

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

Fundador:

WALDEMAR FERREIRA

Diretor:

PHILOMENO J. DA COSTA

Diretor Executivo:

FABIO KONDER COMPARATO

Coordenador:

WALDIRIO BULGARELLI

Redatores:

ANTONIO MARTIN, CARLOS ALBERTO SENATORE, HAROLDO M. VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, MAURO DELPHIM DE MORAES, MAURO RODRIGUES PENTEADO, NEWTON DE LUCCA, NEWTON SILVEIRA, PAULO SALVADOR FRONTINI, RACHEL SZTAJN, VERA HELENA DE MELLO FRANCO.

Serviços gráficos: Editora Parma Ltda., Av. Antonio Bardella, 280
— CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

Edição e distribuição da

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Rua Conde do Pinhal, 78 — Caixa Postal 678
Tel. (011) 37-2433 — Fax (011) 37-5802
01501-060 - São Paulo, SP, Brasil

SUMÁRIO

DOCTRINA

- Os efeitos jurídicos da morte do usufrutuário de ações no tocante aos dividendos e bonificações (Da interpretação do art. 205 da Lei das Sociedades Anônimas) — Arnaldo Wald 5
- A representação na conclusão dos contratos mercantis — Elisabeth Kasznar Fekete 16
- As cláusulas gerais do contrato na República Federal da Alemanha — Gabriel F. Leonardos 31
- As Bolsas de Valores no Brasil — Luiz Eduardo Martins Ferreira 45
- O anteprojeto da CVM para a reforma da Lei de Sociedades por Ações Brasileira — Waldírio Bulgarelli 58
- A atividade de resseguros à luz da Constituição — Fábio Konder Comparato 63

JURISPRUDÊNCIA

- Sociedade Anônima — Direito de retirada — Recesso de dissidente — Lei Lobão: Um precedente judicial — Paulo Salvador Frontini 71

ATUALIDADES

- A contribuição ao Finsocial e a Lei Complementar 70/91 — João Luiz Coelho da Rocha 79
- Comentários sobre o novo Código do Consumidor — Lei 8.078/91 — Maria Clara V. A. Maudonnet 83
- A proteção contratual no Código de Defesa do Consumidor — Newton de Lucca 89

- ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO 101

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTA NÚMERO

ARNOLDO WALD

Advogado no Rio de Janeiro e Professor Catedrático de Direito Civil da UERJ.

ELISABETH KASZNAR FEKETE

Advogada em São Paulo, ganhadora do Prêmio Tullio Ascarelli de Monografias, primeiro lugar, concedido pelo Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli, em 1987.

FÁBIO KONDER COMPARATO

Professor Titular da Faculdade de Direito da USP. Doutor em Direito da Universidade de Paris.

GABRIEL F. LEONARDOS

Advogado em São Paulo.

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Advogado no Rio de Janeiro.

LUIZ EDUARDO MARTINS FERREIRA

Consultor Jurídico da Bolsa de Valores de São Paulo.

MARIA CLARA V. A. MAUDONNET

Advogada no Rio de Janeiro.

NEWTON DE LUCCA

Mestre, Doutor e Livre-Docente em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

PAULO SALVADOR FRONTINI

Doutor em Direito pela USP. Professor de Direito Comercial na Faculdade de Direito da USP. Advogado em São Paulo. Membro do Ministério Público em São Paulo, aposentado. Procurador-Geral da Justiça (1983-1987).

WALDIRIO BULGARELLI

Doutor em Direito. Professor Titular de Direito Comercial da USP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli. Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo, do Instituto dos Advogados Brasileiros e da Academia Paulista de Direito.

OS EFEITOS JURÍDICOS DA MORTE DO USUFRUTUÁRIO DE AÇÕES NO TOCANTE AOS DIVIDENDOS E BONIFICAÇÕES

(Da interpretação do art. 205 da Lei das Sociedades Anônimas)

ARNOLDO WALD

I — Introdução

1. Os efeitos da morte do usufrutuário de ações sobre o direito aos dividendos e as ações decorrentes de bonificação não têm sido matéria de estudos específicos no Brasil, embora constitua questão de interesse prático e doutrinário, na qual há divergências entre as várias legislações.

2. Trata-se, na realidade, de situação jurídica na qual incidem tanto o Direito Comercial como o Direito Civil, por estar numa área de superposição das normas de ambos, constituindo, assim, em certo sentido, um desafio para o jurista e um exemplo de escola no tocante às técnicas adequadas de interpretações que devem ser aplicadas.

