário.

PARECER

SUMÁRIO: 1. O fomento público como instrumento da política agrícola; 1.1 Princípios constitucionais da ordem econômica; 1.2 Estruturação do fomento à cafeicultura — 2. Fundos especiais — 3. Técnicas de descentralização da gestão do Funcafé; 3.1 Criação de agência sob contrato de gestão; 3.2 Serviço social autônomo; 3.3 O convênio; 3.4 Acordo programa; 3.5 Contrato bancário — 4. Conclusão.

1. O fomento público como instrumento da política agrícola

1.1 Princípios constitucionais da ordem econômica

A agricultura é, sem dúvida, das mais antigas atividades econômicas, remontando ao tempo do Estado mínimo, no qual apenas a função de *poder de polícia* se destacava, com o objetivo de proporcionar liberdade e segurança aos indivíduos que, assim, alcançariam o seu bem-estar; o bem-estar geral seria, então, a soma dessas situações de bem-estar individuais. Aos poucos, a vida em sociedade passou a exigir do Estado também a *prestação de serviços públicos*, mantendo-o, contudo, afastado da atividade econômica, que deveria ser regulada pela ordem natural dos fatos ditada pelo mercado; a situação não se modificou com o advento do constitucionalismo, que marcou o fim do absolutismo e a adoção do conceito de Estado de Direito, no qual o poder do governante está limitado por uma ordem jurídica. As funções de *ordenamento econômico e social* só se incorporaram, definitivamente, ao cotidiano do Estado após as duas grandes guerras mundiais e a quebra da Bolsa de Nova York, muito embora a doutrina do desenvolvimento já estivesse constitucionalizada desde 1917, no México, e 1919, na República de Weimer.

O fato é que, legitimado o Estado a intervir na atividade econômica, inúmeras entidades foram criadas, ocupando espaços outrora destinados à iniciativa

privada, no que resultou em aumento de custos de manutenção da máquina administrativa desacompanhado de um resultado representativo da eficiência esperada por este esforço.

A função de *fomento público* surge, assim, para incentivar que atividades de interesse público sejam desempenhadas por particulares, desafogando a estrutura estatal.

É claro que a opção por montar uma estrutura administrativa (órgão da administração direta, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação) ou incentivar o particular a exercer a função de interesse público ainda depende, em grande parte, do poder discricionário do administrador em avaliar a conveniência e a oportunidade nas fórmulas cabíveis para esse desempenho. No Brasil, onde se adota o presidencialismo, a direção superior da administração é *privativa* do Presidente da República (CF, art. 84, inc. II); ainda que para a criação de entidades haja necessidade de *lei* (CF, art. 37, incs. XIX e XX), a ele cabe a *iniciativa* do processo legislativo (CF, art. 61, § 1.º, inc. II, *e*).

Remarque-se, por oportuno, que, por força do princípio da legalidade administrativa (CF, art. 37), a discricionariedade só existe dentro da margem de liberdade atribuída no sistema do ordenamento jurídico, o que impõe uma análise integrada no contexto constitucional.

Dessa noção de sistema em matéria de intervenção na ordem econômica decorre a conclusão de que o administrador não é livre de todo para criar estruturas administrativas, mas sujeito a condicionamentos delineados pelos princípios constitucionais.

O primeiro deles, já mencionado, denota a existência de um *Estado de Direito*, limitada, pois, a vontade do Estado aos limites impostos pela ordem jurídica. Esta noção evoluiu para reconhecer, no Estado, um prolongamento da sociedade, i.e., um meio desta alcançar seus fins, dela recebendo (pelas leis) as manifestações do interesse geral. Surge o princípio do *Estado Democrático*, no qual as ações do Estado são legitimadas quanto à origem e aos fins de atendimento à sociedade por ele representada. Em síntese, a idéia de Estado Democrático de Direito acolhida no art. 1.º da Constituição da República envolve a legitimação e limitação do poder do Estado através de uma Constituição.

Outro princípio igualmente importante em sede econômica é o da *livre iniciativa*, segundo o qual é assegurado a todos o exercício de qualquer atividade econômica, observados os requisitos previstos em lei. Cumpre esclarecer que a livre iniciativa não é apenas um princípio da ordem econômica (CF, art. 170 e parágrafo único), mas um direito do indivíduo (CF, art. 5.º, inc. XIII) e, antes de tudo, uma opção fundamental do Estado Brasileiro (CF, art. 1.º, inc. IV); ou seja, dentre as fórmulas concebidas para que o Estado proporcione o bem-estar à sociedade, adotou-se aquela que reconhece que o bem-estar é alcançado pela via do desenvolvimento nacional e da erradicação da pobreza (CF, art. 3.º, incs. II e III), que tem na valorização do trabalho e na livre iniciativa suas molas propulsoras. Não cabe ao Estado, diante dessa opção fundamental, a produção de riqueza para redistribuição; seu papel é de estimular a empresa privada a gerar desenvolvimento e empregos através da atividade econômica.

Daí decorre o *princípio da abstenção*, segundo o qual o Estado não deve exercer atividades econômicas, excluindo ou concorrendo com a iniciativa privada, senão em hipóteses excepcionais, de relevante interesse coletivo ou de imperativo de segurança nacional, conforme definição em *lei*.

É claro que, voltando à idéia anteriormente desenvolvida, a lei não é *livre* para atribuir a titularidade de uma atividade ao Estado (quer como atividade econômica — CF, art. 173 — quer como serviço público — CF, art. 175), retirando-a do domínio privado; do contrário, esvaziado estaria o princípio da livre iniciativa.

Há, portanto, que se estabelecer um limite entre a definição das atividades titularizadas pelo Estado e aquelas inerentes ao particular (que antecedem a própria criação do Estado).

Tal limite, no Estado Democrático de Direito, deve vir consagrado na aplicação da lei que traça as diretrizes para o Plano Nacional de Desenvolvimento Econômico — CF, art. 174, § 1.º — já que, por presunção constitucional, o bem-estar geral — *objetivo do Estado* — é alcançado através da busca do pleno emprego e da erradicação da pobreza, alcançando-se assim uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 1.º, inc. IV, e 3.º, incs. I, II, III e IV). Introduz-se o *princípio do planejamento.*

A lei do plano, segundo Cabral de Moncada (*Direito Econômico*, 2.ª ed., Coimbra, 1988, p. 402), deve prever um *diagnóstico* retratando a situação existente, e um *prognóstico* identificando as ações a serem implementadas para alcançar os objetivos.

Definidas as ações, mais uma vez não cabe ao Poder Público, por este só fato, assumir a titularidade do serviço. Primeiramente, deve ser assegurado um planejamento democrático, com participação popular na sua elaboração e, ainda, vinculação ao programa partidário escolhido no processo eleitoral. A lei do plano, para adequar-se ao conceito de razoabilidade (ver Siqueira Castro, Carlos Roberto de — *O Devido Processo Legal e o Princípio da Razoabilidade das Leis.* Rio de Janeiro: Forense), deve submeter-se ao contraditório, no qual o povo (através do referendo ou da iniciativa, por exemplo) atestaria o interesse público em determinados setores. Na Espanha, por exemplo, relata Nicola Balog (*A Organização Administrativa das Empresas Públicas.* Revista de Direito Administrativo 88. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 42), que só é criada um empresa ou montada uma estrutura estatal depois de oferecido o setor à iniciativa privada.

Este deve ser o marco para definir o "*relevante interesse coletivo*" legitimador da presença do Estado num setor, (já que o "imperativo da segurança nacional" é conceito mais objetivo, ligado à defesa do território e à liberdade da população). É o *princípio da subsidiariedade.*

Logo, para conciliar a presença do Estado com o princípio da livre iniciativa, deve o setor, antes da exploração pelo Poder Público, ser oferecido, com seriedade, à iniciativa privada, o que se alcança através da presença de instrumentos de fomento público (incentivos fiscais, empréstimos públicos, subsídios — evitando, assim, que sejam "plantados" interesses públicos). Não despertando o interesse privado e estando o setor definido na lei do plano como essencial para o atendimento do interesse público, deve o Estado explorá-lo sob regime de direito *público.*

Mesmo titularizada a função pelo Estado, a Constituição impõe outro limite ao seu exercício direto pela estrutura da Administração Pública (direta, indireta ou fundamental), a saber, o *dever de eficiência*, positivado no art. 70 da CF sob a denominação de *princípio da economicidade*, que significa dizer que na gestão dos recursos públicos deve ser obtido o maior e melhor resultado possível nas despesas realizadas. Isso impõe a escolha da gestão privada, sob controle público, sempre que aquela se revelar mais eficiente que este ou sempre que houver necessidade de con-

centração de esforços (e recursos) em outras áreas em que o Estado possa alcançar maior rendimento. É a visão jurídica do conceito de *vantagens comparativas*.

Estes, pois, os principais aspectos que devem ser observados na estruturação da Administração para o exercício de suas funções.

1.2 Estruturação do fomento à cafeicultura

Em sede de política agrícola esses princípios ficam ainda mais evidentes quando o art. 187 assegura a *participação efetiva do setor de produção* no seu planejamento e na sua execução; é, portanto, inteiramente distinto o papel da iniciativa privada aqui previsto daquele mencionado no art. 10 da CF, que prevê participação de empregadores em colegiados de órgãos públicos, opção até então adotada.

A própria Lei Maior instituiu o dever de *fomento* da produção agropecuária e *ordenamento econômico* para fins de organização do abastecimento alimentar (CF, art. 23, inc. VIII), inserindo obrigatoriamente a política agrícola (CF, art. 187) no planejamento econômico (CF, art. 174), especificamente mencionado no art. 8.° da Lei 8.171 de 17.01.1991 (Política Agrícola).

Logo, a ótica concebida para o setor pela Constituição de 1988 é bastante diversa daquela que norteou a criação do IBC — Instituto Brasileiro do Café (Lei 1.779, de 21.12.1952).

Não resta dúvida que a condução da política agrícola, em especial, a política econômica do café, se insere como função da administração, vislumbrando-se elementos de *poder de polícia* (ex.: repressão a fraudes no comércio, industrialização, transporte e consumo), de *prestação de serviços públicos* (ex.: elaboração de estatísticas), de *ordenamento social* (ex.: radicação do cafeeiro nas zonas ecológica e economicamente mais favoráveis), de *ordenamento econômico* (ex.: defesa de um preço justo, definição da qualidade do café, fiscalização de preços de venda para o exterior, adoção de medidas que assegurem o equilíbrio estatístico entre produção e consumo) e, por fim, *de fomento público*, tanto *fomento estrutural* e logístico (ex.: propaganda, promoção e difusão de pesquisa, aperfeiçoamento do comércio e dos meios de distribuição), como *fomento financeiro* (abertura de créditos, incentivos fiscais e subsídios).

Para conduzir tal política, a forma autárquica adotada para o IBC (em substituição ao extinto Departamento Nacional do Café) previa, em sua estrutura, como órgão supremo a Junta Administrativa, composta por representantes dos Governos Federal e Estaduais (art. 5.° da Lei 1.779/52). Com o Decreto 93.536, de 05.11.1986, o IBC foi reestruturado, criando-se, no âmbito do Ministério da Indústria e Comércio, ao qual estava vinculado, o Conselho Nacional de Política Cafeeira — CNPC, com a finalidade de *assistir* ao Ministro de Estado na *formulação* da política para o setor. Embora prevendo a representação da lavoura, do comércio exportador, da indústria de torrefação e moagem e da indústria de café solúvel, com indicação por cooperativas, federações, empresas exportadoras, torrefadoras e produtoras do café solúvel, suas decisões refletiam meras *recomendações*, não vinculando, pois, o Ministro. Igualmente o Conselho Nacional de Política Agrícola (CNPA — art. 5.°, incs. III, IV, V e IX) prevê participação do setor produtivo, mas a maioria dos integrantes é do Governo, sob vinculação ao Ministério da Agricultura. Isto implica dizer que poderia haver participação *não-efetiva* na formulação da política agrícola, o que entraria em conflito não apenas com o art. 187, CF, como com

o próprio art. 1.º, que exige a *legitimidade* dos atos do Estado, com participação dos seus destinatários.

Especificamente no que concerne ao *fomento financeiro* como instrumento de *execução* da política agrícola para o café, instituiu-se *contribuição parafiscal* — CF, art. 149 e Instrução 205, de 12.05.1961, da SUMOC, revigorada pelo Decreto-lei 2.295/86 (adiante exposta), com a finalidade definida de beneficiar a cafeicultura, assegurando-se, inclusive, registro contábil distinto da receita dessa contribuição, que passou a integrar um *fundo* — Fundo de Defesa da Economia Cafeeira (Funcafé, criado pelo Decreto-lei 2.295, de 21.11.1986, depositado no Banco do Brasil para financiamentos — arts. 6.º e 7.º — adiante expostos), tudo sob gestão do IBC, que, como dito, adotava a modalidade *autárquica*.

Havia, destarte, uma limitação *conceitual* para a gestão desses recursos sob forma *empresarial*, que permitiria, não apenas a probidade nos financiamentos (*princípio da moralidade administrativa* — CF, art. 37), como a utilização com fins lucrativos, que ampliassem o volume de recursos destinados ao setor (*princípio da economicidade* — CF, art. 70).

Com a reformulação da estrutura administrativa iniciada pela Lei 8.029, de 12.04.1990 (art. 1.º, inc. I, *e*), que autorizou a extinção do IBC, concretizada pelo Decreto 99.240, de 07.05.1990 (art. 1.º, inc. I, *e*), dando-se início aos processos preparatórios de inventário e liquidação, para então dar-se a extinção, a gestão do Funcafé passou por uma peregrinação; pelo Decreto 99.244, de 10.05.1990 (art. 257, inc. II), o IBC passou a ser vinculado ao Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, que, pelo Decreto 344, de 20.11.1991 (art. 1.º), recebeu a gestão dos estoques governamentais de café, a cargo da Secretaria Nacional de Economia, bem como aqueles adquiridos com recursos do Funcafé (art. 2.º); a transferência deu-se de acordo com padrões definidos pela Secretaria de Administração Federal (art. 3.º), ficando o inventariante desobrigado dos procedimentos do Decreto 3, de 11.01.1991 (art. 6.º), que ficam a cargo da SNE (art. 8.º). Do Ministério da Fazenda, a gestão financeira e dos estoques de café (que não se confundem com os estoques reguladores a que se refere o art. 35 da Lei 8.171/91, que serão alienados em leilões em bolsas ou mediante licitação, para preservação dos preços — art. 3.º da Medida Provisória 293, de 17.01.1991, convertida na Lei 8.174/91), foram transferidos para o Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo (Decreto 943, de 30.09.93, art. 1.º, incs. I e II), cabendo a este Ministério a política relativa ao café (Medida Provisória 1.226, de 14.12.1995, art. 14. inc. X, *h*, que dispõe sobre a Organização da Presidência da República e dos Ministérios).

Impõe-se, pois, uma definição para a condução dessa parcela de atividade financeira com destinatário específico que, à luz dos citados princípios da legitimidade, da economicidade e da abstenção, em especial, deve ser atribuída aos representantes do setor cafeeiro, ainda que sob diretrizes e controles do Estado (mas com uma visão empresarial, que agilizará e estimulará o funcionamento da máquina e o crescimento do setor).

Dar-se-á, assim, execução ao que foi almejado com a criação do IBC quando, no art. 33 da Lei 1.779/52 se especificava que, em caso de sua extinção, a destinação de seu acervo obedecerá ao que foi estabelecido pelas entidades representativas da lavoura. A correta compreensão das características do fundo e da contribuição a ele destinada ensejará um melhor entendimento da motivação para aplicação do princípio da legitimidade.

2. Fundos especiais

As ações do governo se pautam, basicamente, na captação de recursos — através da cobrança de tributos e exploração de seus bens e serviços — e na sua aplicação visando a atender às necessidades da coletividade. Tais recursos podem ser administrados de forma direta ou indireta, conforme a condução política da atividade financeira do Estado. A constituição de fundos especiais reflete uma destas formas, servindo como um fator de desenvolvimento da Administração que busca alcançar resultados práticos e satisfatórios.

A disciplina legal destes fundos tem sede nos arts. 71 a 74 da Lei 4.320 de 17.03.1964 — que foi recepcionada pela Constituição Federal na qualidade de lei complementar — e que estatui normas gerais de direito financeiro. O art. 71 deste diploma legal define fundo especial como sendo o produto de receitas especificadas que, por lei, se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação.

Extrai-se, daí, que é pressuposto para a instituição do fundo que a receita seja específica, estando determinada na lei que o instituir. O Estado, portanto, destaca, afeta uma parcela do orçamento, vinculando-a a um objetivo específico. Há, deste modo, uma estrita correlação entre a receita arrecadada e o fim almejado pela Administração, de modo que, de antemão, já se sabe como e onde serão aplicados os recursos. Limita-se a liberdade do administrador, posto que há uma especialização das finalidades com que serão dispendidos os recursos orçamentários.

A instituição de fundos de qualquer natureza deve ser necessariamente precedida de autorização legislativa, nos termos do art. 167, inc. IX, da CF, reforçando o que já estava expresso no art. 71 da Lei 4.320/64. Existe, ainda, a vedação da vinculação de receitas de impostos (e não contribuição) a fundos, consubstanciado no art. 167, inc. IV, da CF.

No que tange à contabilidade dos fundos especiais, eles apresentam os seus próprios orçamentos, que servem, para demonstrar a origem dos recursos, bem como a iniciação de sua aplicação, o que não se confunde com o fato da aplicação das suas receitas orçamentárias estarem incluídas em dotação genérica consignada na Lei de Orçamento ou em créditos adicionais, nos termos do art. 72 da lei 4.320/64.

Quanto à extinção dos fundos, determinou o legislador constituinte, no art. 36 do ADCT, que aqueles existentes na data da promulgação da Constituição, executados os resultados de isenções fiscais que passem a integrar patrimônio privado e os que interessem à defesa nacional, extinguir-se-ão, se não forem ratificados pelo Congresso Nacional no prazo de dois anos. Comentando sobre o referido artigo, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes lecionou o seguinte:

"Convém acentuar, todavia, que a extinção de um fundo não poderia ser disciplinada de forma tão singela eis que os créditos estavam afetados, e, no mínimo, dever-se-ia considerar a necessidade de rigorosa prestação de contas e julgamento antes da extinção." (*Fundos Especiais*. Boletim de Direito Administrativo n. 9, setembro de 1992, p. 531).

Entretanto, após o decurso do biênio estabelecido no dispositivo constitucional, adveio a Lei 8.173, de 30.01.1991, dispondo no art. 6.º e parágrafos que estes fundos estariam recriados temporariamente, vinculando a sua extinção ao final do primeiro exercício financeiro subseqüente à publicação da Lei Complementar de que trata o art. 165, § 9.º da CF, que ainda não foi editada. Muito

embora a questão seja polêmica, é certo que os fundos consistem num patrimônio público afetado a um fim, e como tal a sua desafetação só poderia se dar através de autorização legislativa. Tal lei, no entanto, pode ser de duvidosa constitucionalidade em razão de alterar a finalidade da constituição do patrimônio.

