REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Nova Série - Ano XXXV • n. 103 • julho-setembro de 1996

Fundadores

1.ª Fase: WALDEMAR FERREIRA

Fase Atual: PROF. PHILOMENO J. DA COSTA (†)
PROF. FÁBIO KONDER COMPARATO

Supervisor Geral: PROF. WALDÍRIO BULGARELLI

Comitê de Redação: MAURO RODRIGUES PENTEADO, HAROLDO D. VERÇOSA,
JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, ANTONIO MARTIN

730,00
D

Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro,
respectivamente anexos aos
Departamentos de Direito Comercial e de
Direito Econômico e Financeiro da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Edição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Nova Série - Ano XXXV • n. 103 • julho-setembro de 1996

© Edição e distribuição

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

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

3120.3761
Diretor de Produção: ENYL XAVIER DE MENDONÇA

MARKETING E COMERCIALIZAÇÃO

Gerente de Marketing: MELISSA CHBANE

Gerente de Administração de Vendas: KUNJI TANAKA

CENTRO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR: Tel. 0800-11-2433

Diagramação eletrônica: EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA. - Rua Tabatinguera, 140, Térreo, Loja I
Caixa Postal 678 - Tel. (011) 3115-2433 - Fax (011) 606-3772 - CEP 01020-901 - São Paulo, SP, Brasil.

Impressão: EDITORA PARMA LTDA., Av. Antonio Bardella, 280 - CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

Impresso no Brasil

HOMENAGEM *POST MORTEM*
PHILOMENO J. DA COSTA

HOMENAGEM *POST MORTEM* PHILOMENO J. DA COSTA

CARLOS CELSO ORCESI DA COSTA

“Quando a vida deixa um corpo, será isso a morte?”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

campanha, várias vozes e uma tréplica final:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito

SUMÁRIO

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

DOCTRINA

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

ATUALIDADES

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

MERCOSUL

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

TEXTOS CLÁSSICOS

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

JURISPRUDÊNCIA

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

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

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO

ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS NUNES

Professor catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra.

ARNOLDO WALD

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

CARLOS CELSO ORCESI DA COSTA

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

FÁBIO KONDER COMPARATO

Doutor pela Universidade de Paris; Prof. Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

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

JORGE RUBEM FOLENA DE OLIVEIRA

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

JOSÉ JÚLIO BORGES DA FONSECA

Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado em São Paulo.

MARISTELLA BASSO

Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo. Professora de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

MAURO GRINBERG

Advogado; Ex-conselheiro do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

PAULO BORBA CASELLA

Doutor e Livre Docente de Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Mestre em Direito do Comércio Internacional (Paris X); Professor Associado de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Sócio de Amaral Gurgel Advogados.

PEDRO A. BATISTA MARTINS

Professor de Direito Comercial nas Faculdades Cândido Mendes e da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

DOCTRINA

A REVITALIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NO BRASIL SOB UM ENFOQUE REALISTA E UM ESPÍRITO DIFERENTE

MARISTELA BASSO

SUMÁRIO: 1. Acesso à justiça e arbitragem: 1.1 O direito à justiça; 1.2 Principais obstáculos; 1.3 O reconhecimento oficial da crise do judiciário; 1.4 Propostas de solução: a arbitragem como alternativa – 2. A arbitragem sob um enfoque realista e um espírito diferente: 2.1 A arbitragem na legislação e jurisprudência brasileiras; 2.1.1 Diferença entre cláusula arbitral e compromisso; 2.2 Arbitragem *ad hoc* e arbitragem institucionalizada; 2.3 Cláusula arbitral nos contratos internacionais – 3. Bibliografia.

1. Acesso à justiça e arbitragem

1.1 O direito à justiça

A atividade jurisdicional, como se sabe, preexistiu mesmo à legislativa, à formação de normas jurídicas. A primeira preocupação dos homens foi a formação de tribunais de justiça. Se considerarmos os mais antigos e importantes monumentos jurídicos: o Código de Hamurabi da Babilônia, as Leis de Manú da Índia, as Leis das XII Tábuas Romanas e a Lex Sállica dos Francos, veremos que todos se voltaram à matéria judicial.

Desde sua origem, portanto, aos juízes se delega a tarefa de sancionar a conduta dos grupos sociais, aplicando a justiça como se somente eles tivessem acesso ao que o homem busca.

Nas organizações sociais modernas, esta realidade não se alterou. O Estado reserva para si o poder de prover aos particulares dos órgãos que resolverão aquelas situações de conflito que possam perturbar a paz social – é o Estado que detém os instrumentos através dos quais se procura manter a ordem.

No entanto, as estruturas previstas nas organizações sociais modernas não são eficazes e não conseguem cumprir a sua função, dificultando cada vez mais o exercício do direito à jurisdição, a princípio assegurado pelo Estado e que hoje se converteu em ficção, ou mera concessão teórica. Razão pela qual, a busca de novas fórmulas alternativas de solução de conflitos torna-se imperiosa.

1.2 Principais obstáculos

Os fatores atuais que contribuem impedindo e dificultando o acesso à justiça são muitos e, ao mesmo tempo, tão diversos que sua apresentação aqui fugiria dos objetivos que nos propomos neste trabalho. Daí porque apresentaremos, superficialmente, apenas alguns que apresentam relação mais direta com o tema proposto e possam melhor corroborar nossa tese.

Um dos principais obstáculos do acesso à justiça é, sem dúvida, a lentidão do processo judicial. Apesar dos grandes esforços que se tem feito, não só no Brasil, mas em grande parte dos países do mundo, o problema é angustiante e com

tendências sempre a piorar, mesmo considerando as reformas constantes pelas quais passam os códigos de processo civil. O excesso de causas que tramitam em primeiro, segundo e terceiro graus, é um dos elementos que contribui negativamente a boa administração da justiça, mas não é, entretanto, o único.

Remanejando pessoal, ou aumentando o número de juizes, não resolveria o problema, porque o trâmite dos expedientes continuaria igualmente ritualista e excessivamente burocrático. A crítica que se faz aqui não é apenas ao ritual dos procedimentos descritos nos códigos e regulamentos que procuram garantir o princípio de defesa em juízo, que acaba levando a toda série de tolerâncias e artimanhas processuais, mas também aos próprios advogados impregnados da concepção de que o processo judicial é um fim em si mesmo e não um instrumento para se chegar a uma conclusão, e que raramente têm presente que em juízo o que importa são os conflitos humanos, e estes é que devem ser resolvidos, e não os conflitos de papéis.

O alto custo dos pleitos também é um dado importante e que dificulta o acesso à justiça, as causas de menor quantia acabam se tornando excessivamente onerosas frente aos gastos e percentagens que lhe são acrescentados, e as de maior magnitude, acabam atingindo cifras exorbitantes.

A demora nas decisões traz um risco adicional às partes, que já convivem com as incertezas de terem suas questões decididas por juizes, muitas vezes inexperientes, e sobrecarregados de processos.

O excesso de formalismo e ritualismos manifesto de todos aqueles que participam do sistema e os procedimentos emperrados, descritos nos nossos códigos, fazem com que o processo perca seu objetivo, que é conhecer a verdade dos fatos e determinar, em função disso, os direitos que cada uma das partes em

conflito possui, afastando qualquer artimanha, medida protelatória ou conduta intolerável.

Finalmente, a falta de consciência do valor do tempo, também repercute na ineficiência e lentidão do serviço de prestação da justiça.

1.3 O reconhecimento oficial da crise do judiciário

Hoje se reconhece amplamente que o serviço estatal de administração da justiça se encontra numa situação tal que tornou-se impossível ao próprio Estado dar uma resposta adequada às necessidades plantadas pela comunidade em matéria de solução de conflitos.

Se tomarmos como exemplo somente o Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, veremos uma situação calamitosa. Lá estão 33 mil processos represados à espera de distribuição, sem considerar os cerca de 5.200 que o Tribunal recebe todos os meses. O tempo de espera na fila da distribuição é de dois anos. No final do ano de 1995, o número de processos que aguardavam distribuição chegava a 43 mil. O exame de admissibilidade dos recursos especiais e extraordinários demora, em média, um ano. Os juizes estão sobrecarregados. Esse TAC tem 60 juizes efetivos e 24 substitutos, divididos em 12 Câmaras. Cada juiz efetivo recebe 13 processos por semana para relatar, mais 8, já relatados, para revisar. Os juizes substitutos recebem 17 processos por semana para relatar. É difícil julgar bem tendo que ler mais de 13 processos por semana, sem considerar a revisão. Como se vê a tarefa desses juizes é extremamente dura.

Tais problemas sempre existiram, porém nos últimos anos atingiram dimensões alarmantes, chegando a níveis insuportáveis e gerando na população uma sensação geral de descrença na justiça, reconhecida, até mesmo, pelas autoridades governamentais.

A morosidade dos processos civis e comerciais repercute, como é sabido, desfavoravelmente na produção e nos investimentos de capitais, paralisando atividades, gerando gastos improdutivos e ocasionando perdas econômicas significativas. A justiça lenta deixa de ser justa. A morosidade na tramitação das causas submetidas aos tribunais gera na população sentimentos de insegurança jurídica e de desapego frente às instituições públicas que devem garantir seus direitos. O sentimento de cidadania se enfraquece e o resultado do inconformismo nem sempre é o mais salutar. A justiça que chega atrasada, deixa de ser justa.

Em contrapartida, para dar solução a crise, até não muito tempo atrás, insistia-se na busca de soluções tradicionais, como, por exemplo, aumentar o número de cartórios, câmaras, secretarias; redistribuição de competências por matéria; aumento das previsões orçamentárias para o Poder Judiciário; constantes e sucessivas modificações nos códigos processuais; mais tecnicidade e informatização da justiça.

No entanto, nada disso tem trazido os resultados desejados. Todos esses esforços não têm sido suficientes para reverter a crise instaurada: as deficiências ainda persistem e se tornam mais agudas com o transcurso do tempo.

O congestionamento da justiça, devido à acumulação de processos, exige que deixemos de lado as soluções do tipo convencional, antes referidas, e busquemos novas fórmulas, caminhos novos capazes de trazer a esperada melhoria da justiça.

Uma dessas fórmulas é, sem dúvida, revitalizar os sistemas extrajudiciais, sejam de autocomposição dos conflitos, como a mediação e a conciliação, como os heterocompositivos, como a arbitragem. Esses métodos, alternativos à jurisdição judicial, tendem a descongestionar os tribunais tradicionais e solucionar conflitos jurídicos no menor tempo possível.

1.4 Propostas de solução: a arbitragem como alternativa

Como bem colocou o professor Octavio Bueno Magano, “antes que o povo brasileiro queira submeter-se a deuses estranhos, melhor será que o livre-mos de suas frustrações, acenando-lhe com formas expeditas de solução de contendas. Dentre as diversas formas de que se possa excogitar, a mais expedita é a da arbitragem. Daí desejarmos encorajar a sua prática. Referimo-nos ao incentivo da arbitragem voluntária, para dar solução dos dissídios individuais” (“A arbitragem como elemento que contribui para aliviar o Poder Judiciário”, in *Anais do Conjur* – vol. VIII, do Conselho Superior de Orientação Jurídica e Legislativa da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, 1987, p. 9-10).

A arbitragem revela-se, assim, como o meio extrajudicial de solução de conflitos que pode contribuir decisivamente para o descongestionamento do Poder Judiciário.

A importância e significado da arbitragem, como método heterocompositivo, ficam evidenciados na Exposição de Motivos da Lei espanhola de Arbitragem, de 23.12.1953:

“Acaso ninguna institución de las que encierra el ordenamiento jurídico de un país, revele con más hondo significado, el sentido que el Derecho ocupa en su vida social, como la institución del arbitraje. El conjunto de normas que tienen por misión científica repartir, con criterio de justicia, los distintos bienes humanos entre los miembros de una colectividad está destinado, por la propia naturaleza de las cosas, a sufrir la ruda prueba que los conflictos de los intereses afectados le plantean diariamente. Y puestos frente a la necesidad de ordenar igualmente esos conflictos e intereses, el Derecho, antes de llegar al puro mecanismo coactivo de la intervención inapeable del Poder público, idea una serie

de mecanismos de conciliação que tratam de restabelecer, en la medida de lo posible, el interrumpido orden de la convivencia social. Tal es precisamente el papel que asume el arbitraje dentro del problema general de las instituciones jurídicas”.

Sempre foram conhecidos, como bem se vê dessa passagem do direito espanhol, os princípios básicos da arbitragem e suas vantagens práticas. Porém, nunca como agora, a arbitragem assumiu papel tão importante no aprofundamento das reformas do procedimento judicial.

A arbitragem apresenta muitas vantagens comparativas frente à jurisdição estatal, que as colocam hoje como a melhor alternativa ao congestionamento do judiciário. Vejamos algumas dessas vantagens:

a) Celeridade: a arbitragem é essencialmente mais rápida que o judiciário, que se caracteriza pela sua rigidez e morosidade.

b) Confidencialidade: esse é um dos fatores que se leva a preferir a arbitragem. Ao contrário do que ocorre com o judiciário, o conteúdo da arbitragem fica circunscrito às partes e aos árbitros, que estão obrigados ao sigilo profissional. As provas, a natureza da controvérsia, seu valor e a decisão através do laudo arbitral não são divulgados, como ocorre com o procedimento e a decisão judiciários.

c) Propicia a Conciliação: a confidencialidade do procedimento cria uma atmosfera capaz de gerar um clima de colaboração entre as partes, dentro do qual elas podem autocompor o conflito através da conciliação ou mediação, encerrando, assim, elas mesmas, o problema.

d) Garantia de Tratamento Equânime: esta vantagem fica evidente nos casos de arbitragens internacionais, envolvendo partes de países diferentes. A garantia de tratamento igualitário entre as partes,

sustentada pela arbitragem, afasta a natural incerteza quanto à isenção dos tribunais locais em litígios entre nacionais e estrangeiros domiciliados no exterior.

e) Especialização: diferentemente do judiciário, os árbitros podem ser técnicos na matéria controversa.

f) Possibilidade de Decisão por Equidade: os árbitros desenvolvem o mesmo raciocínio lógico dos juízes, porém se o compromisso o autoriza, eles poderão não ficar adstritos à aplicação do direito positivo e poderão decidir por equidade.

g) Confiança: o juiz tradicional não é escolhido pelas partes, enquanto que os árbitros o são. Razão pela qual a arbitragem se baseia na confiança das partes, na possibilidade delas terem o conflito resolvido por alguém que elas mesmas escolheram.

Vê-se, portanto, que a arbitragem, através de seus procedimentos mais simples e econômicos, pode ter um efeito direto e imediato no descongestionamento do judiciário. Todavia, esse não é o único mecanismo que pode colaborar no processo de transformação e melhora do acesso à justiça, mas, com certeza, pode representar muito, atuando como um filtro, retendo grande parte das situações litigiosas, deixando a justiça ordinária como o reduto final, reservado para os conflitos que não obtêm solução por arbitragem, conciliação, ou mediação.

2. A arbitragem sob um enfoque realista e um espírito diferente

É importante ter presente que a arbitragem é uma alternativa extremamente eficaz e válida de solução de conflitos, qualquer que seja a situação pela qual atravessa o Poder Judiciário. Certamente, a crise que enfrenta a administração da justiça hoje desperta o instituto da arbitragem do estado de letargia em que se encontrava no Brasil. Segundo Roque Caivano, “el arbitraje no es una suerte de

mal necesario". Segundo ele, "no es el mal menor por el que pueda optarse ante la disyuntiva de acudir a una justicia estatal que no brinda respuestas, o probar con un sistema privado. Si se lo aborda sin convicciones, con prejuicios o recebelos, pensando que es 'menos malo' que la justicia, se estará minimizando su verdadero alcance" (in *Arbitraje – su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*. Buenos Aires: *Ad Hoc*. 1992, p. 38).

O que propomos é a revitalização da arbitragem através de postulados realistas e com a intenção de fazê-la perdurar e sedimentar-se definitivamente como uma alternativa a que se pode recorrer, mesmo quando a justiça funcione sem problemas. Essa afirmação parte de um espírito diferente que encara a arbitragem como uma alternativa claramente vantajosa para grande parte das questões que se nos apresentam diariamente.

É verdade que existem diferentes tipos de arbitragem, e que esta pode não ser a alternativa indicada para alguns casos específicos. Razão pela qual, convém sempre examinar suas características e conveniências caso-a-caso.

As dificuldades que a justiça enfrenta hoje, exige a mudança de mentalidade por parte dos advogados habituados a resolver os conflitos de interesses de seus clientes perante os tribunais tradicionais. A responsabilidade pelo instituto da arbitragem não ter prosperado no Brasil, como contrariamente ocorreu em outros países, não é exclusivamente da lei, como afirmam alguns, nem mesmo dos juízes, como querem outros. O maior problema está na mentalidade formalista e estatizante impregnada na sociedade e, em especial, nos advogados, que endurecem e enferrujam a noção de ordem pública elevando-a a tal extremo que acabam por afastar toda e qualquer iniciativa de autocomposição voluntária. Daí porque, o reconhecimento da arbitragem como excelente método de solução de

controvérsias dependerá de mudanças profundas de mentalidade de todos os operadores jurídicos.

Essa mudança de mentalidade põe em confronto a confortável posição legalista do juiz tradicional, e realça uma nova modalidade de julgar, mais moderna e transformadora, baseada nos critérios de funcionalidade e praticidade.

Não se pretende defender aqui a substituição do juiz togado tradicional pelo árbitro privado escolhido pelas partes. O que propomos é a mudança de mentalidade no modo de encarar a resolução dos conflitos e uma predisposição diferente, um espírito novo sem o qual não encontraremos solução para o congestionamento do judiciário. Por outro lado, esse novo espírito que resgata e reinterpreta a arbitragem com todas as suas vantagens, não condiciona sua validade e efetiva vigência como método extrajudicial de solução dos conflitos à crise do judiciário. Tal vinculação minimizaria sua importância.

Dentre os métodos extrajudiciais de solução dos conflitos, é importante termos presente a diferença entre os autocompositivos, anteriormente mencionados, como a *mediação* e a *conciliação*, e os heterocompositivos, como a arbitragem. A *mediação* é um sistema de solução de conflitos no qual as partes não atuam como adversárias, e as controvérsias não são resolvidas por um terceiro, mas sim pela própria vontade comum das partes que chegam a um acordo com o auxílio de alguém, chamado mediador, que facilita o acordo; o mediador empenha seu trabalho ou diligência para obter o acordo ou aproximar as partes. A *conciliação* é o acordo entre as partes obtido também com o auxílio de um terceiro, conciliador, que propõe o entendimento entre as partes, considerando os argumentos de uma e de outra. Diz-se que a mediação e a conciliação são métodos autocompositivos porque as partes chegam ao acordo espontaneamente, seja

através do auxílio do mediador, como do conciliador. A *arbitragem*, por outro lado, é método heterocompositivo porque as partes não logram obter o acordo sozinhas, e por isso buscam sua solução através de uma decisão imposta por um terceiro que atua como juiz privado. Daí porque recomenda-se que o árbitro escolhido pelas partes não seja o mesmo que tenha atuado anteriormente como mediador ou conciliador, porque somente assim ele poderá desempenhar sua função com total isenção.

2.1 A arbitragem na legislação e jurisprudência brasileiras

O instituto da arbitragem é conhecido no Brasil desde há muito tempo, todavia jamais foi efetivamente empregado como deveria. Desde o Decreto 737, de 25.11.1850, sobre solução de litígios entre comerciantes, há em nossa legislação previsão sobre arbitragem. Esse Decreto previa tanto a arbitragem voluntária, como a obrigatória, qualificada como necessária para certos casos. Essa última, considerada obrigatória, acabou sendo revogada pela Lei 1.350, de 14.11.1866, porque nunca se reconheceu sua utilidade, desaparecendo, assim, sem deixar saudades, como observou Carvalho de Mendonça (in *Tratado de direito comercial brasileiro*, vol. VIII, n. 599, p. 75).

O juízo arbitral obrigatório, segundo José Carlos de Magalhães, “repugna à própria natureza do instituto, lastreado, fundamentalmente, na vontade das partes”, daí porque, segundo ele, “nunca teve grande aceitação no direito brasileiro” (in *Arbitragem comercial*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 8 — obra escrita com Luiz Olavo Baptista).

A arbitragem voluntária manteve-se no Código Civil editado em 1916, cuja previsão encontra-se nos arts. 1.037 a 1.048. Nesse diploma, o instrumento básico do juízo arbitral é o *compromisso*, não se fazendo qualquer menção à *cláu-*

sula arbitral ou *cláusula compromissória*, reafirmando, assim, a tradição consagrada no Decreto de 1850. O Código Civil, fixa, portanto, os requisitos essenciais do compromisso arbitral, cuja inobservância poderá acarretar a nulidade do juízo arbitral.

Sem dúvida, quando o Código Civil afastou a cláusula arbitral, referindo-se apenas ao compromisso, manteve a tradição mas ao mesmo tempo, pela timidez com que tratou do instituto, desistimulou a arbitragem porque, como todos sabemos, é muito difícil para as partes, durante o conflito, celebrarem o compromisso arbitral, assim como qualquer outro acordo.

2.1.1 Diferença entre cláusula arbitral e compromisso

A *cláusula arbitral* é aquela inserida dentro de um contrato (interno ou internacional), cuja função é determinar que eventuais e futuros conflitos entre as partes, originados da relação contratual, deverão ser resolvidos por juízo arbitral. É com base no princípio da autonomia da vontade que as partes podem optar pela arbitragem, ao invés de remeter seus problemas ao judiciário tradicional. Nessa cláusula já se poderá fazer a previsão de como se desenvolverá o juízo arbitral, chamado *ad hoc*, ou se poderá determinar que a arbitragem será feita segundo o regulamento de alguma instituição ou câmara de arbitragem, como a Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo, por exemplo, chamada arbitragem institucionalizada. A *cláusula arbitral*, portanto, integra o negócio jurídico que poderá dar causa à instauração do juízo arbitral.

O *compromisso arbitral*, por outro lado, é o acordo que se faz de se resolver aquele problema específico e já instaurado por arbitragem. É, por conseguinte, instrumento jurídico autônomo com relação ao negócio que lhe deu causa.

O Código de Processo Civil, como é sabido, seguiu a mesma linha do Código Civil, referindo-se, única e exclusivamente, ao compromisso arbitral como condição essencial à validade da arbitragem no Brasil, arts. 1.078 a 1.102.

Não basta, como se vê, à luz da legislação brasileira, a cláusula arbitral para que se instaure válida e eficazmente o juízo arbitral de causas internas. Faz-se imprescindível a celebração do subseqüente compromisso arbitral.

Recentemente, constatamos uma tentativa de revitalização da arbitragem no Brasil, com a promulgação do Decreto Presidencial 1.902, de 09.05.1996, que promulgou a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, celebrada no Panamá, em 1975. Essa introduz nova mentalidade acerca da arbitragem, determinando, no art. 1.º: "é válido o acordo das partes em virtude do qual se obrigam a submeter a decisão arbitral as divergências que possam surgir ou que hajam surgido entre elas com relação a um negócio de natureza mercantil. O respectivo acordo constará do documento assinado pelas partes, ou de troca de cartas, telegramas ou comunicações por telex".

Vemos, portanto, que para as arbitragens internacionais não se faz mais distinção entre cláusula arbitral e compromisso, qualquer um é suficiente para instaurar o juízo arbitral, de acordo com a lei. Entretanto, persiste a limitação, a nosso ver, no que se refere às arbitragens internas, que continuam submetidas às regras do Código Civil e do Código de Processo Civil, ou seja, às exigências do compromisso. Acerca disso voltaremos mais adiante em tópico específico sobre as arbitragens internacionais.

Se a lei brasileira não é fator de estímulo à arbitragem, o mesmo não se pode dizer com relação à jurisprudência que, mesmo em decisões polêmicas, tem reconhecido as arbitragens, evidenciando a ausência de qualquer preconceito

do judiciário contra sua prática, como bem demonstrou José Carlos de Magalhães, em obra já citada, p. 9-16.

É bem verdade que a jurisprudência impõe como condição para a validade do laudo arbitral, com vistas à sua homologação e conseqüente execução, a existência de compromisso para as arbitragens que envolvam problemas submetidos apenas ao direito interno, não basta a cláusula arbitral, exige também a homologação do laudo no país onde foi proferido, se advindo do exterior.

2.2 Arbitragem ad hoc e arbitragem institucionalizada

Como já foi dito, o modo como se realizará a arbitragem pode ser descrito em forma geral ou detalhada pelas partes, que assim agindo elaboram um verdadeiro regulamento para o juízo arbitral que decidirá o problema presente ou futuro, ou, podem não fazer esta descrição utilizando-se de uma instituição especializada em mediação e arbitragem. A primeira modalidade onde as partes descrevem como deve se desenvolver a arbitragem, e como se escolherá o árbitro, chama-se de *arbitragem ad hoc*, cujo regulamento fixado pelas partes é para aquele, e somente aquele, caso, presente (se compromisso) ou futuro (se cláusula arbitral, quando possível). A segunda modalidade, em que as partes se utilizam de uma instituição que já possui seu próprio regulamento, e até mesmo lista de árbitros, se intitula *arbitragem institucionalizada*.

É surpreendente o número de entidades dedicadas à arbitragem comercial que estão surgindo, tantos nos países de tradição romano-germânica, como nos da *Common Law*. Razão pela qual, em 1985, foi criada uma Federação de Instituições de Arbitragem Comercial, cuja finalidade principal é de incentivar e estreitar relacionamento entre seus mem-

bros e facilitar a troca de informações. Além dessa, existe também, em Londres, a *Chartered Institute of Arbitrators*, cujo propósito é promover a coordenação e cooperação entre instituições arbitrais internacionais.

Luiz Olavo Baptista cita como importantes instituições a American Arbitration Association (AAA), a Câmara de Comércio Internacional de Paris (CCI), a London Court of Arbitration, no Brasil, cita o Tribunal Arbitral da Câmara de Comércio Brasil-Canadá e, com certeza citaria a Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo (in *Arbitragem comercial*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 40 — obra escrita com J. C. de Magalhães).

No âmbito do MERCOSUL, visando agilizar a solução dos conflitos individuais está sendo criado o Tribunal de Mediação e Arbitragem do COADEM — Colégio e Ordem dos Advogados do MERCOSUL, órgão que congrega os advogados dos países do Mercado Comum do Sul.

2.3 Cláusula arbitral nos contratos internacionais

Já tratamos aqui das diferenças entre cláusula arbitral e compromisso.

Mas vejamos isso melhor.

A cláusula arbitral, previsão de problemas futuros e a sua submissão ao método extrajudicial de solução, em direito interno tem efeito de mera obrigação de fazer, que se resolve em perdas e danos, não importando na instituição automática do juízo arbitral, dependente que fica do compromisso elaborado segundo os requisitos do art. 1.039 do CC e art. 1.074 do CPC.

Todavia, cumpre-nos indagar se, nos contratos internacionais do comércio, a cláusula arbitral também tem a mesma natureza. Com certeza a resposta é negativa. Nos contratos internacionais, a

cláusula arbitral obriga à execução específica da obrigação, exatamente por envolver um negócio jurídico que gera efeitos em mais de uma ordem jurídica em que o princípio da boa-fé é a pedra basilar.

Se havia alguma dúvida quanto a isso, a mesma desaparece em decisão recente do Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial n. 616-RJ), que reconheceu:

“Cláusula de arbitragem em contrato internacional — Regras do Protocolo de Genebra de 1923.

1. Nos contratos internacionais submetidos ao Protocolo, a cláusula arbitral prescinde do ato subsequente do compromisso e, por si só, é apta a instituir o juízo arbitral.

2. Esses contratos têm por fim eliminar as incertezas jurídicas, de modo que os figurantes se submetem, a respeito do direito, pretensão, ação ou exceção, à decisão dos árbitros, aplicando-se aos mesmos a regra do art. 244, do CPC, se a finalidade for atingida” (in *R. Sup. Trib. Just.*, Brasília, a. 4, (37): 261-585, setembro 1992).

A discussão que envolveu este caso (Lloyd Brasileiro x Ivarans Rederi) é extremamente interessante.

Como se sabe, em 22.03.1932, pelo Decreto 21.187, o Brasil promulgou o Protocolo de Genebra sobre Arbitragem Comercial Internacional, onde não se faz qualquer distinção entre cláusula arbitral e compromisso, reconhecendo-se a validade do juízo arbitral instaurado como base na primeira ou no segundo, para resolver conflitos de caráter comercial internacional.

Com o Código Unitário de 1939, e em especial, diante do disposto nos arts. 1.072 a 1.074 e 1.100 do CPC vigente, a validade do juízo arbitral ficou vinculada ao compromisso, afastando-se, portanto, a cláusula arbitral, cuja validade estava prevista no Protocolo de Genebra.

Instaurou-se a discussão se o CPC havia ou não revogado o Protocolo de Genebra, por ser posterior. Ascendeu-se antiga, e sempre viva, discussão acerca do conflito entre as fontes: lei interna e ato internacional.

Alguns defendiam que o CPC teria revogado o Decreto 21.177, ou seja, o Protocolo de Genebra. Outros, contrariamente, sustentavam que, como lei interna posterior não revoga ato internacional, o Protocolo continuava em vigor para as arbitragens comerciais internacionais, e o CPC, por ser lei especial, posterior, disciplinaria as arbitragens internas, estas, sim, condicionadas ao compromisso.

Com a decisão do STJ, no caso acima referido, a questão ficou definida: o Protocolo continua em vigor para as arbitragens comerciais internacionais, onde a cláusula arbitral prescinde do compromisso e, por si só, valida o juízo arbitral.

Qualquer dúvida que ainda possa ter ficado depois desta decisão, deve ser definitivamente afastada frente a recente promulgação da Convenção do Panamá sobre Arbitragem Comercial Internacional, através do Decreto 1.902, de 1996, antes mencionado, que reconhece a validade do "acordo das partes", isto é, da cláusula arbitral e/ou compromisso.

Em conclusão: para os problemas puramente internos, que não geram efeitos em outra ordem jurídica, a validade do juízo arbitral está condicionada a validade do compromisso, de acordo com as previsões do Código Civil e do Código de Processo Civil brasileiros. Para os problemas de caráter privado internacional, ou seja, que geram efeitos jurídicos em mais de uma ordem jurídica, o juízo arbitral pode ter sua origem tanto na cláusula arbitral, como no compromisso, segundo o Protocolo de Genebra de 1923, a Convenção do Panamá de 1975, ambos ratificados e em vigor no Brasil, e o Recurso Especial n. 616, RJ.

Da mesma forma precisamos considerar que a cláusula arbitral possui autonomia e independência relativamente às demais cláusulas do contrato internacional, e comporta execução específica, frente os instrumentos jurídicos acima referidos.

A mesma possibilidade conferida aos contratos internacionais, de poderem ser submetidos à arbitragem, com base em cláusula arbitral ou compromisso, deve ser estendida aos negócios jurídicos internos. Nesse sentido merece destaque o Projeto de Lei 4.018 A, de 1993, do Senado Federal, cujo art. 3.º prevê: "As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral". Da mesma forma, merece destaque o art. 2.º, do mesmo projeto, *verbis*:

"A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes;

§ 1.º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública;

§ 2.º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio".

Certamente, a transformação deste projeto em lei, significaria a revitalização da arbitragem no Brasil, o incentivo aos métodos extrajudiciais de solução de conflitos, contribuindo para o descongestionamento do judiciário, facilitando a desobstrução do acesso à justiça. Para tanto, precisamos retomar o tema da arbitragem através de uma visão realista, prática e dinâmica, onde a realização do homem é a meta e, isso exige, fundamentalmente, a mudança de espírito do operador jurídico.

3. Bibliografia

- CAIVANO, Roque J. Arbitraje. *Su eficacia como sistema alternativo de resolucion de conflictos*. Buenos Aires, AD HOC, 1993.
- CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo, Malheiros, 1993.
- CONJUR – Conselho Superior de Orientação Jurídica e Legislativa. *A arbitragem como elemento que contribui para aliviar o poder judiciário*. São Paulo, FIESP, CIESP, 1989.
- DI VIGNANO, A. Tommasi e Solina, M. *Profili di diritto internazionale: con questionário ed. esercitazioni ad uso degli studenti universitari*. Torino, UTET, 1990.
- LIMA, Claudio Vianna. *Arbitragem a Solução*. RJ, EMERJ, Forense, 1994.
- MAGALHÃES, José Carlos de e BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem Comercial*. RJ, Freitas Bastos, 1986.
- MEDICINA, José Ma Chillon e MERCHANT, José Fd. Merino. *Tratado de arbitragem privada interna e internacional*. Madrid, Ed. Civitas, 1978.
- MIRABELLI, Giuseppe. “Contratti nell’arbitrato: con l’arbitro; con l’istituzione arbitrale”. In *Se contratto: silloge in onore di Giorgio Oppo Padova*, Cedam, 1992.
- RESCIGNO, Pietro. “Arbitrato e autonomia contractuale”. In *Il contratto: silloge in onore di Giorgio Oppo Padova*, Cedam, 1992.

DOCTRINA

ANÁLISE DO REGIME JURÍDICO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE

JOSÉ JÚLIO BORGES DA FONSECA

SUMÁRIO: 1. Evolução da disciplina jurídica do CADE – 2. Órgãos encarregados da aplicação do Direito Antitruste, do ângulo do Direito Comparado – 3. Processo administrativo na aplicação do Direito Antitruste – 4. Últimas considerações.

1. Evolução da disciplina jurídica do CADE

Desde logo, é preciso esclarecer que, antes de censurar a atuação do CADE, cabe examinar o regime jurídico em que se encerra o exercício de sua atividade.

A sigla CADE designava, sob o império do Decreto-lei 7.666 de 22.06.1942, a Comissão Administrativa de Defesa Econômica. Acrescente-se que esse Decreto-lei não teve repercussão prática, uma vez que constituía aparato da ideologia do Governo Vargas cuja queda provocou a revogação do mesmo diploma pelo Dec.-lei 8.162, de 09.11.1945.¹

Apesar da curta vigência do Dec.-lei 7.666, é importante examinar suas prescrições já que esse estatuto, resultante do empenho do então Ministro da Justiça Agamenon Magalhães, lançou as bases da legislação brasileira antitruste. O teor de algumas disposições foi reproduzido nas leis 4.137, de setembro de 1962, 8.158, de 08.01.1991, já revogadas, e a vigente 8.884, de 11.06.1994.

O Dec.-lei 7.666 caracterizava como contrários ao interesse da economia na-

cional os entendimentos, ajustes ou acordos com a finalidade de elevar preços de venda, de restringir, cercear ou suprimir a liberdade econômica de outras empresas e influenciar o mercado para a criação de monopólio; atos de compra e venda de acervo de empresas; atos de aquisição ou detenção de terras; paralisação total ou parcial de empresas; incorporação, fusão, transformação, associação ou agrupamento de empresas.

A Comissão Administrativa de Defesa Econômica assumia papel relevante na execução da lei. Cumpria-lhe averiguar a configuração de atos contrários aos interesses da economia nacional, notificar as empresas envolvidas, sob pena de intervenção, para cessar as práticas abusivas. Note-se o rigor da disciplina no estabelecimento como sanção, aos atos considerados nocivos ao interesse público, a desapropriação das empresas com pagamento em Títulos do Tesouro, de emissão especial, amortizáveis em 40 anos.

Essa Comissão, encarregada, ademais, da autorização da formação de certas empresas, bem como sua incorporação, transformação e agrupamento e do registro de ajustes e acordos com reflexos no processo de produção de riquezas e de sua circulação, estava subordinada ao Presidente da República e compunha-se

⁽¹⁾ VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A Intervenção do Estado no domínio econômico*. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1968, p. 291.

pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores, como presidente, pelo Procurador-Geral da República, pelo Diretor Geral da CADE, por representantes do Ministério do Trabalho e da Fazenda e das classes produtoras, assim como um técnico em Economia e Finanças.

Três aspectos dessa regulação demonstram a sua impopularidade no meio empresarial.² Cuida-se do alcance dos poderes da CADE, abrangendo mesmo as hipóteses de concentração fundiária, bem como da desapropriação de empresas e da composição da CADE gerando insegurança.

Esse primeiro diploma antitruste foi concebido sob a égide da Constituição de 1946 que dispunha no art. 148 que "a lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros".

Esse dispositivo constitucional refletia a concepção de liberdade empresarial sem intervenção estatal na economia senão para corrigir anomalias. A referência a uniões ou agrupamentos causava dificuldades na interpretação da norma, levando a crer que havia proibição de *per se* às concentrações empresariais. As controvérsias foram superadas pela supressão desse trecho, mantendo-se o dispositivo na Constituição de 1988.

Já critiquei a inserção de norma de caráter repressivo na Constituição,³ uma vez que isso pode limitar a efetividade da lei antitruste. Nos casos concretos, as empresas podem alegar que não houve

dolo consistente na intenção de dominar mercado, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros. O escopo da legislação antitruste, no entanto, é de organizar o mercado, evitando as distorções no exercício de atividade empresarial. A prevenção das práticas anticoncorrenciais há de ser o objetivo; as sanções só devem ter lugar pela inoperância dos meios suasórios de restabelecimento da normalidade. O prevalecimento do caráter penal só diminui a efetividade do direito antitruste, pois sua aplicação requereria a verificação dos pressupostos da dogmática penal, como a tipificação e o elemento subjetivo.