3. As questões jurídicas em debate abrangem, pois, a definição do direito do usufrutuário ao dividendo e à parcela dos lucros não distribuídos, além de se estabelecer qual é o titular dos respectivos direitos, ou seja, a quem (o espólio do usufrutuário falecido ou os proprietários plenos que eram, até a morte do usufrutuário, simples nu-proprietários) devem ser pagos os dividendos, cujo valor foi aprovado após a morte do usufrutuário mas que se referem, no todo ou em parte, ao lucro produzido enquanto estava vivo.

4. Embora a matéria pareça regida, clara e inequivocamente, pelo art. 205, *caput*, da Lei 6.404, justifica-se a análise da questão, pois, embora se invoque o adágio *interpretatio cessat in claris*, evidencia-se que não pode prevalecer a aplicação exclusiva do processo literal, devendo ainda, para se obter uma conclusão incontestável, ser procedido ao exame do espírito da lei, de sua sistemática e dos elementos históricos, recorrendo-se, na medida cabível, aos princípios gerais e até às normas de direito estrangeiro para compará-las com as regras específicas vigentes no direito brasileiro.

II — Do conceito de dividendo

5. O direito ao recebimento do dividendo constitui um direito essencial do acionista (art. 109, I da LSA), abrangendo a parcela de lucro líquido que a sociedade distribui periodicamente, em função da titularidade de cada ação, com base no balanço do exercício social e de acordo com a lei e os estatutos.

6. O direito do acionista de participar dos lucros é mais amplo do que o seu direito ao dividendo, abrangendo a distribuição de reservas, a distribuição extraordinária de ações e podendo ainda ter, em tese, outras formas, razão

pela qual a doutrina reconhece que o usufruto de ações levanta numerosas e sérias dúvidas que foram sendo resolvidas, no tempo, inicialmente pela doutrina e pela jurisprudência e, mais recentemente, pela própria legislação.

7. A doutrina e a jurisprudência caracterizaram os lucros societários como não sendo, na sua totalidade, necessariamente frutos na sua essência, só se transformando nos mesmos quando cristalizados na forma de renda periódica. Assim, para os fins de Direito Civil, a totalidade do lucro líquido da empresa não constitui, para o acionista, um fruto ou uma renda. Enquanto o lucro social representa a diferença entre as receitas e as despesas da sociedade, após as amortizações e demais ajustes decorrentes da lei ou dos estatutos, o direito do acionista ao dividendo somente surge e se exerce sobre a parte do lucro que não é capitalizado, mas destinado a ser percebido pelos sócios e que é definido, pela Assembléia-Geral, de conformidade com as determinações estatutárias e o acordo de acionistas, quando houver.

8. O lucro do acionista depende, pois, de decisão da sociedade que, de acordo com normas preestabelecidas, mas com certo poder discricionário, distingue entre a receita destinada a ser distribuída aos acionistas, e a parcela do lucro que deve ser capitalizado e incorporado ao ativo social.

9. No passado, entendia-se que a Assembléia-Geral podia decidir a matéria discricionariamente, sendo até considerada soberana, tese que a doutrina espanhola ainda defende, com base na analogia entre a estrutura política da empresa e do Estado. Atualmente, prefere-se admitir que existe um poder discricionário (e não soberano), submetido às normas jurídicas, que constam na lei e nos estatutos, e limitado pelas teorias do abuso de direito e do desvio de po-

der. De qualquer modo, de acordo com a legislação vigente, cabe à Assembléia-Geral Ordinária decidir livremente a respeito do destino do lucro, desde que pago o dividendo obrigatório e obedecidas as normas legais e estatutárias.

10. De acordo com as determinações legais, surgiu um consenso, na doutrina e na jurisprudência, para que só se admita o direito ao dividendo após a decisão da Assembléia-Geral Ordinária que estabelece o destino a ser dado ao lucro líquido, separando, no interesse da sociedade, o valor a ser pago, aos acionistas, do lucro a ser reinvestido. Há, assim, uma linha divisória nítida e incontestável entre o direito ao recebimento do dividendo e o referente às bonificações ou à valorização da ação (no caso de ações sem valor nominal).

11. Mesmo em relação ao dividendo, a sua caracterização como fruto civil, embora sendo predominante, tem sido objeto de algumas divergências ou reservas de ordem técnica, na doutrina e na jurisprudência.