Em regra, não se vislumbra nos fundos especiais personalidade jurídica, sendo, portanto, inaptos para contrair direitos e obrigações. A gestão de tais recursos é que pode ser concedida a um órgão da própria Administração Pública, ou então a uma pessoa jurídica, em decorrência do poder descentralizador do Estado, podendo a descentralização operar-se tanto para entidade da Administração, como para particular. O importante não é a personalidade do gestor, mas a autonomia da gestão de uma verba específica.

Neste sentido, leciona Caio Tácito:

"Trata-se de um hábil processo de organização administrativa, que possibilita, com adequada flexibilidade e unidade programática, a manipulação dos recursos em benefício do estímulo planejado à economia nacional.

Os fundos têm, declaradamente, caráter contábil e natureza financeira. Quer sejam instituídos diretamente em lei, quer resultem do uso, pelo Executivo, de autorização legal (como, no caso da consulta, a do art. 69 da Lei 4.728, de 1965), a sua gestão é atribuída a órgãos preexistentes na organização dos serviços públicos, isolados ou agrupados em organismos colegiados." (*Fundos especiais — natureza jurídica — registro no Tribunal de Contas*. Revista de Direito Administrativo. v. 85. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, jul./set. 1966. p. 335 a 341).

No caso do Fundo de Defesa da Economia Cafeeira — Funcafé — criado pelo Decreto-lei 2.295, de 21.11.1986, a sua gestão ficou a cargo do Ministério da Indústria e do Comércio, auxiliado pelo Conselho Nacional de Política Cafeeira, de acordo com o Decreto 94.874, de 15.09.1987. Os recursos específicos para a estruturação do Funcafé estavam consignados no art. 2.º deste decreto, e se constituíam no produto da arrecadação da quota de contribuição instituída pelo Decreto-lei 2.295, de 21.11.1986, nas doações realizadas por entidades nacionais ou internacionais, públicas ou privadas, e no retorno das aplicações especificadas no art. 4.º, incluindo o produto da venda dos estoques reguladores adquiridos com recursos do Funcafé. O parágrafo 1.º deste dispositivo legal disciplinava que também constituirão receita do Funcafé os resultados da aplicação de suas disponibilidades financeiras em títulos do Tesouro Nacional, através do Banco Central do Brasil, bem como os superávits financeiros verificados em 31 de dezembro de cada ano. O suporte financeiro deste fundo reside, portanto, na soma de todas estas receitas.

A maior fonte de recursos do Funcafé é proveniente da contribuição incidente sobre as exportações de café. A referida contribuição, que tinha sido extinta pelo Decreto-lei 2.197 de 26.12.1984, voltou a ser cobrada através do Decreto-lei 2.295, de 21.11.1986.

O valor da quota de contribuição, destinada ao Funcafé, é fixado em dólar ou o equivalente em outras moedas, por saca de 60 quilos de café, conforme estabelecido no art. 3.º do supracitado Decreto-lei.

Consoante o sistema tributário nacional, tal contribuição classifica-se na espécie de tributo denominada contribuição parafiscal, prevista no art. 149 da CF; é devida pelos indivíduos que compõem determinados grupos a uma entidade que tenha competência de arrecadação conferida pelo Estado, para o

atendimento de suas finalidades. É chamada de "parafiscal" porque não precisa ser arrecadada pelo Estado, como os demais tributos (fiscais), podendo caber a cobrança a uma entidade dotada de autonomia administrativa e financeira, ou seja, entidades paraestatais ou autárquicas, como no caso do Instituto Brasileiro do Café.

Há divergência doutrinária quanto ao citado caráter tributário. Morselli ("Le Finanze Degli Enti Pubblici non Terrotoriali", RSLF, 1951, *apud* Rosa Junior, Luiz Emydio F. da, *Novo manual de direito financeiro e direito tributário*. 6.ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 1990, p. 265), entende que as contribuições parafiscais caracterizam-se por ter natureza jurídica própria e distinta dos tributos, já que estes qualificam-se pelo aspecto fundamentalmente político, enquanto aquelas visam a atender exigências econômico-sociais.

Outras controvérsias existem sobre a natureza jurídica do tributo e baseiam-se em considerações práticas. Isto porque a Constituição Federal, em seu art. 145, enumerou as espécies tributárias como sendo os impostos, taxas e contribuições de melhoria, dando a vaga impressão de que só existem as referidas espécies no ordenamento jurídico pátrio. No entanto, e numa interpretação sistemática da Carta Constitucional, é de se notar que no capítulo concernente ao "Sistema Tributário Nacional" também são definidos e tratados as contribuições parafiscais e empréstimos compulsórios, o que veio a colocar uma pá de cal no assunto, definindo, por vez, a natureza tributária; faltaria definir se seriam uma subespécie de imposto ou de taxa.

Com efeito, Celso Ribeiro Bastos (*Curso de direito Financeiro e de direito tributário*. 3.ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 159-160) sustenta que a contribuição tem características de *impostos com finalidades específicas* e mantém seu ponto de vista na medida em que entende que a Constituição Federal só mencionou as três espécies supracitadas, não se referindo às contribuições.

Só que, justamente, é peculiar do imposto não vincular a Pessoa Jurídica de Direito Interno a qualquer obrigação específica; por isso, uma de suas características é a ausência de contraprestação, ou seja, o referido tributo é devido pelo contribuinte, e o Estado não lhe deve qualquer retorno específico. Ricardo Lobo Torres (*Curso de direito tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 335) afirma que estas assemelham-se aos impostos "porque os respectivos fatos geradores aperfeiçoam-se tão logo ocorra a situação descrita em lei".

Quanto à taxa, as semelhanças situam-se por serem ambas remuneratórias de serviço público, embora não exista proporcionalidade entre o valor pago e a contraprestação dos serviços prestados na contribuição. Além disso, a taxa é a remuneração da prestação do serviço público específico e divisível, enquanto a contribuição parafiscal corresponde à atividade indivisível da Administração, ou seja, os beneficiários dos serviços não são identificados, já que a finalidade é atender aos objetivos da própria entidade que recolhe o tributo, e não das pessoas que a compõem.

Por tais motivos, as contribuições são tributos de natureza jurídica distinta dos impostos e das taxas. Há outras características que delimitam a abrangência deste instituto. Consoante o estabelecido pelo art. 149 da CF, as contribuições parafiscais funcionam como "instrumento de atuação" de sua área, o que as diferencia também dos demais tributos, porque estas destinam-se à própria *finalidade* da instituição que cobra o tributo.

Segundo o art. 149 da CF, as contribuições parafiscais podem ser de intervenção no domínio econômico; de

interesse de categorias profissionais ou econômicas; e de seguridade social. A contribuição de que trata o art. 2.º do Decreto-lei 2.295/86 é verdadeira contribuição de intervenção no domínio econômico. Com efeito, as referidas contribuições intervêm diretamente no órgão competente para a sua arrecadação. Não é que os tributos não sejam instrumento da intervenção do Estado na economia, muito pelo contrário, essa também é uma de suas finalidades; só que esta espécie de contribuição exerce influência apenas sobre aquele setor determinado, servindo muitas vezes de fomento para que a entidade recolhedora realize seus objetivos.

É assim com relação à contribuição instituída pelo Decreto-lei 2.295/86. Seu recolhimento tem objetivo de obter recursos financeiros para serem utilizados em proveito do FUNCAFÉ.

O conjunto dos recursos formadores do FUNCAFÉ está destinado a um fim específico; afinal, como visto, é indispensável a vinculação entre a receita obtida, fonte do fundo, com o objetivo determinado pela Administração Pública. O art. 1.º do Decreto 94.874/87 estabelece que o FUNCAFÉ destina-se ao financiamento, modernização, incentivo à produtividade da cafeicultura, da indústria do café e da exportação; ao desenvolvimento de pesquisas, dos meios e vias de transportes, dos portos, da defesa do preço e do mercado, interno e externo, bem como das condições de vida do trabalhador rural. Estes são, em linhas gerais, os objetivos que refletem a intenção do Estado em fomentar a atividade de cafeicultura; sendo o fomento uma das atividades da Administração Pública, pode ser operacionalizado dentro das formas de descentralização existentes, ficando para o Estado o papel de fiscal da ordem econômica e no exercício, apenas excepcional, da atividade econômica.

3. Técnicas de descentralização da gestão do Funcafé

O aparecimento das diversas estruturas de se desenvolver uma atividade de administração pública se faz independentemente de qualquer rigidez quanto às figuras existentes. Cabe ao administrador, sempre com respeito aos princípios da legalidade, moralidade, publicidade e impessoalidade, elencados no art. 37 da CF, buscar a melhor opção de satisfação ao interesse público, tendo em vista as necessidades atuais e em constante mutação da coletividade.

Aliás, sobre essas incessantes alterações nas formas de exercício e titularidade da atividade da administração pública, Leon Frejda Szklarowsky assim se pronuncia:

"É verdade que para o Decreto-lei 200, e para a doutrina, a Administração Federal indireta compõe-se das autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, o que é corroborado pelo art. 37 da CF; todavia, há de se lembrar que a Carta Maior alterou fundamentalmente arcaicos conceitos e alargou sobremaneira os institutos, outrora encerrados em estreitas avenidas, devendo se repensar nesse decreto-lei, em vista das inovações constitucionais. Vejam-se, entre outros, os arts. 22, inc. XXVII, 71, inc. II, 163, § 3.º, 165, § 5.º, inc. I, 173, § 1.º da CF" (RT, 669, jul. 91, p. 41).

Ultrapassada esta primeira premissa, de cunho indispensável para a solução da questão, passa-se a uma explanação da organização, centralizada e descentralizada, da Administração Pública.

Portanto, no intuito de assegurar as diversas e constantes necessidades da coletividade, a Administração Pública deve organizar uma série de atividades, cujo número aumenta a cada dia. Assim, a gestão destes serviços constitui um dos principais fins do Estado e, para

garantir qualidade nesta prestação, o Estado pode desempenhar por si só estas atividades, criar uma entidade descentralizada especializada, ou delegar a particulares esta incumbência, sempre definindo as condições através das quais terceiros poderão se desenvolver.

Na primeira hipótese, cogita-se da chamada Administração Direta ou Centralizada — que são as entidades políticas criadas pela Constituição, com a repartição de funções entre os seus respectivos órgãos, fenômeno a que se dá o nome de desconcentração; no segundo caso, trata-se da Administração indireta, que engloba as figuras da autarquia, sociedades de economia mista e empresas públicas; por último, a descentralização por delegação, na qual é transferido para terceiro, estranho à estrutura da Administração Pública direta e indireta, a execução temporária de atividades. Caio Tácito (op. cit. p. 338) relaciona ainda uma forma intermediária, onde a descentralização não chega à personalização do serviço, conferindo-lhe uma autonomia de gestão no campo financeiro:

"São serviços relativamente autônomos, que permanecem integrados na personalidade jurídica centralizada — União, Estado-membro, município ou Distrito Federal — usufruindo, no entanto, de capacidade jurídica para a prática de certos atos.

É figura que se aproxima do modelo francês da *déconcentration* que, como informa a doutrina, libera, em benefício de órgãos locais, certos poderes de decisão administrativa, sem alcançar, contudo, a *descentralisation*, cuja característica essencial é a outorga de personalidade jurídica ao ente administrativo (ver: Marcel Waline, *Droit Administratif*, — 8.ª ed., 1959, p. 433, p. 268; Jean Rivero, *Droit Administratif*, 1960, p. 262; Georges Vedel, *Droit Administratif*, 1959, p. 416; André de Laubadère, *Droit Administratif*, 2.ª ed., 1957, p. 71).

Os fundos contábeis de natureza financeira correspondem, como o nome indica, à segregação de uma parcela da receita ordinária ou extraordinária do Estado, imputando-lhe a aplicação a um órgão especial, distinto dos quadros burocráticos da Administração.

Com o advento do Decreto-lei 200, de 25.02.1968, a *descentralização* foi elevada à categoria de princípio da Administração (art. 6.º, inc. III), tendo, como uma de suas formas, os contratos com particulares (art. 10, § 1.º, *c*), sendo ainda prevista a racionalização, mediante simplificação, dos processos de controle (art. 14). Daí se falar nas modernas técnicas de descentralização pela via do acordo-programa, dos contratos de gestão, dos convênios, mencionando-se ainda os serviços sociais autônomos.

3.1 Criação de agência sob contrato de gestão

Uma das opções de gestão empresarial do FUNCAFÉ pode ser através da criação de uma empresa pública ou sociedade de economia mista com esta finalidade específica, em relação à qual o controle *finalístico* (dos fins da entidade) seria estabelecido através de *contrato de gestão*. Descentralizada a função sob a forma de empresa, poder-se-ia ajustar seu arrendamento ou gestão privada, de modo semelhante ao adotado, respectivamente, pelo Município do Rio de Janeiro quanto à RIOCOP (arrendada à EMOP), e pelo Estado do Rio de Janeiro quanto ao BANERJ (privatizando a gestão em caráter temporário para o Banco Bozano Simonsen).

O contrato de gestão tem como finalidade incrementar a eficiência e a competitividade da administração pública, de modo que se aproxime do regime das empresas privadas, para uma melhor consecução do interesse público; tem como metas a redução de controles e

outros fatores que impossibilitem ou dificultem a flexibilidade das ações das empresas estatais, e desde o início fixa os resultados pretendidos, de forma que sejam periodicamente aferidos. Enfim, pretende a modernização das empresas estatais.

O Decreto 137, de 27.05.1991, que instituiu o programa de gestão das empresas estatais e dá outras providências, estabelece, no § 1.º do art. 8.º, as cláusulas necessárias aos contratos de gestão, quais sejam os objetivos, as metas, os indicadores de produtividade, os prazos para a consecução das metas estabelecidas e para a vigência do contrato, os critérios para a avaliação de desempenho, as condições para a revisão, renovação, suspensão e rescisão, e as penalidades aos administradores que descumprirem as resoluções ou cláusulas contratuais. Vale lembrar, ainda, que os contratos de gestão deverão ser supervisionados pelo respectivo Ministério, e fiscalizados pelo Tribunal de Contas, que deverá verificar a legalidade, legitimidade, operacionalidade e economicidade de tais contratos.

O Poder Público pode ser autorizado a investir em sociedade privada o capital representado pelos recursos do Funcafé, fixando uma participação temporária; gerida a sociedade de forma lucrativa e recuperado o patrimônio investido, o Estado se retiraria, conservando apenas ações com poderes especiais (*golden share*) para fixar os objetivos sociais e controlar sua observância.

3.2 Serviço social autônomo

A criação de uma associação civil com posterior transformação, por lei, em um serviço social autônomo, nos moldes do SESI, SENAI, SENAC, SESC, SEBRAE, SENAR, SEST E SENAT também já foi ventilada (*Revista do Café* — Especial — Março/Junho — 1993 — editada pelo Centro do Comércio de Café do Rio de Janeiro).

Os serviços sociais autônomos, embora em regra custeados por recursos públicos (com destaque para as contribuições parafiscais), têm personalidade de direito privado, não integrando a Administração Pública nem gozando de privilégios administrativos; no entanto, não têm finalidade lucrativa, realçando-se (como o próprio nome já diz) o seu caráter social e assistencial.

Por este fato, não se afigura a melhor opção, posto que busca-se uma gestão empresarial do fundo, cuja função é de fomento financeiro, instrumento de *ordenamento econômico* — funções administrativas distintas.

3.3 O convênio

Em geral, a expressão "convênio" representa acordo entre entidades que, uma vez agrupadas, formam um bloco de interesses comuns. Todavia, a natureza dos convênios é debatida na doutrina, principalmente quanto à sua distinção com os contratos. A melhor doutrina, no entanto, classifica o convênio como espécie de *acordos*, gênero no qual se enquadram os consórcios e os acordos-programa; assim, no contrato cada parte tem como finalidade um resultado diferente, ao passo que, nos acordos, os partícipes desejam obter no final o mesmo resultado; há uma união para a satisfação do interesse comum.

Esta também é a lição de Hely Lopes Meirelles, *in verbis*:

"Convênio é acordo, mas não é contrato. No contrato, as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio, os partícipes têm interesses comuns e coincidentes. Por outras palavras: no contrato há sempre duas partes (podendo ter dois signatários); uma, que pretende o objeto do ajuste (a obra, o serviço etc.); outra, que pretende a

contraprestação correspondente (o preço, ou qualquer outra vantagem), diversamente do que ocorre no convênio em que não há partes, mas unicamente *partícipes* com as mesmas pretensões." (*Direito Administrativo Brasileiro*, 18.ª ed., São Paulo, Malheiros, 1993, p. 354.)

Desta forma, se cogita, por exemplo, da celebração de um convênio para regular o acordo realizado entre os produtores de café para a defesa de interesse comum com o Poder Público, que é a condução da política agrícola para o café. Nesta hipótese, observada as cláusulas do art. 116 da Lei 8.666/93, é fixado o objeto de interesse comum e os critérios de controle do resultado.

Como demais características do convênio, pode-se ressaltar que: não há a criação de uma nova pessoa jurídica (nada impedindo, entretanto, que seja nomeada ou criada pessoa diversa para cuidar da *execução* do convênio, que funcionará como um *gestor do acordo*, com o objetivo de flexibilizar a administração de recursos); o convênio poderá ser denunciado a qualquer tempo, cabendo aos convenentes as vantagens auferidas e a responsabilidade pelas obrigações contraídas ao tempo em que voluntariamente participaram do acordo; no convênio, podem participar pessoas públicas de qualquer espécie, ou qualquer destas com pessoas privadas; não há necessidade de autorização legislativa para a celebração do convênio, uma vez que tal obrigatoriedade feriria o consagrado Princípio da Independência dos Poderes.

O convênio pode ser celebrado tanto com uma empresa privada de propósito específico, com o objetivo de gerir em caráter contínuo e lucrativo o fundo, como com uma entidade civil sem fins lucrativos — como, no caso, o CNC (Conselho Nacional do Café) ou a ABIC (Associação Brasileira de Indústria do Café), cujo interesse é *comum* com o Estado, qual seja, o incremento da atividade cafeeira. Esta entidade, por sua vez, poderia contratar com terceiros a gestão, em bases empresariais, do fundo sob sua administração, vinculada aos objetivos do convênio. Remarque-se a importância dessas entidades de autoregulação de interesses no seu papel de intermediação entre a sociedade e o Estado; elas não se destinam meramente à persecução de interesses privados, mas sim a atuar em conjunto e até substituir a ação do Estado, já que são segmentos específicos de representação da própria sociedade.

3.4 Acordo programa

O contrato é o meio de se realizar a ação administrativa com a colaboração do particular. Dar-se-á, então, um acordo de vontades com uma empresa ou pessoa jurídica de direito privado de fora da Administração.

Entretanto, como já foi dito anteriormente, a evolução das relações entre a Administração Pública e os particulares sugere uma maior flexibilidade na atuação destes últimos, pois o *princípio da liberdade contratual*, de enorme importância na teoria geral dos contratos, nada mais é do que, a nível constitucional, corolário do princípio da livre iniciativa — art. 170 da CF — que, por sua vez, é o sustentáculo da atuação estatal na atividade econômica. As modernas técnicas de descentralização, frise-se, não podem estar sujeitas, emperradas (ilegítimas, portanto) pela burocracia a que se submete o Estado.