O desempenho das tarefas atribuídas, por lei, ao CADE há de ser entendido no contexto da disciplina global em matéria antitruste. Já foi dito que o Dec.-lei 7.661, apesar das severas críticas, constituiu modelo para a Lei 4.137/62. Nessa lei, o CADE passou a ser designado por Conselho Administrativo de Defesa Econômica, sendo competente para examinar os atos passíveis de gerar abuso do poder econômico e, quando for o caso, proibi-los, usando dos meios da intervenção e desapropriação do acervo de empresas. Cabia-lhe, ademais, a aprovação e o registro de acordos e ajustes com reflexos no processo produtivo.

A Lei 8.158, resultante de Medida Provisória, estabeleceu regime de competência diferente daquele da Lei 4.137. Foram instituídas normas de defesa da concorrência, cabendo sua aplicação à atuação conjunta do CADE e da Secretaria Nacional de Direito Econômico-SNDE. Essa nova estruturação reflete, na verdade, polêmica doutrinária sobre a quem compete a aplicação do direito antitruste.

Dever-se-ia deixar a palavra final sobre a matéria a órgão político, tendo em vista os interesses macroeconômicos envolvidos? Ou seria melhor deixar que órgão técnico, sem a influência e pressão

² FERREIRA, Waldemar. *História do direito constitucional brasileiro*. São Paulo, Max Limonad, 1954, p. 193.

³ FONSECA, J. J. Borges da. *Limitações da atividade empresarial emergentes do direito antitruste*. São Paulo, tese, 1995.

de grupos isolados, decidisse sobre as questões.

Ante essas duas linhas de pensamento, a Lei 8.158 consagrou modelo novo atribuindo competência decisiva a órgão político. Competia, assim, à Secretaria Nacional de Direito Econômico apurar as anomalias de comportamento de setores econômicos e empresas e propor as medidas cabíveis. Superada a fase de investigações, o processo era remetido ao CADE para julgamento e medidas preventivas. Note-se que as decisões eram suscetíveis de recurso voluntário ou de ofício ao Ministro da Justiça. Dado fundamental verificado na Lei 8.158 é a mudança de concepção em torno do caráter meramente repressivo do direito antitruste, uma vez que no art. 22 vinha proclamando: “na apuração e correção dos atos ou atividades previstos nesta lei, a autoridade levará em conta, primordialmente, os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado, ainda que não se caracterize dolo ou culpa dos agentes causadores.”

Finalmente, importa verificar o modelo adotado na Lei 8.884, no tocante à competência do CADE. Aumenta a autonomia do CADE, que passa a ser autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça. Supera-se, assim, a dependência do CADE para propor, judicialmente, a execução de suas decisões. Continua a divisão de competência estabelecida na Lei 8.158 entre CADE e Secretaria de Direito Econômico. O Plenário é composto por um Presidente e seis Conselheiros de notável saber jurídico ou econômico nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado. O art. 6.º da lei vigente estabelece as incompatibilidades com exercício de cargo de conselheiro, a fim de garantir a imparcialidade na função. O grau de autonomia do CADE assume relevância no que dispõe o art. 50: “as decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, pro-

movendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições”.

Nesse contexto, o CADE passou a desempenhar suas tarefas interditando operações de concentração empresarial, a exemplo daquela envolvendo o grupo Gerdau e Pains. O número de operações de concentração a ser analisado pelo CADE aumenta e os empresários temem o rigor na aplicação da lei, gerando riscos para o crescimento da empresa na nova linha de eficiência produtiva em face da tendência de globalização da economia. A reação ao posicionamento do CADE foi levar a questão Gerdau/Pains ao Ministério da Justiça, o que não encontra amparo na nova lei. O segundo passo foi a substituição dos profissionais juristas na composição do CADE, uma vez que os economistas seriam mais flexíveis. O assunto, na verdade, está mal colocado. É absurdo, num Estado de Direito sério, substituir juristas por economistas, porque estes seriam brandos na aplicação da lei. O que se deve, antes, fazer é adotar modelo legal ajustado à tendência de eficiência e globalização. O defeito não decorre da composição do CADE, mas da formulação da Lei 8.884.

Colocadas essas premissas, cumpre fazer análise de direito comparado a fim de saber como os outros países têm aplicado o direito antitruste, para, finalmente, apresentar proposta de reformulação da lei brasileira.

2. Órgãos encarregados da aplicação do Direito Antitruste, do ângulo do Direito Comparado

É imperioso pesquisar a abordagem da matéria, na experiência norte-americana. É sabido que, nos meados do século XIX, os americanos perceberam que a concentração de riquezas em poucas mãos criava esfera de poder, colo-

cando em perigo o fundamento de liberdade como elemento norteador de sua sociedade. Notava-se, por outro lado, contraste entre o poder econômico e o poder estatal. O direito antitruste foi, a princípio, concebido como forma de re-frear os desmandos do poder empresarial e de proteger a livre iniciativa.⁴ As principais leis surgiram entre 1890 a 1914. Merecem referência o *Sherman Act* de 1890, o *Clayton Act* e o *Federal Trade Commission Act* de 1914.

Até a criação da FTC, foram verificadas muitas lacunas no sistema de repressão aos atos anticoncorrenciais. O *Sherman Act* deixava de fora, pelo menos aparentemente, os atos de concentração. Por outro lado, percebe-se que a caracterização como crime das condutas elencadas no *Sherman Act* dificultava a sua aplicação, uma vez que os pressupostos de aplicação do direito penal são mais rígidos.⁵ Assim, a ilegalidade das condutas, no contexto do *Clayton Act*, não configura crime.⁶ Acrescente-se que a *Federal Trade Commission* traduziu a intenção do Congresso em instituir órgão de administração do direito antitruste, sem fazer concessão excessiva à regra da razão (*rule of reason*) adotada pelo Judiciário.⁷

Verifica-se, pela sumária referência ao direito antitruste norte-americano que a sua aplicação cabe à *Federal Trade Commission*, ao *Department of Justice* e, sobretudo, às cortes. A iniciativa dos particulares não é de se descartar, já que eles podem demandar *triple damages*, ou seja, a condenação em triplo pelas práticas abusivas.

Esse arcabouço de administração das leis antitrustes revela que existe com-

inação entre atuação política e técnica, sem desconsiderar o importante papel do Judiciário. Guardadas as devidas proporções, o modelo se identifica com o adotado no Brasil. Análise mais detida revela que as críticas em relação ao CADE assemelham-se aos problemas de concepção do direito antitruste. A interessante opinião de Bork,⁸ que é reducionista, afirma o escopo de bem-estar do consumidor como elemento de unificação, guiando o judiciário na aplicação do direito antitruste. O que importa, entretanto, assinalar é que, quando foi editada a legislação antitruste, o Congresso não teve de fazer concessão a outros valores senão à preservação da competição. Nos dias que correm, a questão da eficiência e da globalização põe em evidência a necessidade de conciliar interesses não existentes à época das citadas leis.

Nesse exercício de comparação, pode-se dizer que a lei brasileira 8.884 foi mal concebida para o seu momento. O legislador ressentiu-se da fundamental visão histórica; pretendeu-se estabelecer regime de repressão às infrações à ordem econômica, definindo condutas anticoncorrenciais. O que devia, entretanto, ter feito era adotar norma abrangente de proibição seguida de exceções, valendo-se das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados. Embora haja derrogação do princípio geral da proibição das concentrações empresariais, a Lei 8.884 não é clara no tocante à opção de beneficiar a eficiência produtiva para fazer frente ao fenômeno da globalização. Não existem, no Brasil, as chamadas "guidelines" de aplicação de direito antitruste. A lei foi mal formulada, mas a solução dos problemas dela emergentes não está na indicação de economistas para cuidarem de sua aplicação.

(4) GELLHORN, Ernest e KOVACIC, William E. *Antitrust Law and Economics*. St. Paul, Minn. West Publishing CO. 1994, p. 15-37.

(5) Idem, ibidem, p. 28

(6) Idem, ibidem, p. 29.

(7) Idem, ibidem, p. 30.

(8) BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox, a Policy at War With Itself*. New York, The Free Press, 1993, p. 69.

Cumpra continuar a análise comparativa, tratando do direito francês, italiano e alemão e da União Européia.

Na França, existe órgão, integrante do Ministério da Economia, com função de supervisionar o funcionamento do mercado visando à proteção do consumidor e o cumprimento do direito concorrencial. Trata-se da "Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes". Atua, no tocante à defesa da concorrência, mediante pesquisas no mercado, por iniciativa própria ou provocação de terceiros. Esta Direção está dividida em direções regionais e departamentais. Acrescente-se que ela publica um Boletim oficial. Além da citada Direção, existe o "Conseil de la concurrence" criado pela Ordenança de 1986, substituindo o órgão até então existente com semelhantes funções. Esse conselho é composto de 16 membros nomeados por decreto por período de 6 anos (7 magistrados de origem judicial ou administrativa, 4 pessoas com reconhecido conhecimento de matéria econômica, de consumidor e concorrência e 5 pessoas do meio empresarial. Cuida-se de autoridade administrativa independente, com poderes de jurisdição e sanção, exercendo função consultiva e contenciosa. Quando se cuida de derrogação à proibição de limitação da concorrência, o Conselho deve, obrigatoriamente, ser consultado. No âmbito de sua função contenciosa, pode o Conselho determinar a suspensão da prática ilícita, ordenar a cessação de prática anticoncorrencial ou sua modificação com sanção imediata ou, no caso de descumprimento, comunicar a falta de pessoas físicas ao Ministério Público para persecução dos faltosos. Note-se que as hipóteses de crime, nessa área, foram reduzidas. Das decisões, cabe recurso à Corte de Apelação de Paris e, eventualmente, à Corte de Cassação.

Não exclui, evidentemente, a atuação do Judiciário.⁹

Nota-se, em relação ao CADE, que o direito francês é diferente, sobretudo no que toca à composição de seu órgão administrativo. Aproximam-se as duas experiências em comparação, quanto à combinação de atuação política e atuação técnica. Outro traço marcante diz respeito à orientação antes da Ordenança de 1986 e antes da Lei 8.158 de 1991. Havia tanto na França como no Brasil a tendência de disciplinar o mercado, ao nível de diretivas governamentais. Isso esvaziava de sentido prático a atuação da comissão francesa e do CADE. O que prevalecia era o que o Governo entendia razoável, principalmente em matéria de controle de preços.

Continuando nessa análise de direito comparado, cabe notar que lei antitruste italiana, 287 de 1990, foi antecedida de intensa discussão em torno da atribuição de competência a órgão político ou a órgão técnico, projetando-se, ademais, nas propostas de lei Rossi e de Battaglia. Nesse contexto, merece análise a questão da tolerância de atos anticoncorrenciais. Alega-se que a autorização desses atos caberia a quem tem responsabilidade política, podendo usar de discricionariedade técnica. A solução final adotada na citada Lei 287 foi a de atribuir competência ao Conselho de Ministros para estabelecer critérios orientadores da "Autoridade" nas autorizações de atos anticoncorrenciais.¹⁰

A atribuição de competência a órgão político suscita problema decorrente da possibilidade de desvios ou abusos. O modelo alemão, que figura entre os que concedem poderes a órgãos políticos para autorizar operações anticoncorren-

⁽⁹⁾ SERRA, Yves. *Le Droit français de la concurrence*. Paris, Dalloz, 1993, p. 24-25.

⁽¹⁰⁾ DONATIVI, Vincenzo. *Introduzione della disciplina antitrust nel sistema legislativo italiano*. Milão, Giuffrè, 1990, p. 296-297.

ciais, não revela prática de abuso pelo Ministro da Economia. As autorizações devem, ademais, ser fundamentadas e respeitar os parâmetros estabelecidos na lei antitruste, sobretudo no que toca ao interesse da coletividade.¹¹ Em linhas gerais, a estrutura administrativa alemã dos órgãos encarregados da aplicação do direito antitruste não é diferente dos demais modelos aqui analisados. Compete, assim, ao “Bundeskartellamt” (que integra a Administração) instruir processos, colher provas e decidir os casos a ele submetidos, cominando, quando for o caso, sanções. Prevê-se recurso para o “Kammergericht”, bem como para a Corte Federal (Bundesgerichtshof). Particularidade do sistema alemão é a Comissão de Monopólio, cabendo-lhe fazer estudos sobre os processos de concentração empresarial.¹²

A análise da experiência européia reclama alguns esclarecimentos preliminares. Trata-se da aplicação de direito concorrencial por órgão supranacional, que é a Comissão européia. As normas fundamentais, em matéria concorrencial, estão plasmadas nos arts. 85 a 90 do Tratado de Roma, bem como no art. 65 do Tratado C.E.C.A. Não é qualquer controvérsia que se submete à jurisdição da Comissão. Convém, antes de tudo, verificar se o ato ou operação têm dimensão comunitária. Quando não houver repercussão comunitária, resta a competência das jurisdições locais. Questão relevante nesse contexto diz respeito ao fundamento das derrogações às proibições aos atos anticoncorrenciais.

(11) EMMERICH, Volker, *Kartellrecht*, Munique. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1991, p. 419-420, assinala que esse poder de autorização do Ministro da Economia ocupa papel subalterno, na prática antitruste alemã.

(12) RITTNER, Fritz. *Wettbewerbs- und Kartellrecht*, 3.ª ed., Heidelberg. C. F. Mueller Juristischer Verlag, 1989, p. 430-438.

Cuidando-se de direito supranacional, justifica-se que os atos sejam analisados tão-só do ângulo concorrencial a fim de que não haja beneficiamento de certos Estados-membros em prejuízo dos outros. O interesse no desenvolvimento harmonioso da União Européia, no entanto, não afasta, na aplicação do direito antitruste, considerações de caráter extraconcorrencial.¹³ O exemplo da União Européia servirá de modelo de reflexão, numa fase mais avançada do Mercosul, sobretudo quanto à constituição de órgãos supranacionais.

Feita a análise comparativa dos órgãos aplicadores do direito antitruste, convém passar a tratar do processo de aplicação desse direito especial.

3. Processo administrativo na aplicação do Direito Antitruste

Os pressupostos do processo administrativo concorrencial são de tutela da concorrência e de promoção de política econômica. Conquanto possam ser cominadas sanções, não se trata de processo essencialmente punitivo. Não se visa ao mero enquadramento dos fatos nas normas, mas à superação de conflitos, levando em conta o bem-estar da coletividade.

Cumpra-se averiguar, em largos traços, a evolução do conceito de processualidade na Administração, para entender que os processos iniciados na Secretaria de Direito Econômico e julgados no CADE estão sujeitos aos princípios gerais e não constituem nenhuma anomalia jurídica.

A primeira questão que emerge é conceitual. Estar-se-ia diante de um processo ou um procedimento? De um processo. Mas isso não basta, uma vez que, como assinala Odete Medauar,¹⁴ na expe-

(13) PÉDAMON, Michel. *Droit Commercial*. Paris, Dalloz, 1994, p. 485-504.

(14) MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo, 1990, p. 221.

riência brasileira o termo processo é reservado àqueles voltados à apuração da falta disciplinar, ao passo que procedimento supõe seqüência de atos preparatórios de ato final, sem contraditório.

A preferência pelo termo processo justifica-se, por não se tratar de técnica exclusiva da função jurisdicional. Processo não se restringe a instrumento de pôr fim a litígios, sendo, assim, correto falar de processo legislativo e processo administrativo como forma legítima de atuação da Administração.

José Roberto Dromi¹⁵ expressa muito bem essa concepção moderna de processo na Administração, assinalando que o processo administrativo não se resolve no instrumento de impugnação dos atos da Administração; retrata, antes, modo de exteriorizar as funções do Estado.

O procedimento figura — o que já é do conhecimento dos processualistas — como concatenação formal de atos isolados unificados por uma finalidade. O processo, enfim, encerra, além de racionalização na formação da vontade pública, garantia dos administrados.

Sob o aspecto sociológico, Niklas Luhmann¹⁶ aponta para o papel racionalizador da adoção de procedimentos, a fim de legitimar solução de conflitos complexos. Dromi, entretanto, enxerga, além da racionalização, forma de conciliar tarefas públicas e garantias individuais. Não se atém à apologia das formas, sem consideração aos valores sociais.

Colocadas essas premissas, pode-se concluir que os processos administrativos de competência da SDE e do CADE envolvem, adotando qualificação de Federico Tedeschini,¹⁷ função de tutela

da concorrência e de promoção de política econômica. Acrescente-se que a caracterização da atividade administrativa como função tem como conseqüência o dever de respeitar o fim especificado em lei. Os conceitos de função, discricionariedade e procedimento se complementam. Não se admite, assim, que, num processo antitruste, o órgão administrativo, usando de discricionariedade de função diversa da estabelecida na lei. De acordo com essa concepção, excesso de poder traduz vício de função. Isso leva à análise do devido processo legal.

O seu alcance não se restringe aos acanhados limites do processo jurisdicional, como ficou demonstrado nos parágrafos anteriores. Importa, imbuído desse espírito, analisar particularidades dos processos perante SDE e CADE.

A garantia constitucional da ampla defesa foi assegurada. A publicidade dos atos e o amplo acesso a documentos e autos administrativos constituem aspecto fundamental do direito de defesa. A fase instrutória cabe à SDE, respeitando-se, pois, a ampla defesa e o contraditório, sem prejuízo do cumprimento dos prazos legais e da revelia decorrente da inércia do indiciado. O princípio da contribuição de vários órgãos foi incorporado na Lei 8.884, já que, tratando-se de matéria complexa, é indispensável o concurso de entidades especializadas. Por fim, não se vislumbra, ademais, cerceamento de defesa na inexistência de recurso a superior hierárquico contra decisões do Secretário da SDE. Trata-se de competência técnica.

No âmbito do CADE, que é competente para julgamento, são de notar as garantias de que dispõem os envolvidos. O relator, por exemplo, pode determinar novas diligências ou deferir produção de outras provas. Está prevista a intimação das partes para o julgamento. O perfil de órgão colegiado aumenta a garantia contra abusos. Como órgão colegiado, assume importância a competência do plenário

(15) DROMI, José Roberto. *El procedimiento administrativo*. Madrid. IEAL, 1986, p. 24-25.

(16) LUHMANN, Niklas Madrid. *Legitimação pelo procedimento*, tradução, Brasília, 1980, p. 46.

(17) TEDESCHINI, Federico. *Enciclopedia del Diritto*, verbete "procedimento administrativo", p. 876.

rio, para apreciar, em recurso dos envolvidos sem efeito suspensivo, a imposição de medida preventiva contra prática anticoncorrencial. Advirta-se que o CADE, no exercício de sua atribuição de cominar sanções, deverá proceder prudentemente, uma vez que, sob esse aspecto, a Lei 8.884 foi extremamente severa.

Cabe, por fim, acrescentar que o elenco de regras processuais não se esgota na Lei 8.884, sendo, pois, prevista a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil. Esse conjunto de normas revela que a atuação do CADE e da SDE traduz, numa visão moderna de processo, conciliação de forma de manifestação da vontade do Estado com a participação dos interessados. O que distingue, entre-

tanto, a matéria é o caráter eminentemente econômico.

4. Últimas considerações

A palavra final desse ensaio deve enfatizar que a atuação do CADE, nos limites da política econômica do Governo e das pretensões de eficiência empresarial e de globalização, reclama não a substituição de juristas por economistas, mas sim a reformulação do direito antitruste mediante técnicas jurídicas novas, conducentes à flexibilização desse regime jurídico especial. Gérard Farjat¹⁸ sintetiza bem essa orientação: "Ce qui est au coeur des problèmes contemporains de concurrence, c'est bien davantage une question de normes qu'une question d'organes".

⁽¹⁸⁾ FARJAT, Gérard. *Droit public de la concurrence*. Paris, Economica, 1987, p. 53.

DESENVOLVIMENTO DA TEORIA DA EMPRESA – FIM DA DISTINÇÃO ENTRE SOCIEDADES CIVIS E COMERCIAIS

JORGE RUBEM FOLENA DE OLIVEIRA

1. Na sociedade contemporânea, onde na ordem econômica o capitalismo prevaleceu sobre o socialismo, a empresa passa a exercer função preponderante, principalmente levando-se em conta o questionamento acerca do papel a ser desempenhado pelo Estado nesta nova ordem, haja vista que este não consegue mais enfrentar os problemas sociais e econômicos atuais.¹

A propósito, é oportuno citar, de plano, Arnaldo Wald,² que salienta: “uma vez ultrapassada a concepção de Estado-Providência, que desapareceu em todos os países, com a falência das instituições de previdência social e a redução do papel do Estado nas áreas que não são, necessária e exclusivamente, de sua competência, *amplia-se a missão da empresa, como órgão intermediário entre o Poder Público e o Estado, e como criadora de empregos e formadora de mão-de-obra qualificada, produtora de equipamentos mais sofisticados sem os quais a sociedade não pode prosseguir, e interlocutora ágil e dinâmica que di-*

aloga constantemente com os consumidores de seus produtos” (nossos grifos).

Assim, nesse novo cenário econômico tomado pelo avanço tecnológico³ e pelo processo de globalização, é importante destacar “a importância crescente da empresa como coração da vida econômica e social da sociedade contemporânea”,⁴ estando ela no centro da economia moderna,⁵ chegando muitos a afirmarem que a empresa constitui o lugar de eclosão da força vital de uma nação⁶ ou a célula base de toda economia industrial.⁷

(3) Washington Peluso Albino de Souza (in *Primeiras Linhas do Direito Econômico*, 3.ª ed., São Paulo, LTr., 1994, p. 224) afirma que “... a empresa, captando as conquistas tecnológicas e científicas para possibilitar o seu aproveitamento pelo homem comum, enquanto componentes da sociedade, foi por sua vez concorrendo para o novo conceito de denominação ‘sociedade industrial’” (nossos grifos).

(4) Arnaldo Wald, in op. cit., p. 52.

(5) Cf. Waldirio Bulgarelli, in *Tratado de Direito Empresarial*, 2.ª ed. São Paulo, Atlas, 1995, p. 31.

(6) Francis Paul Benoit, citado por Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira (in *A Lei das S.A.*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1995, p. 97).

(7) Relatório Sudreau (Relatório do Comitê de Estudos da Reforma da Empresa), citado por Alfredo Lamy Filho e outro, op. cit., p. 97.

Cf. tb. Arnaldo Wald (in op. cit., p. 55) que assevera “... a empresa representa, hoje, a célula fundamental da economia de mercado”.

(1) Cf. André-Noël Roth em artigo intitulado “O Direito em Crise: Fim do Estado Moderno?” e Zulceta Pucciro em artigo com o título de “O Processo de Globalização e a Reforma do Estado”, publicado in *Direito e Globalização Econômica, Implicações e Perspectivas*, São Paulo, Malheiros, 1996, organizado por José Eduardo Faria.

(2) In *O Espírito Empresarial, A Empresa e a Reforma Constitucional*, RDM 98, p. 53.

2. Porém, apesar de todo o destaque atual, não é de hoje que se vem debatendo a importância da empresa no cenário econômico e jurídico, pois, como manifesta Washington Peluso Albino,⁸ "... para muitos, foi na proporção que o Estado passou a atuar no domínio econômico que os juristas sentiram-se na necessidade de desenvolver o que se convencionou chamar de Teoria da Empresa."

No entanto, mesmo com todo o debate, não há com precisão uma definição jurídica do que seja a empresa, o que, de certa forma, decorre da própria indefinição da sua natureza jurídica, porque alguns a consideram mero objeto de direito, enquanto outros entendem ser ela um ente personalizado.⁹

Além disso, a expressão "empresa" é utilizada, no dia-a-dia, com uma variedade numerosa de significados, que vão desde o sentido de organização, passando pela noção de estabelecimento e chegando, de certa forma, a de sociedade comercial, o que, como alude Waldirio Bulgarelli,¹⁰ não contribui para a certeza e segurança características do ordenamento jurídico.

Todavia, segundo expõe J. X. Carvalho de Mendonça,¹¹ a empresa apresenta alguns pressupostos que, ao nosso ver, são de grande importância para sua definição, quais sejam:

⁽⁸⁾ Op. cit., p. 224.

⁽⁹⁾ Cf. Rubens Requião (in *Curso de Direito Comercial*, v. 1, São Paulo, Saraiva, 1985, p. 57) considera a empresa como objeto de direito.

Cf. Michel Despax (in *L'Entreprise et le Droit, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence*, Paris, 1957) e Washington Peluso Albino de Souza (op. cit., p. 233) tratam a empresa como ente personalizado.

⁽¹⁰⁾ Op. cit., 17.

Cf. tb. Rubens Requião, op. cit., p. 56.

⁽¹¹⁾ In *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, v. 1, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1945, p. 493.

a) uma série de trabalhos ou capitais, ou de ambos combinados;

b) uma série de negócios do mesmo gênero de caráter mercantil; e

c) a assunção do risco próprio da organização.¹²

Realmente, como pode-se depreender destes pressupostos, a definição de empresa está intimamente ligada a organização de capitais que buscam, na produção ou circulação de bens ou serviços, o seu fim maior que é o lucro.

Contudo, para se tentar chegar a uma definição jurídica de empresa é necessário, antes de mais nada, que seja observada a definição sociológica e econômica¹³ acerca deste tema.

Com efeito, procurando conciliar a definição sociológica e econômica, apesar da dificuldade em defini-la juridicamente, J. X. Carvalho de Mendonça¹⁴ lançou a seguinte definição de empresa, *in verbis*:

"Empresa é a organização técnico-econômica que se propõe a produzir, mediante a combinação dos diversos

⁽¹²⁾ Oscar Saraiva (in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, v. XX, Rio de Janeiro, Borsoi, p. 99) indica que são elementos integrantes da empresa: os homens, tanto na direção como os da mão-de-obra, os bens e direitos e o capital, além da finalidade de sua constituição que é o lucro.

⁽¹³⁾ No que tange ao aspecto sociológico, Max Weber (in *Economia e Sociedade*, v. 1, 3.ª ed., Brasília, Ed. Unb, 1994, p. 32) define empresa como "uma relação contínua que persegue determinados fins. ..."

Já sob o aspecto econômico, a empresa é definida, segundo Brosete Pont, citado por Waldirio Bulgarelli (op. cit., p. 21) como "organização de capital e trabalho destinada à produção ou mediação de bens ou serviços para o mercado."

⁽¹⁴⁾ Cf. J. X. Carvalho de Mendonça (in op. cit., p. 492) que considera este conceito econômico também como jurídico.

elementos, natureza, trabalho e capital, bens ou serviços destinados à troca (venda), com esperança de realizar lucros, correndo os riscos por conta do empresário, isto é, daquele que reúne, coordena e dirige esses elementos sob a sua responsabilidade".¹⁵

3. É curial ressaltar que o avanço da teoria da empresa, estruturada na concepção da organização dos fatores de produção para a criação ou circulação de bens e serviços, tem influenciado, sobremaneira, no direito societário, especialmente na clássica distinção entre sociedades comerciais e civis¹⁶ quanto aos seus respectivos objetos.¹⁷

Assim, inclusive, ilustrou José Edwaldo Tavares Borba,¹⁸ ao analisar a distinção entre sociedades comerciais e civis, ao afirmar, *in verbis*:

"A teoria da empresa passaria a informar esse novo critério diferenciador. Embora não exista um novo conceito jurídico de empresa, o seu conceito econômico seria de grande valia nesse processo.

A empresa tem sido conceituada como sendo a estrutura fundada na organização dos fatores da produção (natureza, capital e trabalho) para a criação ou circulação de bens e serviços" (nossos grifos).

Nesse passo, é imperioso salientar que a teoria da empresa, voltada para a organização dos fatores de produção, que proporcionam a circulação de bens e serviços, com vistas ao lucro, conduz a uma reformulação no entendimento do objeto das sociedades, sejam elas comerciais ou civis, fulcrado no ato de comércio;¹⁹ *passando estas sociedades, a partir daí, a terem os seus objetos voltados às atividades empresariais, indepen-*

de pode ser feita a partir do objeto ou da natureza dos seus atos."

Cf. Orlando Gomes, in *Introdução ao Direito Civil*, 10.^a ed., Rio de Janeiro, 1988, p. 198.

⁽¹⁸⁾ In *Direito Societário*, 1.^a ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, p. 26.

⁽¹⁹⁾ O saudoso João Eunápio Borges (in *Curso de Direito Comercial Terrestre*, 4.^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1969, p. 118) ensina que no nosso direito, o interesse prático da distinção entre sociedades civis e comerciais é limitado aos atos de comércio por sua natureza intrínseca, atos constitutivos daquelas atividades que a lei considere mercancia.

Fora disto, ressaltadas as determinações legais, entendemos que o ato seria considerado civil.

⁽¹⁵⁾ Theophilo de Azeredo Santos (in *A Comercialidade das Sociedades de Objeto Civil, Fins Econômicos e Lucrativos*, Caderno Especial n. 236 da Associação dos Bancos do Estado do Rio de Janeiro, p. 03) cita que o primeiro conceito legal de empresa que surgiu no país deu-se através do Dec.-lei 7.666/45, conhecido como "Lei Malaia", e pela já *ab-rogada* Lei 4.137/62, em seu art. 6.^o.

⁽¹⁶⁾ Como alude J. Lamartine Corrêa de Oliveira (in *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, São Paulo, Saraiva, 1979, p. 35) "a distinção entre sociedade civil e comercial perde cada vez mais sua importância, fortalecendo-se a idéia de um direito societário que englobe ambas espécies."

Cf. tb. Caio Mario da Silva Pereira (in *Instituições de Direito Civil*, v. III, 4.^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 395-396) que salienta que não há razão científica para tal discriminação entre sociedades civis e comerciais.

⁽¹⁷⁾ Para Clóvis Beviláqua (in *Código Civil Comentado*, v. V, Rio de Janeiro, Francisco Alves, obs. n. 2 do art. 1.364) "o caráter comercial ou civil da sociedade resulta do seu objeto".

Assim tb. manifestou José Waldecy Lucena (in *Das Sociedades Por Quotas de Responsabilidade Limitada*, Rio de Janeiro, Renovar, 1996, p. 30) ao afirmar que "... uma primeira classificação da socieda-

dentemente da prática ou não de atos mercantis.²⁰

E tal mudança já faz sentir a algum tempo em nosso direito, como pode-se observar nas leis das sociedades anônimas,²¹ como manifestam Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira²² “na vigente lei de sociedade por ações, a companhia é a forma de organização de sociedade empresarial, ou seja, grupo de pessoas que se associam para exercerem em comum a função empresarial” (nossos grifos).

4. Impõe-se notar que, na linha do avanço da teoria da empresa na seara jurídica, o Projeto de Código Civil de 1975,²³ propôs o fim da dicotomia entre sociedades civis e comerciais, adotando-se a atividade empresarial como fundamento das sociedades.²⁴

No dizer de Waldirio Bulgarelli,²⁵ *in verbis*:

“O Projeto de Código Civil, em resumo marca o abandono do sistema tradi-

cional consagrado pelo Código Comercial atual, baseado no comerciante e no exercício profissional da mercancia, *trocando-o pela adoção do sistema do empresário e da atividade empresarial e, ainda, formalizando a unificação das obrigações e, portanto, extinguindo-se a dualidade ora existente.*”

E prossegue o emérito professor: “... A profundidade das alterações pretendidas diz respeito não só à unidade do direito obrigacional, *sem distinção entre atos civis e mercantis.* (...) *O direito não mais considerará o comerciante e os atos de comércio como peças angulares, como ocorre no sistema atual, pois que o fundamento da qualificação do empresário não será, como agora, ‘o exercício da mercancia’ (art. 4.º do CCo) e, sim, a empresa como noção referível à atividade econômica organizada de produção de bens e serviços para o mercado, exercida profissionalmente*” (nossos grifos).

Por oportuno, vale ressaltar que na Exposição de Motivos do Projeto de Código Civil em tela, da lavra do Professor Miguel Reale,²⁶ fica claro que o objetivo dos legisladores, como acima mencionado por Bulgarelli, era o de pôr fim à distinção societária em referência com base nos atos de comércio, *in verbis*:

“Destarte, o tormentoso e jamais claramente determinado conceito de *ato de comércio é substituído pelos de empresa e atividade empresarial*, assim como a categoria de fundo de comércio cede lugar à de estabelecimento” (nossos grifos).

Portanto, no que se refere ao tema em debate, o Projeto de Código Civil de 1975 propôs o fim da distinção entre

(20) José Edwaldo Tavares Borba (op. cit., p. 25-26) explica que “hoje quando se cogita de reunificar o direito privado, como já fizeram vários países (Suíça, Itália) a questão deixa de ser objeto civil ou comercial da sociedade, *mas sim a existência ou não de estrutura empresarial*” (nossos grifos).

(21) Art. 2.º, § 1.º, da Lei 6.404/76.

(22) Op. cit., p. 23.

(23) Cf. Projeto de Lei 634-B, de 1975.

(24) Fran Martins (in *Curso de Direito Comercial*, 9.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 78) explica que, no avanço da teoria da empresa, “o código civil italiano de 1942, tentando fazer a unificação do direito privado, tomou como agente da profissão comercial não o comerciante, pessoa física ou jurídica, *mas a empresa comercial, ou seja, o conjunto de pessoas, capital e trabalho, que se dedica às atividades de produção e circulação dos bens*” (nossos grifos).

(25) Op. cit., p. 15-16.

(26) Cf. Exposição de Motivos do Projeto de Código Civil, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, v. 5, t. 2, Brasília, 1989, p. 17.

sociedades comerciais e civis²⁷ com base no avanço da Teoria da Empresa, de modo que o efeito peculiar desta distinção²⁸ perderia a sua natureza, pois todas as conseqüências peculiares às sociedades comerciais deveriam aplicar-se igualmente às sociedades civis.

5. Ocorre que, em boa hora, o legislador pátrio, não mais aguardando a tormentosa aprovação do projeto de Código Civil, e em linha com a evolução da teoria da empresa, aprovou a Lei 8.934, de 18.11.1994 (*DOU* de 21.11.1994), que dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins.

Com efeito, o *caput* do art. 1.º da lei em referência trata do Registro Público de Empresas Mercantis ao contrário da lei *ab-rogada*²⁹ que regulava o Registro do Comércio. Nota-se, assim, que a intenção do legislador foi de recepcionar, em nosso direito, o ato empresarial³⁰ em contraposição ao ato de comércio,³¹ cuja

conceituação tem se mostrado polêmica por não ter sido fixada com clareza, no direito positivo, como alude Fran Martins;³² levando, em conseqüência disto, a inúmeras controvérsias legislativas.³³

Nesse sentido, posicionou o Deputado José Carlos Aleluia,³⁴ relator do Projeto de Lei que resultou na Lei 8.934/94, ao manifestar-se na Comissão de Economia, Indústria e Comércio da Câmara dos Deputados: "a principal inovação do Projeto diz respeito a modificação de denominação do registro do comércio para o registro de empresas mercantis, *fazendo prevalecer, portanto, a chamada 'teoria da empresa', os detrimientos da ótica restritiva de levar a registro apenas 'atos de comércio', cuja interpretação conceitual causa inúmeras controvérsias sobre a competência registral*, repetindo, com outras palavras, o voto do Deputado Roberto Magalhães, bem sintonizado com a ampliação do conceito de empresa: 'entendemos positiva a manifestação dessa inovação no projeto, pela qual a atividade comercial não se caracterizará mais pela prática de atos de comércio, *mas pelo exercício profissional de uma atividade econômica organizada, para a produção ou circulação de bens ou serviços. Substitui-se, assim, o tradicional conceito de comerciante pelo conceito de empresa*'" (nossos grifos).

(27) Cf. Waldirio Bulgarelli (op. cit., p. 14) relata que há muito tempo questiona-se a distinção entre atos civis e comerciais, o que se verificou com a tentativa de unificação do direito obrigacional, observada, segundo ele, desde Teixeira de Freitas, Inglês de Souza, como nos projetos de Philadelfo Azevedo, Orosimbo Nonato e Hehnamann Guimarães, além do projeto de Florêncio de Abreu e de Francisco Campos.

(28) Cf. João Eunápio Borges (op. cit., p. 118-119) acerca do interesse prático da distinção entre atos comerciais e civis.

(29) Lei 4.726, de 13.07.1965.

(30) O ato empresarial é muito mais amplo que o ato de comércio por envolver qualquer atividade produtiva relacionada à circulação de bens ou serviços, ao contrário deste ato que, de uma forma geral, salvo as determinações legais, envolve circulação de bens móveis e semoventes.

(31) A propósito, Fran Martins (op. cit., p. 78) adverte que "não podemos dizer que todos os atos de empresa são atos de comércio, apesar da forte corrente doutrinária que

aceita, *in totum*, a empresa comercial como substituta do comerciante e, conseqüentemente, dá ao direito comercial o sentido de empresa".

A nosso ver, é oportuna a advertência acima, porque o *ato de empresa* independe da atividade comercial, haja vista ele envolver todas as atividades produtivas, sejam comerciais ou civis.

(32) Cf. Fran Martins, in op. cit., p. 77.

(33) Cf. João Eunápio Borges, op. cit., p. 102.

(34) Citado por Theophilo de Azeredo Santos, in op. cit., p. 05.

João Baptista Morello Netto,³⁵ analisando a Lei 8.934/94 assevera o seguinte a seu respeito, *in verbis*:

“A principal inovação diz respeito à modificação da denominação do registro de comércio para registro de empresas mercantis. (...)”

Por conseguinte, apesar de considerar o debate doutrinário da questão, devemos analisar a nova lei sob o ponto de vista pragmático e à luz dos novos conceitos por ela estabelecidos.