12. De qualquer modo, enquanto os dividendos são, geralmente, considerados frutos civis ou até, em boa técnica, "frutos quase civis" ou "frutos civis irregulares" (Alejandro Bergamo, *Sociedades Anônimas — Las Acciones*, 3/447, n. 1.070, as bonificações são, ao contrário, caracterizadas como constituindo *productos*).

13. Em parecer que publicamos, há cerca de vinte anos, já assinalamos a importância dessa distinção entre frutos (dividendos) e produtos (bonificações) e a impossibilidade de se ampliar o conceito técnico dos frutos para abranger as bonificações (Arnoldo Wald, "As bonificações e o regime de bens", in *RDM*, 30/43).

14. De fato, é mansa e pacífica a distinção que a lei e a jurisprudência fazem entre frutos e produtos, esclarecendo que os primeiros são as riquezas

normalmente produzidas pelo capital, enquanto os segundos constituem utilidades extraídas de um bem que não se reproduzem periodicamente e lhe reduzem o valor (Clóvis Beviláqua, *Código Civil Comentado* — Comentário ao art. 60, I/307; Arnaldo Wald, *Curso de Direito Civil* — Parte Geral, 6.^a ed., 2.^a tir., SP, Ed. RT, 1991, p. 206). Não há dúvida que, enquanto os dividendos das ações constituem frutos, as ações dadas em bonificação são produtos, pois não decorrem necessária ou normalmente da vida societária e importam em desvalorização das ações bonificadas, que sofrem uma redução no seu preço ou valor, em virtude da emissão das novas ações distribuídas gratuitamente aos acionistas. *A distinção entre frutos e produtos é importante no tocante ao regime legal da posse e do usufruto*, assim como no tocante ao regime de bens (Clóvis Beviláqua, *ob. cit.*, p. 307).

15. Assim, tanto a doutrina, como a jurisprudência sempre entenderam que a atribuição dos frutos, no usufruto, importava em exclusão dos demais acessórios e em particular dos produtos, pois a hipótese é de direito excepcional, aplicando-se a norma *inclusio unius fit exclusio alterius*.

16. Já em 1927, era essa a conclusão de Américo Mendes de Oliveira Castro, na sua monografia sobre *Regimes Matrimoniais* na qual expõe o seguinte: “Na verdade, o art. 271, V do CC), referindo-se apenas aos frutos e não sendo admissível que o legislador ignorasse que frutos não se confundem com produtos, é lícito concluir que o art. 271, V, deve ser interpretado literal e restritivamente...” (*Regimes Matrimoniais*, Rio, 1927, p. 266).

17. Verificaremos, a seguir, que tanto a doutrina como a jurisprudência definiram as ações recebidas em bonificação como “extensões do bem e não frutos”, na excelente síntese de Pontes de

Miranda, que reconhece expressamente a incidência da incomunicabilidade sobre “as ações em bonificação, as ações-filhas”, afirmando o eminente civilista que: “*A expressão “frutos” tem valor técnico, de modo que erram todos os que procuram alargar-lhe o conceito, a fim de abranger outras acessões que frutos não são*” (*Tratado de Direito Privado*, t. 8, § 900.5, p. 319) e acrescentando: “*Sempre frisamos, contra a meiaciência, que ações em bonificação não são frutos*” (*Tratado de Direito Privado*, 50/376, § 5.329).

18. Entre os nossos civilistas do início do século, Manoel Ignácio Carvalho de Mendonça, o único autor que, na época, abordou de modo específico o assunto, já sustentava que *as ações distribuídas a título de bonificação deveriam pertencer ao nu-proprietário*, por decorrerem de “acréscimo do capital” e representarem a substância da coisa (*Do Usufruto, do Uso e da Habitação*, Rio A. Coelho Branco Filho Editor, 1922, p. 155), não podendo ser consideradas, pois, como frutos.

19. O Dec.-lei 2.627/40, pretendendo dar solução definitiva à matéria, diante das polêmicas então existentes, tratou, no seu art. 113, do aumento de capital pela incorporação de reservas facultativas ou de fundos disponíveis da sociedade, ou ainda, pela valorização do seu ativo. No parágrafo único do mencionado artigo, determinou que se estendesse, “às novas ações assim distribuídas”, o “usufruto, o fideicomisso ou a cláusula de inalienabilidade a que porventura estivessem sujeitas as de que elas forem derivadas”.