Daí a origem do "acordo-programa" que, inserido na categoria dos acordos administrativos ao lado dos convênios e consórcios, tem como finalidade somar os meios de intervenção estatal com a estrutura liberal dos contratos. É, no dizer de Cabral de Moncada, uma subs-

tituição da intervenção unilateral do Estado por uma intervenção atrativa (objetivo cit. p. 380/381).

Seria uma forma do particular prestar determinada atividade, ou submeter-se a dado comportamento conforme prévia e estabelecida política intervencionista. O objetivo a ser alcançado aqui é o próprio conteúdo do contrato.

As vantagens adviriam de uma facilitação do desempenho, pela Administração, das tarefas que lhe foram cometidas por lei.

Apesar de também figurar como uma nova contribuição, o acordo-programa não se confunde com o contrato de gestão. No primeiro, a Administração estabelece um plano de ações e resultados a atingir, comprometendo-se a assegurar liberdade e autonomia ao contratado para o desempenho de suas funções, ajustando-se lucros e riscos que devem ser assumidos na operação. No contrato de gestão, o objetivo é resgatar a filosofia do controle finalístico das entidades da Administração Pública indireta e fundacional, cujas autonomias asseguradas por lei foram descaracterizadas pelo excessivo número de instrumentos de controle administrativo introduzidos pela Administração direta.

Por fim, a figura do acordo-programa não tem a natureza de contrato autêntico. Tratando-se de ato administrativo preparatório (na terminologia do precitado autor português), ocorre uma liberdade que é atribuída ao contratado, que se torna, desta forma, parceiro da Administração na realização de um objetivo comum, distinguindo-se do contrato, onde os interesses são opostos.

3.5 Contrato bancário

Poder-se-ia, então, cogitar da entrega do patrimônio do fundo em questão, ou com sua devida transformação em títulos bancários, a uma instituição financeira.

Assim, poderia ser realizado um contrato bancário que estipulasse a *custódia* e a administração das sacas de café — ou de seus títulos. A custódia, advindo da necessidade de se proteger a riqueza mais exposta seria, neste sentido, combinada com a respectiva e indispensável *administração* deste patrimônio, fenômeno expressivo da especialização bancária.

Tal administração consistiria em não apenas receber e conservar os bens dados em custódia, mas em promover, no interesse do proprietário, todas as medidas necessárias para torná-las produtivas, ou seja, conferir uma destinação de aplicação dos recursos advindos das sacas de café. Desta forma, não se limitaria o banco à manutenção do *statu quo* do que lhe foi dado em guarda, mas em promover, tempestivamente, e de acordo com comissão previamente estipulada, os dividendos e frutos decorrentes dos títulos (custódia qualificada).

Este contrato, de natureza bancária, não levaria a gestão do fundo para os interessados do setor cafeeiro, podendo, até mesmo, esgotar-se no âmbito da própria administração, através de instituição financeira oficial.

Ainda no campo do direito bancário, há opção mais complexa, de criação de fundo de investimento com emissão de títulos lastreados nas sacas de café existentes, o que deveria obedecer disciplina fixada em lei complementar (CF, art. 163, inc. IV) e regulamentação do Banco Central (CF, art. 164, § 2.º). Sobre a valorização dos títulos o Banco (que poderia ser oficial) receberia uma comissão.

Com ele não se confunde, e descabe mencionar como técnica de descentralização a utilização do *warrant*, que é mera substituição da mercadoria depositada em armazém por documento representativo de seu teor, que adquire condições de circularidade como título

de crédito (representativo da propriedade do item depositado).

São opções que pouco envolvem os destinatários do fundo e devem ser afastadas pela aplicação do princípio da legitimidade.

4. Conclusão

Em resposta à consulta, pode-se afirmar que a gestão do fundo de fomento à cafeicultura pode ser descentralizada a particulares; nesta opção, a escolha do parceiro da Administração deve recair, primeiramente, sobre os destinatários da atividade, i.e., os profissionais do setor cafeeiro; do contrário, qualquer contratação exigiria licitação por força do princípio da impessoalidade (CF, art. 37), inexigível na hipótese anterior por ser inviável a competição em razão de soma de esforços comuns.

Dentre as técnicas de descentralização para particulares, a que mais simplesmente se aperfeiçoa é a celebração de convênio com entidade civil, já que dispensa a autorização legislativa (exigida para a criação de empresas estatais ou para a criação ou transformação de associação em serviço social autônomo) sem a criação de nova pessoa jurídica (já que pode ser partícipe do convênio entidade representativa do setor); a opção supera a celebração de acordo-programa, posto que este ainda não está positivado no direito pátrio, ao passo que o convênio tem sua disciplina regulada na Lei 8.666/93 (art. 116); não se discute, pois, eventual violação ao princípio da legalidade.

Ademais, a criação de agência ou empresa amplia a estrutura da Administração no momento em que se executa o Programa Nacional de Desestatização, sem falar no fato de que a gestão empresarial do fundo, caracterizando atividade econômica, não deve ser, primeiramente, atribuída ao Estado, em face do citado princípio da abstenção; as soluções de contratos bancários, por sua vez, afastam a gestão do fundo pelo próprio setor.

A opção por serviço social autônomo, que é instrumento de ordenamento social e não de ordenamento econômico, não se revela a mais adequada para as finalidades lucrativas de geração de frutos que ampliem os recursos do fundo.

A harmonização de interesses comuns no convênio possibilitará a utilização dessa parceria com entidades de autoregulação aproximando Estado e sociedade na execução da política agrícola (CF, art. 187) e no atendimento do interesse público.

É o parecer, s.m.j.

Rio de Janeiro, 12 de janeiro de 1996.

Aline Paola C.B.C. de Almeida

Flavio Amaral Garcia

Marcos Juruena V. Souto

Paolo Henrique Spilotros Costa

TEMAS POLÊMICOS DA SOCIEDADE POR QUOTAS — POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. CESSÃO DE QUOTAS, RESPONSABILIDADE E EXCLUSÃO DE SÓCIOS

CARLA IZOLDA FIUZA COSTA MARSHALL

SUMÁRIO: 1. Introdução — 2. Cessão de quotas; 2.1 Introdução; 2.2 Regras gerais; 2.3 Deliberações sobre Cessão; 2.4 Responsabilidade dos sócios cedentes e cessionário — 3. Responsabilidade; 3.1 Introdução; 3.2 Responsabilidade geral do sócio-gerente pelos atos de administração; 3.3 Responsabilidade tributária dos sócios — 4. Exclusão de sócio; 4.1 Introdução; 4.2 Deliberação da maioria; 4.2.1 Introdução; 4.2.2 Dissolução parcial — 5. À guisa de conclusão.

1. Introdução

O presente texto baseou-se em análise feita aos dados obtidos na pesquisa realizada sobre as Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada,[1] tendo em vista o material extraído da jurisprudência, doutrina e legislação, em termos de acórdãos dos principais tribunais nacionais.

Dos acórdãos analisados resultam os traços atuais da Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada, uma das modalidades de sociedades comerciais. Este tipo societário encontra-se previsto no Decreto 3.708 de 10.10.1919, que o disciplinou sem, contudo, conceituá-lo.

Cabem, aqui, algumas considerações antes de adentrarmos no tema propriamente dito.

Na verdade, o Decreto 3.708/19 traça rapidamente as linhas da sociedade por quotas de responsabilidade limitada, sem tecer maiores detalhes. Pelo contrário, a redação desta lei criou várias dúvidas. Por exemplo, o art. 2.º da chamada "Lei de Quotas" estabelece que o título constitutivo regular-se-á pelo Código Comercial, mas o art. 18 remete a regulamentação da sociedade por quotas para a Lei das S.A.

Em outra oportunidade, o mesmo art. 2.º afirma que a responsabilidade dos sócios é limitada ao total do capital social, dando a presumir que em caso de insolvência social os sócios podem ser compelidos a recompor o capital social. Porém, o art. 9.º determina que a responsabilidade dos sócios é só pela integralização do capital social subscrito.

Para além destes aspectos contraditórios, o caráter sucinto e resumido da Lei das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada — apenas 19 artigos — deixou várias matérias sem regulamentação expressa.

É certo que essa frugalidade legislativa tem a enorme vantagem de deixar ampla liberdade às partes para contratar as cláusulas que melhor se adaptem à sua situação.

(1) Ver obra completa, recém-lançada, na qual baseou-se o presente artigo, da Bastos, Aurélio Wander Chaves e Marshall, Carla Izolda Fiuza Costa. "Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada. Doutrina, Legislação, Jurisprudência", Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1995.

No entanto, a ausência de estipulação contratual, combinada com a ausência de solução legal expressa, cria um vazio normativo que os tribunais têm sido obrigados a preencher.

Deste modo, a análise feita a partir da jurisprudência pesquisada e sistematizada tem o mérito de colocar em evidência os pontos mais controversos e também menos regulamentados pelo direito positivo e pela vontade das partes.

Esses pontos são os seguintes: cessão de quotas, responsabilidade do sócio-gerente, responsabilidade dos sócios e exclusão de sócios, conforme será visto.

Pode-se observar, por outro lado, que existem temas relativos à sociedade por quotas, tais como denominação social, cisão da sociedade, transformação, uso de firma social, que não são, ou não têm sido tratados por nossos tribunais.

A questão que fica é saber-se se a ausência ou relativa escassez de acórdãos sobre estes assuntos não demonstra a inadequação do sistema judiciário atual para a solução dos litígios urgente entre os sócios.

Em verdade, é possível até que, muitas vezes, os próprios sócios litigantes prefiram solucionar tais problemas fora da órbita do Poder Judiciário, ou seja, através de acordo/transação, o que pode demonstrar uma não absorção desses conflitos pelo poder competente.

Passamos daqui em diante a tecer maiores considerações acerca dos temas mais polêmicos e controvertidos levados aos nossos tribunais, circunscritos no período que vai de 1981 até 1992, e que giram à volta de cessão de quotas, responsabilidade de sócio e exclusão de sócio.

2. Cessão de quotas

2.1 Introdução

Da análise jurisprudencial feita pode-se identificar que a questão cessão de quotas vem sendo motivo de reiteradas discussões.

Há uma preocupação bastante acentuada no que se refere à cessão de quotas, especialmente para terceiros, estranhos à sociedade, e também a cessão total das quotas pertencentes a determinado sócio.

Para que se possa estabelecer o entendimento dos tribunais necessário se faz que, desde já, identifiquemos alguns pontos, tais como:

a) a sociedade por quotas é de natureza preponderantemente personalística ou capitalística;

b) qual o entendimento doutrinário acerca da disposição ou não no contrato social quanto à possibilidade de transferência de quotas;

c) haverá ou não a permanência do sócio-cedente na sociedade;

d) como fica o direito de preferência dos demais sócios;

e) qual a responsabilidade do sócio-cedente relativamente às obrigações contraídas antes da cessão, e também após a mesma;

f) qual a responsabilidade do cessionário relativamente às obrigações supracitadas.

2.2 Regras gerais

Já quanto ao primeiro ponto levantado não existe consenso na doutrina comercial. A natureza jurídica da sociedade por quotas de responsabilidade limitada é questão por demais controversa. Ressalte-se o fato de que este tem sido um dos problemas cruciais enfrentados por esta modalidade societária tão difundida em todo o mundo.

Alguns doutrinadores a caracterizam como sendo sociedade de pessoas, outros como sendo sociedade de capital, e há ainda aqueles que a caracterizam como mista ou híbrida. Vamos proceder à análise a partir de cada perspectiva.

Todavia, não cabe aqui tecermos considerações acerca de qual corrente vem a ser a verdadeira e daquela que deve ser adotada.

Partindo-se da premissa de que a sociedade por quotas de responsabilidade limitada constitui uma sociedade de pessoas, prevalecendo o *intuitu personae*, a cessão de quotas dependerá do assentimento dos demais sócios.

No entanto, o contrato social poderá estipular diferentemente, posto que se trata de matéria de livre disposição das partes contraentes.

Desta forma, para a corrente que adota a compreensão de que a sociedade por quotas tem cunho preponderantemente personalístico, pode-se entender que em não havendo estipulação no estatuto ou contrato social aplicar-se-á o disposto no Código Comercial em seu art. 334, que serve de fonte supletiva à Lei de Quotas. O artigo em questão preceitua que "a nenhum sócio é lícito ceder a um terceiro, que não seja sócio, a parte que tiver na sociedade, nem fazer-se substituir no exercício das funções que nela exercer, sem expresso consentimento de todos os outros sócios; pena de nulidade do contrato; mas poderá associá-lo à sua parte, sem que por esse fato o associado fique considerado como membro da sociedade."

O professor Rubens Requião[2] acrescenta que: "a cessão de cota do sócio, (...) depende do assentimento dos demais sócios. Esses podem, no contrato, estabelecer a dispensa dessa anuência, pois a norma é dispositiva. O direito do sócio, pois, é renunciável, e pode ele consentir previamente que qualquer pessoa ingresse na sociedade, ou por meio de aumento de capital ou por via de cessão de cotas de outro sócio. Mas se o contrato silenciar, vige a regra do art. 334, e a cessão se torna impossível juridicamente, a não ser que todos os sócios concordem com a cessão, em documento expresso."

A doutrina, no entanto, não é pacífica quanto a este entendimento. Aqueles que entendem que a sociedade por quotas é uma sociedade preponderantemente de capital, e como tal aplicável ao caso a Lei das S.A., como fonte subsidiária, reiteram sua posição alegando que nada dispondo o estatuto ou contrato social acerca da possibilidade de transferência de quotas, esta será possível, independentemente do consentimento dos demais sócios. Este o entendimento encabeçado por João Eunápio Borges.[3]

O doutrinador Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto,[4] em sua obra "A Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada", expressa sua preocupação acerca de tema tão importante, afirmando que "a transferência de cotas é matéria das mais graves e representa um dos mais sérios problemas a ser enfrentado pelos doutrinadores e legisladores". Desta forma, adota tese intermediária e diversa das duas anteriores, sustentando, em resumo, que o Decreto 3.708/19, no tocante à transferência de quotas, afastou-se, tanto da Lei de S.A. quanto do Código Comercial, adotando princípios próprios. Atenua as duas outras correntes, alegando que basta o assentimento da maioria dos componentes da sociedade, e não a sua unanimidade.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, analisando a Ac 43.840-2, de 21.09.1982,[5] adota a tese de que a

(2) Requião, Rubens. "Curso de Direito Comercial", São Paulo, Saraiva, 1981, vol. 1, p. 332.

(3) Borges, João Eunápio. "Sociedade de Pessoa e Sociedade de Capital", Rio de Janeiro, Revista Forense, vol. CXXVIII/350.

(4) Peixoto, Carlos Fulgêncio da Cunha. "A Sociedade por Cotas de Responsabilidade Limitada", Rio de Janeiro, Forense, 1958, p. 208, n. 232.

(5) Todos os acórdãos que são citados neste artigo foram extraídos da pesquisa que

sociedade por quotas de responsabilidade limitada vem a ser uma sociedade de pessoas onde prevalece a *affectio societatis* sem desconsiderar o princípio da liberdade das convenções. Decide este Tribunal, expressamente, que: "em face do disposto no art. 334, do CC e do silêncio do Decreto 3.708/19, podem as partes pactuar que a cessão de quotas dependerá da anuência de todos, o que por alguns comentaristas é tido como radical, ou da maioria, que melhor se amolda à natureza jurídica da sociedade".

O mesmo Tribunal, em decisão da AC 112.512-2, de 13.08.1987,[6] permanece com tal entendimento, aplicando ainda, de forma supletiva, a disposição do art. 334 do CC quanto à transferência de quotas em virtude de decisão judicial decorrente de divórcio de sócio, afirmando que "a transferência de parte da cota social de sociedade de responsabilidade limitada, configurando sociedade de Segundo Grau, ou subsociedade, prevista nos arts. 334 do CC e 1.388 do Código Civil, não inclui o de participar dela como sócio". Concluindo com os ensinamentos de Clóvis Bevilaqua,[7] que "a razão é simples: o sócio não pode, sem aquiescência dos companheiros, como ocorre na espécie (...) introduzir um estranho na sociedade, porque, na sociedade comum, domina a consideração das pessoas, a confiança recíproca".

Ambas as questões merecem mais aprofundada análise, posto que estão intimamente ligadas. Quando o contrato estipula o mais, o menos já se encontra previsto. Ou seja, quando regula a cessão total de quotas, o entendimento acerca da transferência parcial já se encontra regulado. É uma questão de interpretação *a fortiori a maiori ad minus*. No que se refere tanto à transferência total das quotas como à parcial, há a necessidade de proceder-se à alteração do contrato social e posterior registro na Junta Comercial; quanto a isto não há dúvida.

2.3 Deliberação sobre cessão

Outra questão que nos cabe levantar e acerca da qual pairam dúvidas refere-se ao *quorum* necessário para aprovação desta alteração.

O art. 15 da Lei de Quotas nos diz que "assiste aos sócios que divergirem da alteração do contrato social a faculdade de se retirarem da sociedade, obtendo o reembolso da quantia correspondente ao seu capital, na proporção do último balanço aprovado (...)". Daí, pode-se concluir não ser necessário o voto de todos os componentes da sociedade para a transferência de quotas.

Emerge, entretanto, outro dado importante que é saber-se se é suficiente a vontade única e exclusiva do sócio-cedente para que a transferência se faça, quando o mesmo for sócio majoritário.

Admitir-se esta colocação equivale a dizer que o sócio majoritário tem total liberdade, permitindo-se inclusive que o quotista majoritário aja até mesmo contra o contrato social, pois bastaria a ele alterá-lo e submeter os demais sócios à sua vontade, o que evidentemente não é o caso, até porque a sociedade por quotas possui um cunho preponderantemente personalista, segundo a maioria dos doutrinadores.

Outro fato expressivo, e por isso mesmo merecedor de análise, é o que diz respeito ao direito de preferência dos demais sócios, tanto no caso de cessão total das quotas, como no de parcial.

resultou no livro de autoria de Aurélio Wander Chaves Bastos e Carla Izolda Fiuza Costa Marshall. RJTJSP, vol. 81, p. 192/94.

(6) RJTJSP, vol. 113, p. 293/5.

(7) Bevilacqua, Clóvis. "Código Civil", Rio de Janeiro, Francisco Alves, vol. V, p. 143.

É necessário que o contrato, segundo Egberto Lacerda Teixeira[8] nos ensina, regule meticulosamente a maneira pela qual esse direito de preferência será exercido, pois qualquer violação àquilo que dispõe o contrato social poderá servir de base para os sócios que se sentirem prejudicados oporem-se à cessão irregularmente realizada, por meio de ação anulatória.

2.4 Responsabilidade dos sócios cedentes e cessionários

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em decisão a AC 117.612-2, de 11.06.1987,[9] trata da questão da responsabilidade de sócio-cedente em relação a dívidas contraídas.