Assim, o art. 1.º da Lei refere-se não mais ao registro do comércio, *mas ao registro público de empresas mercantis.*

Justificar-se-ia, pois, a adoção na lei do conceito de empresa, dando-lhe sob certo aspecto, configuração jurídica, como sujeito de direito no que se refere ao empresário (firma individual) e à sociedade empresária (sociedades).

O art. 2.º da Lei complementa o dispositivo anterior, ao submeter ao registro de empresas os atos das firmas mercantis individuais, bem como os atos das sociedades mercantis, independentemente do seu objeto. *Prevalece, pois, a teoria da empresa, em detrimento da não resolvida questão relativa aos atos de comércio”* (nossos grifos).

Consideramos, ainda, por oportuno, citar o alvitre do professor Theophilo de Azeredo Santos,³⁶ acerca da lei em tela, ao referenciar, *in verbis*:

“Aprovado, o Projeto de Lei converteu-se na Lei 8.934, de 18.11.1994, que no art. 2.º determina a comercialidade das sociedades de objeto civil, pois elas terão, agora, os seus atos arquivados no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, ‘independentemente

de seu objeto, salvo as exceções previstas em lei’.

Assim, não mais serão as sociedades de objeto civil, com fins lucrativos, registradas no Cartório do Registro Civil das Pessoas Jurídicas, mas nas Juntas Comerciais.

Prevalece, então, a atividade econômica da empresa, para caracterizá-la como comercial, a velha discussão que dividiu os juristas entre os que ficavam presos às regras do Código Comercial (nota-se que este não oferece um conceito jurídico de comerciante) para considerar mercantis apenas os atos indicados na legislação do Império e os que preferem avaliar a tese da ampliação do conceito de empresa comercial.

Estarão, em consequência, sujeitas à falência e terão direito à concordata, pois são comerciais por força de lei, as sociedades cujo objeto social for a produção e a circulação de bens e serviços com ênfase para o setor de serviço, hoje marcadamente desenvolvido especialmente após a sua chamada *terceirização*.

A lei atingiu, ainda, as firmas individuais, cujos titulares serão considerados comerciantes individuais, dentro dos mesmos princípios acima estabelecidos.

Em conclusão: os atos das firmas individuais e das sociedades mercantis são arquivados no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, *independentemente do seu objeto*, salvo as exceções previstas em lei” (os grifos são próprios do autor citado).

6. Destarte, a nosso ver, com a adoção da teoria da empresa no direito pátrio, como acima demonstrado, chega ao fim a discussão acerca da dicotomia entre sociedades comerciais e civis, levando-se em conta que se adotou o Ato Empresarial³⁷ como objeto das sociedades;

³⁵⁾ In Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins — Lei 8.934/94, *Revista de Direito Mercantil* n. 96, p. 75-76.

³⁶⁾ Op. cit., p. 05-06.

³⁷⁾ O ato empresarial, como já dito acima, é mais amplo que o ato de comércio, pois, não envolve somente este, mas, também, o

devendo, por conseguinte, aqueles que praticavam atos civis submeterem-se às regras próprias das sociedades comerciais, por força da atividade econômica empresarial,³⁸ *ressalvados, entretanto, as determinações de leis especiais em sentido contrário.*

Conclui-se, então, salientando que, independentemente de a teoria da empresa ter sido adotada em nosso direito

positivo, o que constitui um grande avanço com vistas às transformações sócio-econômicas necessárias para o próximo milênio, mesmo assim, muitas providências fazem-se ainda necessárias acerca deste tema, principalmente uma regulamentação especial da empresa como ente de direito, para gerir a sua capacidade de ter direitos e contrair obrigações na sociedade contemporânea.

ato civil, considerando que ele esteja fulcrado na organização dos meios de produção para circulação de bens e serviços.

⁽³⁸⁾ Assim, eles poderão, salvo as exceções previstas em lei, como entende Theophilo de

Azeredo Santos (op. cit., p. 6), requerer concordata, sacar duplicatas e ser declarados falidos, sendo impróprio o arquivamento dos seus atos constitutivos junto ao Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

O DIREITO DO ACIONISTA DE PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS SOCIAIS

PEDRO A. BATISTA MARTINS

"O acionista é tolo e arrogante: tolo porque nos dá seu dinheiro; arrogante porque ainda deseja receber dividendo" (frase do banqueiro alemão Furstenberg).

1. As ações, títulos representativos do capital das sociedades anônimas, conferem ao seu titular direito de crédito contra a companhia. Ao detentor de ação é assegurado o direito *imediato* à percepção dos dividendos periódicos e *mediato e eventual*, à participação no acervo social, na ocorrência da liquidação da sociedade. Trata este de direito patrimonial que é conferido ao detentor de ações de companhia, a par do direito de natureza pessoal, também consubstanciado neste título mobiliário.¹

O direito ao dividendo está sujeito a duas condições: uma de *caráter suspenso*, de que o dividendo resulte de balanço devidamente aprovado pela Assembléia de Acionistas; outra de *caráter resolutivo*, de que a Assembléia Geral não suspenda o pagamento de parte ou da totalidade do lucro distribuível.²

⁽¹⁾ Direito pessoal: participar das Ag's; nomear administradores; fiscalizar a gestão social. É o direito que tem o sócio de cooperar na vida social (Cf. J. X. Carvalho de Mendonça in *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. III, p. 72, Freitas Bastos, 1945).

⁽²⁾ Esse direito condicional é afirmado por Cesare Vivante in *Tratado di Diritto Commerciale*, vol. II, p. 404, 4.ª ed., Casa Editrice Dottor F. Vallardi. De acordo com Ap. Cível 67.568-1, 4.ª C.Cível (SP)

2. A sociedade anônima, qualquer que seja o seu objeto, tem natureza mercantil e deve visar sempre, e forçosamente, a finalidade lucrativa. O Objetivo pecuniário é requisito essencial à própria validade de sua constituição e característica peculiar às companhias que, desde seus primórdios têm servido de instrumento aos interesses patrimoniais de seus fundadores. Tanto é que a doutrina e os tribunais têm entendido que se a Sociedade produz lucros mas não os distribui aos seus destinatários naturais — os acionistas — têm estes o direito de pleitear sua dissolução, com fundamento na inexequibilidade do seu fim social.³

"os dividendos somente podem ser distribuídos após deliberação da Assembléia Geral" (Nelson Eizirik, *Sociedades Anônimas - Jurisprudência*, Rio de Janeiro, Renovar, 1996, p. 172).

⁽³⁾ Art. 206, inc. II, b, da Lei das S.A. Nesse sentido, R. Requião, in *Curso de Direito Comercial*, vol. 2, p. 128, 8.ª ed., Saraiva; e W. Ferreira, in *Tratado de Sociedades Mercantis*, vol. IV, p. 1.378, 5.ª ed., Ed. Nacional de Direito. Cf. decisões transcritas por W. Ferreira na *Rev. Dir. Mercantil, Ind. e Fin. e Ec.*, vol. IV, p. 360, 1954 e decisão da justiça de São Paulo, (RT 433/313), citada por Osmar Brina Corrêa, in *Responsabilidade Civil dos administradores de S.A.*, p. 58.

A perseguição de lucro é princípio legal imposto às sociedades anônimas e sua destinação periódica aos sócios, sob a forma de dividendos, é uma decorrência natural desse preceito. A personalificação das sociedades é mera ficção jurídica, onde as pessoas dos sócios são sempre os seus destinatários finais. A função das sociedades anônimas, na expressão de Waldemar Ferreira, é a da máquina de distribuir lucros.

Neste particular, cabe citar o professor A. C. Connell: "When moneys are invested in any business concern it is only natural that the shareholders should expect some recompense or reward for the loan of the same. A company is carried on with an idea of making profit, and this profit is something which accrues to the company and increases its assets for the time being. The capital ought, as far as possible, to be kept intact, and employed solely for the purposes of the company. The profit gained (if any) is an additional advantage which is obtained for the shareholder's by means of trading."⁴

Assim, fato é que a participação nos resultados sociais é da essência das sociedades anônimas e inerente ao sistema capitalista, que, indiscutivelmente, deve a elas parcela substancial de seu desenvolvimento e aprimoramento.⁵

⁽⁴⁾ *Companies and Company Law*, 2.^a ed., p. 140.

⁽⁵⁾ A Companhia, com sua estrutura participativa, pulverização da propriedade por centenas de milhares de investidores é, sem sombra de dúvida, elemento basilar da moderna economia capitalista. A sociedade anônima tem uma função econômica das mais importantes: é o veículo de financiamento dos médios e grandes empreendimentos,

O investidor canaliza recursos próprios na subscrição de ações: passa, em decorrência, a participar do empreendimento social e dele se desvincula, a qualquer momento, via alienação dos títulos de que

Aqui, uma vez mais, vale citar o renomado Waldemar Ferreira (in *Compendio de Sociedades mercantis*, vol. II, p. 359): "Nada de economizar para enriquecer! Nada disso! A missão da sociedade anônima é distribuir dividendo e nada mais. Para que prever? Para que reter lucros, não incorporados, desde logo, ao capital, por via de seu aumento e distribuição das ações aos seus acionistas? Finto o ano social, ou o semestre, os lucros têm de ser entre eles rateados em dinheiro ou em ações! Cada vez que a sociedade tiver de fazer novas obras ou novas instalações, que aumente o seu capital! Abra subscrições! Angarie ela o dinheiro de que carecer, entre os seus próprios acionistas! Obtenha-o de terceiros, enlevados pelas perspectivas dos seus dividendos."

3. A finalidade lucrativa da companhia, corresponde um direito subjetivo de os sócios haverem para si parcela do lucro correspondente a sua participação societária.

Nessa linha, consta assente na doutrina a obrigatoriedade de distribuição de dividendo com recursos oriundos de empréstimo (excetuado o fato de acarretar ônus excessivo), levantado, exclusivamente, para o cumprimento deste dever legal.

4. Trata-se de direito inderrogável, preceito de ordem pública, que se insere no âmbito daqueles erigidos à categoria de essenciais.⁶

inderrogável pois não pode ser abolido ou afastado, definitiva ou indefinidamente, mediante estipulação estatutária que vinculará os sócios da Companhia,

é possuidor. Neste particular, a livre negociabilidade das ações e sua liquidez são de fundamental importância na captação da poupança Pública.

⁽⁶⁾ Art. 109 da Lei 6.404/76 e art. 78 da antiga Lei das S.A. (Dec.-lei 2.627, de 1940).

sujeitando-os ao longo da vida societária aos efeitos jurídicos da espécie.⁷

A retenção de lucros, deliberada pela maioria controladora ou qualificada, é, pois, regra de caráter restritivo e excepcional que somente pode ocorrer nos estritos termos legais.

Existindo lucro, deve ser ele distribuído, em sua totalidade, aos seus destinatários de direito.

Foi este princípio que norteou a nossa lei societária de 1976.

5. Após um período de dois anos de extrema e irreal euforia do mercado bursátil, em 1973 o País conheceu o seu segundo encilhamento.

Afora os prejuízos patrimoniais que desabaram sobre os investidores, dano imensurável e de conseqüências mais profundas impôs-se ao mercado de ações: o desencanto e a desconfiança do público investidor.

Era necessário reverter a posição e, para isso, inevitável uma reforma de modo a reestruturar, em bases mais sólidas, o mercado de capitais. A onda psicológica negativa aos investimentos em ações era tão forte e de tal modo arraigada no inconsciente coletivo que a remodelação do mercado de capitais tornou-se uma das metas do Governo

⁷⁾ Segundo Manuel Antonio Pita, "nem por acordo de todos os sócios poderá ser incluída no contrato uma cláusula que afaste a regra de repartição anual do lucro, precisamente porque aquela regra se destina a proteger não só os atuais sócios, como os que futuramente adquiriram essa qualidade" (in *Direito aos Lucros*, Coimbra, Livraria Almedina, 1989, p. 112). Conforme a lição de Tullio Ascarelli, "cabe ao acionista um direito individual aos lucros que não pode ser derogado nem sequer no estatuto originário" (in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, São Paulo, Saraiva & Cia., 1945, p. 442).

Geisel.⁸ Essa reconstrução calçou-se, fundamentalmente, na fixação de regras rígidas de proteção ao acionista minoritário, ponto crucial no fortalecimento do mercado primário de ações.

Dentre outras práticas utilizadas à época, e que a reforma buscou combater, estava o costume da reinversão sistemática dos lucros do exercício, sob o falso argumento da necessidade do autofinanciamento, o que gerava a incerteza do acionista quanto ao retorno regular do seu investimento e acabava por desestimular a aplicação de recursos pelo investidor.

Ao término do ano de 1976, a Lei 6.385, de 7 de dezembro, estabeleceu novas diretrizes ao mercado de valores mobiliários e criou a Comissão de Valores Mobiliários e, em 12 do mesmo mês entra em cena a atual Lei das S.A., cuja espinha dorsal é a salvaguarda dos interesses do acionista não controlador.

6. No que concerne ao presente estudo, é de salientar que a Exposição Justificativa das principais inovações do projeto da atual Lei das S.A. atesta que a "proteção do direito dos acionistas minoritários de participar, através de dividendos nos lucros da companhia exige a definição de regime legal sobre formação de reservas, que limite a discricionariedade da maioria nas deliberações sobre a destinação dos lucros".

Muito utilizada no passado, como meio de inviabilizar a distribuição dos dividendos aos acionistas, a constituição de reservas passou a ser submetida, na atual lei das companhias, a critérios mais

⁸⁾ "O Projeto visa, basicamente, a criar a estrutura jurídica necessária ao fortalecimento do mercado de capitais de risco no País, imprescindível à sobrevivência da empresa privada na fase atual da economia brasileira" (trecho da Exposição de Motivos n. 196, de 24.06.1979, da atual Lei das S.A.).

rigorosos e transparentes, de modo que a sua criação sirva para os estritos propósitos de preservar a sobrevivência da empresa, e nunca para o intuito de tolher o direito do acionista ao recebimento de sua renda.⁹

Óbvio que, se a criação de novo e fortalecido mercado de capitais tinha por pressuposto maior o estabelecimento de regras objetivas de proteção aos interesses do minoritário – aspecto crucial na alavancagem do mercado primário – nada mais justo e linear que o conceito de ação, como título de renda variável, fosse efetivamente reintroduzido.

A distribuição de dividendos atrai os poupadores, fortalece o mercado primário e favorece o alargamento do mercado como um todo, indo, pois, ao encontro da *mens legis* da nossa lei das companhias.¹⁰

7. Sem dúvida que, para o acionista, o primeiro direito patrimonial a vislumbrar é o da participação nos lucros sociais.

A participação no acervo líquido, não obstante assegurado ao sócio, é por deveras relegado pelo investidor, em razão de a liquidação da sociedade, em condições normais de temperatura e pressão, ser fato alheio ao presente e não cogitado para o futuro. O rendimento que o investidor pode obter em retorno ao capital aplicado é aquele advindo da distribuição de dividendos.

Tal pressuposto reforça-se ainda mais, se focalizarmos as companhias fechadas, onde o ganho de capital na aliena-

ção dos títulos participativos não oferece muito espaço pela quase inexistência de mercado de negociação.

Mormente, é de ressaltar que os recursos ingressados na sociedade, a título de capital social, em contrapartida à subscrição de ações, não pode retornar aos sócios (princípio da intangibilidade) exceto em caso de liquidação da empresa e após pagos os credores.¹¹

8. Uma vez mais, repita-se: as bases em que se estruturou a nova Lei das S.A. tiveram por fundamento maior a criação de um efetivo mercado primário de ações, com introduções de regras de proteção aos minoritários e de coibição dos poderes discricionários dos majoritários e administradores, bem como, de um amplo regime de distribuição de dividendos, onde a retenção dos resultados sociais é norma de exceção, cuja eficácia jurídica está condicionada ao firme preenchimento dos requisitos legais.

Tem o dividendo, pois, na nova sistemática societária, importância crucial, inclusive como fator relevante de alavancagem do mercado de capitais nacional.

Como bem salientou Lacerda Teixeira e Tavares Guerreiro, "... hoje, mais do que nunca, os lucros devem ser distribuídos, tanto quanto possível. O autofinanciamento das empresas, mediante a reaplicação de seus resultados positivos, torna-se, a bem dizer, excepcional, no regime agora vigente..."¹²

⁽⁹⁾ Note-se que a constituição de reservas por deliberação da assembléia deverá ser, sempre, precedida por justificativas amplas por parte da Companhia, através dos seus órgãos de administração. Às reservas estatutárias são também impostos limites e critérios que determinem sua criação.

⁽¹⁰⁾ É de se notar que, em termos macroeconômicos, a S.A. é mecanismo da melhoria da distribuição de renda.

⁽¹¹⁾ Ressalvem-se as hipóteses de redução do capital social por exercício do direito de retirada ou por ser ele excessivo, vis-à-vis os fins colimados pela sociedade.

⁽¹²⁾ *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*, São Paulo, José Bushatsky Ed., vol. 2, p. 578. Em decisão marcante na ação movida pela Dodge contra a Ford para que esta fosse obrigada a distribuir uma parcela mais substancial dos lucros, o Tribunal de Michigan pontificou que "uma socieda-

9. O princípio da participação nos lucros e nos prejuízos é da essência das sociedades comerciais.

Tanto que qualquer disposição contratual ou deliberação assemblear que viole esse preceito é crivada de nulidade.

Em sintonia com esse princípio de ordem pública, a Lei 6.404/76 fez inserir, na seção dos direitos essenciais, a participação dos acionistas nos lucros sociais.

O problema que aflora, quando da distribuição dos lucros é o eterno conflito sociedade x sócios, onde os tutores da doutrina do autofinanciamento discorrem sua ideologia.¹³

Podemos alinhar algumas das vantagens anunciadas pelos defensores da acumulação de lucros na sociedade: a) sendo próprio o capital evita-se a ingerência de credores em assuntos sociais assegurando-se, assim, ampla liberdade de ação da sociedade; e b) com o autofinanciamento, a produção expande-se sem a necessidade de aumento dos financiamentos externos e sem o risco das taxas de juros.

de não é constituída e não existe senão em favor de seus acionistas". Nesse litígio, apesar de um capital social de US\$ 2 milhões e reservas de US\$ 112 milhões e um lucro do exercício totalizando US\$ 59 milhões, desejava a Ford distribuir como dividendo, apenas US\$ 1,2 milhão; foi obrigada a distribuir US\$ 19 milhões (cf. Waldírio Bulgarelli, *A Teoria Jurídica da Empresa*, São Paulo, Ed. RT, 1985, p. 277).

¹³ Segundo J. L. Bulhões Pedreira e A. Lamy Filho "... o novo regime é instrumento justo e indispensável para proteção dessas minorias contra abusos da maioria, pois há exemplos no Brasil de sociedades anônimas que não obstante realizarem lucros vultosos há mais de 30 anos não contribuem um centavo de dividendo em moeda, o que equivale à expropriação de todo o valor econômico das ações dos acionistas minoritários..." (in *A Lei das S.A.*, Rio de Janeiro, Renovar, 1992, p. 166).

Em oposição às teses antes expostas, apresentam-se os seguintes argumentos: a) a retenção de lucros pode gerar poderio excessivo aos administradores que controlam a utilização dos fundos; b) a retenção dos fundos sociais desencoraja os aplicadores que direcionam suas poupanças para outros investimentos; c) a não-distribuição de lucros ocasiona diminuição do consumo; d) o reinvestimento pode servir para fortalecer as tendências de concentração econômica indesejáveis sob o ponto de vista da defesa econômica; e) o reinvestimento pode, também, dar azo ao aparecimento das multinacionais, empresas quase públicas que, não raro, se sobrepõem aos Estados, cuja atuação tem sido motivo de muita controvérsia e preocupação.¹⁴

Vale salientar que, nos idos de 1971, o Prof. Alfredo Lamy Filho, em estudo encomendado pela IPEA (A Reforma da Lei das Sociedades Anônimas), afirmava que no aperfeiçoamento do sistema legal imposto às sociedades anônimas, deveria ser levada em consideração a obrigação de pagar dividendo, *a fim de evitar o autofinanciamento abusivo*.

10. Nota-se que, não obstante o princípio que impera de distribuição da totalidade dos lucros, a Lei das S.A. não se opõe à retenção dos resultados sociais.

Apesar de direito essencial, inderrogável, este caracteriza-se por sua renunciabilidade. Pode a maioria, em determinadas situações — desde que plenamente justificadas de forma conscienciosa —, e em benefício da sociedade, sacrificar direito da minoria e abdicar a parte do resultado da empresa que faria jus.¹⁵

¹⁴ A respeito das vantagens e desvantagens, L.G.P. de Barros Leães, in *Do Direito do Acionista ao Dividendo*, São Paulo, 1989, p. 17-22.

¹⁵ A não-distribuição do dividendo obrigatório, foge ao âmbito da maioria (cf. art. 202, §§ 3.º e 4.º, da Lei das S.A.)

Note-se que o interesse social é o fator preponderante a justificar a não-distribuição dos lucros sob pena de caracterizar-se o abuso de direito ou desvio de poder (expressão esta preferida por alguns estudiosos), pela privação indevida dos acionistas minoritários aos lucros existentes.

Nesse sentido, é autorizada sua retenção para os firmes propósitos de utilização em empreendimentos futuros vinculados à atividade social (art. 196), para cobrir perdas prováveis (art. 195) e para preencher reservas específicas já previstas no estatuto. Podem, também, os acionistas, deixar de perceber dividendos mínimos no caso extremo de incompatibilidade com a situação econômica da empresa (art. 202, § 4.º) ou, em se tratando de companhia fechada, quando a assembléia, por deliberação unânime dos presentes, assim o decidir.

Cabe ressaltar que a política de manutenção das atividades sociais, via autofinanciamento, é assegurada, em parte e indiretamente, com a utilização dos fundos das contas de depreciação, amortização e exaustão e daqueles provenientes das provisões expressas nas contas retificadoras do ativo.

De todo modo, a deliberação da assembléia geral sobre a retenção de parte ou totalidade dos lucros, há que ser sempre precedida de um sem número de informações e dados apresentados aos acionistas pela administração.

11. Por outro lado, as regras de proteção a direito tão fundamental do acionista são bastante rigorosas. Assim, a manutenção de fundos na sociedade para constituição das reservas estatutárias e para fazer frente a planos de investimento não poderá ser aprovada em prejuízo ao dividendo mínimo obrigatório, além de estar sujeita a limite legal. A constituição das reservas previstas na lei, exceto a legal, não prejudicará o direito ao

dividendo a que os preferencialistas tenham prioridade.

Como se depreende, a não distribuição de lucros aos acionistas conflita com o direito subjetivo e essencial que este tem de participar nos fundos sociais e com o próprio sistema legal da nossa lei do acionariado. É, pois, regra especial, de caráter excepcional, que somente tem eficácia se a deliberação tiver sido, devida e previamente, fundamentada pelos administradores e vier revestida dos requisitos legais apropriados.

Assim, para os casos de necessidade de acumulação de lucros, o que está a lei a exigir, de forma coerente, é que a deliberação não seja decidida, discricionariamente, pelo controlador, em flagrante desrespeito ao minoritário.

12. Nos casos do art. 196 (i.e., financiamento de investimentos), os órgãos da administração estão obrigados a apresentação de detalhado orçamento de capital, onde conste, dentre outros, especificado cronograma das diversas etapas do investimento, discriminação minuciosa das origens e custos dos recursos, suas aplicações, estimativa dos valores a serem empregados na execução do negócio e eventuais comprometimentos de lucros futuros.

Por ser o único documento no qual os acionistas se baseiam para discernir a viabilidade da proposta da administração, torna-se este o fiel da balança numa eventual discussão sobre a necessidade de se capitalizar a companhia em detrimento do direito inalienável dos acionistas ao recebimento dos dividendos.

No regime da lei societária anterior (art. 130, § 3.º), a criação dessa espécie de reserva era livre, não se subordinava a pré-requisito legal, bastando, para sua constituição, de tranqüila deliberação majoritária.

13. O sistema atual prova que o alinhamento do acionista do resultado so-

cial é fato de sumo relevo, que deve ser tratado de modo consciencioso, a fim de assegurar os interesses da minoria. Neste sentido, afirma Fran Martins (in *Comentários à Lei das S.A.*, vol. 2, t. II, p. 703) que, “a retenção arbitrária dos lucros colide com o impostergável direito do acionista em receber dividendos. Sem regramento legal específico, pode a maioria compelir a minoria a ceder suas ações por valores ínfimos ou mesmo simplesmente nominais, em correspondente enriquecimento indébito da maioria controladora”.

14. Quando da destinação de parte do lucro líquido para constituição de reservas de contingências (reserva de natureza assemblear), em detrimento patrimonial do acionista, os órgãos da administração devem apresentar proposta indicativa da causa da perda prevista e justificar as razões que recomendam a retenção da parcela do lucro correspondente.¹⁶

Necessariamente, “os fundamentos da proposta deverão ser objetivamente expostos, de modo a afastar qualquer decisão subjetiva baseada apenas em receios não fundados em fatos comprováveis ou em simples opiniões (...). Todo esse cuidado se explica porque a reserva para contingência pode reduzir, substancialmente, o lucro disponível para distribuição como dividendo”.¹⁷

15. Na eventualidade de a companhia necessitar reter a totalidade dos lucros sociais a conta de reserva especial, por ser a distribuição incompatível com a situação financeira em que se encontrar a empresa, é condição *sine qua non* para a tomada da decisão seja apresentada aos acionistas pelos administradores,

exposição justificativa das razões e fundamentos da retenção.

Caso em funcionamento, curial a formulação de parecer pelo Conselho Fiscal, no tocante às informações apresentadas pela administração.

16. Já no caso das reservas estatutárias, a sua criação está subordinada a requisitos preliminares e de vital importância na salvaguarda dos direitos dos acionistas: a) indicação precisa e *completa* de sua finalidade; b) fixação dos critérios de determinação da parcela anual dos lucros líquidos que serão a ela destinados; e c) previsão do seu limite máximo.

O Dec.-lei 2.627/40 (art. 130, § 1.º) não cogitou de delimitar o poder da maioria quando da constituição dessas reservas. Pontes de Miranda, ao contrário, sempre sustentou, fervorosamente, que o estatuto deveria precisar o fim de tais reservas, como forma de anular o poder exacerbado e, eventualmente, arbitrário, da maioria controladora.¹⁸

17. Cabe ressaltar, ainda, que nas companhias fechadas, a deliberação assemblear que aprovar a distribuição de dividendo em montante inferior ao obrigatório ou a retenção de todo o lucro social, *somente será válida e eficaz se não houver oposição de qualquer acionista presente à assembléia, incluindo, neste caso, os não votantes*.¹⁹ Outrossim, fato é que também neste caso, indepen-

¹⁶ Cf. 6.ª CC do TJRJ. Ap. 3.312 – RT 610/179.

¹⁷ M. Carvalhosa e N. Latorraca, in *Comentários à Lei das S.A.*, vol. 6, p. 88.

¹⁸ *Apud* Fran Martins, op. cit., p. 694.

¹⁹ Cf. M. Carvalhosa, op. cit., p. 109. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro já decidiu que a ausência do acionista não lhe assegura o direito de, posteriormente, vir a questionar a deliberação, bem como não cabe, nos casos do § 3.º do art. 202, aplicar as regras dos §§ 4.º e 5.º do mesmo art. (ac. da 8.ª CC de 31.03.1981, na Ap. 15.729. Rel. Dourado de Gusmão, in *Dicionário Jurisprudencial da Sociedade por Ações*, de D. Arruda Miranda Jr., p. 707).

dentemente de previsão legal expressa a deliberação deve ser sempre fundamentada em minuciosa justificativa.²⁰

Denota-se que a não distribuição dos lucros sociais aos acionistas é fato relevante, de extrema importância, e, por isso, deve ser sempre precedida de amplas e detalhadas informações à Assembléia Geral, da forma mais transparente, de modo a que o minoritário, especialmente, possa formar o juízo adequado a respeito da matéria. Impera, pois, o princípio maior do *full disclosure*, em prol da tutela dos acionistas aos dividendos sociais.

Meio de alijar o minoritário de direito patrimonial essencial, forçoso admitir que os preceitos que impingem a apresentação de transparentes e adequados orçamentos, propostas e demais informações são de ordem pública.

Segundo Modesto Carvalhosa, analisando o § 4.º do art. 202, “se não apresentado esse relatório ou se o mesmo for omisso, reticente, incompleto ou não fundamentado, pode o acionista requerer a nulidade formal da declaração da assembléia, por violação do preceito legal ora comentado”.²¹

18. A deliberação assemblear que aprova a retenção de parte ou totalidade dos lucros sociais, nos casos dos arts. 194, 195, 196 e 202, tem efeito resolutivo, operando por si, de pleno direito. Caso não se faça necessária a utilização dos fundos provisionados nas reservas de contingência e especial, ou se verifiquem inconsistentes (quicá simuladas!) com o propósito apresentado no orçamento ou especificado no estatuto, o seu saldo deve, necessária e prontamente, destinar-se a imediata distribuição aos acionistas.

Isto porque a lei em questão, neste particular, criou sérios embaraços à acumulação de riquezas pela sociedade.

Nesse sentido, impôs a legislação do acionariado limites máximos às reservas de lucros, devendo ser capitalizado ou distribuído o montante que exceder o capital social, exceção feita às reservas de contingência e de lucros a realizar.

É mais uma regra de proteção dos interesses da minoria. Como bem sustenta Ascarelli (op. cit., p. 446), “este limite visa a tutela do acionista à distribuição dos lucros. Esta tutela é frisada quando as reservas excessivas devam ser distribuídas. Caso, ao contrário, possam ser capitalizadas, a tutela do acionista assenta nas maiores dificuldades da capitalização decorrente dos quórum necessários para uma alteração do capital”.

19. E é, inclusive, em razão dessa tutela assenta no quórum, referida por Ascarelli, que podemos concluir que o aumento de capital por deliberação do Conselho de Administração não se aplica aos casos de capitalização de lucros ou de reservas.

O aumento de capital por deliberação do órgão societário, em virtude de prévia autorização estatutária, contida no art. 168 da Lei das S.A., não se aplica a incorporação de lucros e reservas sociais. Para a capitalização de tais fundos deve ser ouvida a voz dos sócios, convocados a deliberar em assembléia geral.

Enquanto reservas, acumulam-se na Companhia, e não obstante muitas vezes correspondidas por maquinários, mercadorias e outros bens, os fundos a elas correspondentes encontram-se disponíveis, o que não acontece quando da sua conversão ao capital social.

Nesse caso, os montantes das reservas e lucros transferidos ao capital-cifra de retenção – passam a integrar, definitivamente, o patrimônio social, não podendo reverter para os bens pessoais dos

⁽²⁰⁾ Nesse sentido tb. M. Carvalhosa, op. cit. p. 108.

⁽²¹⁾ Op. cit., p. 108.

acionistas senão, a rigor, no caso incomum de liquidação da companhia.

Isto porque o capital social corresponde a um mínimo de riqueza no ativo da sociedade em prol dos direitos daqueles credores que com ela negociam. Visa proteger os credores contra o indevido esvaziamento do patrimônio social, através do retorno aos acionistas das entradas realizadas em aumento de capital que, em consonância com os atributos da realidade e fixidez, devem manter-se na sociedade.

Assim, com a capitalização, as reservas e lucros até então disponíveis passam a sujeitar-se à disciplina jurídica do capital social, aumentando, pois, o limite da responsabilidade dos acionistas.²²

(22) Ascarelli, comentando o art. 113 do Dec.-lei 2.627/40, que tratava da capitalização de reservas, ressaltou que a discussão vivida na França dizia respeito à possibilidade desse aumento ser deliberado por AGO, AGE ou tão-somente, por *aprovação* "unânime de todos os acionistas". Nesse particular, o eminente comercialista apoiou esta última tese como se infere do seguinte texto, *verbis*: "quando, ao contrário, a sociedade capitaliza as reservas, o acionista necessariamente participa do aumento; aumenta, por isso, a sua responsabilidade social, independentemente do seu consentimento individual e, apenas, em virtude da deliberação por maioria, ao passo que os poderes da maioria não podem abranger a possibilidade de um aumento da responsabilidade do acionista. Era, por isso, justa a preocupação de Houpin & Bosvieux e a hostilidade à capitalização das reservas, a não ser por deliberação unânime de todos os acionistas da sociedade ou quando cada acionista possa optar entre a capitalização e a distribuição, no que respeita à sua parcela nas reservas" (op. cit., p. 472). A unanimidade, para tais defensores, sempre foi necessária, pois o crédito dos acionistas originados no direito às reservas, com o aumento, era compensado pelo seu débito resultante da subscrição de ações; assim, se toda a subscrição de ações exige o expresse consentimento do adquirente, que adere a proposta em

Tratando-se de direito inderrogável, é inaplicável a outorga de cláusula estatutária, a ser aplicada indiscriminadamente, e de forma definitiva, a todos os casos de espécie, competência ao Conselho de Administração para aumentar o capital social mediante a capitalização de lucros ou de reservas.

A renúncia a esse direito e, consequentemente, a decisão de efetivamente reter os recursos provenientes desses fundos na sociedade, ampliando, dessa forma, a responsabilidade dos acionistas, deve ser proferida pela maioria, se outro quórum não for especificado, reunidos em assembléia geral devidamente convocada.

É esse, inclusive, o entendimento esposado por J. E. Tavares Borba, *verbis*: "Conquanto haja autorização para aumento de capital, a incorporação de reservas e lucros transcende à competência do conselho de administração, inserindo-se nos poderes da assembléia geral, único órgão habilitado a deliberar sobre a destinação do lucro da sociedade (arts. 132, 192 e 199). Ademais, como a incorporação retira aos acionistas a possibilidade de distribuir, como dividendos, as reservas e lucros incorporados, unicamente os próprios acionistas poderão decidir da conveniência ou não de consumir a capitalização."²³

caráter irrevogável e irretroatável, nem a assembléia geral, por maioria, pode obrigar qualquer sócio a aumentar suas entradas de capital e o número de suas ações (cf. Assis Tavares, *As Sociedades Anônimas*, Lisboa, LCE Ed., 1969, p. 94).

Se a atual legislação não exigiu a unanimidade, por outro lado não nos parece ter consentido com a capitalização de reservas por deliberação de órgão administrativo, sendo possível afirmar, até em função do que dispõe o art. 199 da Lei 6.404/76, que a competência recai na soberania da assembléia geral.

(23) *Direito Societário*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1995, p. 368.

No mesmo sentido, Mauro Rodrigues Penteado, quando afirma que, “a capitalização de lucros e reservas, por importar em reforma do estatuto social, quer para alterar o valor nominal das ações ou elevar o seu número (art. 169, *caput*), quer para aumentar a cifra do capital, depende de deliberação da assembléia geral extraordinária...”²⁴

Sem dúvida, a exegese do art. 168 da Lei 6.404/76, aproxima-se do aumento de capital com entrada de recursos externos, até porque a razão básica de a autorização ser outorgada a órgão administrativo, no entender da *communis opinio doctorum*, é a de agilização na tomada da decisão, com subtração de entraves burocráticos na captação de investimento de terceiro.²⁵

20. A sociedade anônima somente pode vir a ser constituída se tiver por finalidade a obtenção de resultados. Gerar lucros, distribuir dividendos é imposição de ordem pública. E, por ser mera ficção jurídica, o seu resultado, a riqueza angariada, deve sempre abastecer os cofres dos seus destinatários finais, até mesmo como forma de fortalecer e desenvolver o mercado primário de ações.

A retenção indevida de lucros, mediante artifício, há quem sustente, é forma clara de estelionato. Saliente-se, como agravante, que, nestes casos, o crime estaria sendo praticado contra centenas de milhares de investidores.

A prática tem comprovado, em vários casos, que o majoritário, no ímpeto de manter o poder e a influência que a

acumulação da riqueza social lhe assegura e, ainda, consubstanciado no fato, deveras flagrante, de tratar a companhia como se fora o único proprietário, atua, freqüente e deliberadamente, no sentido de bloquear o acesso dos minoritários aos importes que lhe são de direito.

Nesse particular, vale trazer à luz o entendimento de Fábio Konder Compato:

“Já salientamos que o desvio de poder difere do ato *contra legem*, pelo fato de, naquele, o agente procurar respeitar a legalidade formal ou meramente aparente. Assim, o acionista que vota deliberação conflitante como o interesse social procura sempre justificar seu voto com razões de aparente benefício para a sociedade, ou, pelo menos, de inelutabilidade de outra decisão, por imposições inderrogáveis de ordem econômica.

É o caso, notadamente, do clássico problema do autofinanciamento. O controlador pode obter satisfação do seu interesse econômico pessoal, na sociedade, sem a distribuição de dividendos, sobretudo quando ocupa postos de direção na companhia e se atribui elevados honorários, além de gozar de outras vantagens inerentes ao cargo. Pode acontecer, mesmo, que a sistemática retenção de lucros líquidos constitua uma política deliberada de “congelamento” da minoria, como se diz no jargão societário norte-americano, compelindo-a a desfazer-se de suas ações a baixo preço”.²⁶

21. Ante o entendimento exposto ao longo deste estudo, correto afirmar que, nas companhias impera o princípio da distribuição da totalidade dos lucros sociais.

O acionista, proprietário de uma parcela do patrimônio da empresa, tem legítimo interesse em haver para si o

⁽²⁴⁾ *Aumentos de Capital das Sociedades Anônimas*, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 98.