20. O que a lei pretendeu fazer foi estender o regime legal das ações bonificadas aos novos títulos decorrentes da bonificação, com a finalidade de evitar uma fraude, pois a emissão das novas ações importa em esvaziar parcialmente o conteúdo das antigas, cujo valor dimi-

nui necessariamente em virtude da realização do aumento de capital. Esta situação é, aliás, reconhecida pela terminologia usada nas bolsas, nas quais os corretores se referem às ações “cheias” para caracterizar aquelas que ainda contêm o direito à bonificação e não foram desdobradas.

21. Ao analisar o dispositivo legal acima referido, a doutrina e a jurisprudência fizeram a adequada distinção entre os frutos, que pertencem ao usufrutuário, e os produtos que devem ser atribuídos ao nu-proprietário.

22. Trajano de Miranda Valverde, nos seus excelentes comentários à antiga lei societária, invoca as lições dos nossos maiores civilistas, Lacerda de Almeida, Lafayette e Clóvis Beviláqua, para lembrar *que os frutos se caracterizam pela sua periodicidade* e que, conseqüentemente, *somente o dividendo deve ser considerado como fruto* e atribuído ao usufrutuário.

23. E acrescenta: *“Dessa natureza, porém, não são as distribuições extraordinárias provenientes, v.g., de lucros capitalizados, incorporados ao fundo de reserva, ou que figuram como partes integrantes do ativo social, sob rubricas diferentes. Se a assembléia resolver partilhar esses valores, quer em dinheiro, quer em ações novas, aumentando, nesse caso, o capital ou elevando, o que resulta o mesmo, o valor nominal das ações, como frutos não poderão ser consideradas tais distribuições, pois que lhes falta o caráter de periodicidade. São acréscimos que pertencem ao proprietário, mas sobre os quais salvo disposição em contrário, se estende o usufruto”* (*Sociedade por Ações*, 2.^a ed., Rio, Forense)

24. Para chegar a essa conclusão, o autor recorda o entendimento dos civilistas franceses Planiol e Ripert e dos comercialistas Houpin e Bosvieux, assim como dos mestres nacionais Carvalho

de Mendonça e Pontes de Miranda, trazendo, ainda, à colação a posição do Direito Português da época e, em particular, do art. 2.206 do CC, de 1867, então vigente naquele país, que tinha a seguinte redação: “O usufrutuário tem direito de gozar das coisas acrescidas, das servidões e geralmente, de todos os direitos inerentes à coisa usufruída”.

25. Concluiu-se, pois, na vigência da lei anterior (Dec.-lei 2.627), que os acrescidos ou acessórios devem sempre beneficiar o nu-proprietário, enquanto os respectivos frutos pertencem ao usufrutuário.

26. O Prof. Waldemar Ferreira reconheceu, por sua vez, que as ações decorrentes de bonificação não eram “frutos ou renda das ações primitivas, mas verdadeiro acréscimo ou desdobramento do seu valor, a ele aderindo e formando uma só unidade, tese que foi jurisprudencialmente acolhida” (*Tratado de Direito Comercial*, 4.^o/204, SP, Ed. Saraiva, 1961).

27. Enfim e no mesmo sentido, o Min. Cunha Peixoto, no seu excelente tratado sobre as sociedades anônimas, concluiu, por sua vez, nos comentários que faz ao art. 113 da antiga lei, que: “A lei acabou com a velha questão de saber a quem pertenciam as novas ações no caso de as antigas estarem clausuladas com usufruto ou fideicomisso. De conformidade com o parágrafo único, *as novas ações pertencem ao nu-proprietário ou ao fideicomissário; estendeu-se, porém a elas o usufruto e o fideicomisso*” (Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, *Sociedades por Ações*, 3.^o/253, SP, Saraiva, 1973, n. 873).

28. A Lei 6.404/76, ao definir o regime legal das ações decorrentes de bonificação manteve, a grosso modo, o texto do art. 113 e seus parágrafos da lei anterior, de modo que o § 2.^o do art. 169 do novo texto corresponde ao parágrafo único do art. 113 do Dec.-lei

2.627, com explicitações, que correspondem, aliás, ao entendimento já anteriormente dominante na doutrina e na jurisprudência, que interpretaram o texto antigo. Efetivamente, a nova lei esclareceu que a norma existente na matéria era supletiva, ressalvada a possibilidade, para as partes, de estabelecerem regime distinto, e se referiu também, expressamente, à incomunicabilidade, enquanto o texto de 1940 só mencionava a inalienabilidade (Waldírio Bulgarelli, *Comentários à Lei das S.A.*, SP, Ed. Saraiva, 4.º/21, 1978, e Fran Martins, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 2.º/481, Rio, Ed. Forense, 1978, t. II, n. 747).