Egberto Lacerda Teixeira,[10] mais uma vez, nos vem elucidar enfatizando que "a cessão se opera entre cedente e cessionário", acrescentando que "se a cessão for total, desaparece o cedente e, em seu lugar, surge o cessionário. Se a quota do cedente ainda não estiver integralizada, o cessionário responderá perante a sociedade por sua integral realização." Completa o raciocínio mais adiante quando diz que "quanto a terceiros, o cedente não se desobriga inteira e imediatamente, no caso de retirada voluntária de sócios. Responderá ele, solidariamente, pelas obrigações sociais assumidas até a data da inscrição definitiva do instrumento de cessão no Registro de Comércio. Dúvidas persistem, na doutrina e nas hesitações, acerca da responsabilidade do novo sócio pelas obrigações contraídas anteriormente ao seu ingresso". No entanto, este mesmo autor considera que o mais ajustável ao princípio de defesa dos interesses de terceiros é no sentido de que o cessionário responda pelas obrigações anteriormente assumidas. A não ser que disponha diversamente o contrato de cessão. Na mesma linha é o entendimento de Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto.[11]

No acórdão supracitado, conclui aquele Tribunal dizendo que "nas sociedades limitadas o sócio-cedente responde pelo passivo social existente à data da sua retirada da sociedade, salvo se expressamente consignado no instrumento de cessão, disposição em contrário. Publicado o ato modificativo, no Registro de Comércio, qualquer nova operação passa a ser da exclusiva responsabilidade do cessionário. É óbvio que se os credores continuarem a negociar com a sociedade ou tiverem expressamente consentido com a retirada do sócio, desaparece toda e qualquer responsabilidade do cedente, vez que aí a responsabilidade social é encargo exclusivo dos novos figurantes".

No que se refere à questão relativa ao registro da alteração do contrato social no Registro de Comércio, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em decisão ao Al 587003195-Caxias do Sul, de 15.04.1987,[12] se manifesta no sentido de ser o mesmo indispensável. Justifica sua posição o tribunal gaúcho afirmando que, enquanto qualquer das partes não providenciar o registro da alteração contratual, não estará isento de responsabilidade obrigacional o sócio-cedente, seja ela anterior ou posterior à transferência. O instrumento particular, assinado pelo cedente e pelo cessionário, vale exclusivamente entre eles, não valendo *erga omnes*, até que se proceda ao registro da alteração contratual.

(8) Teixeira, Egberto Lacerda. "Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada", São Paulo, Max Limonad, 1956, p. 227/8.
(9) RJTJSP, vol. 109, pp. 199/200.
(10) Teixeira, Egberto Lacerda. Op. cit., p. 230.
(11) Peixoto, Carlos Fulgêncio da Cunha, op. cit., vol. I, p. 220.
(12) RJTJRGS, vol. 123, p. 239/41.

Completa o raciocínio, este Tribunal, quanto à falência desta sociedade, entendendo que "os presentantes legais da empresa falida são aqueles cujos nomes constam na Junta Comercial" e, ainda, que não se trata, no caso em questão, de sociedade de fato ou irregular, pois "do ponto de vista da legislação pertinente, vigem os arquivamentos na Junta Comercial e ali estão nomeados aqueles que a presentam".

3. Responsabilidade

3.1 Introdução

Outro ponto bastante controverso na jurisprudência coletada dos tribunais é o que diz respeito à responsabilidade geradora de penhora de bem particular dos sócios ou dos sócios-gerentes. Quanto à responsabilidade do sócio-gerente esta divide-se, ainda, em responsabilidade tributária pessoal do sócio-gerente e responsabilidade pelos atos de gestão em geral.

Para que possamos desenvolver esta temática será necessário que estabeleçamos certos conceitos indispensáveis ao desenvolvimento do raciocínio. Tal fato deve ser dar, especificamente, no que se refere à própria essência do que seja a responsabilidade limitada. Numa sociedade por quotas deste tipo entende-se que esta responsabilidade limitada não equivale à total irresponsabilidade por parte dos sócios quanto aos negócios sociais.

Com efeito, em duas oportunidades os sócios têm responsabilidade ilimitada. São as hipóteses do art. 10 e do art. 16 da Lei de Quotas.

No caso do art. 10 para que a responsabilidade seja limitada deverá aquele que gerencia/dirige a sociedade ater-se aos termos da lei e do contrato social, não contrariando qualquer dispositivo. Caso haja, por parte deste sócio, descumprimento em relação ao contrato ou à lei, o sócio-gerente poderá ser responsabilizado.

O outro dispositivo da Lei de Quotas que vem estabelecer o princípio da responsabilidade ilimitada dos sócios está contido no art. 16, que diz expressamente que: "As deliberações dos sócios, quando infringentes do contrato social ou da lei, dão responsabilidade ilimitada àqueles que expressamente hajam ajustado tais deliberações contra os preceitos contratuais ou legais." Na verdade, como se vê a seguir, o art. 16 tem sido usado muito mais como apoio do art. 10, do que como base para uma responsabilidade autônoma.

O preceito da responsabilidade ilimitada é bastante utilizado na jurisprudência dos tribunais. Cabe aqui ressaltar, apenas, que esta conduta do sócio — ou seja, agir com excesso de poder ou infração da lei ou do contrato — merecerá interpretações divergentes, tendo em vista o momento de sua averiguação. Ou seja, saber-se se basta a mera alegação desta conduta para que se proceda à penhora de seus bens particulares, ou se há a necessidade de anterior constatação do descumprimento legal ou contratual.

Na verdade, como se verá a seguir, o art. 16 tem sido usado muito mais como apoio do art. 10 do que como base para uma responsabilidade autônoma.

3.2 Responsabilidade geral do sócio-gerente pelos atos de administração

O STF, no Rex. 94.926-RJ, de 01.09.1981,[13] tratando da responsabilidade do sócio prevista no art. 10, ou seja, por atos de administração, manifestou-se no sentido de responsabilizá-lo somente quanto aos atos praticados com excesso de poder ou infração da lei, do contrato social ou dos estatutos.

(13) RTJ, vol. 103, p. 1.222/23.

O mesmo STF, no Rex 95.011-RJ, de 04.06.1982,[14] completou esta posição dizendo que os bens dos sócios quotistas só respondem pelas obrigações, quando devidamente contraídas em nome da sociedade. Esta responsabilidade se dará de forma solidária e ilimitada quando criada pelo sócio-gerente que agir com excesso de mandato, violação da lei ou do contrato (art. 10 do Decreto 3.708/19). Segue idêntico entendimento o Rex 97.529-RJ, de 08.04.1983,[15] da mesma Corte Suprema.

Outro fato que merece destaque diz respeito à prova quanto ao uso indevido pelo sócio-quotista/gerente de seus poderes, no sentido de contrair obrigações em nome da sociedade. Neste aspecto, para a doutrina a solução é que cabe ao exeqüente a prova da conduta faltosa do sócio, e a este a de que integralizou sua quota.

Tal é, por exemplo, o entendimento de Theotônio Negrão;[16] com efeito, o art. 596 do CPC determina que "os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei; o sócio, demandado pelo pagamento da dívida, tem direito a exigir que sejam primeiro excutidos os bens da sociedade". E o parágrafo deste mesmo artigo determina: "cumpre ao sócio, que alegar o benefício deste artigo, nomear bens da sociedade, sitos na mesma comarca, livres e desembargados, quantos bastem para pagar o débito".

O Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, na AC 187031554 — Canela, de 25.08.1987,[17] considera ser indispensável, para que a penhora se faça, a prova suficiente da violação, pelo ou pelos sócios, da lei ou do contrato social.

(14) RTJ, vol. 107, p. 1.080/82.
(15) RTJ, vol. 106, p. 878/79.
(16) Negrão, Theotônio. "Comentários ao Código de Processo Civil", 12.ª ed., São Paulo, Malheiros, 1983, p. 208, nota ao art. 596.2.
(17) JTAERGS, vol. 64, p. 388.

Este mesmo Tribunal, apreciando o AI 187034061 — Getúlio Vargas, de 05.08.1987,[18] expressa seu entendimento no sentido de que presume-se a dissolução irregular da sociedade quando houver a comunhão dos seguintes fatos: a) encerramento das atividades da sociedade no local onde foi constituída; b) transferência de domicílio do quotista majoritário para outro Estado da Federação; c) inexistência de quaisquer bens sociais no local onde a sociedade tem sua sede. Pela presunção de que houve dissolução irregular da sociedade sem a necessária e prévia liquidação das obrigações assumidas pela sociedade, admite-se a execução dos bens particulares dos sócios.

O Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo, apreciando a AC 391.183-1, de 23.08.1988,[19] abre mais um caminho para a compreensão deste assunto quando nos diz que se deve examinar a questão da responsabilidade dos sócios-quotistas "à luz da moderna doutrina do direito comercial, pois nenhum sentido tem e já tal orientação perde-se nas brumas do passado ultrapassado de que os sócios, uma vez integralizado o capital social passam a ser irresponsáveis na direção dos negócios sociais, inclusive nos danos causados a terceiro. A modernidade do direito, que ganha foros de vinculação com o social, não mais admite interpretação restrita. O sócio, ao assumir a responsabilidade de co-partícipe de uma entidade privada, assume os riscos inerentes ao negócio. É evidente que por se cuidar de sociedade limitada, a responsabilidade é limitada ao montante do capital social. Não aquele inicialmente contratado. Mas, o atualizado, de acordo com os índices de atualização monetária." Vai ainda mais além citando lição de

(18) JTAERGS, vol. 64, p. 388.
(19) JTACSP, vol. 113, p. 257/8.

Fran Martins,[20] na qual o mesmo diz ser "fácil a qualquer um montar uma empresa privada, geri-la de forma desconsertada e imprudente, maliciosa até e, posteriormente, convocado para responder por danos que a sociedade causou, aduzir, simplesmente, que, diante da integralidade do capital social, não mais responde por qualquer problema inerente à gestão das atividades empresariais. Assim, uma vez esgotado o patrimônio da sociedade, emerge a responsabilidade do patrimônio dos sócios".

3.3 Responsabilidade tributária dos sócios

Relativamente a outro aspecto da responsabilidade surge a questão que se refere à ocorrência de dívida para com o fisco, ou seja, a responsabilidade tributária dos sócios.

O STF, ao apreciar o Rex. 101.338-RJ, de 10.11.1984,[21] diz expressamente que: "os bens particulares dos sócios, integralizado o capital social, não respondem pela dívida fiscal da sociedade, salvo quando tenham agido com excesso de poderes ou infração da lei ou do contrato". No mesmo sentido, o Rex. 108.318-SP, de 15.04.1986.[22]

Nesta mesma linha, também o RN 583.024.732, de 16.05.1984,[23] do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, citando o voto do Min. Leitão de Abreu (RTJ, 85/947). Nesse acórdão se expressa a tranqüilidade que existe na jurisprudência, quanto a esta questão no Supremo Tribunal.

A tranqüilidade alegada se dá no sentido do entendimento de que as sociedades por quotas de responsabilidade limitada não são simplesmente de pessoa, porém sociedades mistas, de pessoas e capitais, onde os bens particulares dos sócios, uma vez integralizado o capital, não podem ser penhorados em razão de dívida fiscal da sociedade, salvo na hipótese de ter praticado o sócio ato com excesso de poder ou em infração à lei, contrato social ou estatuto.

Outra questão que inúmeras vezes vem à tona é a que se refere a constar ou não o nome do sócio na certidão da dívida ativa para que se proceda à sua citação e conseqüente penhora de bens.

Quanto a estas matérias, em especial o STF, no RE 95.125-RJ, de 25.05.1982,[24] entendeu que apesar de dispor o art. 202, inc. I do CTN que "o termo de inscrição da dívida ativa, autenticado pela autoridade competente, indicará obrigatoriamente: I — o nome do devedor, e, sendo o caso, o dos co-responsáveis, bem como, sempre que possível, o domicílio ou a residência de um e de outros", deve ser admitida a citação, independentemente de inclusão do nome na certidão da dívida, do sócio-gerente, quando se der o desaparecimento da sociedade sem deixar qualquer vestígio de seus bens ou, ainda, sem prova de sua regular dissolução.

Cabe aqui um esclarecimento quanto à certidão da dívida ativa. Trata-se de um título executivo extrajudicial que tem por fim a cobrança de dívida na qual é credora a Fazenda Pública. A certidão nasce de ato unilateral do Fisco, ou seja, sem a participação do devedor, e é baseada na análise dos livros contáveis deste último.

O STF, em exame ao RE 99.551-RJ, de 06.10.1983,[25] diz haver legitimidade passiva do sócio-gerente, em execução fiscal, quando se tratar das pessoas referidas no inc. III do art. 135 do CTN.

(20) Martins, Fran. "Sociedade por Quotas no Direito Estrangeiro e Brasileiro". Rio de Janeiro, Forense, vol. I, p. 353/4.
(21) RTJ, vol. 112, p. 812/15.
(22) RTJ, vol. 117, p. 894/96.
(23) RJTJRGS, vol. 106, p. 312/15.
(24) RTJ, vol. 106, p. 286/88.
(25) RTJ, vol. 106, p. 878/79.

Neste caso, são eles sujeitos passivos da obrigação tributária, na qualidade de responsáveis por substituição. Assim sendo, aplica-se-lhes o disposto no art. 568, inc. V, do CPC, muito embora seus nomes não constem no título extrajudicial. Conseqüentemente, podem ser citados e ter seus bens penhorados, independentemente de se verificar a ocorrência inequívoca das circunstâncias de fato aludidas no art. 135, *caput* do CTN, através de processo judicial prévio, o que poderá ser discutido em embargos de execução previstos no art. 745, *in fine* do CPC.

Reforça este entendimento a mesma Suprema Corte no Rex 96.095, de 06.09.1983,[26] quando diz que é incabível a penhora de bens dos sócios, indistintamente, sem qualquer prova de sua responsabilidade solidária. O que se admite é a possibilidade de penhora em bens do sócio-gerente, independentemente de ter ele figurado na certidão de inscrição da dívida da sociedade, desde que haja alegação de que agiu com excesso de poderes ou infração da lei ou do contrato social.

Corrobora com isso a lição de Amilcar de Castro[27] ao comentar o art. 568 e seus dispositivos do CPC. Segundo este autor: "responsável tributário passivamente legitimado não é precisamente a pessoa mencionada como devedor de impostos na certidão da dívida ativa, mas a pessoa definida como responsável na legislação fiscal".

Acrescenta ainda aquela Corte que "a inclusão do art. 568, inc. V, no atual CPC — que não distingue entre devedor solidário (hipótese do art. 134 do CTN) e responsável por substituição (espécie a que alude o art. 135 do mesmo Código) — se deu justamente para abarcar quaisquer responsáveis tributários que não o devedor reconhecido como tal no título executivo (art. 568, inc. I, do CPC), e isso em face das dificuldades teóricas, no particular, decorrentes do novo sistema de execução introduzido pelo Código de Processo vigente. Aliás, (...) em ambos os casos, para a fixação da responsabilidade, há a necessidade da aferição de circunstâncias de fato, pois se é certo que pelo art. 135 do CTN, as pessoas ali referidas só são responsáveis pelos atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, não é menos certo que, à vista do art. 134 do CTN, a solidariedade ali referida, como preleciona Aliomar Baleeiro[28] 'se estabelece só nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal por parte do contribuinte, se tais pessoas responsabilizadas intervierem nos atos tributados ou cometerem omissões de deveres que incumbiam, segundo a lei fiscal'."

Esta posição do STF implica dizer que não basta a prova, por exemplo, da filiação, para que o pai seja responsável pelo débito fiscal.

Note-se, finalmente, que embora sejam diferentes a execução por título extrajudicial e a antiga ação executiva, pode o executado naquela apresentar, em embargos à execução, qualquer defesa que lhe seria lícito deduzir no processo de conhecimento (art. 745, *in fine*, do CPC). Esta possibilidade, substancialmente, aproxima o novo instituto processual do anteriormente existente.

O mesmo entendimento é seguido no Rex 107.848-RJ, de 19.09.1986.[29] Ou seja, é considerado legitimado passivamente o sócio-gerente, independentemente de constar seu nome na certidão

(26) RTJ, vol. 109, p. 1079/1083.

(27) Castro, Amílcar de. "Comentários ao Código de Processo Civil". São Paulo, Ed. RT, 1976, vol. VIII, n. 30, p. 18.

(28) Baleeiro, Aliomar. "Direito Tributário Brasileiro", 8.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, p. 446.

(29) RTJ, vol. 121, p. 718/20.

da dívida ativa, para que seja citado e tenha seus bens penhorados, em função de obrigações assumidas pela sociedade, embora não tenham sido provadas as circunstâncias do art. 135, *caput*, do CTN. Bastando para tal a alegação de ocorrência dessas circunstâncias, o que será apurável posteriormente em embargos de execução.

Acompanham este mesmo raciocínio as decisões Ag 123.683-2-Guarulhos, de 09.11.1987,[30] do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e Ag. 587.047.499-Camaquã, de 22.09.1987,[31] do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Tal compreensão, no entanto, não é unânime, pois na apreciação feita pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na AC 84.733-2, de 13.02.1985,[32] fica evidente que o Relator do mesmo discorda da pronta citação e conseqüente penhora dos bens particulares do sócio-gerente.

Em especial, segundo o Relator do acórdão supracitado, que "é inaceitável, ao início da execução de um crédito tributário, tão-só por não ser encontrada a pessoa do devedor — uma sociedade, pessoa jurídica — ou seus bens, dirigi-la contra terceiro e pelo mero fato de ser este sócio ou sócio-gerente. A lei não contém essa autorização de privilégio, nem mesmo em se tratando de credor por força de descumprimento de obrigação tributária".

Ainda no mesmo acórdão, o Relator acrescenta que: "verifica-se, no CTN, em seu art. 202, que mesmo quando existem co-responsáveis, seus nomes deverão constar do termo de inscrição da dívida ativa, pressupondo estar o credor munido de prova, talvez até indiciária, de responsabilidade de alguém. Não será válido inserir nomes por mero capricho ou diletantismo mas, legítima inserção, a falta ou ausência de bens do devedor ensejará a constrição dos pertencentes ao co-responsável, se não o direcionamento da execução para ele. Não se vá ao extremo de afirmar que a falta de menção a nomes de outrem constituiu óbice irremovível para envolver terceiro na responsabilidade referente ao crédito tributário. Porém, impõe-se que o envolvimento aconteça — e os seus bens recebam a constrição judicial — diante dos dados demonstrativos, com alguma credibilidade, da participação em atos violadores do contrato ou da lei".

O Relator em questão vai ainda mais longe ao citar o Rex 100.384-7, transcrevendo parte dele: "não se aplica à sociedade por quotas de responsabilidade limitada o art. 134 do CTN; incide, sim, sobre ela, o art. 135, incs. I e III, do mencionado diploma legal, se o crédito tributário resulta de ato emanado de diretor, gerente ou outro sócio, praticado com excesso de poder ou infração da lei, do contrato social ou do estatuto".

No mesmo sentido deste acórdão do TJESP é a decisão da AC 123.687-2-Catanduva, de 19.11.1987.[33] Este Tribunal diz ser "inadmissível a execução sem a necessária citação do responsável, como aliás, a própria legislação (Lei 6.830/80, art. 4.°, inc. V) admite".

O entendimento do Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo na AC 399.423-2, de 18.10.1988,[34] é no sentido de considerar inadmissível a incidência sobre bens particulares de sócio sem que tenha sido citado em nome próprio para responder pela execução, ainda que exista prova da prática de atos com excesso de poder ou infração da lei, contrato social ou estatutos.