⁽²⁵⁾ Cf. Modesto Carvalhosa, op. cit., 5.º vol., p. 274, Miguel J. Pupo Corrcia, in *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, São Paulo, Resenha Universitária, p. 226; Waldirio Bulgarelli, in *Comentários à Lei das S.A.*, São Paulo, Saraiva, p. 18 e J. E. Tavares Borba, op. cit., p. 370.

⁽²⁶⁾ *O poder de Controle na S.A.*, 2.ª ed., p. 295.

montante dos resultados apurados pela sociedade para a satisfação de seu direito patrimonial, de caráter inderrogável e, consoante alguns, irrenunciável. Assim, não dispõe a maioria de poder soberano e discricionário de reter na companhia, parcial ou totalmente, lucros que, de direito, devem integrar o patrimônio pessoal do investidor. Nesses casos, o controlador sujeita-se a normas imperativas de transparência. Seu campo de manobra foi delimitado e não pode resistir a artimanhas, sob pena de violar direi-

to essencial e de ordem pública. E como a todo direito corresponde uma ação que o assegura, tem o acionista insatisfeito legitimidade para promover a competente medida judicial assecuratória de seus reais interesses.²⁷

Patente, pois, que a *mens legis*, corretamente, visou tutelar os justos anseios e receios do minoritário, parte vulnerável nas relações de ordem societária.

É com esse enfoque, de direito, que se deve interpretar e dirimir os conflitos da espécie.

(27) Ação de nulidade ou de anulação da deliberação assemblear; ação de responsabilidade civil e criminal de diretor, fiscal e controlador (cf. Paes Leães, op. cit.) Ver W. de S. Campos Batalha, in *Direito Processual Societário* e Mauro Rodrigues Penteado, op. cit.

DOCTRINA

AUMENTOS ARBITRÁRIOS DE LUCROS COMO ABUSOS DO PODER ECONÔMICO – INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO E SUGESTÃO DE ALTERAÇÃO

MAURO GRINBERG

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Evolução Constitucional – 3. Evolução Legislativa (infraconstitucional) – 4. Impossibilidade de subsídios do Direito Estrangeiro – 5. Concorrência como bem protegido – 6. Lucros arbitrários – 7. Lucros arbitrários e abuso do poder econômico – 8. Conclusões e propostas.

1. Introdução

1. O objetivo do presente estudo é o exame dos aumentos arbitrários de lucros como abusos do poder econômico, tais como colocados na Constituição Federal, no capítulo da Ordem Econômica e Financeira, interpretando o texto como posto e sugerindo alteração.

2. O objetivo acima colocado é igualmente o limite do presente estudo, uma vez que o objetivo aqui traçado é tão-somente o exame dos aumentos arbitrários de lucros, deixando-se de lado toda a imensa gama de temas que o estudo dos abusos do poder econômico e sua representação podem suscitar.

2. Evolução Constitucional

3. O que se quer aqui é verificar o tratamento constitucional da matéria ao longo do tempo, entendida a evolução como evolução temporal.

4. A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 tratou, dentro do Títu-

lo V – “Da Ordem Econômica e Social” –, da liberdade de iniciativa e da representação ao abuso do poder econômico.

5. Dizia o respectivo art. 145: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano”.

6. Dizia, por sua vez, o respectivo art. 148: “A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”.

7. A Constituição do Brasil de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional 1, de 1969, tratou do assunto no Título III – “Da Ordem Econômica e Social”.

8. Dizia o respectivo art. 160: “A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a

justiça social, com base nos seguintes princípios:

I – liberdade de iniciativa;

(...)

V – repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros; (...)."

9. Já a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 – doravante denominada simplesmente Constituição Federal –, trata dos mesmos temas no Capítulo I – “Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica” – do Título VII – “Da Ordem Econômica e Financeira”.

10. Diz o respectivo art. 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IV – livre concorrência;

(...).”

11. Diz, por sua vez, o § 4.º do art. 173: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

12. Da verificação da evolução constitucional acima referida, é possível constatar que a livre iniciativa e a livre concorrência são constantes, da mesma forma que é constante a repressão ao abuso do poder econômico; trata-se de princípios complementares, uma vez que o abuso do poder econômico coloca-se em antagonismo relativamente à livre iniciativa e à livre concorrência.

13. Está aqui sendo deixada de lado a discussão a respeito da colocação dos

textos em artigos, incisos ou parágrafos; essa discussão chegou a ser iniciada, sem ter sido levada adiante de maneira conclusiva, quando da colocação da repressão do abuso do poder econômico, na Constituição Federal de 1988, em parágrafo e não em artigo, como faziam as Constituições anteriores.

14. De qualquer forma, apenas para deixar o texto completo, cumpre esclarecer o que diz o art. 173, *caput*: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

15. É válida a observação de que o § 4.º não está bem colocado no art. 173; melhor seria que o mesmo parágrafo estivesse colocado no art. 170, acima transcrito ou no 174 (e melhor ainda seria que tivesse sido colocado na Constituição Federal como artigo).

16. Diz o 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”.

17. De qualquer forma, é importante salientar a permanência dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, aos quais é acrescentado o corolário necessário (porque em sua defesa) da repressão ao abuso do poder econômico.

3. Evolução Legislativa (infraconstitucional)

18. A primeira lei importante em matéria de repressão ao abuso do poder

econômico foi a Lei 4.137, de 1962, cujo art. 2.º dizia: “Consideram-se formas de abuso do poder econômico:

I – dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência por meio de:

(...)

II – elevar sem justa causa os preços, nos casos de monopólio natural ou de fato, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os lucros sem aumentar a produção:

(...)”.

19. A segunda lei importante em matéria de repressão ao abuso do poder econômico – que preferiu a expressão “defesa da concorrência” em vez de “repressão ao abuso do poder econômico”, apesar dos textos constitucionais fazerem referência sempre à repressão ao abuso do poder econômico, preferindo-se aqui sempre os textos constitucionais – foi a Lei 8.158, de 1991.

20. Dizia o respectivo art. 3.º: “Constitui infração à ordem econômica qualquer acordo, deliberação conjunta de empresas, ato, conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que os fins visados não sejam alcançados (...)”.

21. A lei em vigor é a Lei 8.884, de 1994, cujo art. 20 diz: “Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III – aumentar arbitrariamente os lucros;

IV – exercer de forma abusiva posição dominante”.

22. O respectivo art. 21, que se apresenta expressamente como meramente exemplificativo, traz em um dos incisos a descrição de uma conduta que pode implicar na aplicação do inc. III do art. 20 (as demais condutas ali apresentadas como exemplos são referentes aos demais incisos do art. 20).

23. Diz o referido art. 21: “As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

(...)

XXIV – impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço”.

4. Impossibilidade de subsídios do Direito Estrangeiro

24. A colocação dos aumentos arbitrários de lucros na matéria relativa à repressão ao abuso do poder econômico é invenção tipicamente brasileira, não encontrando parâmetro no direito estrangeiro, sobretudo dos Estados Unidos e da União Européia.

25. Diz Benjamin Shieber sobre o tema: “Na interpretação deste dispositivo não podemos valer-nos do direito antitruste norte-americano ou europeu. Estes sistemas de direito antitruste confiam só na concorrência e na supressão dos monopólios para conseguir uma baixa dos preços dos produtos” (*Abusos do Poder Econômico*, RT, São Paulo, 1966, p. 189).

26. O mesmo Benjamin Shieber ensaia uma explicação: “Como a Lei Antitruste brasileira não proíbe os monopólios como ilícitos por si só, e como o legislador brasileiro reconheceu que existem alguns tipos de monopólio, v.g., o natural, que não é possível reprimir, a lei brasileira tenta enfrentar diretamente o aumento arbitrário de lucros pela elevação injustificável dos preços nos casos de monopólios” (op. e p. cit.).

27. Com efeito, para entender a explicação do autor acima referido, cumpre verificar o texto da Seção 2 do Sherman ACT, dos Estados Unidos, de 1890:

“Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof shall be punished (...)”.

28. Vê-se, assim, que a legislação norte-americana não precisou eleger o aumento arbitrário de lucros, em caso de monopólio, como abuso do poder econômico — como veio a fazer a Lei 4.137, de 1962 —, uma vez que lá o monopólio é punível simplesmente por ser monopólio.

29. A mesma explicação perde o sentido quando se faz a comparação com o direito europeu, uma vez que o Tratado de Roma, que instituiu a Comunidade Européia, não apresenta proibição explícita de monopólios.

30. De qualquer sorte, a evolução do direito brasileiro, após a edição do livro do mencionado autor, afastou a repressão ao abuso do poder econômico, em caso de aumento arbitrário de lucros, da hipótese isolada de situação monopolís-

tica, tornando-se — pelo menos aparentemente — mais abrangente.

5. Concorrência como bem protegido

31. No exame da legislação de repressão ao abuso do poder econômico, é preciso que se lembre que o bem jurídico protegido é a concorrência (e, por extensão, a economia como um todo, nunca direitos subjetivos, cujos benefícios são conseqüências indiretas da mencionada repressão).

32. Tercio Sampaio Ferraz Júnior explica, sobre a concorrência, que “qualquer tentativa de lhe definir condições, modos de atuação e efeitos corre o risco de estreitar sua aplicabilidade jurídica. Por isso, ao invés de se definir juridicamente o princípio da concorrência por uma conceituação de concorrência, a literatura tem-se encaminhado para uma compreensão do princípio como uma decorrência da liberdade de iniciativa enquanto um aspecto e uma das extensões das liberdades individuais” (“Da Abusividade do Poder Econômico”, em *Revista de Direito Econômico*, n. 21, Brasília, out.-nov.-dez./1995, p. 29).

33. Diz Isabel Vaz: “(...) tomando-se como ponto de referência o período em que se começou a sistematizar uma legislação antitruste, a sociedade institucionaliza a concorrência, elabora um modelo, adota determinados valores considerados dignos de serem protegidos por seu ordenamento jurídico. Escolhe um tipo de competição nas relações econômicas, a ‘livre concorrência’. Para a sua proteção tipifica determinados atos como ilícitos, fixa penas, gradua punições, cria técnicas de prevenção, divulga objetivos a serem atingidos pelos agentes econômicos e estabelece os modos legais de repressão às condutas consideradas atentatórias ao princípio da livre concorrência” (*Direito Econômico da Concor-*

rência, Companhia Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1993, p. 84).

34. Explica, por sua vez, José Afonso da Silva, a respeito dos textos do art. 170 e respectivo inc. IV e do § 4.º do art. 173, ambos da CF e acima transcritos:

“Os dois dispositivos se complementam no mesmo objetivo. Visam tutelar o sistema de mercado e especialmente proteger a livre concorrência, contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista. A Constituição reconhece a existência do poder econômico. Este não é, pois, condenado pelo regime constitucional. Não raro esse poder econômico é exercido de maneira anti-social. Cabe, então, ao Estado intervir para coibir o abuso” (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, RT, São Paulo, 1989, p. 664).

35. Sinteticamente, expõe Werter R. Faria: “Toda a atividade econômica deve reger-se pelo princípio da livre iniciativa, em oposição ao qual encontram-se o monopólio de direito e a intervenção na vida econômica” (*Constituição Econômica – Liberdade de Iniciativa e de Concorrência*, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1990, p. 106).

36. Completa o mesmo Werter R. Faria: “A repressão ao abuso do poder econômico deve ser compreendida como proibição de todas as práticas comerciais que anulam ou distorcem a livre concorrência” (op. cit., p. 151).

37. Assim, o que se observa é que a legislação de repressão ao abuso do poder econômico deve ser vista como uma legislação de defesa da livre iniciativa, de manutenção das condições que permitam a livre concorrência, nada tendo a ver, em princípio, com lucros e preços; causa espanto, todavia, o fato de o aumento arbitrário de lucros estar colocado na Constituição Federal como uma das formas de abuso do poder econômico.

6. Lucros arbitrários

38. Como é possível enquadrar os aumentos arbitrários de lucros entre os abusos do poder econômico que a Constituição Federal visa reprimir-se, conceitualmente, tais aumentos arbitrários de lucros não são abusos do poder econômico?

39. Diz Alfredo de Assis Gonçalves Neto: “A Constituição (...) elege apenas três fatores para a caracterização do abuso do poder econômico, quais sejam: a dominação do mercado, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. Bem examinados esses três fatores, verifica-se que o último deles não é propriamente fator de abuso, mas efeito ou consequência dos dois anteriores. Sendo assim, o abuso do poder econômico, vedado pela nossa Lei Fundamental, estaria balizado, apenas, à dominação do mercado e à eliminação da concorrência” (“Legislação Sobre Práticas Comerciais Restritivas e Abuso de Posição Dominante nos Principais Sistemas Jurídicos”, em Anais do I Seminário Nacional Sobre Abusos do Poder Econômico, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, agosto de 1987, p. 15-16).

40. A explicação acima tem plena lógica à luz do que se conhece sobre o direito concorrencial; entretanto, equivale a considerar como inexistente uma disposição constitucional – a inclusão do aumento arbitrário de lucros entre os abusos do poder econômico – não se tem o objetivo aqui de tratar da questão da interpretação do texto constitucional, bastando deixar claro que não se pode considerar inexistente ou inútil uma disposição expressa.

41. Lembra Fábio Ulhoa Coelho que os lucros “devem ser justificáveis sob o ponto de vista da lógica da livre competição” e que “o lucro gerado pela

regular exploração da atividade econômica, no contexto da competição capitalista, nada tem de arbitrário, por maior que seja, se a sua origem está relacionada com investimentos, desenvolvimento tecnológico, política de marketing, boa administração financeira etc.” (*Direito Antitruste Brasileiro*, Saraiva, São Paulo, 1995, p. 60).

42. O mesmo Fábio Ulhoa Coelho fornece um exemplo de lucro arbitrário: “Se o empresário tem exclusivo acesso a determinada fonte de insumo, os seus custos podem ser menores do que os dos concorrentes, e isso pode ter o efeito de gerar lucros arbitrários, caracterizando-se a infração contra a ordem econômica (art. 21, inc. VI), ainda que os preços não se elevem” (op. cit., p. 61).

43. O exemplo acima, todavia, equivale a situação de efetivo monopólio; pode ser na verdade um monopsônio, esclarecendo, neste ponto, Isabel Vaz, ao estabelecer os paralelos entre os dois: “Enquanto no monopólio um único sujeito realiza, em tese, toda a produção, no monopsônio existem muitos vendedores e apenas um comprador” (op. cit., p. 37).

44. A Lei 4.137, de 1962, foi clara ao aplicar o texto constitucional segundo o qual o aumento arbitrário de lucros constitui abuso do poder econômico: o aumento arbitrário de lucros só constitui abuso do poder econômico se praticado em situação de monopólio.

45. Expõe Benjamin Shieber, obviamente tendo em vista a Lei 4.137, de 1962: “Primeiro há de notar que o âmbito do dispositivo é expressamente restrito a situações de monopólio natural ou de fato. Não se aplica a quaisquer elevações dos preços, qualquer tentativa de aumentar arbitrariamente os lucros senão nestes casos. Assim, um aumento arbitrário dos lucros por meio de um ajuste ou acordo

entre empresas ou por meio de concentração de empresas não é um abuso do poder econômico” (op. cit., p. 190).

46. Benjamin Shieber transcreve trecho do parecer do Deputado Alde Sampaio, por ocasião dos debates legislativos que antecederam a edição daquela lei: “Neste particular, só para as empresas em situação de monopólio, se pode admitir que o lucro seja procurado por arbítrio da própria empresa e ainda assim como uma consequência do aumento arbitrário dos preços e não como figura primária do ato que se quer condenar. De fato, o lucro é sempre uma consequência e por natureza aleatório, não pode, portanto, jamais exprimir uma ação direta perceptível e condenável, e só nos casos de monopólio está em relação direta com a fixação arbitrária dos preços (...)” (op. cit., p. 192).

47. É evidente que a capacidade de absorção de eventuais compradores tem um limite e que em algum ponto o lucro abusivo é um impedimento de vendas; mas é também evidente que a maioria dos mercados que se viram expostos à concorrência (inclusive externa) tiveram seus preços, e consequentemente seus lucros, diminuídos.

48. Assim, é possível, neste ponto, indagar a respeito da relação entre aumentos arbitrários de lucros e concorrência, ou, se se quiser colocar de outro modo, é possível perguntar de que modo os aumentos arbitrários de lucros podem influenciar a livre iniciativa.

49. É preciso que se atente aqui de que a concorrência de que se trata não é a concorrência real em determinada situação mas a concorrência potencial.

50. Ou, no dizer de Luis Fernando Schuartz, “não se quer saber se o agente A efetivamente compete com o agente B,

mas sim se este último competiria com aquele caso determinados requisitos fossem preenchidos" ("Poder Econômico e Abuso do Poder Econômico no Direito de Defesa da Concorrência Brasileiro", em *Revista de Direito Mercantil*, n. 94, São Paulo, abr.-maio-jun./1994, p. 15).

7. Lucros arbitrários e abuso do poder econômico

51. Do que foi visto acima é possível avançar para uma compreensão maior da relação existente entre lucros arbitrários e abuso do poder econômico, mesmo porque tudo indica que se trata de conceitos que não podem ser aplicados em conjunto, restando-nos tentar entender a razão pela qual a Constituição Federal e a lei os colocam sempre em conjunto.

52. Assim, em princípio, se os lucros são arbitrariamente aumentados (e os preços se tornam conseqüentemente altos), existe sempre a possibilidade de os adquirentes procurarem outros fornecedores ou mesmo sucedâneos dos produtos ofertados em tais condições.

53. Todavia, isso pode não ser aplicável às situações monopolísticas ou monopsonicas, sendo essa a razão pela qual a Lei 4.137, de 1962, limitou a aplicação do dispositivo constitucional – que qualifica o lucro arbitrário como abuso do poder econômico – só àquelas situações de monopólio (às quais podem ser acrescentadas as de monopsonio, embora bem mais raras).

54. Essa foi, certamente, a melhor acolhida dada por lei a tal dispositivo constitucional, pois, nas situações em que a concorrência plena ou razoável é exercida, a própria concorrência é encarregada de punir, pelo afastamento dos adquirentes, quem aumenta os lucros arbitrariamente.

55. As situações em que concorrentes se unem para "monopolizar em conjunto" o mercado não são na verdade situações monopolísticas, mas sim situações de ações concertadas, de conluio, que são classificadas nos outros itens do art. 20 da Lei 8.884, de 1994, que são a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o abuso de posição dominante.

56. Mas a própria atuação dos órgãos encarregados da aplicação da legislação de repressão aos abusos do poder econômico é, nos casos de aumentos arbitrários de lucros, desvirtuada, pois não se trata evidentemente de um problema concorrencial.

57. Com efeito, no monopólio (bem como no monopsonio) a concorrência já não pré-existe e assim os aumentos arbitrários de lucros, embora possam ser danosos para a economia (além de para os adquirentes), não o são para a concorrência.

58. É exatamente nesse sentido que a atuação dos órgãos de repressão ao abuso do poder econômico é desvirtuada quando tratam de lucros arbitrários, porque de concorrência efetivamente não se trata; eles devem, entretanto, cumprir suas funções de repressão aos aumentos arbitrários de lucros simplesmente porque a Constituição Federal e a lei assim o determinaram e não porque os aumentos arbitrários de lucros sejam efetivamente anticoncorrenciais.

8. Conclusões e propostas

59. A atuação dos órgãos de aplicação da legislação de repressão ao abuso do poder econômico é desvirtuada quando tratam dos aumentos arbitrários de lucros como abusos do poder econômico, já que abusos do poder econômico são atos contrários à livre concorrência e os aumentos arbitrários de lucros, embora eventualmente danosos, não são contrários à livre concorrência.

60. Com efeito, se de monopólio (ou monopsônio) não se trata, a própria livre concorrência pode impedir ou punir, pelo afastamento dos clientes, os aumentos arbitrários de lucros; se de monopólio (ou monopsônio) se trata, os aumentos arbitrários de lucros não são anticoncorrenciais porque a concorrência não pré-existe.

61. Por serem danosos, tais aumentos arbitrários de lucros em situação de monopólio (ou monopsônio) podem ser eleitos pela sociedade e pela lei como puníveis, embora o impedimento ou a punição não devam ser atribuídos aos órgãos de aplicação da legislação de repressão aos abusos do poder econômico.

62. É nesse sentido que se propõe aqui a alteração do § 4.º do art. 173 da CF para retirar os aumentos arbitrários de lucros da classificação de abusos do poder econômico.

63. Todavia, enquanto a referida alteração não acontece, permanecendo os aumentos arbitrários de lucros dentro da classificação de abusos do poder econômico, os órgãos encarregados da aplicação da legislação de repressão aos abusos do poder econômico devem aplicar a Constituição Federal e a Lei 8.884, de 1994, conforme estão postas, ainda que sua atuação seja desvirtuada, mas somente em situações monopolísticas ou monopsônicas.

ATUALIDADES

NOTA SOBRE A INDEPENDÊNCIA DOS BANCOS CENTRAIS

ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS NUNES

1. A questão da *independência* (ou *autonomia*) dos bancos centrais ganha razão de ser a partir do momento em que eles são chamados a desempenhar funções consideradas de interesse público, nomeadamente as que lhes cabem enquanto *autoridades monetárias*.

A discussão desta problemática tem-se desenvolvido dentro de dois “modelos” extremos:

1) o que concebe o banco central como se fosse um órgão de soberania (uma espécie de “quarto poder” com a missão de assegurar a estabilidade dos preços e, portanto, o valor da moeda);

2) o que configura o banco central como se ele fosse uma espécie de Direcção-Geral do Ministério das Finanças (ou, quando muito, como uma espécie de ministério autónomo).

Nenhum destes “modelos” teve consagração na prática, embora o segundo figurino se aproxime bastante da realidade de certos países (os países da comunidade socialista e muitos países subdesenvolvidos), onde a política monetária é em absoluto subordinada aos objectivos da política orçamental e o banco central não passa de (mais) um instrumento da política dos governos.

2. A nosso ver, o conceito de *independência* dos bancos centrais não significa a aceitação necessária das teses monetaristas segundo as quais a política monetária e a actuação dos bancos centrais, enquanto autoridades monetárias,

devem ter como *objectivo único a estabilidade dos preços*.

Na linha de continuidade do pensamento quantitativista pré-keynesiano, assente na velha ideia da *dicotomia clássica* e da *neutralidade da moeda*, os monetaristas defendem a independência absoluta da acção dos bancos centrais. Porque a inflação é sempre e em qualquer lugar um fenómeno puramente monetário. E porque a moeda não passa de um *véu* que encobre a economia real, a moeda e os fenómenos monetários não podem afectar as variáveis reais (o nível da produção e do emprego), pelo menos a longo prazo.

Assim sendo, aos governos caberia ocuparem-se da economia real, através dos instrumentos de política que lhes são próprios (ou, pura e simplesmente, deixando funcionar o “mercado livre”). Aos bancos centrais caberia, à margem da actuação do governo e com absoluta independência em relação a este, prosseguir, apoiados na política monetária, o único objectivo que ela pode prosseguir: o objectivo (estratégico) da estabilidade dos preços, através do controlo da oferta de moeda.

A observância da *regra de Friedman* (a *money constant growth rate rule*) significa, porém, a negação de qualquer poder discricionário aos bancos centrais, transformados em organismos de execução mecânica da regra (constitucional, legal ou administrativa) do aumento constante da quantidade de moeda, sem qualquer margem de autonomia na deci-

são por parte dos bancos centrais enquanto autoridades monetárias.

Não é este o tipo de “independência” dos bancos centrais de que nos ocupamos aqui. Na nossa análise, pressupomos que os bancos centrais não se limitam a *cumprir regras*, antes gozam de *poder discricionário (discretion)* no exercício das suas competências.

Abandonado sem regresso o padrão-ouro há muitos anos, a fixação de regras ou metas sobre o crescimento dos agregados monetários surgiu aos olhos da “irmandade dos bancos centrais” (James Tobin), especialmente depois de esgotadas as possibilidades de sobrevivência dos Acordos de Bretton Woods (Agosto de 1971), como o meio de impor novos instrumentos de disciplina que livrassem os bancos centrais das pressões políticas a que não querem estar sujeitos.

Por outro lado, as teses monetaristas têm como pano de fundo a crítica à teoria keynesiana e às políticas anticíclicas que dela resultaram com base na aceitação do princípio do *deficit financing*. Neste contexto, valorizou-se o perigo inflacionista da actuação discricionária dos bancos centrais, predispostos (ou obrigados) a conceder aos governos meios de financiamento abundantes e a baixo custo, para estes poderem pagar despesas públicas excessivas.

Ao fim e ao cabo, os monetaristas acusam o keynesianismo de ter identificado a função dos bancos centrais com a função de financiamento regular dos governos e de ter subordinado a política monetária à gestão da dívida pública.

Na mesma linha de crítica ao Keynesianismo e às políticas de inspiração keynesiana, acusadas de produzir as situações de inflação acompanhadas de desemprego, Hayek considera que estas são *the economic consequences of Lord Keynes*, parafraseando o título de um célebre opúsculo do autor da *General Theory*.

As propostas de Hayek — embora partindo também da recusa de um banco

central dotado de poder discricionário para conduzir a política monetária — diferem, porém, das de Milton Friedman no que toca ao papel dos bancos centrais. É que Hayek propõe, pura e simplesmente, a “desnacionalização da moeda de estado tal como ela actualmente existe e a sua substituição por moedas privadas que concorram umas com as outras”. Este sistema de *free banking* dispensa a existência de um banco central, confiando ao *laissez-faire* e à livre concorrência entre vários bancos emissores a resolução do problema da oferta de moeda. Friedman, por sua vez, justifica a existência de um banco central para evitar as fraudes e para garantir o funcionamento eficaz do sistema monetário, num mundo em que a informação tem um custo e é insuficiente.

Não parece aceitável defender-se hoje que *money does not matter*, desvalorizando em absoluto o papel da moeda e da política monetária, reduzida à categoria de instrumento da “política de dinheiro barato”, destinada a favorecer o financiamento das despesas públicas orientadas para a prossecução de elevadas taxas de crescimento e do objectivo do pleno emprego. A experiência e a elaboração teórica mostraram que não é correcto ignorar os problemas que podem surgir, em consequência, ao nível da balança de pagamentos e da estabilidade dos preços, a exigirem, como antidotos, a adopção de restrições ao comércio internacional, o recurso à desvalorização da moeda, o controlo dos preços e dos rendimentos.

Mas cremos que não tem fundamento a tese dos que pretendem (H. Tietmeyer, v.g.) que a noção de independência dos bancos centrais só faz sentido a partir do reconhecimento de que a inflação é essencialmente um fenómeno monetário e de que o único objectivo da política monetária prosseguir sem qualquer consideração pelos outros objectivos políticos do estado.

3. Muitos (e de diferente peso) têm sido os argumentos invocados a favor e contra a independência dos bancos centrais.

3.1 Referiremos a seguir os principais, começando pelos que temos visto aduzidos a favor da independência dos bancos centrais.

a) O facto de o banco central não depender do poder político (e, especialmente, dos governos) liberta as decisões de política monetária das pressões políticas no sentido de o banco central se colocar ao serviço dos objectivos do governo, muitas vezes ditados pelos interesses eleitorais do(s) partido(s) no poder.

Sem estatuto de independência, a actuação “comandada” do banco central acentuaria os inconvenientes do *political business cycle*. Na proximidade de eleições, desenvolver-se-iam políticas expansionistas, com baixas taxas de juro, menor desemprego e mais inflação. Após as eleições, viriam os sacrifícios, dada a necessidade de combater a inflação, com uma política contracccionista, recessão e desemprego (o “preço” das políticas executadas ao ritmo do *ciclo político*).

O facto de se obrigarem os governos a financiar os seus défices orçamentais através do recurso ao mercado monetário e ao mercado financeiro (pagando as taxas de juro aí estabelecidas) é considerado um elemento indispensável para assegurar o rigor, a eficiência e a racionalidade na gestão financeira do estado.

b) A autonomia do banco central perante o governo é o modo mais eficiente de evitar a inflação crónica. O estatuto de autonomia não consente que os governos obriguem o banco central a emitir notas e a aumentar a oferta de moeda com o objectivo de financiar os défices orçamentais (através da aquisição de títulos da dívida pública ou de

outras formas de concessão de crédito ao estado). Alguns estudos (Alberto Alesina e A. Alesina/Lawrence Summers, v.g.) procuram mesmo estabelecer uma relação directa e estreita entre o grau de independência do banco central e o nível médio da inflação: quanto maior a independência do banco central, mais baixa a taxa média da inflação.

Só a independência do banco central permitiria a prossecução coerente e sistemática da estabilidade do nível dos preços. É que este é um objectivo que se projecta no longo prazo e, por isso, dificilmente alcançável por órgãos ou instituições do poder político dependentes do “mercado dos votos”. Os processos eleitorais perspectivam-se sempre a curto prazo, “obrigando” os órgãos que dependem das eleições a privilegiar os objectivos de curto prazo, com o conseqüente sacrifício dos objectivos de longo prazo.

c) Não falta mesmo quem sustente que a política monetária é demasiado importante para ser confiada aos políticos. Estes não teriam, em regra, competência técnica para tomar decisões em matérias tão complexas como as que estão relacionadas com as funções dos bancos centrais. É fundamental, por outro lado, que estas funções sejam exercidas com base em critérios técnicos objectivos, libertos de considerações de ordem política. E isto só é possível se os bancos centrais forem governados por pessoas competentes que gozem de um estatuto de autonomia relativamente ao poder político.

d) Invoca-se também uma vantagem política para os governantes: se os bancos centrais forem independentes, sobre eles recairá o odioso das medidas políticas impopulares que adoptarem (v.g. no combate à inflação), poupando os governos ao pagamento (nas urnas) do preço político dessas medidas.

3.2 Não faltam, porém, argumentos contra a independência dos bancos centrais. Expõem-se a seguir os que se nos afiguram mais importantes.

a) É inadmissível, numa perspectiva democrática, que um pequeno grupo não eleito de “técnicos” possa tomar, liberto do controlo político democrático e da responsabilização política pela via eleitoral, decisões que afectam os interesses e o bem-estar de milhões de pessoas. Tal como acontece com a política financeira, também a política monetária deve ser confiada a órgãos legitimados democraticamente e politicamente responsáveis pelos seus actos.

b) A defesa da *independência* do banco central pressupõe por vezes a ideia de que as suas funções se reduzem à aplicação de um conjunto de “regras de conduta” destinadas a garantir a estabilidade do valor da moeda.

Mas há quem defenda que “a essência do banco central é o controlo discricionário do sistema monetário”, concebendo o banco central como uma entidade que “exerce o seu poder discricionário” e não como “uma máquina que funciona de acordo com uma certa regra” (R.S.Sayers, v.g.). Para os que assim pensam, o poder (*discretion*) que cabe aos bancos centrais faz parte da *soberania*. Subtrair aos órgãos de soberania o exercício desse poder (ou, pelo menos, o controlo do exercício dele) equivale a amputar a soberania do estado. A menos que se confira ao banco central o estatuto de órgão de soberania (...).

c) Os parlamentos e os governos é que são politicamente responsabilizados pelo que se passa no país, pelo que não se justifica que sejam privados do controlo de um instrumento fundamental de política. Sem o controlo da política monetária, os governos não podem definir uma política global coerente, assente

na coordenação da política financeira e da política monetária. O estatuto de independência dos bancos centrais coloca os órgãos do poder político na situação — que alguns consideram insustentável e indesejável — de terem de sujeitar-se à acção do banco central frontalmente adversa aos objectivos políticos definidos pelas instâncias competentes e legítimas (os parlamentos e os governos).

d) O estatuto de independência dos bancos centrais afasta os seus responsáveis do contacto com as populações, divorciando-os da realidade económica e social, acentuando, por isso mesmo, o risco da adopção de políticas que não tenham em conta as necessidades e as legítimas aspirações dos agentes económicos e das pessoas em geral.

e) A independência e a não responsabilização política dos bancos centrais torna-os mais permeáveis à actuação de grupos de interesse sectoriais, substituindo a ponderação devida ao interesse público nacional.

f) Outra linha de argumentação tende a mostrar que as razões invocadas a favor da independência dos bancos centrais (nomeadamente as referidas atrás na alínea *a*, *b* e *c*) provam demais. A lógica que as inspira levaria a defender que fosse a elite dos chefes militares a decidir a política de defesa e o orçamento das forças armadas; que fossem os técnicos mais qualificados dos serviços da administração fiscal a decidir em matéria de impostos; que o governo dos países, em última análise, fosse confiado a uma elite de técnicos, colocados acima das exigências do ‘mercado político’ e das vicissitudes eleitorais.

g) Por vezes invoca-se também, contra a competência técnica (pretensamente inatacável) dos bancos centrais, a responsabilidade destes no lançamento e/ou

aprofundamento de situações de crise. No caso dos EUA, v.g., o Sistema de Reserva Federal (Fed) tem sido acusado de não ter desempenhado correctamente a sua função de prestamista de última instância durante a Grande Depressão dos anos 30, contribuindo desse modo para prolongar e aprofundar a crise; ao invés, a política expansionista do Fed teria enormes responsabilidades no surto inflacionista que marcou a economia norte-americana nas décadas de 60 e 70.

O mais grave – acentua-se – é que o estatuto de independência dos bancos centrais e dos seus dirigentes não permite que eles sejam penalizados politicamente e substituídos no exercício das suas funções, mesmo quando actuam de forma desastrosa e provocam graves consequências nos planos económico e social.

h) Aos responsáveis pelos bancos centrais não se pede que interpretem as leis e administrem a justiça de forma imparcial. Eles são chamados a tomar *decisões políticas* que interferem com a vida de milhões de pessoas. Nada justifica, por isso, o paralelismo que por vezes se pretende insinuar com a função dos magistrados judiciais (é o que se passa, v.g., quando se justificam os prazos – relativamente longos – do mandato dos responsáveis pelos bancos centrais – 14 anos nos EUA – com a necessidade de lhes assegurar um estatuto de inamovibilidade semelhante ao dos juízes).

4. Uma posição intermédia é a daqueles que, embora defendendo um certo grau de autonomia dos bancos centrais, entendem que esta autonomia deve ser moderada. Neste sentido, propõem alguns autores que os bancos centrais sejam obrigados a adoptar os objectivos de política económica definidos pelos governos ou pelos parlamentos (nomeadamente quanto à inflação e ao desemprego), adequando a estes objectivos a sua

própria actuação no domínio da política monetária.

Nega-se *autonomia política* aos bancos centrais, cometendo aos governos a competência para definir politicamente os objectivos da política monetária. Os bancos centrais gozariam apenas de *autonomia técnica* (ou *económica*), limitada à *execução da* política definida pelos órgãos do poder político, traduzindo-se, v.g., na escolha pelos bancos centrais dos instrumentos a adoptar, da oportunidade e do grau da sua utilização, bem como no facto de os bancos centrais não poderem ser obrigados a conceder crédito aos governos (especialmente a baixas taxas de juro, fixadas administrativamente). A semelhança do que se passa em outros domínios: é o poder político que tem competência para declarar a guerra, mas são os generais que conduzem as batalhas.

Em alguns casos, embora reconhecendo o princípio da independência dos bancos centrais, atribui-se aos governos a faculdade de, em caso de conflito com os bancos centrais, emitirem directivas que estes devem cumprir.

Em certos países (Reino Unido, por exemplo) o poder do governo é mais forte porque as suas directivas podem não ser tornadas públicas (o que, em princípio, poupará o governo à responsabilidade política pelas medidas tomadas pelo banco central no cumprimento das directivas governamentais).

Menos efectivo é o poder dos governos nos países em que é obrigatória a publicação das directivas dadas ao banco central (v.g., na Holanda, na Austrália e no Canadá, onde esta faculdade nunca foi utilizada). É que, nestas condições, a responsabilidade política das medidas adoptadas pelo banco central não pode deixar de caber ao governo que contrariar os pontos de vista do banco central (sobretudo quando este goza de prestígio e credibilidade junto dos meios económicos e da opinião pública em geral).

Outros propõem apenas que o banco central seja obrigado a anunciar as suas metas no que se refere ao comportamento dos agregados monetários, explicando como é que estas metas são compatíveis com os objectivos económicos (em particular no domínio da inflação e do emprego) definidos pelos órgãos do poder político para tal competentes.

Menos exigentes são os que defendem que o banco central seja apenas obrigado a anunciar as medidas que adopta no próprio momento em que elas são tomadas (nos EUA, v.g., o Fed só anuncia as medidas adoptadas cerca de seis semanas após a sua adopção).

Alguns autores defendem que os bancos centrais não devem poder elaborar os seus próprios orçamentos, nem estes devem ser financiados por receitas próprias (não dependentes de recursos inscritos no orçamento do estado), sem qualquer controlo ou aprovação por parte dos governos ou dos parlamentos, negando também aos bancos centrais o privilégio que dispensa alguns deles da apresentação das suas contas à fiscalização de uma instância exterior (como acontece, por exemplo, com as contas do estado).

5. A defesa de uma autonomia moderada poderá ver-se sintetizada igualmente na afirmação de que “a independência do banco central não é uma independência do governo, mas uma independência dentro do governo” (o Fed norte-americano é o exemplo mais importante de um banco central *independent within the government*). Reflecte-se aqui a ideia de que o sistema não pode dispensar uma estreita relação de trabalho entre o banco central e o governo devendo resolver-se os problemas pela via do diálogo e do compromisso entre estas duas instâncias.