29. A jurisprudência dominante é no sentido de reconhecer que as ações decorrentes de bonificação constituem um produto, já se tendo manifestado, na matéria, o STF em ac. un. de sua 2.ª T., de 7.5.1957, no RE 34.153. Na mencionada decisão, concluiu a nossa mais alta Corte, que as ações decorrentes de bonificação “não são frutos, mas um acréscimo do capital”. (*Diário da Justiça* de 23.6.58, p. 1.922; o histórico do caso consta na obra de Ruy Carneiro Guimarães, *Sociedade por Ações*, II/410, Rio, Ed. Forense, 1960).

30. Tal entendimento foi reiterado, no julgamento do RE 70.192-SP, pela 1.ª T. em 8.10.1974, no qual o STF reconheceu que as ações novas decorrentes de bonificação “nada mais representam que as mesmas anteriores (ações bonificadas) devidamente corrigidas” (RTJ, 72/77 e ss.).

31. No mesmo sentido, existem diversas decisões do TJSP, que consideram as ações decorrentes de bonificação como constituindo um aumento de patrimônio, uma acessão, um acréscimo inesperado determinado pelas circunstâncias, um prolongamento das antigas ações. Assim se manifestou, em 23.8.48, a 4.ª CC, j. a AC 38.145 da Capital e

tendo sido relator do acórdão o Des. Joaquim de Silos Cintra, que confirmou sentença do então Juiz Dr. Washington de Barros Monteiro (RT 176/276, v. ainda Ruy Carneiro Guimarães, ob. cit., n. 888, p. 408 e Cunha Peixoto, ob. cit., III/266). Decisão idêntica tinha sido tomada anteriormente pelo Tribunal paulista em caso no qual foi relator o Des. Firmino Withaker (RT 2/152).

32. Podemos, pois, afirmar que a jurisprudência dominante é no sentido de reconhecer a existência, na hipótese, de produto e não de frutos, beneficiando, conseqüentemente, o titular da propriedade (nu-proprietário) e não aquele que tem o gozo dos bens (usufrutuário), sem prejuízo do usufruto que recai também sobre as novas ações.

33. Mais recentemente, a mesma tese também tem sido consagrada na doutrina pátria, conforme entendimento de Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de Direito Civil*, IV/202-203, 1.ª ed., 1970); Fran Martins (*Direito Societário — Estudos e Pareceres*, p. 41) e ainda por Modesto Carvalhosa, Fábio Konder Comparato e Luiz Gastão Paes de Barros Leães, nos textos a seguir transcritos.

34. Efetivamente, escreve Modesto Carvalhosa, nos seus *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, que: “Em se tratando de usufruto, prevalecem as mesmas regras estabelecidas no citado art. 40. Ainda que a origem das ações bonificadas seja o lucro não distribuído ou reservas constituídas, que passam à conta de capital, estas não constituem frutos, mas, sim, ações novas que, originadas daquelas e distribuídas gratuitamente, geram, por sua vez, frutos representados por dividendos. Daí a liberdade de convenção sobre elas” (*Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 5/283).

35. Por sua vez, o Prof. Fábio Konder Comparato, reconhece que: “Final-

mente, a terceira categoria de direitos em relação ao patrimônio de uma sociedade anônima concerne aos acionistas. Importa aqui, antes de tudo, fixar a distinção, nessa situação subjetiva do acionista, entre direito aos lucros sociais e direito ao dividendo, pois é do desconhecimento prático dessa distinção que costumam decorrer vários contrasensos de interpretação dos textos legais. Deve-se partir da diferença fundamental entre lucros sociais e dividendo, para se chegar à diferente caracterização do direito a uns e a outro. A diferença intercorrente não é tanto, na verdade, de gênero a espécie, quanto de origem a produto. O dividendo, como a própria forma gerundiva indica, é o lucro que deve ser dividido, isto é, repartido entre os acionistas. Mas, obviamente, se não pode haver dividendo sem lucro (por inexistência de algo a repartir), nem todo lucro pode ou deve ser distribuído aos acionistas sob a forma de dividendo. Justamente, a gestão do patrimônio social, em função da disciplina legal de preservação dos direitos concorrentes acima mencionados, torna impossível a transformação de todo o lucro social, anualmente apurado, em dividendo. (. . .) E, de fato, a participação do acionista no lucro da sociedade não se realiza, apenas, sob a forma de percepção de dividendo, mas de outras maneiras, segundo a sistemática legal de destinação dos lucros. O direito genérico do acionista consiste em não ser privado do benefício econômico gerado pela apuração de lucros no patrimônio social. Tal benefício econômico, no patrimônio individual dos acionistas, traduz-se, também, pelo aumento do valor patrimonial das ações de que são titulares, ainda que não aumentado o capital social com a conseqüente distribuição gratuita de ações, que a prática anglo-saxônica denomina, sugestivamente, “*stock dividends*”. Ocorre que entre ambos esses aspectos do benefício eco-