(30) RJTJSP, vol. 110, p. 249/51
(31) RJTJRGS, vol. 128, p. 345/7.
(32) RJTJSP, vol. 93, p. 122.
(33) RJTJSP, vol. 113, p. 118/9.
(34) JTACSP, vol. 114, p. 153/4.

4. Exclusão de sócio

4.1 Introdução

Com o intuito de delinearmos ao máximo a temática da exclusão de sócio, valemo-nos dos ensinamentos de Waldemar Ferreira Martins,[35] para quem "a retirada dos sócios, nos termos do art. 339 do CC resulta de duas situações distintas: a) a de despedir-se o sócio antes de dissolvida a sociedade. Acontece isso por via do contrato chamado de retirada de sócio. A retirada, ou despedida, efetua-se pelo consenso unânime dos sócios. As mesmas vontades, que coincidiram para a constituição da sociedade, operam, sem discrepância, para modificá-lo, regulando a situação de saída de um deles, a inteiro aprazimento geral; b) a de ser o sócio despedido antes de dissolvida a sociedade. Verifica-se, nesta hipótese, o contrato chamado de exclusão de sócio. Realiza-se sem o consentimento do excluído, à revelia e, em regra, contra a sua vontade. Se esta se manifestasse favoravelmente, ele não seria excluído: despedir-se-ia. A exclusão se dá, portanto, em vista de deliberação da maioria dos sócios, não de sua unanimidade (...). A deliberação, nesse sentido, todavia, carece ser justificada: a causa justa é essencial à validade do ato, nos mesmos casos em que a lei a permite".

O art. 339 do CC supracitado nos diz que: "o sócio que se despedir antes de dissolvida a sociedade ficará responsável pelas obrigações contraídas e perdas havidas até o momento da despedida. No caso de haver lucros a esse tempo existentes, a sociedade tem direito de reter os fundos e interesses do sócio que se despedir, ou for despedido com causa justificada, até se liquidarem todas as negociações pendentes que houverem sido intentadas antes da despedida".

Infere-se daí que a análise a ser feita do artigo em questão, quanto à exclusão de sócio, se dá no seguinte sentido: retira-se por livre e espontânea vontade e com a aquiescência de todos, ou seja, todas as vontades convergem neste sentido. Ou, então, retira-se sem haver vontade própria envolvida, ou seja, os demais deliberam acerca de sua saída. É o caso da exclusão propriamente dita, que decorre da vontade da maioria dos quotistas. No entanto, nesta hipótese, necessário se faz que haja motivação para que a retirada seja válida.

A perda da *affectio societatis* tem sido o principal motivo para justificar a exclusão do sócio.

Há, também, que haver a obediência, por parte dos sócios, ao contrato social e às disposições de lei, de acordo com o disposto no art. 291 do CC, que na íntegra nos diz que: "as leis particulares do comércio, a convenção das partes sempre que lhes não for contrária, e os usos comerciais, regulam toda a sorte de associação mercantil; não podendo recorrer-se ao direito civil para decisão de qualquer dúvida que se ofereça, senão na falta de lei ou uso comercial".

Outro fato ocorrente em larga escala, quanto à exclusão de sócio, se verifica quando a sociedade é composta por apenas dois sócios. Neste caso, nossos tribunais, analisando pontualmente e de acordo com a doutrina, adotam a corrente que lhes parece mais condizente com o litígio. Surge daí a questão, fartamente discutida, que é a dissolução da sociedade.

Emerge, então, a necessidade de investigarmos como tem sido tratado este tema. Para uma corrente, procede-se à dissolução total da sociedade por não mais ser possível a coexistência dos sócios, uma vez que para uma parte da doutrina, havendo absoluta impossibilidade de manutenção desta sociedade, a

(35) Martins, Waldemar Ferreira. "Compêndio das Sociedades Comerciais". 1.ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1940, p. 128/9.

mesma se desfaz por não ser viável a sociedade unipessoal do direito pátrio.

Por outro lado, para outros autores, admite-se esta deliberação da maioria com fundamento no fato de que a empresa possui um aspecto de interesse público, uma vez que é geradora de empregos, de transformação de matéria-prima e, até mesmo, em função de trazer divisas para o país.

4.2 Deliberação da maioria

4.2.1 Introdução

Partindo-se do material analisado pode-se verificar a acentuada preocupação quanto ao tema em questão, tendo em vista o elevado número de decisões que o envolvem.

No sentido de possibilitar uma melhor apreciação de como nossos tribunais têm solucionado esta matéria nos deteremos, tendo em vista a gama de decisões neste sentido, à questão da exclusão de sócio por deliberação da maioria.

4.2.2 Dissolução parcial

Antes de nos aprofundarmos na análise da jurisprudência produzida por nossos tribunais é importante salientarmos algumas questões.

A dissolução parcial vem a ser alternativa criada a partir da doutrina e da jurisprudência, não tendo sido matéria tratada pelo legislador ordinário.

O surgimento da dissolução parcial se deve ao fato de que nem sempre é necessária a extinção da sociedade. A dissolução total é por demais nefasta, em determinados casos, ou seja, quando é possível a manutenção do ente social. Desta forma, a dissolução parcial nasceu com a função de preservar a sociedade, quando desnecessária sua extinção.

Diversas são as possibilidades de sua utilização, dentre elas podemos citar o caso da retirada de sócio por deliberação da maioria dos sócios. Feitas essas considerações, podemos adentrar no tema exclusão de sócio, a partir de dados jurisprudenciais.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nos EI na AC 134.622, de 18.10.1981,[36] entende que "a retirada de sócio por deliberação da maioria dos sócios deve ser justificada e, no caso, ela se deveu à incompatibilidade entre os sócios, fazendo cessar a *affectio societatis*, sem a presença do elemento culpa".

Ressalte-se que a retirada de sócio não implica a liquidação do negócio, prosseguindo a sociedade que, no caso do acórdão, era por tempo indeterminado. Ou seja, aplicável a dissolução parcial.

Ainda segundo este acórdão, a exclusão do sócio resultante da incompatibilidade do mesmo com os demais e que não advém da culpa de quem quer que seja, não se opera *pleno iure* com a simples notificação, tendo em vista a necessidade de decisão judicial, pois importa na alteração do contrato social, caso previsto em cláusula estatutária, com a conseqüente apuração de haveres do sócio excluído.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo apreciou na Ac 66.610-2-Santa Isabel, de 12.04.1984,[37] a ação promovida por sócio excluído da sociedade por deliberação da maioria dos sócios no sentido de ver anulada Assembléia que assim o dispôs e sua conseqüente reintegração à entidade.

O tribunal supra mencionado manifestou-se alertando que o "instituto da exclusão de sócio, disciplinado nas diversas leis que tratam dos diferentes tipos de sociedades, deixa bastante claro que esta medida pode ser tomada por maioria, calculada segundo o contingente de capital. É o que dispõe o art. 331

(36) RJTJRJ, vol. 49, p. 126/31.
(37) RJTJSP, vol. 89, p. 262/63.

do CC, bem assim o art. 486, com respaldo na doutrina e na própria jurisprudência". O fato de o sócio excluído estar ou não presente, ou mesmo dela não ter tido ciência não invalida a decisão, pois fazendo-se uma análise dos fatos nada mudaria anulando-se a assembléia e convocando-se outra com o conhecimento do sócio afastado.

Tal posição ainda é reforçada pois anteriormente o próprio sócio excluído propôs ação de dissolução desta mesma sociedade, o que vem revelar o estado de ânimo existente entre os sócios. É o quanto basta para justificar a exclusão do sócio tido como dissidente.

O Supremo Tribunal Federal, em decisão ao REX 115.222-Bahia, de 13.12.1988,[38] vem apreciar esta questão, ou seja, a exclusão de sócio por deliberação da maioria alegando que: "a quebra da confiança e a rotura da solidariedade perturbaram a vida da empresa, justificando plenamente o ato expulsório, que se lastreou na defesa do interesse social, gravemente comprometido pelos sucessivos e graves conflitos entre os sócios".

Acresce ainda, que neste caso, com relação à sentença impugnada, o ilustre magistrado da primeira instância — que optou por não fazer prosperar a exclusão do sócio, pelo fato de serem inexistentes cláusula contratual e intervenção judicial — merece análise detida no sentido de buscar-se suporte em entendimentos jurisprudenciais e doutrinários. Com tal finalidade, alega a Corte Suprema que "o tema, em razão das alterações profundas que as mudanças econômicas e sociais operam na marcha evolutiva das sociedades comerciais, desfigurando-lhes a moldura original, tem sugerido acalorados debates, mas a doutrina e a jurisprudência têm se inclinado, ultimamente, pela viabilidade da despedida do sócio hostil por simples deliberação da maioria, sem previsão contratual e sem manifestação judicial".

Continuando, diz o acórdão: "a decisão recorrida, defendendo a tese de que a exclusão só é admissível quando houver cláusula contratual permitindo-a, está ultrapassada. Hoje, insubsiste dúvida de que a exclusão de sócio é admissível, mesmo que o contrato social seja omisso".

Na defesa desta tese, o acórdão cita o prof. Orlando Gomes[39] quando diz que: "o art. 15 da lei das sociedades por quotas de responsabilidade limitada admite a interpretação, conforme a qual é perfeitamente dispensável a cláusula contratual expressa, já que a maioria dos quotistas pode alterar o contrato social e, portanto, despedir um deles, com a única limitação de haver justificativa para a deliberação". Idêntico entendimento tem o prof. Egberto Lacerda Teixeira,[40] também citado, onde afirma: "inclinamo-nos a crer que, em determinadas circunstâncias, mesmo em falta de previsão estatutária, poderão os sócios em maioria, por justa causa, decretar a exclusão ou eliminação de sócio faltoso".

Tem similar posição o jurista Pontes de Miranda[41] quando diz que: "a cláusula de despedida por justa causa não precisa que se inclua (no contrato), porque o princípio é legal".

O prof. Waldemar Ferreira Martins,[42] também citado no acórdão, reflete o consenso da expressiva maioria dos juristas brasileiros, embora haja respeitável minoria discordante. Afirma o doutrinador que: "exclui-se o sócio sem

(38) RTJ, vol. 128. p. 886/905.

(39) Gomes, Orlando. "Novas Questões de Direito Civil", 3.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1974, p. 244.

(40) Teixeira, Egberto Lacerda. Op. cit., p. 244.

(41) Miranda, Francisco Cavalcanti Pontes de. "Tratado de Direito Privado". Rio de Janeiro, Borsoi, 1965, tomo XLIX, p. 372.

(42) Martins, Waldemar Ferreira. "Tratado de Direito Comercial". São Paulo, Saraiva, 1961, vol. 3, p. 159.

nenhuma formalidade ou procedimento especial, independentemente de qualquer ato ou sentença de juiz".

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao apreciar o Ag. 129.055-2-São Pedro, de 23.03.1988,[43] afirma que a exclusão de sócios comumente denominada dissolução parcial de sociedade pressupõe o perecimento da *affectio societatis*, dispõe que: "o Decreto 3.708/19 em seus arts. 7.º e 15.º permite a exclusão e retirada do sócio. Ainda, o Código Comercial vislumbra a hipótese em via judicial no art. 336. E nos termos do art. 18 do Decreto 3.708/19 subsidiariamente é aplicada à sociedade por quotas de responsabilidade limitada o que dispõe a legislação pertinente às sociedades anônimas se for omisso o contrato social".

Continuando, acrescenta que o recurso ao art. 129, § 2.º, da Lei 6.404/76, decorre da própria prescrição contida no art. 18 do Decreto 3.708/19.

Por seu turno, o Superior Tribunal de Justiça no Resp. 7.183-Amazonas, de 02.04.1991,[44] decidiu que, em havendo desarmonia entre os sócios, é possível a exclusão de um deles por deliberação da maioria, independentemente de previsão contratual ou pronunciamento judicial. Tal decisão tem fulcro nos ensinamentos do Mestre Orlando Gomes,[45] segundo o qual: "aos outros sócios assiste direito de excluir da sociedade aquele que se tornou elemento perturbador de sua existência e desenvolvimento, menos porque tenham e possam exercer poder disciplinar sobre o turbulento ou perniciosos do que pela conduta inadimplente, que passou a ter".

No mesmo sentido, o tribunal mineiro, ao apreciar os EI na AC 77.942-4-Montes Claros, de 13.08.1991,[46] decidiu não dissolver totalmente a sociedade em causa, porque a mesma desenvolve atividade de interesse social, devendo ela se desvencilhar somente daqueles que não mais compartilham de seus ideais, pois acima de tudo sua preservação possui conotação de especial interesse publico. Tratava-se, no caso, de uma escola para excepcionais. Desta forma, se houve ou não má-fé de um ou mais sócios, quando da alteração do contrato social, que se resolva pela via processual adequada.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na AC 587.012.295-Porto Alegre, de 21.04.1987,[47] compartilha do mesmo entendimento que a Corte mineira quando diz que, uma vez evidenciada a índole capitalista da empresa, impõe-se sua preservação, se a minoria apenas logrou provar escassa dissenção entre as facções desavindas e irregularidades setoriais de gestão que não comprometem a consecução dos seus fins sociais.

No sentido de fundamentar sua decisão, remete-nos aos ensinamentos de Hernani Estrella[48] quando este destaca "a transformação que se foi operando na economia romana, que possibilitou o sucessivo e progressivo abrandamento do cunho personalissimo das sociedades, criando-se, ao lado da dissolução, o instituto que denominamos de afastamento de sócio, com o que se atendeu, em parte, à cada vez mais desejada preservação da empresa". Inclina-se ainda nesse sentido Rubens Requião,[49] também citado no acórdão, quando, incisivamente, diz que "não se justifica o sacrifício da sociedade, mas apenas a dissolução parcial (...), ainda que faleça

(43) RJTJSP, vol. 114, p. 343-5.
(44) RSTJ, vol. 3 (22), P. 433/26.
(45) Gomes, Orlando. "Direito Societário, Estudos e Pareceres". Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 258.
(46) RSTJ, vol. 3 (28) p. 454/59.
(47) RJTJRGS, vol. 123, p. 372/6.
(48) Estrella, Hernâni. "Curso de Direito Comercial", 1973, p. 504.
(49) Requião, Rubens. Op. cit., p. 376/8.

a *affectio societatis*, não é motivo bastante para a dissolução e sim do recesso ou da exclusão, a menos que a desinteligência comprometa a realização dos fins sociais".

Da mesma forma julgou o Tribunal gaúcho ao apreciar o Ag. 587.015.918-São Sebastião do Caí, de 03.06.1987,[50] quando diz que ao sócio minoritário dissidente cabe ação de dissolução parcial e não total da sociedade, não procedendo o pedido de exclusão de sócio majoritário.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na decisão dada à AC 1.411/87, de 01.09.1987,[51] tratando da questão, mais especificamente do caso de sociedade de apenas dois sócios, manifestou-se no sentido de proceder-se à dissolução da sociedade de pleno direito, pois "a mera retirada do sócio insatisfeito, com a conseqüente apuração de haveres (...) não é de ser aceita porque nosso Direito Comercial, em princípio, desconhece a sociedade unipessoal, acolhendo-a, somente, na hipótese de companhia subsidiária, assim com o Direito Administrativo contempla empresas públicas com, apenas, um sócio". Acresce, ainda, este Tribunal que "cláusulas opostas a esse princípio são ineficazes".

Baseou-se o autor da ação no art. 335, § 5.º, do CC, para pedir a dissolução total da sociedade por quotas, no que foi atendido, pois expressamente consta do artigo em questão que: "as sociedades reputam-se dissolvidas: § 5.º, por vontade de um dos sócios, sendo a sociedade celebrada por tempo indeterminado".

5. À guisa de conclusão

Nossa proposta de análise do contexto das sociedades por quotas de responsabilidade limitada a partir de uma perspectiva obtida da análise jurisprudencial, como foi visto, partiu do exame de questões emergentes/conflitos mais encontradiços em termos de números de decisões advindas dos tribunais pesquisados.

As questões mais polêmicas, sem desmerecer outras tantas, referem-se aos temas objeto do presente trabalho e que giram acerca de cessão de quotas, responsabilidade do sócio-gerente, responsabilidade dos sócios e exclusão de sócio. Não temos a pretensão de haver esgotado nenhum dos temas supra, até porque tais questões permanecem ainda em aberto.

Cabe-nos ressaltar que, exatamente pelo fato de não haverem se encerrado as controvérsias existentes, é que se pode verificar quão falha é nossa legislação de quotas e quanto é dependente de diplomas legais que forneçam procedimentos básicos a serem seguidos de acordo com o caminho adotado pelos sócios-quotistas, em caso de composição do conflito internamente no ente social, ou pelos tribunais quando não restar outra alternativa.

A necessidade de alteração da Lei de Quotas é tão flagrante que há pouco tramitou pelo Congresso Nacional projeto de lei do Senado, que tomou o número 46/93. Todavia, o mesmo não foi aprovado nem substituído. Tal fato vem demonstrar um certo descaso por parte do poder legislativo acerca de matéria tão importante para a política económica de nosso país.

A importância maior desse tipo societário se deve ao fato de que as pequenas e médias empresas, em sua quase totalidade, constituem-se em sociedades por quotas. No entanto, sua grande proliferação não conseguiu ainda despertar o interesse do legislador no sentido de proceder-se à efetiva alteração, ou nova regulamentação que dê uma real autonomia às sociedades por quotas, no sentido de proverem-se de texto próprio e suficiente.

(50) RJTJRGS, vol. 124, p. 222/4.
(51) RJTJRJ, vol. 4, p. 274/5.

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.°, 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.

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

(2.º TACIVIL — 1.ª Câm.; Ag. In. n. 378.273/0-00-SP; rel. Juiz Claret de Almeida; j. 15.03.1993; v. u.).

ACÓRDÃO — Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Juízes da Turma Julgadora da Primeira Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil negaram provimento ao recurso, por votação unânime, de conformidade com o relatório e o voto do relator, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

São Paulo, 15 de março de 1993.

CLARET DE ALMEIDA, Juiz relator.

VOTO — Trata-se de agravo de instrumento tirado contra o r. despacho saneador que, nos autos da ação renovatória, arbitrou o aluguel provisório e determinou o prosseguimento do feito.

Para a agravante, porém, como o senhorio se opôs à renovatória, com pedido de retomada (do qual, inclusive, era carecedor, dada sua intempestividade), não caberia a fixação do aluguel provisório, que, assim, deveria ser cancelado, ou então, se assim não se entendesse, que fosse reduzido o seu valor, em face dos imprestáveis elementos trazidos aos autos, que não refletiam o real estado de conservação do imóvel.

Formado o instrumento, foi o recurso contraminutado, com a sustentação, em seguida, da decisão atacada.

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

De acordo com o disposto no parágrafo 4.º do art. 72 da Lei 8.245/91, pode o locador, na contestação à ação renovatória, pedir a fixação de aluguel provisório, para vigorar a partir do primeiro mês do prazo do contrato a ser renovado, não excedente de oitenta por cento do pedido, desde que apresentados elementos hábeis para aferição do justo valor do aluguel.

No caso em exame, os réus da ação renovatória requereram esse arbitramento em sua peça contestatória, juntando na oportunidade um laudo pericial, que apontava a quantia de CR$ 19.968.908,00, para agosto de 1992.