Uma concepção deste tipo parece ser a que resulta das conclusões de uma conferência internacional realizada em Pequim, com o patrocínio do FMI, em

Janeiro de 1990. Aí se defende que é desejável a autonomia do banco central e especifica-se que autonomia significa que o banco central “não está sujeito a ordens de outros departamentos do governo (...) e que goza de autonomia financeira”. Mas logo se acrescenta que o “banco central precisa de ser sensível ao ambiente social, político e económico dentro do qual actua a política monetária e que um banco central eficiente deve fazer todos os esforços para explicar a sua política aos outros departamentos do governo e à opinião pública em geral. Um banco central e um ministro das finanças deveriam, idealmente, trabalhar em conjunto numa base de confiança, mas sem a imposição de quaisquer decisões ao banco central”.

Neste modelo teórico poderão caber, no entanto, situações razoavelmente diferentes, desde bancos centrais com poderes efectivos bastante amplos até outros que só são independentes na formulação dos pareceres que emitem.

6. Em regra, os autores (ou os países) que atribuem à estabilidade monetária uma importância maior do que aos outros objectivos da política são levados a defender um maior grau de independência para o banco central enquanto autoridade monetária. O art. 3.º, da lei orgânica do *Deutsche Bundesbank* (1957) dispõe que compete ao banco central alemão “regular a circulação de notas e de moeda metálica e a oferta de crédito à economia, com o objectivo de assegurar a estabilidade monetária”. Não admira, por isso, que a Alemanha seja o país onde o banco central goza de mais ampla independência perante os órgãos do poder político.

Esta opção pode ter alguma lógica em países industrializados desenvolvidos, económica e politicamente estabilizados. Mas parece dificilmente aceitável em países que têm no desenvolvimento económico o principal problema a resolver (e nos quais, em regra, a administra-

ção fiscal é deficiente e o mercado monetário e o mercado financeiro não existem ou não funcionam), bem como em países com situações difíceis no domínio do emprego e da balança de pagamentos.

Nestes últimos casos, parece desejável que o banco central, enquanto autoridade monetária, não possa alhear-se da situação económica e social do país, erigindo a *estabilidade monetária* em *objectivo primordial* da sua acção, ao qual deverão sacrificar-se, friamente, os outros objectivos da política económica (o crescimento económico, a modernização da estrutura produtiva, a modificação da estrutura do comércio externo, os investimentos estratégicos na educação, na saúde, na segurança social etc.). Em nosso entender, o conceito de *autonomia* (ou *independência*) do banco central poderá resumir-se nestes dois pontos fundamentais:

a) poder de recusar financiamentos ao estado, nomeadamente pela concessão de crédito directo (muitas vezes a preços políticos, com taxas de juro à margem do mercado, artificialmente baixas), através da criação de moeda; b) competência do banco central para escolher livremente as medidas de política, bem como a oportunidade e os níveis de intervenção.

O estatuto de independência do banco central deve manter-se dentro dos limites estritamente necessários para permitir que a *política monetária* se autonomize da *política orçamental*, impedindo que os governos tenham acesso privilegiado ou automático ao financiamento junto dos bancos centrais e possam dispor dos instrumentos da política monetária como instrumentos integrantes da caixa de ferramentas ao seu inteiro dispor com vista a acções de política conjuntural, nomeadamente para financiar os défices orçamentais a baixo custo, tomando possível o aumento das despesas públicas.

Historicamente, parece certo que os governos, ao promoverem a criação dos bancos centrais, tiveram em vista, precisamente, a obtenção de crédito em condições favoráveis, concedido pelos bancos centrais em troca do monopólio da emissão de notas. Foi assim no caso de bancos públicos (o Banco Nacional da Prússia, v. g.) como no caso de bancos privados (o Banco de Inglaterra, v. g.). Ficou famosa a afirmação de Napoleão: "Criei o Banco de França para ter a taxa de desconto a 4%" (o que era na altura uma taxa baixa). O conceito de *independência*, entendido como acima se refere, vem, afinal, impedir que os bancos centrais possam cumprir o objectivo que, historicamente, terá justificado a sua criação.

De acordo com esta perspectiva, as despesas públicas, quando não cobertas pelas receitas fiscais, devem ser financiadas através de empréstimos obtidos pelo Tesouro no mercado do crédito, em concorrência com os demais agentes económicos, sendo vedado ao governo o acesso privilegiado ao crédito fácil e artificialmente "barato" concedido pelo banco central através da criação de moeda.

Mas este entendimento da *independência* dos bancos centrais não pode significar, a nosso ver, que a sua acção enquanto autoridades monetárias deva considerar-se desligada ou separada (e, portanto, potencialmente antagónica) da acção dos governos, através da política financeira e dos outros instrumentos ao seu dispor enquanto responsáveis pela "condução da política geral do país" (expressão do art. 185º CRP).

Seria incompreensível, v. g., que a acção dos governos no sentido de promover o crescimento económico e o emprego tivesse de desenvolver-se sem qualquer articulação com a política de taxas de juro. Por outro lado, parece irrecusável que a opção dos governos por uma ou outra forma de financiamen-

to não monetário dos défices orçamentais não deixa de influenciar o comportamento das variáveis monetárias.

Em conclusão: parece inevitável, e é sem dúvida frutuoso, que entre os governos e os bancos centrais se verifique uma permanente relação de trabalho assente na troca de informações aberta e leal, no diálogo e no compromisso, na colaboração entre as duas instâncias, com vista à melhor prossecução do interesse nacional, que não pode ser diferente para os governos e para os bancos centrais.

Com Charles Goodhart, entendemos mesmo que os bancos centrais, no exercício da sua função primordial enquanto autoridades monetárias (*a discretionary conduct of monetary policy*), não podem alhear-se das questões económicas e sociais que constituem a responsabilidade essencial dos órgãos do poder político (os parlamentos e os governos): os bancos centrais “devem ter um olho posto nos desenvolvimentos na esfera monetária e cambial e outro olho no horizonte mais vasto da evolução da economia.”

Creemos que este entendimento tem sido mais ou menos pacífico em Portugal. Se bem as interpretamos, estas são as posições expressas por três economistas que exerceram funções de responsabilidade no Banco de Portugal (BP) e no Governo.

No discurso da tomada de posse como Governador do BP (1980), Jacinto Nunes defendeu a conveniência de salvaguarda a “independência” do Banco, mas não deixou de prometer ao Ministro das Finanças “o melhor espírito de colaboração”, para facilitar a acção do Governo, sublinhando que “tal não representa senão um dever de uma instituição com um papel fundamental na vida económica e financeira do País, como é o Banco de Portugal”.

Também Vítor Constâncio abordou o tema, ao tomar posse como Governador do Banco (Fevereiro de 1985). Defen-

dendo para o Banco Central um “adequado estatuto de independência, dentro da estrutura do Governo”, Constâncio deixa claro que “o Banco de Portugal não é uma repartição do Ministério das Finanças”, considerando inerente à sua função social “o dever de resistir pela persuasão, pelo compromisso, pela actuação correcta nas áreas próprias, às naturais inclinações de quem está mais pressionado pela conjuntura e pela política”.

Mas logo acrescenta que “a independência de um banco central tem de se entender como independência dentro da estrutura do governo e não como independência face à estrutura do governo”. “Como braço independente da Administração — continua Constâncio —, o Banco Central tem o dever de seguir as orientações e de cooperar lealmente com a política do Governo, entidade que, no contexto dos poderes constitucionais, define o interesse nacional na condução da política do País”.

No início de 1994, A. Cavaco Silva sintetiza assim o seu ponto de vista: “Para conseguir a combinação de políticas desejável, o Ministério das Finanças e o banco central, embora sendo autoridades autónomas de políticas de estabilização, têm de colaborar, como responsáveis que são das políticas orçamental e monetária. Outro entendimento da independência dos bancos centrais não é favorável nem à política de conjuntura nem à política de desenvolvimento”.

7. No que se refere ao nosso Banco Central, foi a LO de 1990 (Decreto-lei 337/90, de 30 de Outubro) que pela primeira vez lhe atribuiu uma certa margem de *autonomia*, em termos que talvez fossem além do quadro constitucional então em vigor.

Segundo o texto da Lei Complementar 1/89, o art. 105º CRP estipulava que “o Banco de Portugal, como banco central, tem o exclusivo da emissão de

moeda e colabora na execução das políticas monetária e financeira, de acordo com a lei do Orçamento, os objectivos definidos nos planos e as directivas do Governo”.

É patente o reduzido grau de autonomia que a CRP confere ao Banco Central português. Este não tem competência para *definir* nem tem o direito de *colaborar na definição* da política monetária. Cabe-lhe tão só *colaborar na execução* das políticas monetária e financeira. O texto constitucional deixa mesmo entender que a própria *execução da política monetária* caberá, em primeira linha, ao Governo, com o qual o BP tem o direito (e o dever) de colaborar.

Deste texto resulta também a natureza subordinada da política monetária e da acção do BP. Aquela não pode afirmar objectivos próprios, que valham por si, acima dos objectivos gerais da política económica; o Banco deve subordinar-se, no exercício das suas competências, aos objectivos definidos nos planos, na lei do Orçamento e nas directivas do Governo.

Ora os planos são elaborados pelo Governo, de acordo com o seu programa, cabendo à AR aprovar as grandes opções correspondentes a cada plano (arts. 92º, 93º e 164º, al. “h” CRP). Os objectivos dos planos de desenvolvimento económico e social são os referidos no art. 91º CRP (entre os quais não é sequer referida expressamente a *estabilidade monetária*): “promover o crescimento económico, o desenvolvimento harmonioso de sectores e regiões, a justa repartição individual e regional do produto nacional, a coordenação da política económica com as políticas social, educacional e cultural, a preservação do equilíbrio ecológico, a defesa do ambiente e a qualidade de vida do povo português.”. Os planos anuais têm a sua expressão financeira no Orçamento do Estado, cuja aprovação é da competência da AR (art. 164º, al. “h” CRP).

Tal como resultou da revisão de 1989, a CRP não reconhece ao nosso banco central qualquer competência para definir ou executar políticas cujos objectivos não sejam os apontados nos planos e no OE pelos órgãos políticos para tanto competentes (a AR e o Governo). A este cabe, aliás, o direito de emitir directivas definidoras de objectivos de política às quais deve subordinar-se a acção do BP (art. 105º CRP, *in fine*).

Algo diferente deste figurino constitucional de 1989 parece ser o estatuto do BP, tal como resulta da sua Lei Orgânica de 1990.

Com inteira razão, o preâmbulo desta Lei Orgânica sublinha que a função primordial do BP (como dos bancos centrais em geral) não é hoje a função emissora, mas a função de regulação monetária e cambial e de defesa da estabilidade do sistema financeiro e do sistema de pagamentos.

No pressuposto de que as opções tomadas no âmbito do processo de integração europeia conduzirão à criação de uma estrutura europeia de banco central e à adopção de uma política monetária e de uma política cambial únicas, a Lei Orgânica privilegia “as exigências de estabilidade monetária que subjazem a este projecto” (de união económica e monetária no seio da UE), assim se justificando “a elevação do grau de autonomia do Banco na condução da política monetária” e a consagração de certos princípios (nomeadamente o consagrado no art. 27º Lei Orgânica) que se pretende funcionem como “garante da autonomia da política monetária”.

O art. 3.º Lei Orgânica dispõe que o BP é o Banco Central da República Portuguesa, devendo, nessa qualidade, assegurar o equilíbrio monetário interno e a solvência exterior da moeda. Ao BP reconhece-se agora (art. 18º Lei Orgânica) competência para *colaborar na definição* da política monetária (o que vai além do texto constitucional) e competência para *executar* a política monetária

e cambial (definida pelo Governo com a colaboração do Banco), mas *tendo em conta* — na execução das políticas — *as orientações do Governo*.

Ao BP cabe também *aconselhar* o Governo, não só no domínio da política monetária, mas também em matéria financeira e fiscal, função esta que, dadas a (crescente) interligação dos mercados monetário, financeiro e cambial e a (crescente) interdependência das políticas monetária financeira e cambial, pode ser muito importante para permitir a conveniente articulação entre o BP e o Governo, permitindo ao Banco fazer ouvir a sua opinião em questões que não cabem na sua competência (política orçamental; gestão e financiamento da dívida pública; regras de funcionamento e gestão corrente do mercado de capitais e das bolsas de valores).

Mas o sinal mais claro da autonomia que se quis conceder ao BP resulta do disposto no art. 27º Lei Orgânica, que proíbe expressamente ao Banco:

1) a concessão de crédito ao Estado e a outras pessoas colectivas de direito público;

2) a garantia de quaisquer obrigações do Estado, de serviços dele dependentes ou de outras pessoas colectivas de direito público, bem como a realização de pagamento por conta de qualquer deles, quando não existam no Banco fundos que lhes pertençam e que para tal fim estejam imediatamente disponíveis.

O Estado ficava, em grande medida, impossibilitado de financiar as despesas públicas pela via monetária, caminhando-se, deste modo, no sentido de autonomizar a política monetária da política orçamental.

Restava-lhe apenas:

a) a possibilidade de obter, através de crédito concedido pelo Banco, os meios necessários à participação no capital de organismos internacionais cuja

actividade principal respeite aos domínios monetário, financeiro e cambial (art. 25º Lei Orgânica);

b) a possibilidade de recorrer (bem como as regiões autónomas) a uma conta gratuita aberta no Banco, cujo saldo devedor não poderia exceder 10% das respectivas receitas correntes cobradas no último ano (art. 26º Lei Orgânica);

c) a possibilidade de tomada firme de bilhetes do Tesouro pelo BP, *por acordo* entre o banco e o Ministério das Finanças, desde que observados os limites legais, nomeadamente os que decorrem da lei do orçamento (art. 27º, n. 1, *in fine*, Lei Orgânica);

d) a possibilidade de o BP comprar títulos do Estado Português, no âmbito da execução da política monetária e cambial (art. 35º, n. 1, al. “b” Lei Orgânica).

Quer dizer: o único meio de financiamento do Tesouro pelo BP passou a ser o da tomada de títulos da dívida pública (a curto prazo ou a médio e longo prazos), com os quais o Banco constitui a carteira de títulos, utilizados depois (especificamente, os Bilhetes do Tesouro) para as intervenções do Banco no mercado livre, vendendo-os ou readquirindo-os no mercado secundário.

O estatuto constitucional do BP foi alterado com a terceira revisão constitucional (Lei Orgânica 1/92, de 25 de Novembro). Nos termos desta Lei, o art. 105º CRP dispõe que “o Banco de Portugal, como banco central nacional, colabora na definição e execução das políticas monetária e financeira e emite moeda, nos termos da lei”. O Banco continua a não ter competência para *definir* e a não ter o direito de *executar* as políticas monetária e financeira. Cabe-lhe tão só *colaborar na definição e na execução* destas políticas, definição e execução que competem ao Governo, como “órgão de condução da política geral do País” (art. 185º CRP).

Mesmo depois da revisão constitucional de 1992, a Lei Orgânica de 1990 continua a ir além do texto constitucional, ao reconhecer ao BP competência para *executar* a (e não apenas o direito e o dever de *colaborar na execução* da) política monetária e cambial.

Recentemente, o Decreto-lei 231/95, de 12 de Setembro, veio introduzir no ordenamento jurídico português o regime resultante do art. 104º do Tratado de Roma (redacção do art. D-25 TUE), alterando, em consequência, algumas normas importantes da Lei Orgânica do Banco de Portugal, no sentido de lhe reconhecer, claramente, um *maior grau de autonomia*.

O mais claro sinal disto mesmo é o regime que resulta da nova redacção do art. 25º Lei Orgânica, nos termos da qual é vedado ao BP:

a) conceder crédito, *sob qualquer forma*, ao Estado português e serviços ou organismos dele dependentes, bem como a outras pessoas colectivas de direito público e a empresas públicas ou quaisquer entidades sobre as quais o Estado português, as Regiões Autónomas ou as autarquias locais possam exercer, directa ou indirectamente, influência dominante;

b) garantir quaisquer obrigações do Estado ou das demais entidades acabadas de referir;

c) *comprar directamente* títulos de dívida emitidos pelo Estado ou pelas demais entidades atrás referidas.

Isto significa que só no mercado livre o BP pode adquirir títulos da dívida pública. E talvez deva entender-se que só o pode fazer quando essa operação de compra se justifica no âmbito da prossecução dos objectivos de controlo monetário que competem ao Banco (os estatutos do *Deutsche Bundesbank* impõem-lhe expressamente esta limitação). Excepcionalmente (e transitoriamente), apenas as Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira mantêm a facilidade de

beneficiarem de uma conta gratuita aberta no Banco (Protocolo 8 anexo ao TUE e art. 2º Decreto-lei 231/95, de 12 de Setembro).

O art. 3º Lei Orgânica dispõe agora que o BP (cujo Governador e demais membros do Conselho de Administração são nomeados pelo Conselho de Ministros, sob proposta do Ministro das Finanças, para um mandato de cinco anos, renovável – arts. 38º e 44º) é o Banco Central da República Portuguesa, o qual “tem por atribuição principal manter a estabilidade dos preços, tendo em conta a política económica global do Governo”.

E o art. 18º dispõe que ao BP compete “a condução da política monetária”, para além de “colaborar na definição e executar a política cambial” e de “aconselhar o Governo nos domínios monetário, financeiro e cambial”.

Se confrontarmos com a norma do art. 105º CRP (texto da Lei Complementar n. 1/92), podemos concluir que o texto actual da Lei Orgânica retira ao banco central a competência, reconhecida na CRP, para *colaborar na definição* da política financeira, cabendo-lhe apenas *aconselhar* o Governo neste domínio. Em contrapartida, no campo da política monetária, em vez de se limitar a reconhecer-lhe competência para *colaborar na definição e execução da política monetária* (art. 105º CRP), comete-lhe a competência para *conduzir a política monetária*, e impõe a *manutenção da estabilidade dos preços como atribuição principal* da sua acção. A Lei Orgânica (versão 1995) aproxima-se, sem dúvida, das concepções monetaristas consagradas em Maastricht, mas esquece o normativo constitucional.

Saliente-se, porém, que continua a impor-se ao BP o dever de, na prossecução da sua atribuição principal de manutenção da estabilidade dos preços, *ter em conta a política económica global do Governo*. Mantém-se, pois, sensivelmen-

te, o regime previsto no art. 92º Decreto-lei 298/92, de 31 de Dezembro (Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras), segundo o qual o BP, no exercício da sua competência de orientação e fiscalização dos mercados monetário e financeiro, *deve ter em conta a política económica e social do Governo*.

Se bem julgamos, o legislador pretende que o BP, apesar da acrescida autonomia que lhe é reconhecida perante o Governo, não possa desenvolver a sua actividade de costas voltadas para a realidade económica e social do País, inteiramente à margem dos objectivos de política económica e social definidos pelo Governo, enquanto órgão responsável pela “condução da política geral do País”. À luz do que fica dito, não é legítimo, a nosso ver, defender que o BP, enquanto instância autónoma do Governo, pode (e, muito menos, deve) sacrificar à manutenção da estabilidade dos preços a prossecução de outros objectivos de política definidos pelo Governo (o crescimento económico, o combate ao desemprego e a promoção do emprego, v.g.).

O Decreto-lei 298/92 consagra, de resto, algumas outras soluções que ilustram uma certa subordinação do BP ao Governo.

— É o caso do art. 91º, onde se prescreve que é da competência do Ministro das Finanças a *superintendência* dos mercados monetário, financeiro e cambial, designadamente a coordenação da actividade dos agentes do mercado com a política económica e social do Governo.

— É também declarada a competência do Governo — através de portaria conjunta do Primeiro Ministro e do Ministro das Finanças, *ouvido* o BP — para ordenar as medidas apropriadas (nomeadamente a suspensão temporária de determinados mercados ou de certas categorias de operações ou o encerramento temporário de instituições de crédito) a

situações de perturbação dos mercados monetário, financeiro ou cambial que ponham em grave perigo a economia nacional.

— Como índices da subordinação do BP ao Governo, podem referir-se ainda — para além do processo de nomeação do Governador e dos membros do Conselho de Administração — o facto de o Banco ser obrigado a comunicar o seu orçamento anual ao Ministro das Finanças até 30 de Novembro do ano anterior, e o facto de o Banco ser obrigado a submeter à aprovação do Ministro das Finanças, até 31 de Março de cada ano, o relatório, o balanço e as contas de gerência do ano anterior (arts. 62º e 64º Lei Orgânica).

8. Esta problemática da independência do BP tem que ser enquadrada no sistema que decorrerá da execução do TUE, que aponta para a criação de um Sistema Europeu de Bancos Centrais (SEBC) e de um Banco Central Europeu (BCE).

O problema da independência do SEBC e do BCE é abordado no Tratado de Maastricht e no “Protocolo Relativo aos Estatutos do Sistema Europeu de Bancos Centrais e do Banco Central Europeu”, Protocolo que é parte integrante do TUE.

Nos termos deste Protocolo, a direcção do BCE caberá a uma *Comissão Executiva* (à qual incumbe a gestão das actividades correntes do BCE) constituída por seis membros, nomeados por comum acordo dos estados-membros da UE, de entre personalidades de reconhecida competência, para um mandato de oito anos (não renovável), durante o qual não têm que prestar contas a qualquer instância política democraticamente legitimada.

Além da Comissão Executiva (que decide por maioria simples, tendo cada membro um voto e o Presidente voto de qualidade), está previsto o *Conselho do*

BCE, que integra, além dos seis membros da Comissão, os governadores dos bancos centrais dos países da Comunidade. No Conselho, as decisões são também tomadas por maioria simples, cabendo um voto a cada membro. Nas questões importantes, no entanto, pode exigir-se maioria qualificada, considerando-se validamente tomadas as deliberações aprovadas por um número de votos que representem 2/3 do capital subscrito do BCE e prove-nham de pelo menos metade dos accionistas (art. 10º do Protocolo).

O estatuto de independência do BCE acompanha de perto o sistema em vigor na Alemanha, aplicando-se igualmente aos bancos centrais nacionais dos países comunitários, de acordo com o TUE, o modelo que rege actualmente o *Deutsche Bundesbank*.

O art. 104º do Tratado de Roma (redacção do art. D-25 do TUE) consagra a *autonomia da política monetária perante a política orçamental* na medida em que proíbe ao BCE e aos bancos centrais nacionais dos Estados-membros a concessão de créditos, sob a forma de descobertos ou sob qualquer outra forma, em benefício de instituições ou organismos da Comunidade, dos governos centrais, autoridades regionais ou locais, de outras autoridades públicas, de organismos ou empresas do sector público dos Estados-membros, bem como a compra directa de títulos da dívida pública a essas entidades.

Quanto à competência e à capacidade de manobra do BCE e do SEBC, o art. 105º do Tratado de Roma (redacção do TUE) dispõe que “o objectivo primordial do SEBC é a manutenção de estabilidade dos preços”, dele resultando que “as políticas económicas gerais da Comunidade” só poderão ser apoiadas pelo BCE se esse apoio puder ser dado “sem prejuízo do objectivo da estabilidade dos preços”, o qual, proclamado como *objectivo primordial*, se sobrepõe a todos os outros (cfr. também art. 3.º-A).

Por sua vez, o art. 107.º do Tratado de Roma (redacção do TUE), e o art. 7.º do Protocolo acima referido, dispõem que o BCE deve agir com *inteira independência relativamente aos órgãos do poder político*: “O BCE, os bancos centrais nacionais ou qualquer membro dos respectivos órgãos de decisão não podem solicitar ou receber instruções das instituições ou organismos comunitários, dos governos dos estados-membros ou de qualquer outra entidade. As instituições e organismos comunitários, bem como os governos dos estados-membros, comprometem-se a respeitar este princípio e a não procurar influenciar os membros dos órgãos de decisão do BCE ou dos bancos centrais nacionais no exercício das suas funções”.

Um dos objectivos definidos em Maastricht (art. 3.º-A do Tratado de Roma, com a redacção do art. G-B-4 do TUE) é a criação de uma *moeda única*, que permita a definição e a condução de uma política monetária e de uma política cambial únicas. O n. 2 do art. 105º determina que compete ao SEBC “a definição e execução da política monetária da Comunidade”. E o art. 109º do Tratado de Roma (redacção do art. D-25 TUE), determina que caberão ao Conselho as decisões mais importantes no que toca à política cambial da Comunidade, sendo certo que os compromissos assumidos pelo Conselho vinculam não só as Instituições da Comunidade e o BCE mas também os Estados-membros (e, obviamente, os bancos centrais nacionais).

Daqui resulta que o cumprimento efectivo destas normas (cfr. art. 6.º dos Estatutos do SEBC) implica que o BP deixará de exercer também as suas competências enquanto *autoridade cambial* da República Portuguesa (arts. 22º e 31ºss Lei Orgânica), competências que já hoje se desenvolvem (nomeadamente a regulamentação do mercado cambial e a intervenção que nele faz o BP para asse-

gurar a gestão do regime de controlo cambial) tendo em conta as obrigações decorrentes da adesão do escudo ao Mecanismo de Taxas de Câmbio do SME (banda da flutuação do escudo) e no quadro do processo de liberalização integral dos movimentos de capitais em consonância com as obrigações e os princípios prevaescentes no espaço comunitário (Decreto-lei 13/90, de 8 de Janeiro; Decreto-lei 176/91, de 14 de Maio, que transpôs para o direito interno a Directiva do Conselho n. 88/361/CEE, de 24.6.88; Decreto-lei 298/92, de 31 de Dezembro; Decreto-lei 170/93, de 11 de Maio).

9. O que fica dito acerca do projectado estatuto do BCE e do SEBC significa que o sistema de Maastricht implicará alterações profundas no estatuto do nosso banco central, tal como ele resulta actualmente da CRP e da Lei Orgânica do Banco de Portugal.

O art. 108º do Tratado de Roma (redacção do art. D-25 TUE) prescreve, aliás, que “cada um dos Estados-membros assegurará, o mais tardar até à data da instituição do SEBC, a compatibilidade da respectiva legislação, incluindo os estatutos do seu banco central nacional, com o presente Tratado e com os Estatutos do SEBC” (cfr. também o art. 14º dos Estatutos do SEBC).

O modelo previsto no TUE torna o BP independente dos órgãos do poder político, mas retira-lhe toda a competência (e toda a independência) na definição da política monetária e da política cambial nacionais.

Neste quadro, os governos nacionais — como, aliás, os órgãos responsáveis pela política comunitária — ver-se-ão impedidos de utilizar os instrumentos ao dispor dos bancos centrais para combater a depressão e o desemprego, por mais grave que seja a situação económica e social. Ao BCE e aos bancos centrais nacionais é vedado, por outro lado, qualquer compromisso entre a estabilidade

dos preços e os outros objectivos da política económica, devendo todos eles ser sacrificados à salvaguarda da estabilidade monetária.

À escala de cada Estado-membro da UE, a possibilidade de definir e executar a política monetária e cambial deixa de integrar a soberania nacional, sendo irrelevante, a este nível, o maior ou menor grau de autonomia ou de dependência dos bancos centrais nacionais relativamente aos respectivos governos. O n. 3 do art. 14º dos Estatutos do SEBC determina expressamente que “os bancos centrais nacionais constituem parte integrante do SEBC, devendo actuar em conformidade com as orientações e instruções do BCE”.

Por outro lado, a adopção da moeda única significará que os países da UE, ao deixarem de ter moeda própria, ficam impossibilitados de recorrer, autonomamente (soberanamente), à política monetária e à política cambial como instrumentos de política económica (estímulo ao crescimento, combate à inflação ou ao desemprego).

Cremos que o sistema consagrado no TUE configura uma solução qualitativamente (muito) diferente daquela que consideramos uma solução razoável (conveniente) da questão da autonomia dos bancos centrais e mesmo daquela que resulta, segundo cremos, do quadro legal actualmente em vigor no nosso País. Mas cremos que a ponderação das vantagens e desvantagens deste sistema para um país como Portugal não cabe no âmbito da problemática que nos propusemos abordar aqui.

Bibliografia

- BLACKBURN, Keith and CHRISTENSEN, Michael. “Monetary Policy and Policy Credibility: Theories and Evidence”, em *Journal of Economic Literature*, Vol. 29, Março/1989, 1-45.

- BRUNI, Franco e MASCIANDARO, Donato. "Evaluating central banking independence. Theoretical issues and european perspectives", em *Rivista Internazionale di Scienze Sociali*, Ano XCIX, Jan-Março/1991, 93-115.
- BURNS, Arthur F. "The Importance of an Independent Central Bank", em *Federal Reserve Bulletin*, Vol. 63, Set/1977, 777-781.
- CAPIE, F.; GOODHART, Ch., FISCHER, S. and SCHNADT, N. (eds.). *The Future of Central Banking* (The Tercentenary Symposium of the Bank of England), Cambridge University Press, 1994.
- CARDOSO, Teodora. "O novo enquadramento da política económica portuguesa e as suas consequências sobre a política monetária", em *Revista da Banca*, n. 5 (1986), 5-28.
- COLLINS, Michael (ed.). *Central Banking in History* (3 vols), Cambridge, E. Elgar, 1993.
- DOWNES, Patrick and VAEZ-ZADEH, Reza. *The Evolving Role of Central Banks*, IMF, Washington, 1991.
- EFFROS, Robert C. (ed.). *Current Legal Issues Affecting Central Banks*, vol. I, IMF, Washington, D.C., 1992.
- FAZIO, Antonio. "Role and Independence of Central Banks", em P. DOWNES and R. VAEZ-ZADEH, ob. cit., 121-139.
- GOODHART, Charles - [1] - "Central Banking", em *The New Palgrave - A Dictionary of Economics*, vol. 1, 385-387; [2] - *L'Evoluzione delle banche centrali*, trad. it., Roma-Bari, Laterza, 1991 (original de 1985; trad. a partir da 2.ª ed., 1988).
- LEONE, Alfredo. "Effectiveness and Implications of Limits on Central Bank Credit to Government", em P. DOWNES and R. VAEZ-ZADEH, ob. cit., 363-413.
- LOUIS, Jean-Victor. *Do Sistema Monetário Europeu à União Monetária*, Comissão das Comunidades Europeias, Bruxelas-Estrasburgo, 1990.
- MARQUES, Walter. "Independência e consistência na banca central", em *Revista da Banca*, n. 22 (1992), 5-11.
- MISHKIN, Frederic. *The Economics of Money, Banking and Financial Markets*, 3.ª ed., N. York, Harper, 1992.
- NUNES, M. Jacinto. "Os bancos centrais - O Banco de Portugal" (original de 1985), em *Temas Económicos*, Lisboa, INCM, 1989, 195-198.
- PIVETTI, Massimo. "Maastricht e l'indipendenza politica delle banche centrali: teoria e fatti", em *Studi Economici*, Ano 49 (1994), n. 55.
- POHL, Manfred (ed.). *Handbook on the History of European Banks*, Aldershot, Edward Elgar, 1994.
- SACHS, Jeffrey and LARRAIN, Felipe. *Macroeconomics in the Global Economy*, Londres, H. Wheatsheaf, 1993.
- SECHREST, Larry J. *Free Banking - Theory, History, and a Laissez-Faire model*, Quorum Books, Westport, 1993.
- SILVA, Aníbal A. Cavaco. "Políticas de estabilização - A experiência portuguesa", em *Expresso*, 29.01.1994.
- SKÄNLAND, Hermod. "The Central Bank and Political Authorities in Some Industrial Countries", em *Norges Banks Skrifserie*, n. 13, Oslo, 1984.
- SWINBURNE, Mark and CASTELLO-BRANCO, Marta. "Central Bank Independence and Central Bank Functions", em P. DOWNES and R. VAEZ-ZADEH, ob. cit., 414-444.
- TIETMEYER, Hans. "The Role of an Independent Central Bank in Europe", em P. DOWNES and R. VAEZ-ZADEH, ob. cit., 176-189.
- VOLCKER, Paul; MANCERA, M. and GODEAUX, J. (Eds.). *Perspectives on the Role of a Central bank* (Proceedings of a Conference held in Beijing, China, January, 5-7. 1990), IMF, Washington, D.C., 1991.
- WEINTRAUB, Robert E. "Congressional Supervision of Monetary Policy", em *Journal of Monetary Economics*, 1978, 341-162.

ATUALIDADES

DOS CONCEITOS DE FINANCIAMENTO E PRÉ-FINANCIAMENTO

ARNOLDO WALD

1. É evidente que o pré-financiamento da exportação não constitui venda de mercadoria, nem tampouco enseja a emissão e alienação de cambiais.

2. Sempre se fez a distinção entre o pré-financiamento de produtos exportáveis, que independe da existência de comprador efetivo dos mesmos e tem como finalidade facilitar e estimular sua produção, fabricação ou industrialização, destinando-se a beneficiar o produtor ou industrial, e, de outro lado, o financiamento das exportações, que pressupõe a contratação com o comprador (estrangeiro ou internacional) e tem como garantia o pagamento a ser feito pelo mesmo e a existência da mercadoria exportada.

3. Na doutrina estrangeira, costuma-se distinguir o pré-financiamento, definido como "fase interna", em relação ao financiado, do financiamento propriamente dito que ocorre no caso e momento da exportação, sendo considerado como constituindo a "fase externa".¹

4. Tratando genericamente do financiamento à exportação em normas já atualmente revogadas, mas que comprovam o acerto da distinção, em que se fundamenta o presente parecer, a CACEX já entendia, no Comunicado n. 119, de 06.02.1985 que:

"28.1) O sistema de financiamento à exportação brasileira abrange todas as fases do processamento de exportação, desde a prospecção de mercado até a produção dos bens e comercialização externa, seja para bens de capital e de consumo durável ou de serviços, através de vendas isoladas ou nas modalidades de projetos industriais integrados chave-na-mão (*turn key job*) ou pacotes de serviços (*turn key package*). Atualmente o sistema dispõe das seguintes modalidades de financiamento à exportação:

28.1.1) pré-financiamentos:

28.1.1.1) Produção de bens para Exportação:

28.1.1.1.1) Programa de Financiamento à Produção para Exportação, com base na Resolução 882, de 21.12.83, do Conselho Monetário Nacional, contemplando a produção de manufaturados destinados à exportação;

28.1.1.1.2) CIC - CREGE 14-11, linha de crédito com recursos próprios do Banco do Brasil S.A., visando ao reforço do capital de giro das empresas industriais produtoras de manufaturados e semi-manufaturados destinados à exportação. Trata-se de linha complementar à Resolução 882, de 21.12.83, do Conselho Monetário Nacional;

28.1.1.1.3) Produção de Bens de Capital sob Encomenda, entendidos como

¹ Jean-Pierre Mattout, *Droit Bancaire International*, p. 73 e 83.

tais as máquinas, equipamentos ou conjuntos industriais completos, vendidos ao exterior, de alto valor unitário e com ciclo de produção superior a 180 (cento e oitenta) dias. Linha de crédito com recursos do Fundo de Financiamento à Exportação – FINEX;

(...)

28.1.3) Financiamento à Exportação de Bens e Serviços (FINEX) – Contempla a venda a prazo ao exterior de bens de capital e de consumo durável, a venda isolada de estudos de viabilidade, anteprojetos e projetos industriais ou de engenharia, desvinculados de obras no exterior, e a prestação de serviços isolados de assistência técnica, consultoria, gerência de empreendimentos ou montagem industrial e, ainda, a venda de projetos industriais integrados na forma *turn key job* e a realização de obras e serviços no exterior, inclusive na forma de pacote de serviços (*turn key package*). Duas são as modalidades de financiamento à exportação de bens e serviços:

28.1.3.1) Financiamento Direto ao Exportador (“Supplier’s Credit”), que se efetiva através do desconto dos títulos emitidos ou aceitos pelo exportador brasileiro representativos das vendas de bens e serviços, a prazo superior a 180 (cento e oitenta) dias;

28.1.3.2) Financiamento direto ao Importador Estrangeiro (“Buyer’s Credit”), que se efetiva mediante a negociação de notas promissórias emitidas pelo importador estrangeiro em favor do banco brasileiro para pagamento a vista no Brasil, de suas compras de bens e serviços.

28.1.4) Outras modalidades de Financiamento:

28.1.4.1) Adiantamento sobre Contratos de Câmbio (ACC), que consiste na antecipação parcial ou total ao exporta-

dor do preço da moeda estrangeira adquirida pelos bancos, com base nos contratos de câmbio de exportação:”

5. Do mesmo modo, a legislação vigente entende que os “Adiantamentos sobre Contratos de Câmbio (ACC)” constituem uma forma de pré-financiamento da exportação, conforme se verifica pela Consolidação das Normas Cambiais, organizada pelo DECAM, no capítulo referente à Exportação, quando trata em título específico da matéria e esclarece:

“Adiantamentos sobre Contratos de Câmbio

1 – O adiantamento sobre contrato de câmbio constitui antecipação parcial ou total por conta do preço em moeda nacional da moeda estrangeira comprada a termo, devendo ter a sua concessão pelos bancos e utilização pelos exportadores dirigida para o fim precípua de apoio financeiro à exportação.”

6. Sempre se afirmou que o contrato de câmbio de exportação, que enseja a emissão das cambiais, é um contrato de venda de divisas, enquanto o adiantamento é um contrato de financiamento ou de promessa de venda de câmbio.

7. A distinção entre ambos os contratos está contemplada no texto da própria Lei 4.595/64, quando, no seu art. 19, define, em incisos distintos, as várias atribuições do Banco do Brasil, como instrumento de execução da política creditícia e financeira do Governo Federal.

8. Efetivamente, o mencionado diploma determina que:

“Artigo 19. Ao Banco do Brasil S.A. competirá

(...)