nômico que os lucros sociais representam, para o acionista — percepção de dividendos e aumento do valor patrimonial de suas ações — *deve sempre haver um justo equilíbrio*” (Fábio Konder Comparato, *Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*, pp. 151 e 153).

36. Finalmente, o Prof. Leães, que dedicou uma das suas excelentes teses de concurso ao *Direito ao Dividendo*, faz a distinção entre o lucro da ação e o lucro da empresa, para esclarecer que: “Constituídas as reservas através desse procedimento complexo, que se aperfeiçoa com a aprovação por Assembléia, é inegável que os acionistas não dispõem de qualquer titularidade sobre as reservas, às quais a sociedade, de resto, já deu destinação especial. Como diz Bermond de Vaulx, *l'actionnaire n'a pas un droit direct de propriété sur les réserves: celles-ci appartiennent à la société*. Mesmo em se tratando de reservas facultativas e não legais, suscetíveis de utilização distinta da finalidade para que foram criadas, como distribuição entre acionistas, por deliberação ulterior dos órgãos que as instruíram, inexistente, antes dessa medida, qualquer titularidade por parte dos acionistas, que pudesse implicar disponibilidade, em favor destes, dos valores respectivos. Apesar de as reservas, uma vez constituídas em assembléia, ficarem em poder exclusivo da sociedade, que as aplicará de acordo com sua destinação, por certo os acionistas são, em última instância, beneficiários das mesmas. Daí Bermond de Vaulx falar em *droits latents* dos acionistas sobre as reservas, isto é, direitos que se exteriorizam ou se instrumentalizam, por reflexo, em outras faculdades, tais como: a) direito a distribuição de ações novas, na proporção do número de ações que possuem ou a alteração do valor nominal das ações, em decorrência do aumento do capital social mediante capitalização de reservas (art. 169); . . .” (Luiz Gastão Paes de

Barros Leães, *Estudos e Pareceres sobre Sociedades Anônimas*, p. 173)

37. A própria Comissão de Valores Mobiliários tem reconhecido que existe um poder discricionário — mas não arbitrário — da Assembléia-Geral Ordinária para dar o adequado destino ao lucro social, tendo salientado, em Parecer de um dos seus advogados, que: “De fato o art. 202 assegura ao acionista o “direito de receber como dividendo obrigatório, em cada exercício”, o dividendo previsto no estatuto ou, se este for omissivo, metade do lucro líquido do exercício ajustado nos termos daquele artigo. Assim o direito reconhecido e outorgado pela lei aos acionistas, que gera, conseqüentemente, obrigação correspondente da companhia independentemente de deliberação assemblear, limita-se ao dividendo mínimo obrigatório previsto no estatuto ou o dividendo mínimo obrigatório legal supletivo. Não contém a lei nenhuma norma que obrigue a sociedade à distribuição daquele saldo eventualmente existente. Ao contrário, contém a lei diversos dispositivos que conduzem ao entendimento inverso. . . . Assim, concluímos pela não obrigatoriedade legal de a empresa distribuir como dividendo o saldo do lucro líquido do exercício após o pagamento de dividendos e a constituição das reservas previstas, destacando que: o poder da assembléia-geral não é ilimitado já que o art. 199 estabelece um limite para as reservas de lucros (exceto para contingências e de lucros a realizar), obrigando a companhia a aplicar o excesso na integralização ou no aumento do capital social ou na distribuição de dividendos; o poder da assembléia-geral não pode ser exercido abusivamente no sentido de, embora obedecido o valor mínimo do dividendo previsto, deliberar sobre a distribuição sistemática de parcos lucros em face de substanciais resultados obtidos, votando pela acumulação des-

ses lucros na companhia, em detrimento da maior remuneração dos acionistas”