Ao contrário do entendimento da agravante, o deferimento dos provisórios não estava condicionado a que o senhorio se abstivesse de fazer o pedido alternativo de retomada do imóvel questionado. Se o locador demonstra suficientemente que o valor locatício se acha defasado e faz pedido específico de um arbitramento provisório, atendeu aos requisitos legais para que essa pretensão seja apreciada pelo Judiciário, porque, como preleciona Carlyle Popp, comentando o art. 74, e seus §§, do novel diploma inquilinário:

"A exemplo do que acontece com a ação revisional e com a ação de despejo, presente também está a media liminar, independentemente de procedimento específico, para fazer justiça às partes e minorar o grave problema da demora na prestação jurisdicional" (in "Comentários à Nova Lei do Inquilinato", Juruá Ed., 2.ª ed., p. 226).

Ora, havendo previsão legal para esse arbitramento e o laudo que instruiu o pedido não gerou qualquer dúvida no ânimo da julgadora e se prestou à formação de seu livre convencimento para assim decidir, sem embargo de eventuais imperfeições na sua

elaboração (mas passíveis de crítica na perícia final), não há como reformar a r. decisão interlocutória que, dentro do prudente critério e arbítrio judicial, fixou o aluguel provisório em Cr$ 12.000.000,00, por sinal bem abaixo dos 80% do valor estimado no trabalho técnico que lhe serviu de paradigma (de Cr$ 19.968.908,00).

Quanto ao pedido de retomada propriamente dito, prematuro se mostrou o inconformismo da agravante, uma vez que a seu respeito nada decidiu o r. despacho saneador, que remeteu a apreciação dessa matéria para final, após a instrução probatória.

Por todo o exposto, nega-se provimento ao agravo.

Claret de Almeida, Relator.

COMENTÁRIOS AO ACÓRDÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO n. 378.273-0-00-SP, da 1.ª Câm. do 2.º TACSP — rel. Juiz Claret de Almeida (in Boletim AASP n. 1.795, p. 202).

Trata-se de questão envolvendo a saudável inovação da Lei 8.245, consistente na possibilidade de ser arbitrado um aluguel provisório durante o curso da ação renovatória de locação. Esta norma, aliás, está em perfeita simetria com a da fixação de aluguel provisório em ação revisional (art. 68, mesma lei, que, neste aspecto, manteve a sistemática advinda da Lei 8.157/91, modificadora do regime fundado no art. 49, da Lei 6.649/79).

Tal corresponde à moderna tendência no sentido de estruturar o processo de modo adequado a garantir efetividade ao direito material. Como já disse José Roberto dos Santos Bedaque, "talvez a noção mais importante do direito processual moderno seja a de instrumentalidade, no sentido de que o processo constitui instrumento para a tutela do direito substancial. Está a serviço deste, para garantir sua efetividade. A conseqüência dessa premissa é a necessidade de adequação e adaptação do instrumento ao seu objeto". (in "Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo" — São Paulo, Malheiros Ed., 1995, p. 18).

De fato, o estabelecimento de um aluguel provisório nada mais é que uma antecipação de tutela concedida, no caso, ao réu, resguardando-o dos efeitos nefastos da natural morosidade do processo. Nem é de se admirar seja concedida tutela antecipada *ao réu*, pois, a ação renovatória tem caráter dúplice (ou seja, o réu pode formular pedido contra o autor, na própria contestação, sem necessidade de reconvenção), como bem destaca Waldir de Arruda Miranda Carneiro: "Na contestação, o locador ou sublocador, poderá pedir, ainda, a fixação de aluguel provisório, para vigorar a partir do 1.º mês do novo contrato, aluguel este que não excederá a 80% (oitenta por cento) do pedido (embora o sentido não seja técnico, trata-se do 'pedido' efetuado pelo réu na contestação — o que, aliás, denota parte do caráter dúplice da ação renovatória) (...)" ("Ação renovatória — estrutura, inovações e principais controvérsias diante da nova lei do inquilinato", in Revista do Advogado n. 45, p. 67).

No caso, porém, o réu, além de requerer o arbitramento de aluguel provisório, pediu a retomada do imóvel. Neste ponto, instaurou-se controvérsia: seria possível ao réu pedir as duas coisas simultaneamente?

Analisando o texto da lei (art. 72, § 4.º, da Lei de Inquilinato) não se vislumbra óbice, uma vez que o texto legal fala em "poderá pedir" e emprega a palavra "ainda", dando a entender que é admissível a cumulação dos pedidos.

Poder-se-ia alegar, entretanto, que haveria incompatibilidade entre os pedidos. O argumento, todavia, não procede, como se pode depreender de uma análise mais acurada.

A dúvida, na verdade, muito se assemelha àquela já dirimida pelos tribunais, na vigência da Lei 6.649/79, quanto à possibilidade de se propor ação revisional quando em curso ação de despejo. A resposta afirmativa foi dada pelo 2.º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, em várias oportunidades:

"Locação — Revisional — Aluguel provisório — Imóvel não residencial — Pendência de despejo por denúncia vazia — Irrelevância — Admissibilidade.

A propositura de uma ação de despejo não é empecilho a que se intente a revisional de aluguel, pois se o imóvel está ocupado pelo inquilino que paga o locatício, reputado incondizente com a realidade do mercado imobiliário, nada obsta a sua interposição.

AI 327.079 — 6.ª Câm. — Rel. Juiz Gamaliel Costa — j. 05.02.1992."

No mesmo sentido: Ap. c/ Rev. 278.305 — 8.ª Câm. — Rel. Juiz Cunha Cintra — j. 14.11.1990 — in Boletim AASP, n. 1.744, de 27.05 a 02.06.1992, p. 3.

Ou, em hipótese ainda mais próxima da aqui analisada:

"Despejo - uso próprio — ajuizamento de revisional de aluguel — irrelevância — compatibilidade.

Não há incompatibilidade entre o pedido de retomada e o de revisional, pois é lícito ao locador obter a atualização do valor locatício enquanto não ocorre a desocupação do imóvel.

Ap. c/ Rev. 271.341 — 8.ª Câm. — Rel. Juiz Martins Costa — J. 10.08.90." — in Boletim AASP n. 1.699, de 17 a 23.07.1991, p. 2.

É fato que a lei atual, como lembra Gildo dos Santos (in "Locação e Despejo", São Paulo, Ed. RT, 1992, p. 202), veda expressamente a propositura da ação revisional quando em curso prazo para desocupação. Mas, isso ocorre apenas quando *pendente* prazo para desocupação do imóvel. É que, como esclarece Antônio Carlos Marcato, já estaria "(...) finda, a essa altura, a própria relação jurídica material que daria suporte à pretensão revisional". ("Comentários à Lei de Locação", coord. Juarez de Oliveira, São Paulo, Saraiva, 1992, p. 413).

Não havendo prazo para desocupação pendente, a restrição não se aplica. É o que o 2.º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo vem decidindo:

"Locação — revisional — despejo — pendência de prazo para desocupação inexistente — admissibilidade — exegese do art. 68, § 1.º, da Lei 8.245/91.

Ainda que proposta Ação de Despejo, cabível a Revisional sem afronta ao § 1.º do art. 68 da Lei 8.245/91 desde que inexista prazo para desocupação. 2.º TACSP — Ag. In 393.579 — 4.ª Câm. — Relatora Juíza Luzia Galvão Lopes — j. 16.11.1993." — Boletim AASP n. 1.859, de 10 a 16.08.1994, p. 3.

Não é diferente o caso da renovatória em que se contesta pedindo retomada e, simultaneamente, se pede arbitramento de aluguel provisório. A peculiaridade de os dois pedidos (retomada e aluguel provisório) serem feitos no mesmo processo não torna a situação substancialmente diferente da acima mencionada (revisional e despejo). Presente a mesma "ratio", impõe-se idêntica solução. O locador, enquanto espera pela retomada (sem contar que, eventualmente, ela pode ser indeferida) não deve ser obrigado a suportar um aluguel defasado, incondizente com a realidade do mercado.

Ponderados esses pontos, conclui-se que o V. acórdão ora em comento aplicou corretamente o direito à espécie.

RESENHA

OBLIGACIONES - REGIMEN JURÍDICO - MARCELO URBANO SALERNO, BUENOS AIRES, EDITORIAL UNIVERSITAD, 1995, P. 420

ARNOLDO WALD

A importância crescente do Mercosul, que se faz sentir na economia e na política, no comércio e na indústria, ainda não repercutiu suficientemente na área jurídica. Efetivamente, o acesso, a divulgação e a citação das obras dos outros países latino-americanos e, em particular, dos livros jurídicos argentinos não se difundiram plenamente, como seria justo e necessário, não somente pelos vínculos que passam a nos unir ao país vizinho como também em virtude da relevância da bibliografia mais recentemente publicada naquele país.

Neste sentido, merece especial destaque a excelente monografia referente ao regime jurídico das obrigações de autoria do professor Marcelo Urbano Salerno, titular da cátedra de Direito das Obrigações da Universidade de Buenos Aires, que também leciona Contratos e Teoria Geral do Direito. Dedicada aos seus alunos, é obra de professor e de advogado que, como reconhece no seu prefácio, fundiu a sua dupla experiência didática e profissional para não só transmitir conceitos e descrever regras jurídicas, mas ainda delas extrair os princípios básicos, detendo-se nas dificuldades que a prática oferece na aplicação do direito obrigacional. Assim, ao lado dos aspectos clássicos da matéria, tratados com clareza, erudição e num estilo agradável e de fácil acesso para os estudiosos em geral e os estudantes em particular, o autor apresenta questões novas que analisa com argúcia e finura intelectual, discutindo e propondo as soluções que possam compatibilizar a lógica do sistema e a adequada distribuição da justiça.

Para os advogados e juristas brasileiros, a riqueza da obra e o seu interesse decorrem, entre outros numerosos exemplos que poderíamos citar, da apreciação de questões como o dever de cooperação, entre credores e devedores, considerado como decorrência do princípio da boa-fé. Também se destaca a análise da diferença entre as dívidas de valor e de dinheiro, indicando como, de um lado, a intervenção do legislador diminuiu a importância dessa distinção, mas como ela ainda é relevante para que o risco monetário se mantenha por conta do credor até o vencimento da obrigação, e passe a ser ônus do devedor no caso de mora.

Considerando a relativa analogia que existiu, na matéria, entre os direitos dos dois países e a influência recíproca que ambos exerceram no tempo, um sobre o outro, desde Teixeira de Freitas e Vélez Sarsfield, chegou a hora de termos um melhor conhecimento da legislação, doutrina e jurisprudência argentinas, do mesmo modo que os autores do país vizinho já estão familiarizados com a doutrina brasileira, como ocorre com o professor Salerno, que cita, na sua bibliografia, as obras de Pontes de Miranda, Orosimbo Nonato, Carvalho

de Mendonça, Clóvis Beviláqua e outros, ao lado dos trabalhos de escritores argentinos, franceses, italianos, alemães e espanhóis.

Tanto os juristas argentinos como os brasileiros são comparatistas por formação histórica e o foram, por longo tempo, em virtude de verdadeira necessidade, por inexistir ainda, na época, bibliografia nacional ampla a respeito de todos os assuntos. Chegou a hora de atribuir ao direito comparado a sua verdadeira função de instrumento não só de conhecimento teórico, mas também de aproximação dos povos e de catalisador dos negócios internacionais. Obras como a do Professor Salerno nos dão, neste sentido, um exemplo que merece ser elogiado e divulgado e que deve ser seguido.

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).

O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o artigo 84, inciso VIII, da Constituição e

Considerando que 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 foi concluído em Assunção, em 26 de março de 1991;

Considerando que o Congresso Nacional aprovou o referido Tratado por meio do Decreto Legislativo n. 197, de 25 de setembro de 1991;

Considerando que a Carta de Ratificação do Tratado, ora promulgado, foi depositada pelo Brasil em 30 de outubro de 1991;

Considerando que 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) *entrará em vigor internacional, e para o Brasil, em 29 de novembro de 1991, na forma de seu artigo 19.*

Decreta:

Art. 1.º 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), apenso por cópia ao presente Decreto, será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém.

Art. 2.º Este decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 21 de novembro de 1991; 170.º da Independência e 103.º da República.

Fernando Collor
Francisco Rezek

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

A República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai, doravante denominados "Estados Partes";

Considerando que a ampliação das atuais dimensões de seus mercados nacionais, através da integração, constitui condição fundamental para acelerar seus processos de desenvolvimento econômico com justiça social;

Entendendo que esse objetivo deve ser alcançado mediante o aproveitamento mais eficaz dos recursos disponíveis, a preservação do meio ambiente, o melhoramento das interconexões físicas, a coordenação de políticas macroeconômicas e a complementação dos diferentes setores da economia, com base nos

princípios de gradualidade, flexibilidade e equilíbrio;

Tendo em conta a evolução dos acontecimentos internacionais, em especial a consolidação de grandes espaços econômicos, e a importância de lograr uma adequada inserção internacional para seus países;

Expressando que este processo de integração constitui uma resposta adequada a tais acontecimentos;

Conscientes de que o presente Tratado deve ser considerado como um novo avanço no esforço tendente ao desenvolvimento progressivo da integração da América Latina, conforme o objetivo do Tratado de Montevidéu de 1980;

Convencidos da necessidade de promover o desenvolvimento científico e tecnológico dos Estados Partes e de modernizar suas economias para ampliar a oferta e a qualidade dos bens de serviço disponíveis, a fim de melhorar as condições de vida de seus habitantes;

Reafirmando sua vontade política de deixar estabelecidas as bases para uma união cada vez mais estreita entre seus povos, com a finalidade de alcançar os objetivos supramencionados;

Acordam:

Capítulo I
Propósitos, princípios e instrumentos

Artigo 1

Os Estados Partes decidem constituir um Mercado Comum, que deverá estar estabelecido a 31 de dezembro de 1994, e que se denominará "Mercado Comum do Sul" (Mercosul).

Este Mercado Comum implica:

A livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países, através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários e restrições não tarifárias à circulação de mercadorias e de qualquer outra medida de efeito equivalente;

O estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados e a coordenação de posições em foros econômico-comerciais regionais e internacionais;

A coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados Partes — de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária, cambial e de capitais, de serviços, alfandegária, de transportes e comunicações e outras que se acordem —, a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados Partes, e

O compromisso dos Estados Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração.

Artigo 2

O Mercado Comum estará fundado na reciprocidade de direitos e obrigações entre os Estados Partes.

Artigo 3

Durante o período de transição, que se estenderá desde a entrada em vigor do presente Tratado até 31 de dezembro de 1994, e a fim de facilitar a constituição do Mercado Comum, os Estados Partes adotam um Regime Geral de Origem, um Sistema de Solução de Controvérsias e Cláusulas de Salvaguarda, que constam como Anexos II, III e IV ao presente Tratado.

Artigo 4

Nas relações com terceiros países, os Estados Partes assegurarão condições eqüitativas de comércio. Para tal fim, aplicarão suas legislações nacionais para inibir importações cujos preços estejam influenciados por subsídios, *dumping* ou qualquer outra prática desleal. Paralelamente, os Estados Partes coordenarão suas respectivas políticas nacionais com

o objetivo de elaborar normas comuns sobre concorrência comercial.

Artigo 5

Durante o período de transição, os principais instrumentos para a constituição do Mercado Comum são:

a) Um Programa de Liberação Comercial, que consistirá em reduções tarifárias progressivas, lineares e automáticas, acompanhadas da eliminação de restrições não tarifárias ou medidas de efeito equivalente, assim como de outras restrições ao comércio entre os Estados Partes, para chegar a 31 de dezembro de 1994 com tarifa zero, sem barreiras não tarifárias sobre a totalidade do universo tarifário (Anexo I);

b) A coordenação de políticas macroeconômicas que se realizará gradualmente e de forma convergente com os programas de desgravação tarifária e eliminação de restrições não tarifárias, indicados na letra anterior;

c) Uma tarifa externa comum, que incentive a competitividade externa dos Estados Partes;

d) A adoção de acordos setoriais, com o fim de otimizar a utilização e mobilidade dos fatores de produção e alcançar escalas operativas eficientes.

Artigo 6

Os Estados Partes reconhecem diferenças pontuais de ritmo para a República do Paraguai e para a República Oriental do Uruguai, que constam no Programa de Liberação Comercial (Anexo I).

Artigo 7

Em matéria de impostos, taxas e outros gravames internos, os produtos originários do território de um Estado Parte gozarão, nos outros Estados Partes, do mesmo tratamento que se aplique ao produto nacional.

Artigo 8

Os Estados Partes se comprometem a preservar os compromissos assumidos até a data de celebração do presente Tratado, inclusive os Acordos firmados no âmbito da Associação Latino-Americana de Integração; e a coordenar suas posições nas negociações comerciais externas que empreendam durante o período de transição. Para tanto:

a) Evitarão afetar os interesses dos Estados Partes nas negociações comerciais que realizem entre si até 31 de dezembro de 1994;

b) Evitarão afetar os interesses dos demais Estados Partes ou os objetivos do Mercado Comum nos Acordos que celebrarem com outros países membros da Associação Latino-Americana de Integração durante o período de transição;

c) Realizarão consultas entre si sempre que negociem esquemas amplos de desgravação tarifária, tendentes à formação de zonas de livre comércio com os demais países membros da Associação Latino-Americana de Integração;

d) Estenderão automaticamente aos demais Estados Partes qualquer vantagem, favor, franquia, imunidade ou privilégio que concedam a um produto originário de ou destinado a terceiros países não membros da Associação Latino-Americana de Integração.

Capítulo II
Estrutura Orgânica

Artigo 9

A administração e execução do presente Tratado e dos Acordos específicos e decisões que se adotem no quadro jurídico que o mesmo estabelece durante o período de transição estarão a cargo dos seguintes órgãos:

a) Conselho do Mercado Comum;

b) Grupo Mercado Comum.

Artigo 10

O Conselho é o órgão superior do Mercado Comum, correspondendo-lhe a condução política do mesmo e a tomada de decisões para assegurar o cumprimento dos objetivos e prazos estabelecidos para a constituição definitiva do Mercado Comum.

Artigo 11

O Conselho estará integrado pelos Ministros de Relações Exteriores e os Ministros de Economia dos Estados Partes.

Reunir-se-á quantas vezes estime oportuno, e, pelo menos uma vez ao ano, o fará com a participação dos Presidentes dos Estados Partes.

Artigo 12

A Presidência do Conselho se exercerá por rotação dos Estados Partes e em ordem alfabética, por períodos de seis meses.

As reuniões do Conselho serão coordenadas pelos Ministros de Relações Exteriores e poderão ser convidados a delas participar outros Ministros ou autoridades de nível ministerial.

Artigo 13

O Grupo Mercado Comum é o órgão executivo do Mercado Comum e será coordenado pelos Ministérios das Relações Exteriores.

O Grupo Mercado Comum terá faculdade de iniciativa. Suas funções serão as seguintes:

— velar pelo cumprimento do Tratado;

— tomar as providências necessárias ao cumprimento das decisões adotadas pelo Conselho;

— propor medidas concretas tendentes à aplicação do Programa de Liberação Comercial, à coordenação de políticas macroeconômicas e à negociação de Acordos frente a terceiros;

— fixar programas de trabalho que assegurem avanços para o estabelecimento do Mercado Comum.