I – na qualidade de Agente Financeiro do Tesouro Nacional

(...)

a) (...)

d) adquirir e financiar estoques de produção exportável assegurando pois o pré-financiamento.”

9. Por outro lado, também incumbe ao mesmo banco:

“XI – Difundir e orientar o crédito, inclusive as atividades comerciais suplementando a ação da rede bancária:

a) (...)

b) no financiamento das exportações e importações”.

10. Trata-se, assim, neste último inciso, não mais de realizar o pré-financiamento mas de facilitar e incentivar as vendas já realizadas no campo internacional, de mercadorias e serviços.

11. O reconhecimento da situação especial do adiantamento como uma forma privilegiada de financiamento por conta do contrato de câmbio também deflui do disposto no art. 75 da Lei 4.728, de 14.07.1965, com a redação que lhe deu a Medida Provisória 1.215, de 12.12.1995, que lhe acrescentou um § 4.º.

12. Efetivamente, o art. 75, no seu § 2.º, assegura a execução ou a restituição, no caso de falência, dos adiantamentos de contrato de câmbio criando assim uma situação privilegiada para o banco credor.²

² O art. 75 da Lei 4.728/65 tem a seguinte redação:

“Art. 75. O contrato de câmbio, desde que protestado por oficial competente para o protesto de títulos, constitui instrumento bastante para requerer a ação executiva.

§ 1.º Por esta via, o credor haverá a diferença entre a taxa de câmbio do contrato e a data em que se efetuar o pagamento conforme cotação fornecida pelo Banco Central, acrescida dos juros de mora.

§ 2.º Pelo mesmo rito, serão processadas as ações para cobrança dos adiantamentos feitos pelas instituições financeiras

13. A recente Medida Provisória foi ainda mais longe, reconhecendo também que, no caso de insolvência da instituição financeira nacional, o credor final (banco estrangeiro) tem direito à restituição.³

14. Alguns autores afirmaram que o conceito de adiantamento deveria, para justificar a restituição, excluir o financiamento e se caracterizar como um início de pagamento do preço. Não é nosso entendimento. Há, inicialmente, um financiamento que é conversível em preço de venda, dependente, para a conversão, de condição, evento futuro e incerto, que consiste na exportação da mercadoria. Se a mesma não vier a ocorrer, a própria regulamentação do Banco Central prevê as sanções aplicáveis para a liquidação do financiamento em moeda nacional.

15. Por outro lado, a emissão das cambiais só pode ocorrer desde que haja exportação. Os riscos e o regime jurídico são distintos nos dois casos. No pré-financiamento, o crédito é feito ao ex-

por aos exportadores, por conta do valor do contrato de câmbio, desde que as importâncias correspondentes estejam averbadas no contrato, com anuência do vendedor.

§ 3.º No caso de falência ou concordata, o credor poderá pedir a restituição das importâncias adiantadas, a que se refere o parágrafo anterior.”

³ Por sua vez, a Medida Provisória 1.215, de 12.12.1995 dispõe, no seu art. 1.º que: “Art. 1.º O art. 75 da Lei 4.728, de 14.07.1965, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo:

‘Art. 75 (...)

§ 4.º As importâncias adiantadas na forma do § 2.º deste artigo serão destinadas, na hipótese de falência, liquidação extrajudicial ou intervenção em instituição financeira, ao pagamento das linhas de crédito comercial que lhes deram origem, nos termos e condições estabelecidos pelo Banco Central do Brasil.’”

portador, com as garantias contratuais, mas sem que se possa fazê-las incidir sobre a mercadoria (em tese ainda inexistente e ou inacabada) ou sobre o crédito (ainda não constituído), que o vendedor terá a receber do importador estrangeiro ou internacional, que ainda é pessoa indeterminada enquanto a venda não se concretizou.

16. O legislador, dentro de sua política de crédito, considerou que, no caso, há um crédito afetado a um fim determinado e que essa afetação o distingue dos demais créditos, equiparando-o, de certo modo, ao preço da venda feita a crédito ao falido, nos últimos quinze dias, antes da falência, e a outras situações análogas, nas quais se presume ou se cria uma ficção legal pela qual se considera tais direitos como sendo direitos reais (*jura in re*).

17. Em tais casos, como salienta Carvalho de Mendonça, o credor não recebe em pagamento, mas ocorre em seu favor restituição, a título de propriedade, ou seja como se proprietário fosse.⁴

18. Na realidade, a doutrina tem salientado que:

“o pedido de restituição, o qual, se, por um lado, é destinado a expurgar do ativo os bens de terceiros – a fim de que a execução coletiva, abrangendo todos os bens do devedor, alcance, porém, somente os seus – por outro lado, não há de permitir que, sob a aparência de terceiro se exclua do passivo, isto é, da lei do rateio, quem seja credor”.⁵

19. Acrescenta-se que o pedido de restituição consiste:

⁽⁴⁾ MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. 8, n. 979, p. 267.

⁽⁵⁾ MARCONDES, Sílvio. *Problemas de Direito Mercantil*, p. 340.

“no mecanismo jurídico que o Estado concede ao interessado, que possui bens próprios em poder do devedor falido, proporcionando-lhe os meios de reavê-los, impedindo que sejam engolfados no vértice do patrimônio falido, pois não integram a garantia comum dos credores”.⁶

20. Também, em virtude de tratamento fiscal, houve, no passado, divergências doutrinárias quanto à verdadeira natureza do contrato de adiantamento, que, a partir da década de 1930, ensejou vários estudos dos eminentes consultores do Banco do Brasil que nele vislumbraram ora uma “abertura de crédito sem garantias” (José Vitorino de Magalhães), ora um “empréstimo a descoberto” (Affonso Pena), salientando-se, na ocasião, a dupla natureza do adiantamento, por ensejar uma simbiose de empréstimo e de antecipação do pagamento de um contrato de compra e venda (João Neves da Fontoura e Hugo Napoleão).

21. Na realidade, as duas teses não são conflitantes pois o adiantamento pode ser – e é – um empréstimo que, conforme a ocorrência ou não de uma condição suspensiva dupla (a exportação da mercadoria e a aquisição da mesma por um importador), se converte em contrato de câmbio, do mesmo modo que a promessa de compra e venda de imóvel e o arrendamento mercantil, podem, ou não, converter-se, em determinadas condições, pelo pagamento do preço condicionado (na promessa) ou residual (no *leasing*), em vendas definitivas, sendo todavia, todos eles, contratos típicos e nominados e cada um não se confundindo com os demais.

22. A doutrina estrangeira tem definido os créditos de pré-financiamento ao

⁽⁶⁾ REQUIÃO, Rubens. *Aspectos Modernos de Direito Comercial*, 2.º vol., p. 358.

fornecedor como sendo feitos a descoberto, esclarecendo a este respeito Michel Vasseur que:

“Les crédits de préfinancement ont pour objet d'assurer la trésorerie des entreprises pendant la phase de production des biens destinés à l'exportation ou d'exécution de travaux à l'étranger et avant réception de paiements de l'acheteur, les acomptes reçus pouvant s'avérer insuffisants. Ce sont des crédits-fournisseurs. Ils sont accordés pour financer soit une commande importante se rapportant à un marché déterminé, soit un courant continu d'exportations. Ils prennent, en conséquence, soit la forme de crédits de préfinancement spécialisé, soit celle de crédits de trésorerie, appelés aussi crédits de préfinancement revolving.” (‘Os créditos de pré-financiamento têm por objeto assegurar o movimento de caixa das empresas durante a fase de produção dos bens destinados à exportação ou no curso da execução de projetos no exterior, até o recebimento do preço, nos casos em que o respectivo adiantamento revela-se insuficiente para o curso normal das atividades. Trata-se, portanto, de crédito ao fornecedor. Esse tipo de crédito é outorgado com a finalidade de financiar seja a realização de uma encomenda vultosa, destinada a um mercado determinado, seja uma série de exportações sucessivas. Esses créditos, em consequência,

podem assumir a forma de créditos de pré-financiamento especializado, ou de créditos ditos de tesouraria, chamados também de créditos de pré-financiamento rotativo’).⁷

23. Acrescenta o mesmo autor que:

“Ces crédits sont en fait des découverts mobilisables. Ils sont consentis pour une durée renouvelable d'un an. Ils se réalisent soit en conséquence d'un aval, soit en conséquence d'une acceptation”. (‘Esses créditos são na verdade dívidas securitizáveis. São consentidos por prazo renovável de um ano. Podem realizar-se em consequência de um aval ou de um aceite’).⁸

24. Em todos os países a doutrina reconhece, aliás, que o pré-financiamento pode ser substituído, por ocasião da exportação, por outro financiamento feito seja ao exportador (crédito ao fornecedor — *crédit fournisseur*⁹ ou *supplier's credit*) seja ao importador (crédito ao adquirente — *crédit acheteur* ou *buyer's credit*).

25. A matéria não deixa qualquer margem a dúvidas no direito brasileiro, tendo sido consagrado o entendimento de acordo com o qual:

“O adiantamento sobre contrato de câmbio não se confunde com o desconto de cambial de exportação, porque é concluído antes mesmo do recebimento, pelo exportador, desse título de crédito de responsabilidade do importador”.¹⁰

⁽⁷⁾ VASSEUR, Michel. *Droit et Économie Bancaires*, fas. II, 4.ª ed., 1988, p. 620.

⁽⁸⁾ VASSEUR, Michel. ob. cit. na nota anterior, p. 624.

⁽⁹⁾ MATTOUT, Jean-Pierre. *Droit Bancaire International*, 1987, n. 35, p. 80.

⁽¹⁰⁾ *Revista Forense*, vol. 289, p. 227.

MERCOSUL

CIRCULAÇÃO DE CAPITAIS EM PERSPECTIVA BRASILEIRA – ENTRADA E SAÍDA DE DIVISAS E MOEDA NACIONAL

PAULO BORBA CASELLA *

SUMÁRIO: 1. Considerações introdutórias – 2. Dinheiro, informação e circulação – 3. Evolução do direito brasileiro na matéria – 4. Constituição de sociedades no exterior – aspectos fiscais – 5. A territorialidade da tributação das pessoas jurídicas, o Parecer Normativo 62/75 da CST, a jurisprudência administrativa e o princípio da territorialidade – 6. Crescente internacionalização da economia brasileira – 7. Circulação de moeda nacional e a legislação de controle cambial – 8. Fim do princípio da territorialidade da tributação – 9. Convenções brasileiras para evitar a bitributação – 10. Integração regional, globalização econômica e a regulamentação nacional.

1. Considerações introdutórias

Dentre bens ou valores da vida, o dinheiro, como refere J. K. Galbraith, disputa com o amor a condição de ser fonte de maiores agruras e alegrias para o ser humano, e o filósofo Vittorio Mathieu, em recente e instigante ensaio, perquire a Filosofia do dinheiro.

O tema é fascinante e a matéria permite tanto extensas como duntas considerações, como comprovaria, de Friedrich Mann, seu monumental *Legal aspects of money*, que vem crescendo em dimensão e escopo a cada nova edição que surge, depois de décadas da aparição da primeira edição.

Entre o mundo fechado e o universo infinito hesitam modelos e correntes filosóficas, nos mais diversos campos da atividade e do saber.

2. Dinheiro, informação e circulação

Por sua própria natureza e condição, o dinheiro e a informação se colocam de

modo controvertido e dividido em relação a fronteiras, sejam estas nacionais como ideológicas.

Não somente é contraditório, como o mais das vezes contraproducente, tentar impor limites e fronteiras, sejam estas nacionais como ideológicas, quer à informação como ao dinheiro.

3. Evolução do direito brasileiro na matéria

A evolução do direito brasileiro se coloca de forma contraditória em relação à matéria, tendendo a fechamento em lugar de abertura crescente. É incompatível querer, ao mesmo tempo, integrar o Brasil aos parceiros do MERCOSUL, internacionalizar a economia brasileira e nos fechar em relação à circulação de capitais. Os dois movimentos não podem ser feitos simultaneamente.

(*) Agradeço ao colega de escritório e sócio Wladimir Lisso ter fornecido relevantes subsídios em matéria de tributação interna brasileira, para a elaboração deste texto.

Diversamente do que ocorria até passado recente, houve mudança conceitual na legislação brasileira, em matéria de pessoas jurídicas. Diversamente do que já ocorria em relação às pessoas físicas, para as quais vige o princípio da universalidade dos rendimentos, até pouco vigia, em relação às pessoas jurídicas, o princípio da territorialidade.

Sem prejuízo das mudanças recentes, algumas bases e conceitos podem ser lembrados, para permitir mais adequadamente situar a matéria. Não se deve esquecer que existe o direito, quer para pessoas físicas como jurídicas, domiciliadas ou sediadas no Brasil, de manter fundos no exterior, observados os requisitos legais aplicáveis.

4. Constituição de sociedades no exterior - aspectos fiscais

A pessoa física ou jurídica de direito privado interno (i) pode constituir uma sociedade no exterior sem autorização prévia do Banco Central; (ii) os investimentos em reais não precisam de aprovação para sua remessa; (iii) a sociedade brasileira é obrigada a registrar contabilmente o investimento pelo sistema de equivalência patrimonial, no caso de investimento relevante em controlada ou coligada, e (iv) existe a obrigação de registrar na declaração de bens do titular, os investimentos ou fundos existentes no exterior e, na declaração de rendimentos, os rendimentos obtidos no exterior decorrentes das aplicações dos referidos fundos, que serão tributados ou não no Brasil, dependendo da sua espécie.

A constituição de uma sociedade no exterior, além de perfeitamente viável e legítima, pode ser operada com observância dos parâmetros legais aplicáveis.

Admitindo-se que o capital da sociedade no exterior é formado por reais remetidos do Brasil, o valor total será considerado custo do investimento no Ativo Permanente da sociedade brasilei-

ra ou na declaração de bens de pessoas físicas.

O capital da sociedade deverá ser registrado nos livros contábeis da sociedade brasileira, se for o caso, em uma conta de "investimentos", no Ativo Permanente, e estará sujeito à correção monetária do balanço, independente de como a subsidiária converteu os fundos em moeda estrangeira (arts. 185 da Lei 6.404/76 e 347 do Regulamento do Imposto de Renda).

O sistema de contabilização por equivalência patrimonial deverá ser adotado se a sociedade no exterior for controlada ou coligada de acordo com as condições previstas no art. 248 da Lei 6.404, e que os investimentos sejam definidos como relevantes, de acordo com o art. 247, parágrafo único, da mesma lei (art. 258 do Regulamento do Imposto).

Neste caso, a contrapartida dos ajustes do investimento pela sistema de equivalência patrimonial no balanço não serão tributáveis ou dedutíveis (art. 262, *caput*, e parágrafo único, do Regulamento do Imposto de Renda).

5. A territorialidade da tributação das pessoas jurídicas, o Parecer Normativo 62/75 da CST, a jurisprudência administrativa e o princípio da territorialidade

Em matéria de imposto de renda das pessoas jurídicas, até recentemente, o Brasil adotava o "princípio da territorialidade", pelo qual apenas ficavam sujeitos ao tributo os rendimentos produzidos no âmbito de seu território. Este princípio decorria do art. 337 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/94), segundo o qual:

"Art. 337 - O lucro proveniente de atividades exercidas parte no País e parte no exterior somente será tributado na parte produzida no País."

A territorialidade do imposto era pacificamente interpretada, pela administração, como pela jurisprudência e pela doutrina.

A própria Coordenação do Sistema de Tributação, através do Parecer Normativo n. 62/75 reconhecia não eram tributáveis no Brasil os lucros oriundos de receitas auferidas no exterior:

“Pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil indagam sobre o tratamento fiscal dispensado pela legislação do imposto de renda aos lucros de suas filiais e subsidiárias situadas no exterior, quando tais lucros sejam enviados ao Brasil e incorporados aos seus resultados.

2. Uma análise retrospectiva da evolução da legislação do imposto de renda, no pertinente à tributação das pessoas jurídicas, conduz à constatação de que, tradicionalmente, são nelas tributados, apenas, os rendimentos decorrentes de atividades exercidas no País, vale dizer, aqui produzidos. Vejam-se, especialmente, os seguintes textos legais: Lei 4.783/23, art. 3.º; Lei 4.984/25, art. 18; Decreto-lei 5.844/43, art. 35; Lei 4.506/64, art. 63 e Decreto 58.400/66 (RIR vigente), art. 200.

3. Dentre os diplomas legais citados destacamos o art. 35 do Decreto-lei 5.844/43 que disciplinou os casos das pessoas jurídicas estabelecidas no Brasil “(...) cujos resultados provenham de atividades exercidas parcialmente fora e dentro do país (...)” mandando tributar, apenas, “(...) os resultados derivados de fontes nacionais”. Posteriormente, a Lei 4.506/64 manteve o mesmo princípio, ao dispor que “(...) somente integrarão o lucro operacional os resultados produzidos no País”, além de definir o que se entende por atividades exercidas parte no País e parte no exterior. Os arts. 35 do Decreto-lei 5.844/43 e 63 da Lei 4.506/64 deram origem ao art. 200 do RIR vigente.

4. O fato de que os dispositivos legais que tratam dos resultados oriundos de

atividades exercidas parcialmente no Brasil e no exterior serem os únicos que tratam expressamente da intributabilidade dos resultados produzidos fora do País, parece estar na base do entendimento de alguns que pretendem que somente em tais casos de resultados produzidos parte no Brasil e parte no exterior, pela mesma pessoa jurídica aqui domiciliada, é que ocorreria a não incidência do tributo brasileiro sobre os resultados derivados do exterior. A nosso ver, não pode prosperar tal entendimento.

5. Com efeito, nos seus primórdios, a legislação do imposto de renda brasileiro, dispunha que o tributo incidia exclusivamente sobre os rendimentos produzidos no Brasil. Com o passar do tempo, face ao desenvolvimento da atividade empresarial brasileira, tornou-se necessário regular, do ponto de vista fiscal, a apuração dos resultados das pessoas jurídicas cuja operacionalidade não mais se circunscrevia ao território nacional. Coexistindo a intributabilidade dos rendimentos produzidos no exterior com a sujeição ao tributo dos rendimentos aqui produzidos, impunha-se a instituição de normas reguladoras para os casos em que a mesma pessoa jurídica exercesse atividades fora e dentro do País. De modo algum, porém, as normas criadas para fazer face à dinâmica do mundo econômico resultaram em restrição das hipóteses em que os rendimentos produzidos no exterior gozassem da não-incidência do imposto no Brasil. Em primeiro lugar porque, do ponto de vista estritamente jurídico, o art. 200 do RIR, sem ferir o princípio da intributabilidade dos rendimentos produzidos no exterior, e o da sujeição ao tributo dos produzidos no Brasil, é, quanto ao mais, essencialmente regulador da apuração dos resultados das atividades que podem ser iniciadas no Brasil e ultimadas no exterior, e vice-versa, sem cogitar, porque fora de seus objetivos, das atividades exercidas to-

talmente fora ou dentro do País. Em segundo lugar porque, do ponto de vista de uma política fiscal a serviço da economia, parece lógico concluir que não seria racional dificultar, pela sobrecarga tributária, a abertura das empresas nacionais para negócios externos, tendentes a ensejar a transferência de lucros para o Brasil.

6. Pelas razões expostas, entendemos que o tratamento fiscal favorecido, previsto no art. 200 do RIR, com relação aos resultados das atividades exercidas no exterior, é aplicável, também, aos lucros transferidos para o Brasil pelas filiais e subsidiárias, no exterior, de pessoas jurídicas aqui domiciliadas.”

A jurisprudência, inclusive administrativa, da mesma forma reconhecia o princípio da territorialidade, como se pode depreender de numerosos acórdãos:

“IRPJ – Incidência. Tributação dos resultados de atividades exercidas no exterior. Estão fora do campo de incidência do imposto sobre a renda os resultados auferidos por pessoas jurídicas nacionais, decorrentes de atividades exercidas no exterior. Obediência ao princípio da territorialidade adotado pela legislação tributária. Recurso conhecido e provido” (Ac. da 3.^a C. do 1.^o CC – mv – n. 103-07.528 – Rel. Cons. Sebastião Rodrigues Cabral – *DOU* I 06.06.1988, p. 10.160 – ementa oficial).

“Incidência – Resultados de atividades exercidas no exterior – Estão fora do campo de incidência do Imposto sobre a Renda os resultados auferidos por pessoas jurídicas nacionais, decorrentes de atividades exercidas no exterior, segundo o princípio da territorialidade, adotado pela legislação tributária” (Ac. un. da CSRF – n. 01.0.772 – Rel. Cons. Carlos Agostinho Aléssio Oliveto – j. 28.08.1987 – *DOU* I 26.04.1990, p. 7.805 – ementa oficial).

O Relator, em seu voto, reportou-se aos fundamentos da decisão recorrida, da qual transcrevemos o seguinte trecho:

“Para sujeição dos resultados auferidos pela pessoa jurídica a tributação, seguindo-se o mandamento legal inserto no § 1.^o do art. 157 (...) do RIR/80, importa essencialmente determinar a localização da fonte produtora, se em território nacional ou estrangeiro. Uma vez evidenciado que essa fonte está localizada em País alienígena, é inegável que o fato está fora do alcance da legislação tributária brasileira, por força do princípio da territorialidade”.

6. Crescente internacionalização da economia brasileira

Significativamente, já há mais de vinte anos, a CST, no Parecer Normativo referido, frisava que o desenvolvimento da atividade empresarial brasileira, tornava necessário regular, do ponto de vista fiscal, a apuração dos resultados das pessoas jurídicas cuja operacionalidade não mais se circunscrevia ao território nacional.

O âmbito de incidência de referida situação tem se ampliado, nos últimos anos, em razão da crescente internacionalização da economia brasileira, quer mediante iniciativas isoladas, quer através de acordos regionais de caráter institucional, como no caso da integração no Mercado Comum do Sul, o MERCOSUL.

A circulação de capitais, em si, quer em moeda nacional, como em divisas, não configura ilícito. Contudo, considerando quanto o tema é objeto de “desinformação”, convém determinar a linha divisória entre atividades lícitas e ilícitas.

A regulamentação nacional configura como ilícito a violação do monopólio cambial do Banco Central do Brasil. Aí não se enquadra, por exemplo, a remessa de reais para o exterior.

Se, de um lado, Lei 7492, de 16.06.1986, define a responsabilidade criminal dos membros do conselho de administração e diretores de instituições financeiras (bancos etc.), incluiu em seu art. 22 pena para aqueles que pratiquem câmbio ilegal, com o fim de evasão, promovendo a saída de moeda e divisas estrangeiras do país, sem permissão legal, por outro lado, tanto a doutrina como a jurisprudência vêm manifestando o entendimento de que tal proibição é aplicável somente no caso de transações com moeda estrangeira que se enquadrem na área do monopólio de câmbio do governo.

A transferência de reais não é nem proibida por lei ou pelos regulamentos do Banco Central, nem contestada, na prática, pelo Banco Central.

A pessoa física ou jurídica, domiciliada ou sediada no Brasil, que receber ou mantiver fundos no exterior decorrentes de empréstimos ou transações fora do monopólio cambial pode manter tais recursos aplicados junto a instituições financeiras ou em poder de terceiros, desde que não haja violação da legislação cambial em relação à remessa ou recebimento dos referidos fundos.

É importante ter suporte contratual adequado para evidenciar os casos nos quais os recursos sejam efetivamente recebidos no exterior ou de remessas que foram feitas sem violação à legislação de controle cambial, em reais.

É fundamental que o câmbio seja realizado fora do território nacional, sob pena de configuração de ilícito penal, nos termos do art. 22 da Lei 7.492 de 16.06.1986, *verbis*:

“Art. 22 – Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País:

Pena: reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único – Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove,

sem autorização legal, a saída da moeda ou divisa para o exterior, ou nele manter depósitos não declarados à repartição federal competente.”

No caso de pessoas físicas ou jurídicas brasileiras que remeterem reais para o exterior, cuidados especiais deverão ser tomados quanto à origem dos recursos no Brasil, com base na contabilidade da pessoa jurídica e declaração de imposto de renda das pessoas físicas ou rendimentos percebidos no exercício em curso. Se não for devidamente comprovada a origem, as autoridades fiscais poderão alegar que os valores utilizados em tais operações envolveram omissão de receita ou rendimentos, pois se teriam originado de rendimento da sociedade brasileira ou pessoa física não oferecido à tributação do imposto de renda.

7. Circulação de moeda nacional e a legislação de controle cambial

O planejamento societário e financeiro, que permitia a realização de investimentos sem incidência de tributos brasileiros, mediante aplicações no exterior, propiciando a não-incidência do Imposto de Renda no Brasil sobre receitas financeiras decorrentes de aplicações no exterior, com base na posição da legislação brasileira que adotava o princípio da territorialidade, para pessoas jurídicas, sofreu consideráveis alterações, recentemente.

Receitas obtidas por pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil, fora do território brasileiro, encontravam-se fora da incidência do Imposto de Renda no Brasil. Entretanto, conforme estipulado pela Lei 9.249/95, modificando a legislação do Imposto de Renda das pessoas jurídicas, estabeleceu, a partir de 1996, a universalidade da tributação dos lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos por pessoas jurídicas.

Sepultou-se, assim, o princípio da territorialidade, anteriormente em vigor.

O art. 25 do referido diploma legal estabelece o seguinte:

“Art. 25 – Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas correspondente ao balanço levantado no dia 31 de dezembro de cada ano. (...)”

§ 2.º – Os lucros auferidos por filiais, sucursais ou controladas, no exterior, de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil serão computados na apuração do lucro real com observância do seguinte:

I – as filiais, sucursais e controladas deverão demonstrar a apuração dos lucros que auferirem em cada um dos seus exercícios fiscais, segundo as normas da legislação brasileira;

II – os lucros a que se refere o inc. I serão adicionados ao lucro líquido da matriz ou controladora, na proporção de sua participação acionária, para apuração do lucro real;

(...)

IV – as demonstrações financeiras das filiais, sucursais e controladas que embasarem as demonstrações em Reais deverão ser mantidas no Brasil pelo prazo previsto no art. 173 da Lei 5.172, de 25.10.1966.

(...)

§ 6.º – Os resultados da avaliação dos investimentos no exterior, pelo método da equivalência patrimonial, continuarão a ter o tratamento previsto na legislação vigente, sem prejuízo do disposto nos §§ 1.º, 2.º e 3.º.”

Posteriormente, a Secretaria da Receita Federal expediu, em 21.02.1996, a Instrução Normativa n. 11, cujo art. 56 dispõe:

“Os ganhos de capital na alienação de bens e direitos, auferidos por pessoa

jurídica domiciliada no exterior, exceto quando em operações de bolsas de valores, serão apurados e tributados segundo as mesmas regras aplicáveis aos residentes no Brasil.”

Desta forma, os rendimentos e ganhos de capital, assim como os lucros de filiais, sucursais, controladas e coligadas, auferidos no exterior, por pessoa jurídica situada no Brasil, passaram a ser tributados no Brasil.

Como decorrência de referidas alterações legislativas e de regulamentação, deixa de existir interesse na manutenção de esquemas anteriormente altamente eficazes e atraentes.

8. Fim do princípio da territorialidade da tributação

Ajustes da regulamentação são desafios para os quais novos esquemas e mecanismos operacionais são detectados e implementados.

Logo após as alterações da legislação fiscal, das quais resultou a extinção da territorialidade da tributação das pessoas jurídicas, foram levantadas novas soluções possíveis, tais como a alternativa de criação de sociedades em países com os quais o Brasil celebrou “Convenções destinadas a evitar a bitributação”, transferindo para esta jurisdição a possibilidade de implementação de mecanismos societários e de planejamento financeiro, em razão de acordos privilegiados aplicáveis a esta jurisdição, por força do contexto do acordo bilateral.

Basicamente podem ser estruturados diversos esquemas e mecanismos, passando pela constituição de sociedade sediada na jurisdição estrangeira, usando de faculdade prevista pelo Tratado, com expresse amparo legal e plena legitimidade.

Exemplificativamente, refira-se, entre Brasil e Portugal, em decorrência da “Convenção para evitar a dupla tributa-

ção em matéria de impostos sobre o rendimento”, aprovada pelo Decreto 69.393, de 21.10.1971, se inclui, no âmbito territorial de vigência do tratado, a Ilha da Madeira.

Dessa forma, rendimentos auferidos por sociedade, constituída naquela jurisdição, não serão tributados no Brasil. Isso ocorreria porque, nos termos do art. 7.º, § 1.º, da Convenção Brasil-Portugal, determina que os lucros de uma empresa de um dos Estados Contratantes (no caso, Portugal), só podem sofrer tributação nesse mesmo Estado, a menos que essa empresa exerça a sua atividade no outro Estado Contratante (no caso, o Brasil) através de estabelecimento estável aí situado.

A sociedade sediada na Ilha da Madeira, somente nesse local poderia sofrer tributação. No entanto, a Ilha da Madeira, sendo considerada uma zona franca, há isenção de tributação do Imposto de Renda, o que significa que os rendimentos estariam isentos de tributação.

Por seu turno, o art. 98 do CTN dispõe que os tratados internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, os rendimentos lá auferidos não poderão ser tributados no Brasil.

A utilização de sociedade na Ilha da Madeira, em decorrência da criação de tributação sobre receitas auferidas no exterior, é o mais recente avatar dessa hobbesiana guerra de todos contra todos, entre o fisco e o contribuinte. Referidos conflitos tenderão a continuar, até que se consiga enxergar a dimensão de internacionalização e abertura adequadas para o funcionamento da economia brasileira.

9. Convenções brasileiras para evitar a bitributação

É imperativo reconhecer o crescimento da atividade empresarial brasileira, inclusive no exterior, muito embora essa presença e atuação internacionais ainda sejam incipientes. Existe muito terreno a ser desenvolvido.

Nesse contexto de internacionalização crescente, não somente por vocação ou livre escolha, mas antes, por imperativo de sobrevivência em mundo cada vez mais competitivo, cabe perquirir se não se alcançou patamar onde a atitude das autoridades brasileiras deveria se alinhar por filosofia mais aberta e mais flexível. A evasão fiscal é delito que tem de ser combatido. Contudo, a necessidade de operação internacional, para número crescente de operadores privados, requer a flexibilidade e previsibilidade do regime legal aplicável a referidas operações e investimentos.

Nesse sentido, esforços tendentes à regulação da proteção e promoção de investimentos internacionais, seja através de acordos bilaterais como multilaterais, é tendência que veio para ficar e deve ser desenvolvida, como vem feito, recentemente, o Brasil, tanto através de acordos regionais, no âmbito do MERCOSUL, como através de convenções bilaterais com outros países.

Entre mundos fechados e o universo infinito, o atual contexto econômico internacional não dá margem para dúvidas ou hesitações. Está claramente colocado o imperativo categórico de condução de negócios e estratégias, tendendo a graus crescentes de internacionalização e esta se coloca como tendência dificilmente reversível. Resta ver se e como estamos nos aparelhando para tais desafios.

⁽¹⁾ As Convenções de bitributação em vigor no Brasil e seus textos aplicativos encontram-se sistematizados no volume *Direito internacional tributário brasileiro* (coord. Paulo B. Casella; pref. Alcides Jorge Costa; S. Paulo, LTr Ed., 1995).

10. Integração regional, globalização econômica e a regulamentação nacional

A concomitância de processos de integração regional e globalização da economia estão nos forçando, quer queiramos ou não, a enfrentar antigos conceitos e necessidades sob nova luz: está se tornando imperativo e cada vez mais freqüente, mesmo em áreas ou matérias antes não abrangidas por tais necessidades, pensar internacionalmente desafios e soluções.

Mais do que nunca também o dinheiro. Nesse sentido, caberá a cada ordenamento jurídico situar-se em relação à questão do conceito e da extensão da liberdade de circulação de capitais. Neste, como em outros campos, pode-se hesitar, como na formulação de Alexandre Koyré, entre “mundos fechados” e “universos infinitos”.

De algum modo e em algum momento, ponto de equilíbrio tem de ser alcançado. Resta ver como e quando tal estado de homeostase pode ser alcançado.

TEXTOS CLÁSSICOS

ORIGEM DO DIREITO COMERCIAL

(Capítulo 1.º do *Corso di Diritto Commerciale –
Introduzione e Teoria dell’Impresa*,
3.ª ed., Milão, Giuffrè, 1962, de Tullio Ascarelli)

FÁBIO KONDER COMPARATO *

1. Quando observamos a história do Direito, não tardamos em perceber a frequência com que no direito privado, a um sistema tradicional se contrapõem institutos que concorrem com os do direito tradicional até virem a constituir, eventualmente, um direito chamado, em sua organicidade, especial, em confronto com o direito comum. Quando se fala, em relação a esse direito, de “equidade”, a expressão não significa “justiça do caso concreto”, ou “regra de um direito social em contraposição ao estatal”, mas imersão, de início limitada e, depois, historicamente sempre mais ampla, de novos valores e novos princípios, invocados originalmente *supplendi vel corrigendi gratia* o direito tradicional e, em seguida, de modo sempre mais largo. Com isto, no desenvolvimento histórico, regras de início ditas excepcionais, em se seguida sistematizadas como direito especial, não chegam a constituir o direito geral e comum, perante o qual as contrastantes regras do velho direito tradicional terminam por assumir, às vezes, quase o caráter de resquícios históricos. Mas esse direito geral e comum passa a formar um sistema doravante inspirado por aqueles que, no início da evolução, eram simples temperamentos equitativos.

Jus civile e *jus honorarium* no direito romano espelham, justamente, essa contraposição; *common law* e *equity* voltam a mostrar a formação de institutos que se colocam paralelamente ao direito comum, revelando-nos destarte a importância de um fenômeno próprio dos dois sistemas que enformam todos os direitos da Cristandade.

Essa dicotomia pode parecer ilógica a um observador preocupado com simetrias sistemáticas. Ele poderá se perguntar se a distinção entre *hereditas* e *bonorum possessio*, ou a possibilidade de se conceder *in equity* a execução específica, que não é cabível na *common law*, não constituem complicações inúteis. Mas aos observadores mais atentos não escapará o fato de que a dicotomia exerce a importante função de conciliar a rigidez (que é certeza) do Direito, com a sua também perene exigência de elasticidade, de adaptação. A distinção entre um sistema tradicional e institutos que com ele concorrem permite, justamente, conciliar a adoção de novos princípios com um caminho lento e experimental, dando ensejo a que eles sejam ensaiados, introduzindo-os primeiramente em alguns setores e depois em outros, admitindo, abstratamente, sua ampla aplicabilidade e força de expansão, mas na verdade aplicando-os de início onde é mais sentida a sua necessidade. É, pois, o tempo

(*) Autor da tradução e notas.

que irá permitir a lenta expansão dos princípios que podemos, historicamente, dizer especiais (exatamente porque sua aplicação é limitada a um âmbito determinado, embora sendo, em princípio, possível no âmbito geral), princípios esses que, depois, se estabilizam e estendem seu alcance, acabando afinal por se fundirem no sistema geral.

O fenômeno processual precede frequentemente o substancial: o direito nasce historicamente da ação. O sistema equitativo encontra, por isso, a sua origem num fenômeno processual e se põe, antes de tudo, como sistema de ações judiciais e em função, eventualmente, de uma peculiar jurisdição; o *jus honorarium* tem sua fonte no edito do pretor romano; a *equity* anglo-saxônica nos poderes do Chanceler, coordenando-se com uma diferença de jurisdições.

Podemos, pois, no terreno histórico, encontrar, iterativamente, um direito *especial*, na peculiaridade do desenvolvimento histórico (e a diferença só pode ser apreendida historicamente) de princípios que se afirmam, tão-só, em âmbito limitado, mas que são suscetíveis de aplicações gerais; ensaiam-se, assim, critérios e valorações num âmbito limitado, mas que, em via de princípio, têm um alcance geral e historicamente podem acabar por assumir esse alcance geral, celebrando-se, destarte, exatamente na superação de sua especialidade, o seu maior triunfo.

2. A função do direito comercial diz respeito a essa ordem de fenômenos.

Normas particulares à matéria comercial sempre existiram e os eruditos assinalam-nas desde o Código de Hamurabi. Mas um sistema de direito comercial, ou seja, uma série de normas coordenadas a partir de princípios comuns, só começa a aparecer com a civilização comunal italiana, tão excepcionalmente rica de inspirações e impulso de toda ordem.

O direito romano não havia conhecido um sistema de direito comercial e para tanto talvez houvesse concorrido, não só a elasticidade do direito pretoriano (com a conseqüente dicotomia do sistema à qual fizemos alusão no parágrafo anterior), como também a elaboração dos institutos ditos *juris gentium*, enquanto meios aptos a fazer valer as exigências internacionais, às quais correspondeu, como veremos, o direito comercial em suas origens.

É na civilização das comunas que o direito comercial começa a afirmar-se, em contraposição à civilização feudal, mas também distinguindo-se do direito romano comum que, quase simultaneamente, se constitui e se impõe. O direito comercial aparece, por isso, como um fenômeno histórico, cuja origem é ligada à afirmação de uma civilização burguesa e urbana, na qual se desenvolve um novo espírito empreendedor e uma nova organização dos negócios. Essa nova civilização surge, justamente, nas comunas italianas.