38. Finalmente, a doutrina tem reconhecido a distinção entre o chamado direito expectativo, ou expectativa de direito, e o Direito de crédito, salientando existir, no primeiro caso, a mera habilitação a um direito futuro, que é o direito expectado. Enquanto o direito expectativo é anterior, o direito expectado é futuro, sendo o titular do direito expectativa pré-titular do direito expectado. O direito abstrato do acionista ao dividendo é um direito expectativa enquanto, após a deliberação da Assembléia-Geral Ordinária, surge o direito expectado, concreto, de crédito ou corporativo (Arnoldo Wald, *Curso de Direito Civil Brasileiro* — Introdução e Parte Geral, 6.^a ed., 2.^a tir., 1991, n. 79, p. 165; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, V/286-287; Luiz Gastão Paes de Barros Leães, *Do Direito do Acionista ao Dividendo*, p. 309; no mesmo sentido, Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro, *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*, p. 588).

39. A jurisprudência e a doutrina estrangeira confirmam, na maioria dos casos, a posição do Direito Brasileiro, tendo a Corte de Cassação Francesa decidido que o usufrutuário tem direito aos dividendos fixados pela sociedade, por terem o caráter de renda, mas não pode pretender receber o valor das reservas e dos valores acrescidos ao ativo social, pois, neste último caso, as referidas quantias não têm “o caráter de dividendos distribuíveis aos sócios mediante crédito em conta, mas o de poupança da sociedade regularmente por ela utilizada para aumentar os seus próprios fundos . . . ; elas não podem ser consideradas como frutos civis que devem beneficiar o usufrutuário das ações, na forma do art. 586 do CC, mas ao contrário como um aumento do ativo

social que deve beneficiar os proprietários das ações" (Planiol-Ripert, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, III/743, n. 792).

40. Assim sendo, seguindo a mesma linha do direito pátrio, os tribunais estrangeiros concluem que *as reservas não pertencem ao usufrutuário, devendo beneficiar o nu-proprietário*, sem prejuízo de sobre elas recair o usufruto, gozando assim o usufrutuário dos dividendos das ações decorrentes da bonificação.

III — Do direito do usufrutuário

41. O usufruto importa no direito de usar e gozar de uma coisa cuja propriedade pertence a terceiro, sendo pois, um direito real sobre coisa alheia, que não deve alterar a sua substância e que só perdura enquanto viver o seu titular, extinguindo-se de pleno direito com a sua morte. Trata-se do direito de fruir as utilidades de uma coisa, tendo o usufrutuário direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos (arts. 713-718 do CC).

42. O usufruto de ações é expressamente previsto pela legislação societária, no seu art. 40, devendo ser averbado nos livros competentes conforme a forma da ação (nominativa, endossável ou escritural), cabendo às partes convenicionar, no ato de constituição, a quem caberá o direito de voto, sob pena de só poder ser exercido mediante prévio acordo entre o nu-proprietário e o usufrutuário (art. 114 da LSA).

43. Salvo convenção em contrário, não tem o usufrutuário direito aos produtos (bonificações) que, como já vimos, se distinguem dos frutos.

44. Em relação aos frutos civis, esclarece o art. 723 do CC, que os vencidos, na data inicial do usufruto, pertencem ao proprietário e, ao usufrutuário, os vencidos na data em que cessa o usufruto.

45. Já vimos as peculiaridades que caracterizam o lucro das ações de empresas, lembrando que o acionista só passa a ter direito ao dividendo após a decisão da Assembléia-Geral Ordinária, que tem caráter mais constitutivo do que declaratório, pois quantifica um direito abstrato, que poderia até inexistir (por não haver lucro) ou restringir-se ao mínimo estatutariamente estabelecido.

46. Por outro lado, ao contrário dos títulos de crédito, cujos juros, ou correção monetária, ou ambos, podem ser calculados, dia a dia, ou seja, *pro rata tempore*, o dividendo pressupõe o lucro vinculado a um período — o do exercício social, que a doutrina denomina o *período frutífero*. Assim o Prof. Venezian, na sua excelente monografia sobre *Usufructo, Uso e Habitación*, define o período frutífero como "o espaço de tempo no qual a coisa enseja utilidades que são suscetíveis de repetir-se em tempo igual depois do transcurso do primeiro período" (II/467, n. 315).