O Grupo Mercado Comum poderá constituir os subgrupos de Trabalho que forem necessários para o cumprimento de seus objetivos. Contará inicialmente com os Subgrupos mencionados no Anexo V.

O Grupo Mercado Comum estabelecerá seu regime interno no prazo de 60 dias a partir de sua instalação.

Artigo 14

O Grupo Mercado Comum estará integrado por quatro membros titulares e quatro membros alternos por país, que representem os seguintes órgãos públicos:

— Ministério das Relações Exteriores;

— Ministério da Economia ou seus equivalentes (áreas de indústria, comércio exterior e/ou coordenação econômica);

— Banco Central.

Ao elaborar e propor medidas concretas no desenvolvimento de seus trabalhos, até 31 de dezembro de 1994, o Grupo Mercado Comum poderá convocar, quando julgar conveniente, representantes de outros órgãos da Administração Pública e do setor privado.

Artigo 15

O Grupo Mercado Comum contará com uma Secretaria Administrativa cujas principais funções consistirão na guarda de documentos e comunicações de atividade do mesmo. Terá sua sede na cidade de Montevidéu.

Artigo 16

Durante o período de transição, as decisões do Conselho do Mercado Comum e do Grupo Mercado Comum serão tomadas por consenso e com a presença de todos os Estados Partes.

Artigo 17

Os idiomas oficiais do Mercado Comum serão o português e o espanhol e a versão oficial dos documentos de trabalho será a do idioma do país sede de cada reunião.

Artigo 18

Antes do estabelecimento do Mercado Comum, a 31 de dezembro de 1994, os Estados Partes convocarão uma reunião extraordinária com o objetivo de determinar a estrutura institucional definitiva dos órgãos de administração do Mercado Comum, assim como as atribuições específicas de cada um deles e seu sistema de tomada de decisões.

Capítulo III
Vigência

Artigo 19

O presente Tratado terá duração indefinida e entrará em vigor 30 dias após a data do depósito do terceiro instrumento de ratificação. Os instrumentos de ratificação serão depositados ante o Governo da República do Paraguai, que comunicará a data do depósito aos Governos dos demais Estados Partes.

O Governo da República do Paraguai notificará ao Governo de cada um dos demais Estados Partes a data de entrada em vigor do presente Tratado.

Capítulo IV
Adesão

Artigo 20

O presente Tratado estará aberto à adesão, mediante negociação, dos demais países membros da Associação Latino-Americana de Integração, cujas solicitações poderão ser examinadas pelos Estados Partes depois de cinco anos de vigência deste Tratado.

Não obstante, poderão ser consideradas antes do referido prazo as solicitações apresentadas por países membros da Associação Latino-Americana de Integração que não façam parte de esquemas de integração subregional ou de uma associação extra-regional.

A aprovação das solicitações será objeto de decisão unânime dos Estados Partes.

Capítulo V
Denúncia

Artigo 21

O Estado Parte que desejar desvincular-se do presente Tratado deverá comunicar essa intenção aos demais Estados Partes de maneira expressa e formal, efetuando no prazo de sessenta (60) dias a entrega do documento de denúncia ao Ministério das Relações Exteriores da República do Paraguai, que o distribuirá aos demais Estados Partes.

Artigo 22

Formalizada a denúncia, cessarão para o Estado denunciante os direitos e obrigações que correspondam a sua condição de Estado Parte, mantendo-se os referentes ao programa de liberação do presente Tratado e outros aspectos que os Estados Partes, juntos com o Estado denunciante, acordem no prazo de sessenta (60) dias após a formalização da denúncia. Esses direitos e obrigações do Estado denunciante continuarão em vigor por um período de dois (2) anos a partir da data da mencionada formalização.

Capítulo VI
Disposições Gerais

Artigo 23

O presente Tratado se chamará "Tratado de Assunção".

Artigo 24

Com o objetivo de facilitar a implementação do Mercado Comum, estabelecer-se-á uma Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul. Os Poderes Executivos dos Estados Partes manterão seus respectivos Poderes Legislativos informados sobre a evolução do Mercado Comum objeto do presente Tratado.

Feito na cidade de Assunção, aos 26 dias do mês de março de mil novecentos e noventa e um, em um original, nos idiomas português e espanhol, sendo ambos os textos igualmente autênticos. O Governo da República do Paraguai será o depositário do presente Tratado e enviará cópia devidamente autenticada do mesmo aos Governos dos demais Estados Partes signatários e aderentes.

Pelo Governo da República Argentina

Carlos Saul Menem, Guido di Tella

Pelo Governo da República Federativa do Brasil

Fernando Collor, Francisco Resek

Pelo Governo da República do Paraguai

Andres Rodrigues, Alexis Frutos Vaesken

Pelo Governo da República Oriental do Uruguai

Luiz Alberto Lacalle Herrera, Hector Gros Espiell

Cópia fiel do original que está no Departamento de Tratados do Ministério de Relações Exteriores da República do Paraguai.

Dr. Bernardo Hugo Saguier Caballero

Sub-secretário de Estado das Relações Exteriores.

Anexo I

Programa de Liberação Comercial

ARTIGO PRIMEIRO

Os Estados Partes acordam eliminar, o mais tardar a 31 de dezembro de 1994, os gravames e demais restrições aplicadas ao seu comércio recíproco.

No que se refere às Listas de Exceções apresentadas pela República do Paraguai e pela República Oriental do Uruguai, o prazo para sua eliminação se estenderá até 31 de dezembro de 1995, nos termos do Artigo Sétimo do presente Anexo.

ARTIGO SEGUNDO

Para efeito do disposto no Artigo anterior, se entenderá:

a) por "gravames", os direitos aduaneiros e quaisquer outras medidas de efeito equivalente, sejam de caráter fiscal, monetário, cambial ou de qualquer natureza, que incidam sobre o comércio exterior. Não estão compreendidas neste conceito taxas e medidas análogas quando respondam ao custo aproximado dos serviços prestados; e

b) por "restrições", qualquer medida de caráter administrativo, financeiro, cambial ou de qualquer natureza, mediante a qual um Estado Parte impeça ou dificulte, por decisão unilateral, o comércio recíproco. Não estão compreendidas no mencionado conceito as medidas adotadas em virtude das situações previstas no Artigo 50 do Tratado de Montevidéu de 1980.

ARTIGO TERCEIRO

A partir da data de entrada em vigor do Tratado, os Estados Partes iniciarão um programa de desgravação progressivo, linear e automático, que beneficiará os produtos compreendidos no universo tarifário, classificados em conformidade com a nomenclatura tarifária utilizada pela Associação Latino-Americana de Integração, de acordo com o cronograma que se estabelece a seguir:

DATA/PERCENTUAL DE DESGRAVAÇÃO			
30/VI/91	31/XII/91	30/VI/92	31/XII/92
47	54	61	68
30/VI/93	31/XII/93	30/VI/94	31/XII/94
75	82	89	100

As preferências serão aplicadas sobre a tarifa vigente no momento de sua aplicação e consistem em uma redução percentual dos gravames mais favoráveis aplicados à importação dos produtos procedentes de terceiros países não membros da Associação Latino-Americana de Integração.

No caso de algum dos Estados Partes elevar essa tarifa para a importação de terceiros países, o cronograma estabelecido continuará a ser aplicado sobre o nível tarifário vigente a 1.º de janeiro de 1991.

Se se reduzirem as tarifas, a preferência correspondente será aplicada automaticamente sobre a nova tarifa na data de entrada em vigência da mesma.

Para tal efeito, os Estados Partes intercambiarão entre si e remeterão à Associação Latino-Americana de Integração, dentro de trinta dias a partir da entrada em vigor do Tratado, cópias atualizadas de suas tarifas aduaneiras, assim como das vigentes em 1.º de janeiro de 1991.

ARTIGO QUARTO

As preferências negociadas nos Acordos de Alcance Parcial, celebrados no marco da Associação Latino-Americana de Integração pelos Estados Partes entre si, serão aprofundadas dentro do presente Programa de Desgravação de acordo com o seguinte cronograma:

DATA/PERCENTUAL DE DESGRAVAÇÃO

31/XII/90	30/VI/91	31/XII/91	30/VI/92	31/XII/92
00 a 40	47	54	61	68
41 a 45	52	59	66	73
46 a 50	57	64	71	78
51 a 55	61	67	73	79
56 a 60	67	74	81	88
61 a 65	71	77	83	89
66 a 70	75	80	85	90
71 a 75	80	85	90	95
76 a 80	85	90	95	100
81 a 85	89	93	97	100
86 a 90	95	100		
91 a 95	100			
96 a 100				

30/VI/93	31/XII/93	30/VI/94	31/XII/94
75	82	89	100
80	87	94	100
85	92	100	
86	93	100	
95	100		
96	100		
95	100		
100			

Estas desgravações se aplicarão exclusivamente no âmbito dos respectivos Acordos de Alcance Parcial, não beneficiando os demais integrantes do Mercado Comum, e não alcançarão os produtos incluídos nas respectivas Listas de Exceções.

ARTIGO QUINTO

Sem prejuízo do mecanismo descrito nos Artigos Terceiro e Quarto, os Estados Partes poderão aprofundar adicionalmente as preferências, mediante negociações

a efetuarem-se no âmbito nos Acordos previstos no Tratado de Montevidéu 1980.

ARTIGO SEXTO

Estarão excluídos do cronograma de desgravação a que se referem os Artigos Terceiro e Quarto do presente Anexo os produtos compreendidos nas Listas de Exceções apresentadas por cada um dos Estados Partes com as seguintes quantidades de itens NALADI:

República Argentina	394
República Federativa do Brasil	324
República do Paraguai	439
República Oriental do Uruguai	960

ARTIGO SÉTIMO

As Listas de Exceções serão reduzidas no vencimento de cada ano calendário de acordo com o cronograma que se detalha a seguir:

a) Para a República Argentina e a República Federativa do Brasil na razão de vinte por cento (20%) anuais dos itens que a compõem, redução que se aplica desde 31 de dezembro de 1990;

b) Para a República do Paraguai e para a República Oriental do Uruguai, a redução se fará na razão de:

10% na data de entrada em vigor do Tratado,
10% em 31 de dezembro de 1991,
20% em 31 de dezembro de 1992,
20% em 31 de dezembro de 1993,
20% em 31 de dezembro de 1994,
20% em 31 de dezembro de 1995.

ARTIGO OITAVO

As Listas de Exceções incorporadas nos Apêndices I, II, III e IV incluem a primeira redução contemplada no Artigo anterior.

ARTIGO NONO

Os produtos que forem retirados das Listas de Exceções nos termos previstos no Artigo Sétimo se beneficiarão automaticamente das preferências que resultem do Programa de Desgravação estabelecido no Artigo Terceiro do presente Anexo com, pelo menos, o percentual de desgravação mínimo previsto na data em que se opere sua retirada dessas Listas.

ARTIGO DÉCIMO

Os Estados Partes somente poderão aplicar até 31 de dezembro de 1994, aos produtos compreendidos no programa de desgravação, as restrições não tarifárias expressamente declaradas nas Notas Complementares ao Acordo de Complementação que os Estados Partes celebrem no marco do Tratado de Montevidéu 1980.

A 31 de dezembro de 1994 e no âmbito do Mercado Comum, ficarão eliminadas todas as restrições não tarifárias.

ARTIGO DÉCIMO PRIMEIRO

A fim de assegurar o cumprimento do cronograma de desgravação estabelecido nos Artigos Terceiro e Quarto, assim como o Estabelecimento do Mercado Comum, os Estados Partes coordenarão as políticas macroeconômicas e as setoriais que se acordem, a que se refere o Tratado para a Constituição do Mercado Comum, começando por aquelas relacionadas aos fluxos de comércio e à configuração dos setores produtivos dos Estados Partes.

ARTIGO DÉCIMO SEGUNDO

As normas contidas no presente Anexo não se aplicarão aos Acordos de Alcance Parcial, de Complementação Econômica Números 1, 2, 13 e 14, nem aos comerciais e agropecuários, subscritos no âmbito do Tratado de Montevidéu 1980, os quais se regerão exclusivamente pelas disposições neles estabelecidas.

Brasil
Lista de exceções

03.01.1.01	29.04.1.01	73.40.1.99	84.45.6.02
03.01.1.02	29.04.2.05	73.40.2.01	84.45.6.99
03.01.1.99	29.14.1.01	73.40.2.99	84.45.7.02
03.01.2.01	38.08.1.01	73.40.3.01	84.45.7.99
03.01.2.02	39.07.0.01	73.40.3.99	84.45.9.09
03.01.3.01	39.07.0.03	73.40.9.01	84.45.9.11
03.01.4.01	39.07.0.04	73.40.9.99	84.45.9.21
04.04.1.01	39.07.0.05	84.06.1.01	84.45.9.29
04.04.1.99	39.07.0.06	84.06.2.01	84.45.9.91
04.04.2.99	39.07.0.07	84.06.3.01	84.45.9.92
04.04.3.01	39.07.0.08	84.06.3.99	84.45.9.93
04.04.3.99	39.07.0.99	84.06.4.99	84.45.9.94
04.04.4.02	40.08.0.01	84.06.5.01	84.45.9.95
04.04.9.01	40.08.0.99	84.06.5.99	84.45.9.99
04.04.9.99	40.09.0.01	84.06.8.01	84.47.1.01
07.01.0.04	53.11.0.01	84.06.8.11	84.47.1.02
07.01.0.05	53.11.0.02	84.34.1.01	84.47.1.03
07.01.0.07	53.11.0.03	84.45.1.99	84.47.1.04
08.07.0.04	53.11.0.04	84.45.2.01	84.46.1.99
16.04.0.01	53.11.0.99	84.45.2.99	84.47.2.01
20.06.1.05	70.04.1.02	84.45.3.01	84.47.2.03
20.06.2.05	70.04.9.02	84.45.3.02	84.47.2.99
22.05.1.01	70.05.1.01	84.45.3.99	84.47.3.01
22.05.1.02	70.05.1.02	84.45.4.01	84.47.3.02
22.05.1.11	70.05.9.02	84.45.4.02	84.47.3.03
22.05.1.19	70.06.1.01	84.45.4.03	84.47.3.99
24.02.1.01	70.06.1.02	84.45.4.04	84.47.4.01
24.02.1.03	70.06.9.01	84.45.4.99	84.47.4.99
24.02.1.04	70.06.9.02	84.45.5.01	84.47.5.01
24.02.1.99	70.18.0.99	84.45.5.02	84.47.5.99
24.02.2.01	70.19.0.01	84.45.5.03	84.47.6.01
28.03.0.01	70.19.0.99	84.45.5.99	84.47.6.02
28.40.1.02	73.40.1.01	84.45.6.01	84.47.6.99
84.47.9.01	84.59.7.01	87.02.1.99	90.28.1.01
84.47.9.02	84.59.7.02	87.02.2.01	90.28.1.09
84.47.9.99	84.59.7.03	87.02.2.99	90.28.1.99
84.48.1.01	84.59.7.04	87.02.3.01	90.28.2.01
84.48.1.02	84.59.7.99	87.02.3.99	90.28.2.99
84.48.1.03	84.59.8.01	87.02.9.01	90.28.3.01
84.48.1.99	84.59.8.99	87.02.9.99	90.28.3.09
84.48.2.01	84.59.9.01	87.03.0.01	90.28.3.99
84.48.3.01	84.59.9.02	87.03.0.99	90.28.4.01
84.48.3.02	84.59.9.99	87.04.1.01	90.28.4.99
84.51.2.01	84.61.1.01	87.04.1.99	90.28.5.01
84.52.1.03	84.61.1.99	87.04.9.01	90.28.5.09
84.52.3.99	84.61.8.01	87.04.9.99	90.28.5.99

:ont.)

Brasil
Lista de exceções

84.53.0.01	84.61.9.01	87.05.0.01	90.28.6.01
84.53.0.02	84.61.9.02	87.05.0.03	90.28.6.09
84.53.0.03	84.61.9.03	87.06.0.01	90.28.6.99
84.53.0.04	84.61.9.99	87.06.0.03	90.28.7.01
84.53.0.05	85.05.0.01	90.07.1.02	90.28.7.09
84.53.0.99	85.13.1.03	90.07.1.03	90.28.7.99
84.59.1.01	85.13.1.99	90.07.1.04	90.28.8.01
84.59.2.01	85.13.2.03	90.07.1.05	90.28.8.99
84.59.2.02	85.15.1.09	90.07.2.01	90.28.9.02
84.59.2.03	85.15.1.19	90.07.2.99	90.28.9.03
84.59.2.99	85.15.1.29	90.07.8.01	90.28.9.04
84.59.3.01	85.19.3.99	90.17.1.01	90.28.9.05
84.59.3.02	85.19.4.01	90.17.1.99	90.28.9.09
84.59.3.03	85.19.4.99	90.17.2.01	90.28.9.91
84.59.3.99	85.21.2.01	90.17.2.02	90.28.9.92
84.59.4.01	85.21.4.99	90.17.2.99	90.28.9.93
84.59.5.01	85.21.5.01	90.17.9.02	90.28.9.99
84.59.5.99	85.21.6.01	90.17.9.99	92.12.0.06
84.59.6.01	87.02.1.01	90.20.1.01	

Anexo II
Regime Geral de Origem

Capítulo I
egime Geral de Qualificação de Origem

ARTIGO PRIMEIRO

Serão considerados originários dos stados Partes:

a) Os produtos elaborados integralıente no território de qualquer um eles, quando em sua elaboração forem tilizados exclusivamente materiais oriinários dos Estados Partes;

b) Os produtos compreendidos nos ıpítulos ou posições da Nomenclatura arifária da Associação Latino-Amerıana de Integração que se identificam o Anexo I da Resolução 78 do Comitê e Representantes da citada Associação, elo simples fato de serem produzidos m seus respectivos territórios.

Considerar-se-ão produzidos no terrıorio de um Estado Parte:

i) Os produtos dos reinos mineral, vegetal ou animal, incluindo os da caça e da pesca, extraídos, colhidos ou apanhados, nascidos e criados em seu território ou em suas Águas Territoriais ou Zona Econômica Exclusiva;

ii) Os produtos do mar extraídos fora de suas Aguas Territoriais e Zona Econômica Exclusiva por barcos de sua bandeira ou arrendados por empresas estabelecidas em seu território; e

iii) Os produtos que resultem de operações ou processos efetuados em seu território pelos quais adquirem a forma final em que serão comercializados, exceto quando esses processos ou operações consistam somente em simples montagens ou ensamblagens, embalagem, fracionamento em lotes ou volumes, seleção e classificação, marcação, composição de sortimentos de mercadorias ou outras operações ou processos equivalentes;

c) Os produtos em cuja elaboração se utilizem materiais não originários dos

Estados Partes, quando resultem de um processo de transformação, realizado no território de algum deles, que lhes confira uma nova individualidade, caracterizada pelo fato de estarem classificados na Nomenclatura Aduaneira da Associação Latino-Americana de Integração em posição diferente à dos mencionados materiais, exceto nos casos em que os Estados Partes determinem que, ademais, se cumpra com o requisito previsto no Artigo Segundo do presente Anexo.