Remontando a essa época encontramos, sobretudo nas comunas da Itália central e setentrional, um primeiro sistema de direito comercial, ligado àquela magnífica florescência que caracterizou as cidades da península e que eclodiu, simultaneamente, no campo do pensamento e na operosidade do tráfico; na afirmação de uma nova classe social e nos progressos da matemática (Leonardo di Pisa, cognominado *il Fibonacci*, em seu *Liber Abbaci*, de 1202, ilustrou os números ditos arábicos; foi do Oriente que nos veio o número zero (...)) e para nos darmos conta da simplificação, basta tentar fazer o cálculo de multiplicação abandonando a numeração atual e adotando a romana), progressos esses conexos com o desenvolvimento das trocas. Foi a época do triunfo da língua italiana e do desenvolvimento das iniciativas dos peritos mercadores, que recorriam a um direito mais ágil e expedito

que o romano-canônico comum, a um direito “vulgar”, poder-se-ia dizer, parafraseando o fenômeno lingüístico. Enfim, foi a época do que se pode chamar, em verdade, uma primeira Renascença.

A civilização comunal fundava-se no trabalho livre (convindo não esquecer como ela se contrapunha, destarte, à economia servil romana) e a sua florescência era acompanhada também por uma transformação na organização da propriedade agrária. A cidade era um centro de consumo e de trocas, além de centro de produção industrial. Quanto às cidades marítimas, elas tinham no mar uma via de comunicação para horizontes mais largos e um incentivo aos negócios especulativos por meio de trocas a longa distância, que engendravam ao mesmo tempo riscos, riquezas e experiências.

Com a segunda metade do século XII, artesãos e mercadores viram-se associados em corporações de artes e ofícios, compreendendo os mestres de cada arte, e, ao lado deles, mas em posição subordinada, seus companheiros de trabalho e os aprendizes (excluídos os assalariados).

Se bem que as associações de profissionais (obrigadas a pagar prestações ao soberano e dotadas de monopólio) tenham existido também nos séculos anteriores, o rápido florescimento das corporações, após a primeira metade do século XII, como associações livres – com escopos religiosos e de socorro mútuo, para a defesa dos interesses comuns dos associados e para a defesa do comércio urbano – parece constituir um fato novo, conexo com a constituição da comuna e a forte imigração do campo para as cidades. As corporações, em seu ordenamento interno, imitavam o da comuna, com os seus cônsules e a sua jurisdição corporativa. A história das corporações acabará por entrelaçar-se, amiúde, com a história constitucional das cidades, de tal maneira que, nas comunas organizadas democraticamente, a inscrição na corporação tornar-se-á um pressu-

posto para a participação na vida pública. O Estado identificar-se-á, por vezes, com a estrutura corporativa dos ofícios e os contrastes entre estes tornar-se-ão contrastes políticos da cidade.

Dentre as corporações sobressai a dos mercadores, sobretudo de tecidos, tão distintos dos artesãos. Nas cidades onde foi mais intensa e especializada a atividade mercantil, surgem corporações de diversos ramos de mercadores. Assim por exemplo em Florença, onde as cinco artes maiores eram a de Calimala (assim denominada em razão do trecho da rua em que os membros da corporação tinham seus estabelecimentos, exercendo o comércio dos tecidos estrangeiros), a da lã (dos tecidos de lã), e de Por S. Maria (também essa, originalmente, do comércio de tecidos e depois, no século XIV, da seda), a do câmbio, a dos físicos (médicos) e boticários (para o comércio das drogas), vindo em seguida, as artes menores (como a dos peleiros).

As corporações mercantis reúnem, ao lado dos pequenos comerciantes com mentalidade artesanal, os grandes mercadores que aos primeiros podem, segundo alguns, contrapor-se. De resto, só raramente os pequenos e grandes comerciantes, comerciantes no varejo e no atacado, formaram corporações distintas. Os grandes comerciantes, a partir dos séculos XIII e XIV são empresários com uma esfera de ação internacional, homens de negócio empenhados em múltiplas especulações, verdadeiros protagonistas de uma intensa atividade econômica de âmbito internacional, com uma organização ordenada e racional, muitas vezes desenvolvendo larga atividade bancária com particulares e príncipes, ou servindo de instrumento para a intensa atividade financeira da Igreja que, assim como notou argutamente Saporì, batizava o nascente capitalismo.

O mercador torna-se frequentemente industrial, e Luzzatto enxerga justamente no lanifício (soberano, entre as ativi-

dades industriais, em toda a Idade Média e caracterizado pelo grande número de processos técnicos de elaboração e pela sua variedade) uma indústria que sai da categoria de artesanato e assume antes o caráter de fábrica descentralizada. De fato, o comerciante e industrial de tecidos de lã faz trabalhar por contra própria vários mestres-artesãos ou trabalhadores a domicílio; ou então exerce, diretamente, a fabricação para a qual não seriam suficientes as forças de um simples mestre-artesão. E quando, escreve Luzzatto, o comerciante, ao invés de ser o modesto negociante de lã, é um grande mercador, que maneja capitais seus, de amigos e de depositantes, encontramos diante de um homem de negócios de tipo moderno, diante do empresário capitalista. É na pessoa destes que Luzzatto reivindica a qualidade de verdadeiros representantes da modernidade da vida italiana, nos séculos XIII e XIV, como autores da expansão da indústria da lã.

São justamente os séculos XIII e XIV os séculos de ouro da economia corporativa italiana — criadora de progresso e ciosa de liberação — economia que, a partir do fim do século XIV, começará a dar sinais de decadência, ao diminuir a importância comparativa das cidades italianas na vida econômica internacional, embora persistindo e mesmo refulgindo o seu esplendor.

À organização corporativa dos comerciantes correspondia a administração da justiça por parte dos cônsules da arte ou da magistratura estabelecida pelas várias artes mercantis (como a *mercanzia* florentina, estabelecida pelas cinco artes maiores). Fundando-se na autonomia corporativa, a competência da respectiva magistratura era limitada, antes de tudo, por um critério subjetivo, ou seja, pela pertinência das partes à corporação, por intermédio da inscrição na matrícula própria. Mas essa competência vai se estendendo, também, aos litígios entre todos os que exerciam atividades mer-

cantis, ainda que não matriculados e, em seguida, às hipóteses em que o comerciante era réu, ou autor, muito embora, nesta última hipótese, admitindo-se que o não-comerciante pudesse declinar do foro especial e recorrer aos tribunais ordinários. Objetivamente, a competência da magistratura comercial era limitada aos negócios mercantis e aos negócios conexos, isto é, às compras para revender e às sucessivas revendas, aos negócios de banco e câmbio, e aos que lhe fossem conexos.

3. A miúda disciplina interna das corporações artesanais é orientada, frequentemente com intento monopolístico, no sentido de evitar a concorrência, pelos termos da superprodução (de onde a proibição aos não matriculados de exercício da atividade regulamentada), coordenando-se com a disciplina das relações entre mestres e aprendizes, das jornadas de trabalho e, bem assim, para proteção ao consumidor, de técnicas destinadas a garantir a qualidade do produto. Mas independentemente disso, desenvolve-se também uma ordenação normativa que tem por objeto a disciplina dos negócios mercantis, isto é, em substância, negócios de intermediação nas trocas.

Tal disciplina tem origem essencialmente consuetudinária, em especial nos costumes dos negociantes, e, portanto, somente a estes aplicável. Os costumes, desde logo *Consuetudines* de Gênova, em 1056; *Constitutum usus* de Pisa, em 1161; *Liber consuetudinum* de Milão, em 1216, reduzidos a escrito, foram ao depois retomados e desenvolvidos nos estatutos corporativos (como os da parte da lã de Florença, em 1301; o *Breve Mercatorum* de Pisa, em 1316; os estatutos dos mercadores de Parma, de 1215; de Piacenza, de 1263; de Bréscia, de 1313; de Roma, de 1318; de Verona, de 1318; de Milão, de 1341 e assim por diante), aos poucos integrados e renovados. No campo marítimo, é de se

recordar, entre outros, o *Capitulare nauticum* de Veneza, de 1255; as *Tavole Amalfitane*, segundo muitos autores do século XI, para a parte latina, e do século XIV para a parte redigida em língua vulgar; as ordenações de Trani, do século XIV; o *Breve curiae maris* de Pisa, de 1305.

Essas normas são interpretadas e, portanto, desenvolvidas na jurisdição mercantil, ou seja, pelos próprios comerciantes.

O sistema normativo recebia impulso do direito marítimo, no qual se elaboravam institutos de valor universal, assim como era nas cidades marítimas que se afirmava por primeiro o renascimento comunal.

O hoje olvidado contrato de dinheiro a risco, ou câmbio marítimo,¹ pelo qual o que emprestava dinheiro ao capitão do navio para emprego na expedição corria o risco desta, mas, em contrapartida, para o caso de êxito da viagem, estipulava juros altíssimos, constituía um instrumento precioso, que se prestava ao desenvolvimento de uma civilização capitalista e livre. O mar tem sido sempre na História, como lembra Jacques Pirenne, um viveiro de liberdades e iniciativas individuais. É do câmbio marítimo, como demonstrou Enrico Bensa, que surgiu o contrato de seguro, cujo desenvolvimento tende talvez a ser, sempre mais, uma característica da nossa estrutura econômica. A soma mutuada constituía a indenização paga antecipadamente pelo segurador, soma essa que, deixando de se verificar o sinistro, era restituída com altos juros, representativos do prêmio. É da comenda – originariamente, como bem observa Astuti, contrato de mútuo – desenvolvida primeiro no direito marítimo, que deriva a sociedade em conta de participação e também, segundo uma tese difundida, a sociedade em comandita, a qual, ao in-

vés, é reconduzida por outros a uma derivação da sociedade em nome coletivo.

O direito comercial afirma-se, assim, como um direito autônomo de classe, profissional, fruto da prática consuetudinária dos comerciantes, com uma jurisdição especial fundada na autonomia corporativa; direito, portanto, somente aplicável aos comerciantes. Suas regras são, pois, aplicáveis segundo um critério subjetivo e seguem, em sua aplicabilidade, a competência da magistratura mercantil.

Desde o início – dado que, até o fim do século XIII, o comércio era predominantemente ligado às caravanas – as feiras (dentre as quais, nos séculos XII e XIII, sobressaem as da Champagne), e a ulterior difusão em todos os países dos agentes das companhias mercantis (sobretudo as italianas), pela formação dos grandes centros urbanos, deram ao direito profissional dos comerciantes um caráter internacionalmente uniforme.

Jus gentium, escrevia na metade do século XVI o mais antigo dos tratadistas italianos, Benvenuto Stracca, de Ancona, referindo-se ao direito comercial. E ao caráter internacional do direito comercial referia-se no século XVIII Lord Mansfield, o pai do direito comercial inglês.

A elaboração doutrinal, se bem que com inevitável atraso em relação à formação prática, já vinha sendo feita com os glosadores italianos (especialmente Bártolo e Baldo), que também nesse campo mostram a sua força criadora. Ela será depois sistematizada no *Tractatus de mercatura* de Stracca, de 1533, obra que permanecerá como a exposição fundamental sobre a matéria.

Ao lado da elaboração doutrinal, devem ser lembrados os manuais práticos que recolhiam as informações suscetíveis de servir aos comerciantes, como, por exemplo, no início do século XIV, a *Pratica della mercatura* de Francesco Balducci Pegolotti.

¹ Cf. arts. 633 a 665 do Código Comercial brasileiro.

O caráter internacional do direito comercial, assim formado, revela-se na sua expansão, ainda mais acentuada que a do direito comum. Este, não obstante a influência exercida, não logra ser recebido na Inglaterra. A sua expansão geral encontra assim uma barreira nesse país, em que, logo após a conquista normanda, a unificação jurídica nacional, diante dos diversos costumes locais e feudais, faz-se antes que na Europa continental. Pela obra dos juízes dos reis, que vinham aos poucos acentuando e estendendo sua competência, constitui-se um direito nacional comum (*common law*) de índole casuística, por meio da elaboração das fórmulas processuais.

Esse direito nacional comum, já na segunda metade de século XV, aparece como sistema completo, doravante contraposto ao da Europa continental; e a primeira consciência dessa contraposição surge, segundo a opinião mais difundida entre os autores, no *De laudibus legis Angliae* de Fortescot, de 1460.

Mas essa contraposição é superada no campo do direito comercial e marítimo, estatutária e consuetudinariamente elaborado na Europa continental, graças sobretudo à elaboração das comunas italianas. Ele constitui, em larga medida, o direito comercial e marítimo acolhido na Inglaterra e que somente no século XVIII acaba por fundir-se e enquadrar-se na *common law*, como uma de suas partes. Como primeira sistematização do direito comercial inglês é de recordar-se a obra de Malynes, de 1622, que pode mesmo avizinhar-se, em sua elaboração jurídica, à de Stracca, embora desta se diferencie pelas simples considerações econômicas, já estreitamente ligadas aos problemas do comércio inglês do início do século XVII.

O mesmo desenvolvimento consuetudinário e casuística do direito comercial estatutário não suscitava, internamente, a divergência que se nota, ao contrário, no âmbito do direito comum, entre a orientação sistemática dos direitos da

Europa continental, fundados no direito romano, e a orientação casuística do direito inglês.

É, pois, justamente no direito comercial que encontramos um sistema, fundamentalmente romanístico, que, recebido na Inglaterra, acaba conservando sua autonomia em conexão com a especialidade de sua jurisdição e a especialidade do seu ordenamento processual. Direito esse que, somente em meados do século XVIII virá enquadrar-se no corpo da *common law*, operando assim uma substancial unificação do direito inglês.

O primeiro período da história do direito comercial inglês vai até o século XVII. Nesse período, a competência nas causas comerciais passa para o tribunal do Almirantado — que, na sua composição e no seu ordenamento processual, se harmoniza com a autonomia do direito comercial e a sua índole romanística — e para os tribunais de direito comum, os quais, já no início do século XVII, prevalecem, por sua vez, sobre o tribunal do Almirantado. No entanto, as normas de direito comercial continuam a ser consideradas, até a segunda metade do século XVIII, à luz dos usos e costumes de classe, devendo portanto ser reconhecida a sua vigência caso por caso, como questão de fato submetida à competência dos jurados. Costuma-se indicar, como término do primeiro período do direito comercial inglês, o ano de 1606, quando Edward Coke assumiu o cargo de *Chief Justice*. Durante esse primeiro período, o direito comercial inglês se apresenta, antes de mais nada — em contraste com o que ocorria no continente — como fruto de uma autônoma elaboração pelos mercadores. Era aplicado pelos tribunais de feiras (*pie powder courts*), ou por tribunais especiais instituídos nos onze centros (*staple towns*), aos quais haviam sido conferidos os privilégios de um “mercado” (sobretudo com o fito de tutelar os mercadores estrangeiros, dentre os quais sobressaiam os italianos, então

expoentes de uma economia mais rica e evoluída) e nos quais era larga a influência do direito estatutário italiano e de tradição romanista. O direito comercial inglês ostentava pois, nesse primeiro período, características sensivelmente comuns em relação ao direito comercial continental, características essas que permaneceram em vigor ainda nos períodos subseqüentes.

Pelo fato de ser o fruto de uma formação autônoma (no âmbito de uma classe), o direito comercial podia, na verdade, desenvolver-se internacionalmente, em obediência às suas próprias exigências. Ele formava, destarte, um corpo de normas de caráter internacional, as quais, da sua origem nas cidades italianas – centro, na baixa Idade Média, da maior florescência econômica – trouxe uma marca romanística cuja influência se estendeu além do âmbito daquela geral, do direito romano comum.

A “italianidade” do direito comercial, nesse primeiro período, era o reflexo da importância prevalecte das cidades italianas na vida dos tráficos. Ao lado da Itália, encontramos os outros centros propulsores da mercancia da época, como as cidades flamengas (cuja história é análoga à das comunas italianas) e catalãs, em uma atmosfera que, para parafrasear um dito célebre, não conhecia Alpes nem Pirineus.

É a Catalunha que devemos, assim, a elaboração do Consulado do Mar (séculos XII-XV), consolidação do direito marítimo mediterrâneo com influência nos mares nórdicos, recolhido nos assim chamados rolos (isto é, coletânea de sentenças) de Oléron (para o direito marítimo das costas atlânticas) e nos usos de Wisby (para o mar Báltico) – Oléron e Wisby são nomes de localidades – e mais ainda no Guidon de la Mer, fonte das ordenações da marinha de Luís XIV.

4. A regulação assim elaborada dizia respeito, antes de tudo, como notado, aos

problemas que, num sentido amplo, podem ser qualificados como problemas do mercado, isto é, das trocas.

Podemos, assim, identificar um primeiro período, na história do direito comercial. O seu termo inicial poderia ser colocado no início do século XII e o final na segunda metade do século XVI. Durante esse período, desenvolveram-se os institutos que, ainda hoje, se consideram como próprios do direito comercial e que dizem respeito ao mercado e às trocas, ora ligados, ora contrapostos ao desenvolvimento geral do direito romano-canônico comum.

A atividade mercantil requer um rede de auxiliares, especialmente (e lembre-se que não havia telecomunicações...) quando se desenvolve entre praças distantes: caixeiros no estabelecimento principal (e eis a doutrina dos preponentes e prepostos); auxiliares longínquos (e eis a doutrina dos agentes e comissários). A sua organização exigia a idéia de estabelecimento comercial, de fundo de comércio e, portanto, de sinais distintivos – o título do estabelecimento e a insígnia – ao passo que a marca do produto se harmonizava com a preocupação corporativa, visando a garantir a conformidade do produto com os critérios fixados pela corporação.

O desenvolvimento mercantil refugia aos esquemas tradicionais, solenes e ricos de elementos por assim dizer lúdicos, que encontramos numa agricultura tradicional e patriarcal. Exige não só liberdade de escolha entre contratar e não contratar, ou entre concluir um ou outro contrato, como também liberdade de iniciativa para modelar o contrato. Surge, assim, no próprio direito romano-comum (pois as exigências da nova vida cidadina se fazem sentir em todo o direito, ainda que com intensidade diversa) o desenvolvimento da doutrina dos contratos. Procurando-se atenuar os requisitos formais, põe-se em relevo o requisito objetivo da causa para a validade do

contrato (e os comentaristas falarão da validade do pacto, nu sem dúvida de forma, mas não de causa). O reexame da *confessio* e da *querela non numeratae pecuniae* levava a uma elaboração que, freqüentemente, contrapunha, ao direito estatutário e aos costumes (nos quais, justamente, mais vivas se faziam sentir as exigências comerciais), o direito comum. Desenvolvem-se, de um lado, a teoria do documento e da prova documental, em confronto com os contratos ditos doravante consensuais; de outro a teoria dos documentos apelidados “confessados” e “garantidos”.

Ao desenvolvimento da vida mercantil torna sempre mais freqüentes os contratos obrigatórios sobre mercadorias à distância, indicadas genericamente e não especificadas. São aquisições destinadas a futuras revendas, com a natural formação de um mercado especulativo, suscitando exigências mais vivas de imediata proteção diante do inadimplemento.

Do câmbio marítimo surge, como lembrado, o seguro (cujos primeiros documentos datam, na Itália, do século XIV). Suas regras (obviamente no campo marítimo) começaram a ser elaboradas, destacando-se do câmbio marítimo, onde o conceito de risco se apresentou pela primeira vez.

Aos pagamentos entre praças distantes e, portanto, com câmbio de moeda, corresponde um novo instituto, que de resto apresenta um esquema próximo daquele ainda hoje usado para essa finalidade.

Os primeiros documentos remontam ao século XII e sua plena afirmação se encontra no século XIII.

Tício, recebendo em determinado lugar e *ex causa cambii* uma soma de dinheiro de Caio em determinada moeda, confessa-se perante um tabelião (e assim podiam-se utilizar as regras da *confessio*), devedor de Caio, prometendo por isso pagar, diretamente ou por intermédio de um terceiro, em outro lugar determinado

(daí por que Goldschmidt vislumbrava nesses documentos notas promissórias domiciliadas) uma soma em moeda diversa (equivalente à primeira soma segundo a taxa do fixado e que comportava, a favor de uma ou outra parte, o lucro da operação) a Caio (que, por exemplo, previa deslocar-se pessoalmente), ou então a Mévio, indicado por Caio e seu correspondente ou credor, ou ainda a Caio ou a alguém por ele. Assim, na arte notarial de Rolandino dei Passeggeri, pode-se ler como os estudantes provençais,² que seguiam os célebres cursos acadêmicos de Bolonha, provessem às próprias necessidades financeiras estipulando lhes fossem entregues somas de dinheiro em Bolonha, e obrigando-se a restituir o equivalente *in mundinis Provini proximis*. Simultaneamente, Tício entregava a Caio uma carta, na qual dava ao próprio correspondente, Semprônio, residente no local convencionado do pagamento, as necessárias instruções para efetuar aí o pagamento.

A justificação da obrigação de Tício (sacador) perante Caio residia no dinheiro recebido deste. Fala-se, a esse respeito, de relação de valor recebido, ao passo que se denomina provisão a relação entre Tício e Semprônio (sacado), que por sua vez se obrigará pelo aceite da ordem recebida.

O documento do débito cambiário não se distinguia dos outros numerosos documentos confessados, senão pelo fato de referir-se a um débito *ex causa cambii*, assim como os outros se referiam a débitos oriundos de mútuo, ou de venda, e assim por diante. A *causa cambii*, porém, é expressa pelo segundo documento, que serve ao credor para legitimar

²⁾ Ascarelli confunde aqui, provavelmente, a Provença, região meridional da França, com Provins, cidade da Champagne, onde se realizava anualmente famosa feira, na Idade Média. Com efeito, a expressão latina citada a seguir refere-se à feira de Provins.

se a cobrar, ou a fazer cobrar, o pagamento do correspondente do devedor.

Da fusão, no século XIV, dos dois documentos ora mencionados, abandonando-se a redação notarial do primeiro, ou, segundo outros, suprimindo-se o segundo documento, que é a carta de assinação e caindo o primeiro em desuso, nasce a letra de câmbio como instrumento de pagamento internacional. Ela passou a ser redigida doravante em língua vulgar, apresentando quatro figurantes: o que dava a quantia inicial, o que a recebia e endereçava a ordem de pagamento em outra localidade e em moeda diversa, o correspondente deste último a quem se dava o encargo de pagar, o credor correspondente daquele que havia dado a soma inicial e ao qual devia efetuar-se o pagamento.

Tratava-se, pois, primeiramente, de um instrumento de pagamentos internacionais (e não se pode esquecer a pluralidade de soberanos e de moedas, antes da formação dos atuais Estados nacionais), pagamentos esses que, em época mais próxima da nossa, ou seja, no século XIX, se realizavam ainda mediante a aquisição ou venda de cambiais oriundas do movimento de exportação e adquiridas para pagar as importações ou remessas. Hoje, tais pagamentos se fazem por meio de um mecanismo análogo ao da cambial originária (e às vezes com a redação de dois documentos destinados, respectivamente, a quem dá a soma inicial e ao sacado); vale dizer, por meio da dação de uma soma de dinheiro contra a promessa, por parte do banqueiro que recebe o dinheiro, de fazer pagar, por intermédio de um seu correspondente em outro lugar e em moeda diversa, uma soma de moeda equivalente à primeira, segundo uma taxa de câmbio convencional, ao correspondente de quem entregou a soma inicial.

Essa cambial, instrumento de pagamentos internacionais (e o nome cambial se refere justamente ao câmbio de moe-

das) é matriz da cambial hodierna, na qual as quatro pessoas originárias se reduzem a três (porque o endosso torna inútil uma delas) e que, de instrumento de pagamentos internacionais, passa a ser instrumento de mobilização do crédito.

Desde a origem, o credor procura forrar-se, mediante cláusulas de renúncia pelo devedor, à prova da efetiva entrega da *pecunia*, pois a doutrina intermédia considerava subordinado o direito do credor a essa entrega, no mútuo e no dote, duvidando das declarações dos devedores de haverem recebido as somas de dinheiro. De fato, tais declarações podiam ser feitas levianamente *propter affectionem quam habent ad pecuniam et uxores*. Aliás, é frequente hoje verem-se mutuários firmar cambiais que incluem, na soma sacada, juros nem sempre módicos.

A proibição da usura, fruto de uma orientação geral voltada à disciplina da atividade econômica segundo pressupostos moralistas, excluía a possibilidade de se estipularem juros (..) oficialmente, nas operações financeiras. Daí por que a cambial deveria vincular-se ao câmbio de moedas (pois o lucro no câmbio distinguia-se do juro), devendo portanto caracterizar-se pela existência do requisito da *permutatio pecuniae* (isto é, diversidade de moedas) e da *distantia loci*, sem a qual estar-se-ia diante de um *cambium siccum*, que ainda no tempo de Pio V³ era severamente punido.

³⁾ Papa de 1566 a 1572. Numa lei de D. Afonso IV, que reinou em Portugal de 1325 a 1357, lei essa depois incluída nas Ordenações Afonsinas (Livro 4.º, tit. 19), de 1448, declarou-se: "E achamos que licita gaança de dinheiro, ou quantidade he em todo caso de cambo (*sic*) d'hum Regno, ou Lugar pera outro; e declaramos seer licito, e verdadeiro o caimbo (*sic*), quando se logo dá maior quantidade em hum Lugar, por lhe darem em outro Lugar, e pagarem mais pequena: e esto he assy promisso, e outorgado per Dircito pelas grandes despesas,

Do *mutuum date nihil inde sperantes*⁴ e da observação óbvia de que o dinheiro de per si não frutifica, a doutrina canônica havia extraído a proibição da usura. Tal proibição pode justificar-se nos empréstimos destinados a superar transitórias necessidades do devedor para seu consumo, se bem que, mesmo então, era freqüentemente violada na prática.⁵ Seja como for, quanto menos desenvolvida uma economia, tanto mais elevados são, em geral, os juros efetivamente cobrados.

Esse quadro torna-se, porém, diverso numa economia fundada no crédito, em que o dinheiro é mutuado sobretudo com escopo produtivo, de sorte que os juros pagos pelo devedor encontram sua contrapartida nos frutos que este retira dos bens adquiridos com o dinheiro mutuado; ou nos lucros cessantes do credor, pela falta de emprego direto do seu dinheiro.

A prática, na verdade, se bem que contrariando a proibição canônica, admite os juros, chamando-os pudicamente, por vezes, gratificações espontâneas ou dons; ou ainda aumenta a sua taxa (como lembra Matteo Villani para o débito público de Florença), graças ao reconhecimento, pelo devedor, de haver recebido

que os mercadores estantes (*isto é, domiciliados no local*), que o maior preço recebem, fazem em manterem seus caimbo nas Cidades, e Villas, honde continuamente estão, e polo trabalho, de que som relevados os que dão seus dinheiros em hua parte, pelos receberem em outra.

⁽⁴⁾ É a expressão da Vulgata, tradução latina da Bíblia, de autoria de S. Jeronimo, para um versículo do Evangelho de S. Lucas, 6-35.

⁽⁵⁾ Essa inefetividade da proibição canônica da usura, promulgada pelos soberanos cristãos da Idade Média, parece ter se verificado também em Portugal, se se atenta para a contínua reiteração do mesmo mandamento, nas ordens regias. No "Livro das Leis e Posturas", compilação elaborada no reinado de D. Duarte (1433-1438), constam-se oito leis contra a usura, editadas a partir de 1211.

soma superior (sobre a qual eram calculados os juros) à real; ou recorrendo a outros artificios, como o da pluralidade de atos que, redigidos por tabeliães diversos, realizavam, em sua combinação, um mútuo garantido, vencendo juros, com pacto comissório. Era o chamado contrato "trino". Em primeiro instrumento, o mutuário se confessava devedor de uma soma que incluía os juros. Por meio de um segundo instrumento, o mutuário vendia um bem à vista ao mutuante, pela soma do mútuo que então figurava como preço. Com um terceiro instrumento, recomprava o prazo e por igual quantia o mesmo bem. De modo análogo procedia-se com a assim chamada "mohatra", isto é, uma venda a prazo seguida de imediata revenda à vista e por preço menor, por parte do primeiro adquirente ao primeiro vendedor. Este acabava se tornando, pois, credor a prazo de uma soma superior à que fora dada; vale dizer, a soma mutuada mais os juros.⁶ A admissibilidade desse contrato, na casuística dos jesuítas, provocará, no século XVII, os ataques de Pascal na oitava de suas *lettres provinciales*.

A doutrina, por sua vez, procura elaborar a interdição canônica, aceita pelos civilistas, estabelecendo distinções a partir da consideração do dano sofrido pelo credor. Santo Tomás já admite, como ressarcimento do dano da mora, os juros moratórios, dos quais se vão elaborando os requisitos (depois sistematizados por Paulo de Castro). Eles serão admitidos quando o credor é comerciante, independentemente da prova do dano sofrido

⁽⁶⁾ O contrato de retrovenda serviu, desde sempre, para mascarar o empréstimo usurário. Na mesma lei de D. Afonso IV, citada em nota anterior, admitia-se a retrovenda de bens de raiz "quando a dita raiz fosse vendida por preço razoado, a saber, que fosse pouco mais, ou menos do justo preço; ca se o preço fosse muito pequeno, a pouquidade do dito preço com a dita avença faria o dito contrauto seer usureiro".

pelo credor no caso concreto, e *absque ulla interpellatione*,⁷ tornando-se, pois, devidos os juros do período de mora que sucede o vencimento de um mútuo. Com isto, os mútuos passaram a ser contratados por prazo brevíssimo e a mora não era então, sem dúvida, mal vista pelo credor (...). Com Santo Antonio,⁸ a doutrina canônica dá um passo adiante, considerando, para a licitude dos juros, não só a posição do credor mas também a do devedor. Julgava-se que, quando o contrato tivesse por objetivo ensejar um lucro ao devedor, com a utilização do dinheiro, já não se estaria diante de um mútuo, puro e simples, e portanto os juros seriam justificados; o que abriu caminho, mais tarde, à admissão da possibilidade de juros no mútuo, desde que justificados por uma causa autônoma.

Em fins do período que estamos considerando, os juros, cuja licitude de princípio seria sustentada por Calvino,⁹ passarão a ser reconhecidos pela legislação civil em casos numerosos. Uma ordenação de Carlos V,¹⁰ de 1540, admite-os, em geral, em favor dos comerciantes.

⁷⁾ "Até que (haja) uma interpelação", pelo credor, evidentemente. A exigência geral de interpelação do devedor, para constituição em mora, subsiste em nosso Código Comercial (arts. 138 e 205); não no Código Civil, para as obrigações com prazo certo de vencimento (art. 960).

⁸⁾ 1389-1459. Arcebispo de Florença. Considerado um dos fundadores da moderna teologia moral e ética social cristã. Autor de *Summa moralis*, editada em 1477, e de *Summa confessionnem*, em 1472.

⁹⁾ João Calvino, nascido em Noyon, na Picardia (França), em 1509, e falecido em Genebra, em 1564, foi um dos mais importantes reformadores do cristianismo. Sua obra principal é a *Institutions de la Religion Chrétienne*, de 1536.

¹⁰⁾ O imperador Carlos V (1500-1558), Carlos I da Espanha, foi o último grande soberano a reinar sobre a cristandade unificada. Dizia-se que sobre os seus domínios o sol nunca se punha.

Uma atividade mercantil requer o concurso da atividade e dos meios financeiros de várias pessoas, e eis que nesse período se nos apresenta, desenvolvendo-se a partir do consórcio familiar, a sociedade em nome coletivo ("companhia", como se dizia e se continua, de certa forma, a dizer com o aditivo "e companhia"). Ela reforça sua estrutura financeira, primeiro com a participação de terceiros (estranhos ao núcleo familiar), e depois, no século XIV, sempre mais com depósitos, o instrumento típico para a organização do comércio terrestre e da atividade bancária. De início, a sociedade apresentava uma estrutura unitária tendo a grande "companhia" uma multiplicação de filiais em toda a Europa; em seguida, na segunda metade do século XIV, com uma autonomia dos estabelecimentos locais que faziam da casa matriz uma espécie de *holding* desses.¹¹

No comércio marítimo, dominava ao invés a comenda e, ligada a esta e à sua difusão mesmo fora do comércio marítimo, passou a ser disciplinada (primeiramente na lei florentina de 1408) a comandita.

Uma atividade mercantil requer registros, contas e sistemas de contabilidade. As partidas dobradas, ainda hoje em uso, surgem já no século XIV, encontrando um expositor em Luca Pacioli, insigne na história das matemáticas. Desenvolve-se o sistema dos livros de comércio e de registros contábeis ordenados.

5. É assim que se vai formando um primeiro núcleo, um primeiro sistema de direito comercial, essencialmente em função do comércio, dos transportes (sobretudo marítimos, pois que, já recordamos, são amiúde os institutos marítimos

¹¹⁾ Na verdade, essa primeira experiência histórica de grupo societário somente surgiu com o Banco Medici, de Florença, na primeira metade do século XV.

— a começar pelo câmbio marítimo — que, em sua evolução, dão lugar a institutos gerais do direito comercial), dos negócios bancários e cambiais. Um direito fruto dos costumes dos mercadores, que disciplina os negócios, ligado a um processo judicial que assume formas simples e expeditas (processo sumários e sumaríssimos, como se diz) em jurisdições especiais.

O fenômeno da jurisdição especial liga-se, na verdade, estreitamente ao do direito especial. É a jurisdição especial, com o seu processo próprio, que permite o desenvolvimento do direito comercial e lhe reforça a autonomia em confronto com o direito comum.

Trata-se de um direito que podemos dizer de classe, tendo em vista quer a sua fonte, quer a sua aplicação, quer a sua jurisdição; e que encontra, aliás, paralelismo na freqüência dos direitos de classe e jurisdições especiais na Idade Média.

No entanto, a sabedoria da elaboração do direito comercial e da obra de seus aplicadores no plano judiciário foi a de haverem superado o interesse de classe.

As regras elaboradas para os negócios mercantis dos comerciantes se apresentam, em seu alcance abstrato, como demonstrará a evolução posterior, de aplicabilidade geral e não inspiradas por um interesse de classe que, como tal, exclui obviamente uma aplicação geral. São regras independentes do invólucro corporativo com o qual se originaram, e tendentes a favorecer um desenvolvimento geral da riqueza e não grupos restritos.

Sob esse aspecto, o direito comercial, distinguindo-se dos vários direitos particulares de classes e territórios, afirma-se como especial no sentido que lembramos há pouco, ou seja, como elaborador de princípios e institutos, suscetíveis de aplicação geral. Oriundo do corporativismo mercantil e fruto de uma elaboração particularista no âmbito de uma categoria

profissional, ele encontra sua justificação no fato de se constituir em instrumento jurídico para a efetiva melhoria do ordenamento das trocas, vale dizer, para o aumento da utilidade dos vários bens econômicos.

6. O fruto da elaboração comercialista desse período que, como notado, abrindo-se com o início do século XII, chega até a segunda metade do século XVI, encontra-se, já se disse, na primeira sistematização teórica do direito comercial, que foi *De mercatura* de Benvenuto Stracca, cidadão de Ancona, cuja primeira edição é de 1553. Aí encontramos a primeira e ainda fresca sistematização do direito comercial, naqueles institutos aos quais venho rapidamente aludindo, centrados em torno da idéia de mercado. A sistematização de Stracca, como observa A. Rocco, apresenta-se, de um lado, como aderente à realidade e alheia às considerações meramente teóricas ou morais, presentes, naturalmente, nas referências à atividade econômica das obras teológicas; das quais, porém, não se deve desprezar a importância para o desenvolvimento do direito comercial, tanto nesse período, quanto sobretudo no século XVII. Com efeito, distinções e elaborações dos tipos de contratos ligam-se, freqüentemente, aos problemas postos pelas normas e proibições canônicas, sobretudo a proibição da usura. Sob esse aspecto, o probabilismo jesuítico do século XVII, com suas distinções sutis, apresenta, em substância, uma elaboração jurídica, sobretudo em relação aos contratos de mútuo, sociedade, venda e negócios de garantia. Por outro lado, o tratado de Stracca revela a preocupação de dar uma sólida construção jurídica e não simplesmente apresentar um noticiário, como os manuais práticos. Ele se vincula à obra dos grandes comentaristas, na elaboração dos institutos mercantis, além do desenvolvimento consuetudinário e da prática. O seu frescor e a sua

aderência imediata a um desenvolvimento consuetudinário e da prática distinguem-no, em minha opinião (mais do que sucedeu com os comercialistas do século seguinte), do *mos italicus jura docendi*,¹² então dominante, confirmando com isto a especialidade do direito comercial em relação ao direito privado comum, mesmo no tocante à orientação doutrinal.

O panorama que vimos debuxando muda com a segunda metade do século XVI.

Com a descoberta da Via do Cabo abriu-se o caminho marítimo para o Oriente e a descoberta da América deu início a uma nova expansão, que importava na deslocação dos centros comerciais.

À florescência econômica do começo dos anos 500, que segundo Luzzatto parece preludiar os desenvolvimentos da idade contemporânea (e encontramos de fato, já nos séculos XVI e XVII, estruturas econômicas associativas complexas; os primeiros cartéis, segundo a terminologia hodierna e — como naquela que poder-se-ia dizer a *holding* dos Medici — formações estruturais complexas no campo das sociedades), sucede um período de crise, devido a causas políticas e econômicas. Dessa crise sairiam enfraquecidos os velhos centros da vida econômica européia, cuja importância comparativa, aliás, já diminuíra anteriormente, não obstante a persistência de seu espírito criativo.

A Itália cairá, em grande parte, sob a dominação estrangeira, enquanto alhures se afirmam, triunfantes, os Estados unitários: a vida econômica se desloca para o Ocidente, para a República Holandesa e os Estados unitários da França e da Inglaterra.

Decai a economia da Alemanha, que será depois devastada pela guerra dos trinta anos. Na Europa oriental e em parte na Alemanha, reforça-se a servi-

ção da gleba, desaparecida ou em vias de desaparecimento no Ocidente.

Uma profunda divisão de crenças e concepções gerais se afirma na Cristandade, mas das guerras de religião nasce o Estado moderno.

Ao lado de uma economia urbana, vai-se suscitando a preocupação com a disciplina de um mercado nacional, que encontrará depois sua expressão e desenvolvimento no mercantilismo do século XVII.

Como observa Luzzatto, assim as unidades locais, como as formações corporativas, passam a subordinar-se ao Estado que, pelas necessidades totalmente novas de suas finanças, é levado a interessar-se pelos problemas econômicos, a intervir como regulador da vida econômica da nação, aplicando a política que se dirá mercantilista.

No meado do século, o forte aumento da importação de metais, em decorrência da exploração mineira do Peru e no México, prova uma revolução de preços na Espanha e na Europa em geral, e os problemas monetários começam a preocupar os primeiros economistas.

A técnica e a ciência são renovadas: acentua-se o desenvolvimento de máquinas, não mais fundadas no aproveitamento da energia muscular do homem ou de animais, e um movimento profundo de pensamento começa a transformar e enriquecer as concepções físicas e a elaborar perfeitos instrumentos matemáticos.

No âmbito das doutrinas jurídicas, entra em crise o *mos italicus jura docendi*, que havia sido desenvolvido pelos comentaristas. Uma nova concepção, afirmada na Itália com o humanismo de um Valla e um Poliziano, amadurecida na obra de Alciato (1492-1550), triunfa na França (enquanto na Itália persiste o velho método), ligada à afirmação da soberania estatal.

O método historicista leva a considerar historicamente o direito romano e, ao

¹²⁾ Método puramente conceitual e abstrato de explicação do Direito.

mesmo tempo, a reafirmar a nacionalidade do direito.

De elaboração jusnaturalista, voltada à pesquisa de um fundamento do direito, surgiriam, de outro lado, grande parte das categorias jurídicas dos direitos romanísticos.

A já agora concluída formação de um direito nacional comum na Inglaterra encerrou, para esta, a recepção do direito

romano. O direito tradicional, elaborado pelos juízes dos reis normandos põe-se, doravante, como limite ao poder do soberano.

Parece-me, destarte, que se pode datar da segunda metade do século XVI, obviamente com a relatividade própria de toda periodização, o início de um segundo período na história do direito comercial.

JURISPRUDÊNCIA

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – BANCO CENTRAL DO BRASIL – FALTA DE CUMPRIMENTO DO SERVIÇO DE FISCALIZAÇÃO EM INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – INOCORRÊNCIA DA RESPONSABILIDADE

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Ementa – Administrativo – Responsabilidade Civil – Mercado de capitais – Prejuízos Causados pelo Grupo Coroa-Brastel – CF, Art. 37, § 6.º – Lei 4.595/65 – Lei 6.024/74.

1. Afastada a teorização do extremado risco integral ou do risco administrativo, não é possível amoldar-se a obrigação de indenizar, se a lesividade teria ocorrido por omissão, que pode condicionar sua ocorrência, mas não a causou. Assim, se a indenização, no caso, só poderia ser inculcada com a prova de culpa ou dolo (responsabilidade subjetiva), hipóteses descogitadas no julgado, inaceitável a acenada responsabilidade objetiva. 2. Não se deve flagelar a Administração Pública com reclamados danos patrimoniais sofridos por investidores atraídos ao mercado financeiro por altas taxas de juros e expectativa de avultados lucros sobre o capital investido, por si, sinalização dos vigorosos riscos que rodeiam essas operações. Se reconhecido o direito à socialização dos prejuízos, seria judicialmente assegurar lucros ao capital, eliminando-se o risco nas aplicações especulativas. 3. Procedentes jurisprudenciais. 4. Recurso provido.

STJ – 1.ª T. – REsp. 43.102-6-DF - j. 05.04.1995 – Rel. Min. Milton Luiz Pereira.

ACÓRDÃO – Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, prosseguindo no julgamento, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros

Cesar Asfor Rocha, Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo e Humberto Gomes de Barros. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Demócrito Reinaldo.

Custas como de lei.

Brasília-DF, 5 de abril de 1995 (data do julgamento).

RELATÓRIO – O Senhor Ministro Milton Luiz Pereira (Relator): o presente Recurso Especial (art. 105, III, a e c, CF) impugna o v. aresto do colendo Tribunal *a quo*, consubstanciado na ementa, *in verbis*:

“Responsabilidade Civil. Ação de Investidores do Grupo Coroa/Brastel Contra o Banco Central do Brasil.

1. No *affaire* Coroa Brastel a responsabilidade do Banco Central do Brasil em relação aos investidores lesados decorre do fato de que, como entidade encarregada de fiscalizar e proteger os direitos destes investidores no mercado financeiro e de capitais, omitiu-se de forma integral no cumprimento de seu dever, suspendendo, inclusive, a fiscalização do Grupo que, comprovadamente, deparava-se com insuficiência de capital de giro para bancar o total de seus financiamentos e responsabilidades.

2. Embargos rejeitados” (f.).

Segundo o Recorrente, o v. *decisum* objurgado contrariou os arts. 18, 29, 40 e 45, da Lei 6.024/74 e ainda dissentiu da jurisprudência do extinto Tribunal Federal de Recursos.

O Recurso não logrou admissão na origem, subindo a esta Corte por força do provimento que dei ao agravo de Instrumento interposto.

É o relatório.

VOTO — O Senhor Ministro Luiz Pereira (Relator): ergue-se que a ação foi movida por investidores do mercado de capital, de conformidade com o relatório apropriado ao v. acórdão vergastado, porque, "... atraídos pela confiabilidade chancelada pelo Banco Central, investiram suas economias no Grupo Coroa S.A. — Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários, sob a modalidade de aquisição de letras de câmbio.

Ignoravam os demandantes, continua a inicial, que o órgão encarregado de fiscalizar a entidade, o BANCO CENTRAL, por conivência e erros grosseiros, fazia vista grossa aos desmandos e falcatruas que se passavam no Grupo Coroa S.A., o qual continuava crescendo aparentemente e com as portas abertas, atraindo o público incauto.

Assim, paralisou o BACEN, por dois anos, a fiscalização, embora já fosse do conhecimento da Autarquia ré, desde o ano de 1980, que era insolvente a financeira Coroa, conforme ficou apurado na sindicância procedida pelo próprio demandado, sindicância esta que também constatou já ser do conhecimento da alta cúpula do BANCO que havia na Coroa a emissão de letras de câmbio frias, existência de "Caixa 2" e outras práticas ilegais.

Invocam os petiçãoários o teor da Lei 4.728/65, diploma que atribuiu ao BACEN e ao Conselho Monetário Nacional as tarefas de disciplinar e fiscalizar o mercado financeiro, protegendo os investidores de emissões ilegais e fraudulentas.

Concluem que o proceder da Autarquia demandada tornou-a responsável pelos prejuízos causados aos investidores da instituição financeira por ela fiscalizada, porque só em 27.06.1983 é que veio a intervir na financeira COROA S/A.

A sentença julgou procedente o pedido por entender presente o ilícito indenizável.

Determinou o julgado que fossem os autores indenizados nos valores nominais aplicados, estes representados pelas letras de câmbio, devidamente corrigidos a partir da data do vencimento, incidindo juros de mora em percentual de 0,5% ao mês, a partir da citação" (f.).

Com a rejeição do Embargos Infringentes, prevaleceu o julgado sumariado na seguinte ementa:

"Administrativo — Responsabilidade Civil — Falta do Serviço de Fiscalização no Mercado de

Capitais — Prejuízos causados pelo Grupo Coroa-Brastel.

1. Preliminares de carência de ação que se afastam à míngua de pertinência, porque fundamentada a controvérsia em responsabilidade civil objetiva (art. 149 do CC e art. 37, § 6º, da CF).

2. Desinfluyente a legislação invocada, Leis 4.595/65 e 6.024/74, para afastar a responsabilidade do BACEN.

3. Ausência de Fiscalização comprovada, em transgressão aos deveres legais — Lei 4.595/65.

4. Indenização procedente pelo valor integral dos investimentos.

5. Apelo improvido — Sentença confirmada."

O aguilhão recursal (art. 105, III, a, c, CF), merece ser conhecido, tal como posto na decisão que proveu o Agravo de Instrumento.

Aberto o pórtilo para o exame, bem se denota que a ação objetivou indenização por danos patrimoniais atribuídos à responsabilidade do Banco Central, ora recorrente, conseqüentes de faltosa fiscalização das atividades da Coroa S.A. Corretora de Valores, de quem os investidores, aqui recorridos, adquiriram Letras de Câmbio.

Feito o momento para a compreensão da relação jurídica litigiosa, para escumar os pontos controvertidos, no pertencente às suscitadas preliminares, sem a necessidade de alçapremar outras razões, igualmente desacolhendo-as, porque convincentes, sustento a fundamentação marcada no aguilhoetado v. aresto.

Na enseada do mérito, sem tardança, particularizo o bem elaborado voto condutor da maioria, como prelóquio, recordando precedentes da Corte Suprema e a Lei 6.024/74 (art. 39), embora encastoando a culpa, fazendo a conjugação com o art. 37, § 6º, Constituição Federal, no sentido de atribuir responsabilidade ao Banco Central, averbou:

"... Se as irregularidades existentes na instituição financeira não tivessem a culposa conivência do BACEN, resolver-se-ia o ressarcimento pelas normas insertas na Lei 6.024/74, cabendo à empresa a liquidação dos prejuízos.

Entretanto, como ficou demonstrado, não é possível que a falta de competência fiscali-

zadora do BACEN ausente por absoluta má-fé a que serviu de elemento protetor às fraudes nas emissões de letras de câmbio frias, não leve à responsabilizar a Autarquia, eis que af reside o nexo de causalidade entre a falta de serviço e o dano. E este, *data venia* é inquestionável.

A posição do Juiz Olindo Menezes no sentido de entender que na responsabilidade objetiva o dano deve ser direto, o que, na hipótese afastaria o nexo da causalidade, não me impressiona, *data venia*, porque, como dito, a própria Lei 6.024/74, se fosse observada pelo BACEN, teria evitado o prejuízo que aqui se questiona, pelo mecanismo das reservas destinadas a atender os investidores. E estas, no caso da Coroa, não existiam, em evidente desrespeito às normas pertinentes.

Houve, sem dúvida, falta de serviço que, se existente, impediria a monumental fraude, cujas conseqüências estão sendo imputadas aos investidores, em absoluto descompasso com a responsabilidade do órgão público" (f.).

Pelas estrias das razões lineadas, vicejado o debate que se seguiu (f.), embora se cogitasse, até mesmo, da culpa concorrente (subjéctiva), a final, anotada a proclamação do resultado do julgamento, "nos termos do voto a Sra. Juíza Relatora" (cert. f.), abordando que houve a omissão, prevaleceu a responsabilidade objetiva por omissão (art. 37, § 6.º, CF). Onde me parece, nesse aspecto, equivocada a afirmação, quanto à admissibilidade do recurso, contida na r. decisão de f., assealhando que "...a questão jurídica posta em debate foi resolvida à luz do art. 159 do CC (...)". Engano conseqüente à errônea referência feita pela parte recorrente (f.).

Feito o alinhamento desses tópicos, pela banda da omissão, sufragada pelo v. julgado a responsabilidade objetiva, é preciso considerar o seu conceito jurídico e aplicação, ou não, ao caso concreto.

Com esse projeto fim, cumpre dizer que, em relação à Administração Pública, necessariamente, a responsabilidade objetiva só poderá resultar de comportamentos que atinjam os administrados. Essa garantia, nas suas várias etapas da história do Direito Brasileiro, no pertencente ao exame acima proposto, teve acolhimento constitucional desde a Carta de 1946, continuando expressamente forrada na atual (art. 37, § 6.º).

Implica dizer que, ocorrendo o dano, quanto à sua progênie, dispensando-se a demonstração do dolo ou culpa, só cogitável na hipótese do direito regressivo contra o responsável; contudo, necessária a demonstração do nexo de causalidade entre o dano e a conduta do ente público.

Nesse cenáculo, também deve ser mencionado que, na espécie, conforme o conteúdo do julgado quanto à responsabilidade objetiva, presagiada a falta de serviço, não se identifica qualquer chamamento específico a teorização do extremado risco integral ou do risco administrativo (este, dispensando a "falta do serviço").

Fincados esses pontos, agora, tem primazia o sonido da omissão, cônsono o julgado, causa de cogitado ato ilícito, vertente da obrigação do BACEN indenizar os alardeados prejuízos patrimoniais aos investidores, ora recorridos, nesse toar, pela pertinência, anotando-se que:

"Em face do texto constitucional brasileiro, de conseqüente, há previsão de responsabilidade objetiva do Estado, mas, para que ocorra, cumpre que os danos ensejadores de reparação hajam sido causados por agentes públicos. Se não forem eles os causadores, se incorreram em omissão e adveio dano para terceiros, a causa lesiva é outra: não decorre do comportamento dos agentes. Terá sido propiciada por eles. A omissão haverá condicionado sua ocorrência, mas não — a causou. Onde não há cogitar, neste caso, da responsabilidade objetiva" (Celso Antonio Bandeira de Mello in *Curso de Direito Administrativo*. 4.ª ed. Malheiros 1993, p. 447 a 451).

Com entusiasmada e manifesta adesão, sobre o tema, objetivamente, perfilou a exímia administrativista Lúcia Valle Figueiredo, a dizer:

"No tocante aos atos ilícitos decorrentes de omissão, devemos admitir que a responsabilidade só poderá ser inculcada ao Estado se houver prova de culpa ou dolo do funcionário. Esta é a posição do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello e do ilustre, querido e saudoso Osvaldo Aranha Bandeira de Mello.

Deveras, ainda que consagre o texto constitucional a responsabilidade objetiva, não há como se verificar a adequabilidade da imputação ao Estado na hipótese de omissão, a não ser pela teoria subjéctiva.

Assim é porque, para configurar a responsabilidade estatal pelos danos causados, há de se verificar (na hipótese de omissão) se era de se esperar a atuação do Estado.

Em outro falar: se o Estado omitiu-se, há de se perquirir se havia o dever de agir. Ou, então, se a ação estatal teria sido defeituosa a ponto de se caracterizar insuficiência da prestação de serviço.

Não há como provar a omissão do Estado sem antes provar que houve *faute de service*. É dizer, não ter funcionado o serviço, ter funcionado mal ou tardiamente" (in *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed., Malheiros Ed., p. 176).

Em assim estudada a responsabilidade objetiva, o julgado revela contradição. Sim, porque, na esteira das lúcidas lições colacionadas, se a lesividade ocorreu por omissão, "... haverá condicionado sua ocorrência, mas não a causou — "Donde não há cogitar, neste caso, de responsabilidade objetiva" (autores e obras cit.). Por último, aponto que essa contradição poderia ter sido corrigida na via dos Embargos Declaratórios, se interpostos pelos Recorridos; porém, silentes, permitiram que a fundamentação do julgado persistisse.

Arrematando, pela senda argumentativa do v. julgado, afastadas as teorias do "risco integral" e do "risco administrativo", tal como posto, ino correu a responsabilidade objetiva *por omissão*.

Sim, a foco da omissão, advindo danos, então, serão imputáveis a terceiros, porque a causa lesiva é outra. Como predito, a omissão teria condicionado sua ocorrência, mas não a causou, de conseguinte, descogitando-se da responsabilidade objetiva "por omissão", não estando pautado no julgado o comportamento comissivo, de vez que, sem ele, repita-se, não haverá causa. Nesse toar, não podendo esse alguém responder pelo que não fez, por essa ordem de idéias, como a omissão supõe dolo ou culpa, em tese, amoldar-se-ia a responsabilidade subjetiva.

Davante, pois, ficando acentuado pelo v. acórdão de que se trata de comportamento omissivo, elidindo a culpa presumida, faltando o elemento psicológico-normativo (culpa ou dolo) para vincular o BACEN, com estridência, desata-se que o julgado não pode prevalecer.

De permeio, no âmbito do nexu causal, flagelando a conduta administrativa com os reclamados danos patrimoniais sofridos pelos investidores, procede reparar que se prenderiam aos riscos próprios do mercado financeiro, no qual a atração reside nas altas taxas dos juros e expectativa de lucros sobre o capital investido. As taxas de juros, de regra, são bem maiores daquelas pelo mercado comum, por correspondência com os altos riscos das aplicações financeiras (v.g.: letras de câmbio, CDB etc.). Aliás, por ser público e notório, sabe-se que à época, a Coroa S.A. pagava juros altíssimos, bem acima da média do mercado financeiro, fato que, por si, deveria servir de alerta para os aplicadores, diante de evidente sinalização de que vigorosos riscos rodeavam as operações. A frustração dos lucros avultados, substituídos pelos prejuízos, estão ao redor dos investimentos especulativos de risco. Daí não se filiar à boa razão, compartilhar socialmente os prejuízos, certo que, se obtidos os lucros não seriam socializados. Junte-se que, a rigor, reconhecer o direito à socialização dos prejuízos, seria judicialmente assegurar lucros ao capital especulativo, elidindo-se o risco do mercado de capitais, instrumento da economia capitalista.

Essas razões, outrossim, encontram seguro ancoradouro na autorizada manifestação do eminente Ministro José Dantas, lembrada nos autos e contida na Suspensão de Segurança 5.761 (reg. 6182569), assim:

omissis "No caso, dolorosa seria essa lesão, ao fazer-se substituir o devedor inadimplente pelo Tesouro, jogando-lhe aos ombros o insucesso do especulador, apenando-se o Estado pela culpa *in eligendo* de quem, por livre operação na mesa do *over* ou do *open*, preferiu a sedução das maiores taxas prometidas pelas financeiras à oferta das maiores garantias de tradição no mercado, da seriedade dos negócios, de competência das gerências, garantias essas facilmente aquilatáveis pelo investidor".

A tocar sobre os prefalados riscos igualmente, calha à fiveleta, sobre a temática, os incisivos comentários com o timbre do eminente Ministro Eduardo Ribeiro:

"... se me afigura que o Tesouro Nacional não haverá, como disse, de arcar com tais ônus. Quem entra no mercado financeiro sabe dos riscos e, se não deseja corrê-los, existem tipos

de investimentos que são, sabidamente, integralmente garantidos pelo Governo Federal. Preferindo os que carecem de tais garantias assumem eles próprios os riscos" (Ap. Cível 100.455-X – Rel. Min. Américo Luz – in DJU de 07.08.1986).

Em derradeiro lanço, bandeando-se a perquirição pelas veredas da jurisprudência, em recursos manejando a mesma questão de fundo, levantar-se precedentes contrários à pretensão indenizatória, confira-se: Apo. Cível 104.593-RJ - rel. Min. Assis Toledo - in DJU de 24.08.1987; Resps. n. 23.721-3-RJ e 47.223.7-RJ, Rel. Min. Garcia Vieira, respectivamente, julgados em 26.08.1992 e 23.05.1994.

Por todo o exposto, tal como lineado no v. acórdão sob a verina recursal, afastando o "risco integral" e o "risco administrativo" e, no caso, desordenada a responsabilidade objetiva por omissão, voto provendo o recurso.

É o voto.

Aditamento ao Voto

O Senhor Ministro Milton Luiz Pereira (Relator): Senhor Presidente, em razão da fundamentação do voto, pode ter sido gerada a impressão de que a relação jurídica litigiosa cinge-se unicamente à questão constitucional. Não, não é, à vista da fundamentação do acórdão. O recurso abordoa legislação infraconstitucional mencionada, inclusive com a invocação do art. 159 CC, de certo modo, revelando contradição do julgado: colaciona idéias em torno do art. 159 quanto à culpa, ou seja, quanto à responsabilidade subjetiva; trata da responsabilidade objetiva por omissão, à luz do art. 37, § 6.º, CF e, a final procurou demonstrar que teria havido negligência por parte do Banco Central, desatendendo exigências que são feitas pelas leis que organizaram o sistema financeiro brasileiro com especiais alusões à Lei 6.024, de 1974.

Fiz esse aditamento porque no prólogo do voto, não esmiecui as razões do provimento do agravo e com isso, poderia parecer que fiquei desatento aos requisitos de admissibilidade.

Há um outro aspecto: nesta Turma, foram julgados três precedentes sobre a mesma questão: portanto, conhecidos os recursos. Outrossim, o eminente Advogado, da tribuna referiu-se a precedente da egrégia Segunda Turma.

Assim, Senhor Presidente, foram essas as minhas considerações aditivas como razões, a mais, para justificar o conhecimento do recurso.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

CERTIDÃO

Certifico que a Egrégia PRIMEIRA TURMA ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Exmo. Sr. Ministro-Relator dando provimento ao recurso, pediu vista o Exmo. Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha. Aguardam os Exmos. Srs. Ministros Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo e Humberto Gomes de Barros.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 20 de março de 1995.

VOTO VISTA – O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: – Sr. Presidente, Srs. Ministros, o eminente Ministro Milton Luiz Pereira fez o seguinte relatório sobre o feito: (lê)

"O presente recurso especial (...) agravo de instrumento interposto."

Após esse relatório, o eminente Min. Milton Luiz Pereira demonstrou haver vários precedentes nesta egrégia Corte, tanto na colenda Primeira Turma quanto também na conspícua Segunda Turma todos no sentido de acolher a tese defendida pelo Banco Central afastando a responsabilidade do mesmo, tendo que ressarcir, por perdas e danos, os investidores portadores de títulos da Coroa Brastel.

Pedi vista dos autos, porque fiquei em dúvida com relação à admissibilidade do recurso, mas pela leitura dos autos tive plena consciência de que não poderia pairar dúvida quanto ao conhecimento. Assim analisando melhor o feito, verifiquei que estão presentes os pressupostos da admissibilidade.

Conheço do recurso e, na linha dos precedentes, como bem demonstrado pelo eminente Ministro Milton Luiz Pereira, acompanho S. Exa. para dar-lhe provimento.

VOTO VISTA – O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: – Sr. Presidente, Srs. Ministros, o eminente Ministro Milton Luiz Pereira fez o seguinte relatório sobre o feito: (lê)

“O presente recurso especial (...) agravo de instrumento interposto.”

Após esse relatório, o eminente Min. Milton Luiz Pereira demonstrou haver vários precedentes nesta egrégia Corte, tanto na colenda Primeira Turma quanto também na conspícuca Segunda Turma todos no sentido de acolher a tese defendida pelo Banco Central afastando a responsabilidade do mesmo, tendo que ressarcir, por perdas e danos, os investidores portadores de títulos da Coroa Brastel.

Pedi vista dos autos, porque fiquei em dúvida com relação à admissibilidade do recurso, mas pela leitura dos autos tive plena consciência de que não poderia pairar dúvida quanto ao

conhecimento. Assim analisando melhor o feito, verifico que estão presentes os pressupostos da admissibilidade.

Conheço do recurso e, na linha dos precedentes, como bem demonstrado pelo eminente Ministro Milton Luiz Pereira, acompanho S. Exa. para dar-lhe provimento.

CERTIDÃO – Certifico que a Egrégia PRIMEIRA TURMA ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Proseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Garcia Vieira, Democrito Reinaldo e Humberto Gomes de Barros.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 5 de abril de 1995.

COMENTÁRIO

No momento em que vários setores da sociedade brasileira discutem a responsabilidade do Banco Central do Brasil diante da quebra recente de vários bancos de grande e médio porte e de uma enorme quantidade de instituições pequenas no País (Banespa, Banerj, Econômico, Nacional etc.), *calha bem à fiveleta*, na expressão do douto Juiz Relator do STJ, Ministro Milton Luiz Pereira, expressar algumas considerações sobre o tema, conforme tratado no acórdão ora comentado. A decisão vertente não é isolada, pois o tema, conforme tratado no acórdão ora comentado. A decisão vertente não é isolada, pois aresto posterior veio a confirmá-la (REsp. 45.952 – 1.ª T., do mesmo relator, DJU 18.09.1995, transcrito na íntegra na RT 722/305). A preferência pela abordagem da primeira dessas decisões deu-se pelo fato do desenvolvimento mais amplo da matéria, que ali foi dada.

Nesta ocasião, retomo o assunto da responsabilidade do Estado, que foi ob-

jeto de comentário feito anteriormente, no número 90, p. 75, desta mesma Revista, procurando enriquecer o leitor, assim, como a orientação adotada pelos tribunais nesse tipo de controvérsias.

Como se recorda, o Grupo Coroa-Brastel teve a sua liquidação extrajudicial decretada na década de 80, da qual resultou prejuízo financeiro para inúmeros investidores, alguns dos quais ajuizaram ações de responsabilidade civil contra o Banco Central do Brasil.

No caso do acórdão sob exame, a sentença de 1.ª instância julgou procedente o pedido, por entender presente o ilícito indenizável. Na apelação, a sentença foi confirmada tendo em conta, segundo a ementa correspondente, ter ocorrido falta de serviço de fiscalização no mercado de capitais, de cuja configuração decorreria a responsabilidade do órgão fiscalizador.

As razões acolhidas na apelação foram, em síntese, as seguintes:

a) os credores prejudicados haviam sido atraídos pela confiabilidade chanceada pelo Banco Central, tendo investido suas economias no Grupo Coroa-Brastel;

b) Ignoravam que o BACEN, *por conivência e erros grosseiros, fazia vista grossa aos desmandos e falcatruas praticados naquele grupo financeiro, o qual continuava com as portas abertas e apresentando crescimento normal;*

c) Teria sido fartamente comprovado pela própria *alta cúpula do BACEN, previamente à liquidação, que havia na Coroa a emissão de letras de câmbio frias, existência de "Caixa 2" e outras práticas ilegais;*

d) Assim sendo, o procedimento da Autarquia demandada tornou-a responsável pelos prejuízos causados aos investidores, porque somente em 27.06.1983 veio a intervir na financeira Coroa.

e) Caso o Banco Central não tivesse sido culposamente conivente, as irregularidades existentes naquelas instituições financeiras teria sido resolvidas apenas e tão-somente pela aplicação da Lei 6.024/74, cabendo à empresa a liquidação dos prejuízos.

f) O nexo de causalidade entre as irregularidades e o dano sofrido pelos credores residiria, justamente, *na falta de competência fiscalizadora do BACEN, ausente por absoluta má-fé e que serviu de elemento protetor nas emissões de letras de câmbio frias.*

g) Dessa forma, prevaleceu a responsabilidade objetiva por omissão.

No Recurso Especial, o STJ reverteu a orientação até então dada pelo Judiciário, por votação unânime, deixando de reconhecer responsabilidade ao Banco Central.

A conclusão à qual chegou aquele corte passou, em síntese, pelo estudo da caracterização da responsabilidade objetiva do Estado, da relação de causa e efeito e da existência de livre arbítrio dos investidores, como participantes de um mercado de risco.

De acordo com o STJ, a Constituição Federal prevê a responsabilidade objetiva do Estado, mas, adotando confessadamente conhecida lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, sujeita ao fato de que *os danos ensejadores da reparação hajam sido causados por agentes públicos (...) e, se não forem eles os causadores, se incorrem em omissão e adveio dano para terceiros, a causa lesiva é outra: não decorre do comportamento dos agentes. Terá sido propiciada por eles. A omissão haverá condicionado sua ocorrência, mas não a causou. Donde não há cogitar, neste caso, sua responsabilidade objetiva (Curso de Direito Administrativo, Malheiros Ed., 1993, p. 447-451).*

Sabe-se, de acordo com os grandes administradores brasileiros (Celso Antônio Bandeira de Mello, Aguiar Dias, José Cretella Júnior, Hely Lopes Meirelles, entre tantos outros), que a responsabilidade pública tem sido discutida à luz de três teorias principais, a da *culpa administrativa*, a da *falta de serviço* e a do *risco integral*.

1. A *culpa administrativa* teria lugar nas hipóteses de acidentes imputáveis ao Estado, desde que não se conseguisse apurar qual o funcionário responsável;

2. O reconhecimento da existência de *falta de serviço*, ou, ainda, do *mau ou do tardio ou, ainda, do não-funcionamento do serviço* gerariam a responsabilidade direta e objetiva do Estado, não sendo necessário examinar-se a culpa, seja civil, seja administrativa (Aguiar Dias, *Da Responsabilidade Civil*, Forense, Rio de Janeiro, 1994, 4.^a ed., p. 237-238). A

teoria não apresentaria uma aplicação absoluta e generalizada, mas teria lugar, no caso concreto, diante de uma situação média daquilo que poderia ser razoavelmente exigido do Estado, como comportamento.

3. Quanto à *teoria do risco integral*, seu ponto fulcral estaria na existência de dano causado pelo Estado, independentemente da identificação do autor individual, preconizado o seu pagamento por Cretella Júnior, mesmo nas situações de atos regulares praticados por agentes públicos no exercício regular de suas funções. Segundo essa teoria, a responsabilidade do Estado nasceria diante da simples demonstração da existência de um nexos causal entre a ação ou omissão e o dano dela resultante. Já não seria o caso de necessitar-se cogitar de culpa, nem da razoabilidade da prestação do serviço público, mas, apenas, da presença de relação entre a causa proveniente do Estado e o resultado danoso experimentado pelo particular (*O Estado e a Obrigação de Indenizar*, Saraiva, SP, 1980, p. 87).

Segundo essa última doutrina, ainda, a culpa da vítima deve ser levada em conta, desse fato decorrendo três possibilidades: responsabilidade exclusiva do Estado, responsabilidade concorrente com o particular, ou responsabilidade exclusiva do particular.

A grande questão, como se sabe, nas palavras do eminente Juiz Relator, estava em saber-se se o Estado omitiu-se ou se a ação estatal teria sido defeituosa a ponto de ficar caracterizada a insuficiência da prestação de serviço, tendo ele, no estudo do caso, em suas próprias palavras, procurado afastar-se da *teorização do extremado risco integral ou do risco administrativo*.

Examinando-se detidamente a fundamentação do Recurso Especial, verifica-se que o STJ, pela sua 1.^a Turma, enten-

deu não cabível a responsabilidade do Estado, mesmo diante de uma omissão direta do BACEN na fiscalização do Grupo Coroa-Brastel porque, em primeiro lugar, a omissão por parte do órgão público poderia ter condicionado a ocorrência de danos, mas não foi sua *causa*; e, ainda, considerando-se que os investidores prejudicados teriam tido como causa dos danos que sofreram a sua própria iniciativa, pois presumidamente sabiam que não era normal a taxa de juros que o grupo financeiro Coroa-Brastel estava pagando aos títulos por ele emitidos, na época de suas aplicações.

O fato de o Banco Central ter permitido a continuidade no mercado de um grupo financeiro já reconhecido como patrimonialmente insolvente teria, segundo a concepção do STJ, em uma sutil linha de argumentação, apenas *condicionado* a ocorrência dos danos, mas não teria sido a sua *causa* econômica e jurídica. Esta *causa* teria sido exclusiva dos próprios investidores, os quais, por terem arriscado os seus cabedais em troca de uma remuneração expressivamente anormal, teriam logrado quebrar o nexos de causalidade que justificaria a aplicação da teoria de risco integral.

Procurando ilustrar a noção de *condicionamento do dano*, para seu melhor entendimento, poderíamos imaginar que a administração de um parque florestal colocasse uma fragilíssima ponte de cordas por sobre um abismo, dando-se ao transeunte a opção de ganhar tempo pela sua utilização, arriscando-se numa passagem altamente perigosa, ou seguir pelo caminho regular de uma ponte segura, cujo uso aumentasse o percurso a ser feito. Dentro desse exemplo, passar pela escada e sofrer um acidente seria culpa exclusiva da vítima, deixando de existir responsabilidade do Estado no caso de algum acidente. Reconhece-se a imperfeição do exemplo, mas parecer que ele dá uma certa noção da mensagem transmitida pelo STJ no julgamento em causa:

naquela oportunidade, a busca de lucro excessivo pelos investidores corresponderia a passa pela ponte de cordas, os quais assim teriam preferido ao invés de utilizar-se da passagem que dava a segurança necessária.

Diante dessas considerações, pode-se concluir que, na visão do STJ, o exercício de fiscalização por parte do Estado corresponderia apenas a uma *obrigação de fazer* e não a uma *obrigação de resultado*. E mesmo, *deixar de fazer* não lhe atribuiria responsabilidade na medida em que não se estabelecesse relação de causa e efeito entre essa omissão e o dano sofrido por particular, no campo da atuação do poder fiscalizador estatal.

Nessa ordem de idéias, ao Banco Central caberia atuar no sentido geral da regularidade e eficiência do mercado como um todo, sem qualquer ligação direta com os particulares, sujeitos ao risco da perda de seus investimentos, risco esse inerente ao próprio mercado. Portanto, contrariamente a uma das afirmações da sentença de primeira instância, àquele órgão fiscalizador não caberia cancelar nenhuma instituição financeira individualmente considerada.

Além disso, segundo o STJ, o Judiciário estaria fugindo de suas atribuições e eliminando o risco normalmente existente nas aplicações financeiras, tomando uma atitude de proporcionar por sentença uma verdadeira socialização de prejuízo verificados no mercado.

Algumas questões permanecem em aberto, a serem respondidas por aquela Alta Corte diante de novas oportunidades nas quais o seu pronunciamento venha a ser requerido. Assim sendo, pode-se indagar se a decisão viria a ter a mesma direção nos casos em que os investidores tivessem aplicado seus re-

ursos na obtenção de taxas normais de juros e não segundo aquelas exorbitantemente praticadas pela Coroa-Brastel. Parece que o destino de uma ação judicial em tais circunstâncias seria o mesmo da isenção de responsabilidade do Estado, pois, segundo o Ministro Eduardo Ribeiro, ao Tesouro Nacional não caberia ressarcir credores, pois, *quem entra no mercado financeiro sabe dos riscos e, se não deseja corrê-los, existem tipos de investimento que são, sabidamente, integralmente garantidos pelo Governo Federal* (conforme a lembrança de sua manifestação, feita pelo Ministro Relator Milton Luiz Pereira no aresto em estudo, referente à Ap. Cível n. 100.445-RJ, DJU de 07.08.1986).

Nessa linha de argumentação, é melhor que o investidor se esqueça da existência do Banco Central como órgão fiscalizador e preocupe-se em examinar cuidadosamente onde e como aplicar as suas economias, se resolver fazê-lo nos mercados financeiro e de capitais, sabendo, apenas, que poderá contar, dentro dos limites estabelecidos, com o recentemente criado seguro de crédito, na medida em que esse sistema vier verdadeiramente a funcionar.

O risco é inerente ao mercado. O Estado somente seria responsabilizado perante os investidores em circunstâncias excepcionais, desde que houvesse relação direta de causa e efeito entre sua ação ou omissão e prejuízos que aqueles viessem a sofrer.

Por todas as mazelas que o Banco Central do Brasil tem passado nesses trinta e dois anos de existência, verifica-se que falta faz a sua verdadeira independência.

Investidores, façam o seu jogo! A banca está aceitando apostas.

ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO

A	F
Análise do regime jurídico do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – José Júlio Borges da Fonseca	Fabio Konder Comparato – Origem do Direito Comercial (Capítulo 1.º do <i>Corso di Diritto Commerciale – Introduzione e Teoria dell'Impresa</i>, 3.ª ed., Milão, A. Giuffrè, 1962, de Tullio Ascarelli), tradução e notas de
25	87
Antonio José Avelãs Nunes – Nota sobre a independência dos Bancos Centrais	
59	
Arnoldo Wald – Dos Conceitos de financiamento e pré-financiamento	
74	
Aumentos arbitrários de lucros como abusos do poder econômico – Interpretação da Constituição e sugestão de alteração – Mauro Grinberg	
51	
C	H
Carlos Celso Orcesi da Costa – Homenagem <i>post mortem</i> – Philomeno Joaquim da Costa.	Homenagem <i>post mortem</i> – Philomeno Joaquim da Costa – Carlos Celso Orcesi da Costa
3	3
Circulação de capitais em perspectiva brasileira – Entrada e saída de divisas e moeda nacional – Paulo Borba Casella	
79	
Conceitos de financiamento e pré-financiamento – Arnoldo Wald	
74	
D	J
Desenvolvimento da teoria da empresa – Fim da distinção entre sociedades civis e comerciais – Jorge Rubem Folena de Oliveira	Jorge Rubem Folena de Oliveira – Desenvolvimento da teoria da empresa – Fim da distinção entre sociedades civis e comerciais
33	33
Direito do acionista de participação nos lucros sociais – Pedro A. Batista Martins	José Júlio Borges da Fonseca – Análise do regime jurídico do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
40	25
M	N
	Maristella Basso – A revitalização da arbitragem no Brasil sob um enfoque realista e um espírito diferente
	15
	Mauro Grinberg – Aumentos arbitrários de lucros como abusos do poder econômico – Interpretação da Constituição e sugestão de alteração ...
	51
	Nota sobre a independência dos Bancos Centrais – António José Avelãs Nunes
	59

O

Origem do Direito Comercial (Capítulo 1.º do *Corso di Diritto Commerciale* — *Introduzione e Teoria dell'Impresa*, 3.ª ed., Milão, A. Giuffrè, 1962, de Tullio Ascarelli) de tradução e notas de Fábio Konder Comparato

87

P

Paulo Barbosa Casella — Circulação de capitais em perspectiva brasilei-

ra — Entrada e saída de divisas e moeda nacional

79

Pedro A. Batista Martins — O direito do acionista de participação nos lucros sociais

40

R

Revitalização da arbitragem no Brasil sob um enfoque realista e um espírito diferente — Maristella Basso

15