Não obstante, não serão considerados originários os produtos resultantes de operações ou processos efetuados no território de um Estado Parte pelos quais adquiram a forma final em que serão comercializados, quando nessas operações ou processos forem utilizados exclusivamente materiais ou insumos não originários de seus respectivos países e consistam apenas em montagens ou ensamblagens, fracionamento em lotes ou volumes, seleção, classificação, marcação, composição de sortimentos de mercadorias ou outras operações ou processos semelhantes;

d) Até 31 de dezembro de 1994, os produtos resultantes de operações de ensamblagem e montagem realizadas no território de um Estado Parte utilizando materiais originários dos Estados Partes e de terceiros países, quando o valor dos materiais originários não for inferior a 40% do valor FOB de exportação do produto final; e

e) Os produtos que, além de serem produzidos em seu território, cumpram com os requisitos específicos estabelecidos no Anexo 2 da Resolução 78 do Comitê de Representantes da Associação Latino-Americana de Integração.

ARTIGO SEGUNDO

Nos casos em que o requisito estabelecido na letra c) do Artigo Primeiro não possa ser cumprido porque o processo de transformação operado não implica mudança de posição na nomenclatura, bastará que o valor CIF porto de destino ou CIF porto marítimo dos materiais de terceiros países não exceda a 50 (cinqüenta) por cento do valor FOB de exportação das mercadorias de que se trata.

Na ponderação dos materiais originários de terceiros países para os Estados Partes sem litoral marítimo, ter-se-ão em conta, como porto de destino, os depósitos e zonas francas concedidos pelos demais Estados Partes, quando os materiais chegarem por via marítima.

ARTIGO TERCEIRO

Os Estados Partes poderão estabelecer, de comum acordo, requisitos específicos de origem, que prevalecerão sobre os critérios gerais de qualificação.

ARTIGO QUARTO

Na determinação dos requisitos específicos de origem a que se refere o Artigo Terceiro, assim como na revisão dos que tiverem sido estabelecidos, os Estados Partes tomarão como base, individual ou conjuntamente, os seguintes elementos:

I. Materiais e outros insumos empregados na produção:

a) Matérias primas:

i) Matéria prima preponderante ou que confira ao produto sua característica essencial; e

ii) Matérias primas principais.

b) Parte ou peças:

i) Parte ou peça que confira ao produto sua característica essencial

ii) Partes ou peças principais; e

iii) Percentual das partes ou peças em relação ao peso total.

c) Outros insumos.

II. Processo de transformação ou elaboração utilizado.

III. Proporção máxima do valor dos materiais importados de terceiros países em relação ao valor total do produto, que resulte do procedimento de valorização acordado em cada caso.

ARTIGO QUINTO

Em casos excepcionais, quando os requisitos específicos não puderem ser cumpridos porque ocorrem problemas circunstanciais de abastecimento: disponibilidade, especificações técnicas, prazo de entrega e preço, tendo em conta o disposto no Artigo 4.º do Tratado, poderão ser utilizados materiais não originários dos Estados Partes.

Dada a situação prevista no parágrafo anterior, o país exportador emitirá o certificado correspondente informando ao Estado Parte importador e ao Grupo Mercado Comum, acompanhando os antecedentes e constâncias que justifiquem a expedição do referido documento.

Caso se produza uma contínua reiteração desses casos, o Estado Parte exportador ou o Estado Parte importador comunicará esta situação ao Grupo Mercado Comum, para fins de revisão do requisito específico.

Este Artigo não compreende os produtos que resultem de operações de ensamblagem ou montagem, e será aplicável até a entrada em vigor da Tarifa Externa Comum para os produtos objeto de requisitos específicos de origem e seus materiais ou insumos.

ARTIGO SEXTO

Qualquer dos Estados Partes poderá solicitar a revisão dos requisitos de origem estabelecidos de conformidade com o Artigo Primeiro. Em sua solicitação, deverá propor e fundamentar os requisitos aplicáveis ao produto ou produtos de que se trate.

ARTIGO SÉTIMO

Para fins do cumprimento dos requisitos de origem, os materiais e outros insumos, originários do território de qualquer dos Estados Partes, incorporados por um Estado Parte na elaboração de determinado produto, serão considerados originários do território deste último.

ARTIGO OITAVO

O critério de máxima utilização de materiais ou outros insumos originários dos Estados Partes não poderá ser considerado para fixar requisitos que impliquem a imposição de materiais ou outros insumos dos referidos Estados Partes, quando, a juízo dos mesmos, estes não cumpram condições adequadas de abastecimento, qualidade e preço, ou que não se adaptem aos processos industriais ou tecnologias aplicadas.

ARTIGO NONO

Para que as mercadorias originárias se beneficiam dos tratamentos preferenciais, as mesmas deverão ter sido expedidas diretamente do país exportador ao país importador. Para tal fim, se considera expedição direta:

a) As mercadorias transportadas sem passar pelo território de algum país não participante do Tratado.

b) As mercadorias transportadas em trânsito por um ou mais países não participantes, com ou sem transbordo ou armazenamento temporário, sob a vigilância de autoridade alfandegária competente em tais países, sempre que:

i) o trânsito estiver justificado por razões geográficas ou por considerações relativas a requerimentos do transporte;

ii) não estiverem destinadas ao comércio, uso ou emprego no país de trânsito; e

iii) não sofram, durante o transporte e depósito, nenhuma operação distinta às de carga e descarga ou manuseio para mantê-las em boas condições ou assegurar sua conservação.

ARTIGO DÉCIMO

Para os efeitos do presente Regime Geral se entenderá:

a) que os produtos procedentes das zonas francas situadas nos limites geográficos de qualquer dos Estados Partes deverão cumprir os requisitos previstos no presente Regime Geral;

b) que a expressão "materiais" compreende as matérias-primas, os produtos intermediários e as partes e peças utilizadas na elaboração das mercadorias.

Capítulo II
Declaração, certificação e comprovação

ARTIGO DÉCIMO PRIMEIRO

Para que a importação dos produtos originários dos Estados Partes possa beneficiar-se das reduções de gravames e restrições outorgadas entre si, na documentação correspondente às exportações de tais produtos deverá constar uma declaração que certifique o cumprimento dos requisitos de origem estabelecidos de acordo com o disposto no Capítulo anterior.

ARTIGO DÉCIMO SEGUNDO

A declaração a que se refere o Artigo precedente será expedida pelo produtor final ou pelo exportador da mercadoria, e certificada por uma repartição oficial ou entidade de classe com personalidade jurídica, credenciada pelo Governo do Estado Parte exportador.

Ao credenciar entidades de classe, os Estados Partes velarão para que se trate de organizações que atuem com jurisdição nacional, podendo delegar atribuições a entidades regionais ou locais, conservando sempre a responsabilidade direta pela veracidade das certificações que forem expedidas.

Os Estados Partes se comprometem, no prazo de 90 dias a partir da entrada em vigor do Tratado, a estabelecer um regime harmonizado de sanções administrativas para casos de falsidade nos certificados, sem prejuízo das ações penais correspondentes.

ARTIGO DÉCIMO TERCEIRO

Os certificados de origem emitidos para os fins do presente Tratado terão prazo de validade de 180 dias, a contar da data de sua expedição.

ARTIGO DÉCIMO QUARTO

Em todos os casos, se utilizará o formulário-padrão que figura anexo ao Acordo 25 do Comitê de Representantes da Associação Latino-Americana de Integração, enquanto não entrar em vigor outro formulário aprovado pelos Estados Partes.

ARTIGO DÉCIMO QUINTO

Os Estados Partes comunicarão à Associação Latino-Americana de Integração a relação das repartições oficiais e entidades de classe credenciadas a expedir a certificação a que se refere o Artigo anterior, com o registro e *facsímile* das assinaturas autorizadas.

ARTIGO DÉCIMO SEXTO

Sempre que um Estado Parte considerar que os certificados emitidos por uma repartição oficial ou entidade de classe credenciada de outro Estado Parte não se ajustam às disposições contidas no presente Regime Geral, comunicará o fato ao outro Estado Parte para que este adote as medidas que estime necessárias para solucionar os problemas apresentados.

Em nenhum caso o país importador deterá o trâmite de importação dos produtos amparados nos certificados a que se refere o parágrafo anterior, mas poderá, além de solicitar as informações adicionais que correspondam às autoridades governamentais do país exportador, adotar as medidas que considere necessárias para resguardar o interesse fiscal.

ARTIGO DÉCIMO SÉTIMO

Para fins de um controle posterior, as cópias dos certificados e os documentos respectivos deverão ser conservados durante dois anos a partir de sua emissão.

ARTIGO DÉCIMO OITAVO

As disposições do presente Regime Geral e as modificações que lhe forem introduzidas não afetarão as mercadorias embarcadas na data de sua adoção.

ARTIGO DÉCIMO NONO

As normas contidas no presente Anexo não se aplicam aos Acordos de Alcance Parcial, de Complementação Econômica nr. 1, 2, 13 e 14 nem aos comerciais e agropecuários subscritos no âmbito do Tratado de Montevidéu 1980, os quais se regerão exclusivamente pelas disposições neles estabelecidas.

Anexo III
Solução de Controvérsias

1. As controvérsias que possam surgir entre os Estados Partes como conseqüência da aplicação do Tratado serão resolvidas mediante negociações diretas.

No caso de não lograrem uma solução, os Estados Partes submeterão a controvérsia à consideração do Grupo Mercado Comum que, após avaliar a situação, formulará no lapso de sessenta (60) dias as recomendações pertinentes às Partes para a solução do diferendo. Para tal fim, o Grupo Mercado Comum poderá estabelecer ou convocar painéis de especialistas ou grupos de peritos com o objetivo de contar com assessoramento técnico.

Se no âmbito do Grupo Mercado Comum tampouco for alcançada uma solução, a controvérsia será elevada ao Conselho de Mercado Comum para que este adote as recomendações pertinentes.

2. Dentro de cento e vinte (120) dias a partir da entrada em vigor do Tratado, o Grupo Mercado Comum elevará aos Governos dos Estados Partes uma proposta de Sistema de Solução de Controvérsias, que vigerá durante o período de transição.

3. Até 31 de dezembro de 1994, os Estados Partes adotarão um Sistema Permanente de Solução de Controvérsias para o Mercado Comum.

Anexo IV
Cláusulas de Salvaguarda

ARTIGO 1

Cada Estado Parte poderá aplicar, até 31 de dezembro de 1994, cláusulas de salvaguarda à importação dos produtos que se beneficiem do Programa de Liberação Comercial estabelecido no âmbito do Tratado.

Os Estados Partes acordam que somente deverão recorrer ao presente Regime em casos excepcionais.

ARTIGO 2

Se as importações de determinado produto causarem dano ou ameaça de dano grave a seu mercado, como conseqüência de um sensível aumento, em um curto período, das importações desse produto provenientes dos outros Estados Partes, o país importador solicitará ao Grupo Mercado Comum a realização de consultas com vistas a eliminar essa situação.

O pedido do país importador estará acompanhado de uma declaração pormenorizada dos fatos, razões e justificativas do mesmo.

O Grupo Mercado Comum deverá iniciar as consultas no prazo máximo de dez (10) dias corridos a partir da apresentação do pedido do país importador e deverá concluí-las, havendo tomado uma decisão a respeito, dentro de vinte (20) dias corridos após seu início.

ARTIGO 3

A determinação do dano ou ameaça de dano grave no sentido do presente Regime será analisada por cada país, levando em conta a evolução, entre outros, dos seguintes aspectos relacionados com o produto em questão:

a) Nível de produção e capacidade utilizada;

b) Nível de emprego;

c) Participação no mercado;

d) Nível de comércio entre as Partes envolvidas ou participantes de consulta;

e) Desempenho das importações e exportações com relação a terceiros países.

Nenhum dos fatores acima mencionados constitui, por si só, um critério decisivo para a determinação do dano ou ameaça de dano grave.

Não serão considerados, na determinação do dano ou ameaça de dano grave, fatores tais como as mudanças tecnológicas ou mudanças nas preferências dos consumidores em favor de produtos similares e/ou diretamente competitivos dentro do mesmo setor.

A aplicação da cláusula de salvaguarda dependerá, em cada país, da aprovação final da seção nacional do Grupo Mercado Comum.

ARTIGO 4

Com o objetivo de não interromper as correntes de comércio que tiverem sido geradas, o país importador negociará uma quota para a importação do produto objeto de salvaguarda, que se regerá pelas mesmas preferências e demais condições estabelecidas no Programa de Liberação Comercial.

A mencionada quota será negociada com o Estado Parte de onde se originam as importações, durante o período de consulta a que se refere o Artigo 2. Vencido o prazo da consulta e não havendo acordo, o país importador que se considerar afetado poderá fixar uma quota, que será mantida pelo prazo de um ano.

Em nenhum caso a quota fixada unilateralmente pelo país importador será menor que a média dos volumes físicos importados nos últimos três anos calendário.

ARTIGO 5

As cláusulas de salvaguarda terão um ano de duração e poderão ser prorrogadas por um novo período anual e consecutivo, aplicando-se-lhes os termos e condições estabelecidas no presente Anexo. Estas medidas apenas poderão ser adotadas uma vez para cada produto.

Em nenhum caso a aplicação de cláusulas de salvaguarda poderá estender-se além de 31 de dezembro de 1994.

ARTIGO 6

A aplicação das cláusulas de salvaguarda não afetará as mercadorias embarcadas na data de sua adoção, as quais serão computadas na quota prevista no Artigo 4.

ARTIGO 7

Durante o período de transição, no caso de algum Estado Parte se considerar afetado por graves dificuldades em suas atividades econômicas, solicitará ao Grupo Mercado Comum a realização de consultas, a fim de que se tomem as medidas corretivas que forem necessárias.

O Grupo Mercado Comum, dentro dos prazos estabelecidos no Artigo 2 do presente Anexo, avaliará a situação e se pronunciará sobre as medidas a serem adotadas, em função das circunstâncias.

Anexo V

Subgrupos de Trabalho do Grupo Mercado Comum

O Grupo Mercado Comum, para fins de coordenação das políticas macroeconômi-

cas e setoriais, constituirá, no prazo de 30 dias após sua instalação de Trabalho:

Subgrupo 1: Assuntos Comerciais
Subgrupo 2: Assuntos Aduaneiros
Subgrupo 3: Normas Técnicas
Subgrupo 4: Política Fiscal e Monetária Relacionadas com o Comércio
Subgrupo 5: Transporte Terrestre
Subgrupo 6: Transporte Marítimo
Subgrupo 7: Política Industrial e Tecnológica
Subgrupo 8: Política Agrícola
Subgrupo 9: Política Energética
Subgrupo 10: Coordenação de Políticas Macroeconômicas

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, successivamente, 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 atraiçoar, 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 dúplice 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 prevalecente 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.

NOTICIÁRIO

INSTITUTO DE DIREITO COMERCIAL COMPARADO E BIBLIOTECA TULLIO ASCARELLI

PRÊMIO TULLIO ASCARELLI

Em reunião da Comissão Julgadora dos trabalhos apresentados ao Prêmio Tullio Ascarelli, realizada em 15 de maio deste, composta pelo Presidente do Instituto, Prof. Waldirio Bulgarelli, pelo Prof. Luiz Gastão Paes de Barros Leães e pelo Dr. Egberto Lacerda Teixeira, foram concedidos o primeiro e o segundo lugar, aos seguintes candidatos:

1.º lugar: Paula Castello Miguel, Contratos de Shopping Center

2.º lugar: Frederico Augusto M. Simionato, A reforma da Lei de Falências frente à reorganização da empresa.

Oportunamente será divulgada a data da entrega solene dos prêmios conferidos.

ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO

A

Aline Paola C.B.C. de Almeida; Flávio Amaral Garcia; Marcos Juruena V. Souto; Paolo Henrique Spilotros Costa — Gestão privada do Funcafé.... 80

Arnoldo Wald

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

— Obligaciones-Regimen Jurídico — Marcelo Urbano Salermo 116

B

Breves considerações sobre sentença que indefere a renovação de contrato de locação — Carlos Augusto de Assis 72

C

Carla Izolda Fiuza Costa Marshall

— Temas polêmicos da sociedade por quotas — Posição da jurisprudência. Cessão de quotas, responsabilidade e exclusão de sócios 94

Carlos Augusto de Assis

— Breves considerações sobre sentença que indefere a renovação de contrato de locação 72

— 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 113

Concordata do ex-concordatário e a desistência do favor legal — Décio Policastro 54

Criação de impostos. Alteração de seus elementos essenciais. O artigo 146 da Constituição Federal — João Luiz Coelho da Rocha 46

D

Décio Policastro

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

— 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

Derivatives' Suitability — Luiz Gastão Leães Filho 59

Direito adquirido em matéria de indexação legal (interpretação do artigo 38 da Lei 8.880, de 1994) — Luiz Gastão Paes de Barros Leães 7

Disciplina da concorrência das operações de concentração empresarial — José Júlio Borges da Fonseca 26

F

Flávio Amaral Garcia; Aline Paola C.B.C. de Almeida; Marcos Juruena V. Souto; Paolo Henrique Spilotros Costa — Gestão privada do Funcafé 80

G

Gestão privada do Funcafé — Aline Paola C.B.C. de Almeida; Flávio Amaral Garcia; Marcos Juruena V. Souto; Paolo Henrique Spilotros Costa 80

H

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa

— Tratado de Direito Comercial — Cesare Vivante — V. 1 — Os Comerciantes, 5.ª ed. rev. e ampl., Milão, Francesco Vallardi, 1934 134

I

Inaplicabilidade do artigo 174 da Constituição Federal às normas monetárias (da) — Arnoldo Wald 109

J

João Luiz Coelho da Rocha

— Criação de impostos. Alteração de seus elementos essenciais. O artigo 146 da Constituição Federal 46

— A minoria social. Relatividade e alcance dos efeitos de seus direitos 38

Jorge Lobo

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

José Júlio Borges da Fonseca

— Disciplina da concorrência das operações de concentração empresarial 26

L

Luiz Gastão Paes de Barros Leães

— Direito adquirido em matéria de indexação legal (interpretação do artigo 38 da Lei 8.880, de 1994) 7

Luiz Gastão Leães Filho

— Derivatives' Suitability 59

M

Marcos Juruena V. Souto; Aline Paola C.B.C. de Almeida; Flávio Amaral Garcia; Paolo Henrique Spilotros Costa — Gestão privada do Funcafé ... 80

Minoria social. Relatividade e alcance dos efeitos de seus direitos (a) — João Luiz Coelho da Rocha 38

N

Noticiário do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli 139

O

Obligaciones-Regimen Jurídico — Marcelo Urbano Salermo, por Arnoldo Wald 116

P

Paolo Henrique Spilotros Costa; Aline Paola C.B.C. de Almeida; Flávio Amaral Garcia; Marcos Juruena V. Souto — Gestão privada do Funcafé.... 80

R

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

T

Temas polêmicos da sociedade por quotas — Posição da jurisprudência. Cessão de quotas, responsabilidade e exclusão de sócios — Carla Izolda Fiuza Costa Marshall 94

Titular de cheques pós-datados, dados em garantia real, não participa da concordata da devedora (O) — Jorge Lobo . 21

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