47. Assim, o lucro societário não pode ser calculado dia a dia, ou *pro rata*, pois, os negócios sociais evoluem de modo diferenciado, de uma época para a outra, e somente com o balanço do exercício social é que se encerra o chamado período frutífero que, em virtude de lei e na forma dos estatutos, serve de base para o cálculo do lucro da empresa e, conseqüentemente, para a fixação do valor do dividendo. Conseqüentemente, o dividendo é fruto civil que só se torna vencido e exigível a partir da decisão da Assembléia-Geral que aprovou as contas e decidiu a respeito do destino do lucro.

48. Conclui-se que a legitimidade para o recebimento dos dividendos se apura pelo fato do acionista ter essa qualidade na data do ato de declaração do dividendo, nos precisos termos do art. 205. Do ponto de vista do Direito

Societário, ao titular do direito, na data da fixação do dividendo, é que este pertence, seja o titular um proprietário pleno, ou um usufrutuário. Pouco importa que o lucro tenha decorrido de operações realizadas em período no qual o mencionado titular ainda não possuía essa qualidade. Em outras palavras, não se considera a transferência do direito sobre as ações feitas *ex dividendos*, antes dos mesmos terem sido declarados, por ainda se tratar de mera expectativa, a não ser que haja decisão expressa das partes neste sentido contendo então, além da transmissão da posse da ação, uma espécie de *emptio spei* (venda de esperança) em relação aos dividendos futuros à qual corresponde a expectativa dos mesmos. Na falta de convenção, ou no caso de transferência involuntária do direito, como ocorre na hipótese de extinção do usufruto, pela morte do seu titular, as ações se transferem, ao novo titular, com todos os seus acessórios e inclusive o direito aos frutos ainda não quantificados, que ainda não são exigíveis, ou seja, aos dividendos que decorrerão de decisão futura da Assembléia-Geral Ordinária.

49. Acresce que o usufruto se extingue de pleno direito em virtude do falecimento do usufrutuário (art. 739 do CC), não havendo necessidade de qualquer providência complementar, sendo o cancelamento da averbação do usufrutuário simples ato vinculado de reconhecimento de uma situação jurídica que produz, por si só, todos os seus efeitos (Theotonio Negrão, *Código de Processo Civil*, 21.^a ed., 1991, p. 493, nota 13 ao art. 1.112).

50. Assim, embora a declaração dos dividendos se refira aos rendimentos obtidos no exercício social do ano anterior, quando o usufrutuário ainda era vivo, o seu espólio não terá direito a recebê-los de acordo com o Direito Societário, pois, *o usufruto extinguiu-se*

antes da declaração do dividendo, que é o ato pelo qual é constituído o direito de crédito do acionista, assegurando a este o direito de exigir da companhia o seu pagamento.

51. A lei societária vigente, em seu art. 205, 3.^o, fixa o prazo para *pagamento do dividendo da data em que for declarado*, pois, como já dito, é neste momento que se constitui o crédito e passa a fluir o prazo para pagamento.

52. É o que esclarece o Prof. Waldírio Bulgarelli, ao afirmar que: “aprovado o balanço e o plano de distribuição de dividendos, tornam-se eles exigíveis desde logo. O que era direito abstrato aos lucros sociais converte-se, a partir de então, em direito concreto”. (*Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, SP, Ed. Saraiva, 4/79)

53. A lei é clara, dispondo o art. 205 que a companhia pagará os dividendos *à pessoa que, na data do ato de declaração do dividendo, estiver inscrita, como proprietária, ou usufrutuária, da ação*.

54. Assim sendo, quando o usufruto, se extingue em decorrência do falecimento do usufrutuário, antes da declaração de dividendos, nem o espólio nem os herdeiros do beneficiário têm direito algum a receber o pagamento dos dividendos ainda não declarados.

55. Confirmando a tese aqui sustentada, o Prof. Fran Martins, esclarece: “somente após a aprovação do balanço e contas da administração, na Assembléia-Geral, tem-se a declaração dos dividendos com caráter jurídico e legitimando o pagamento”. (*Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, Rio, Ed. Forense, v. II, T. II).

56. E acrescenta Wilson de Souza Campos Batalha, “o usufrutuário tem direito à percepção de dividendos, mas não tem direito algum, enquanto não distribuídos, aos lucros e reservas, que permanecem integrados no patrimônio social” (*Comentário à Lei das Socieda-*

des Anônimas, Rio, Ed. Forense, 1/286).

57. A doutrina tem sempre salientado que, antes da decisão da Assembléia-Geral, que estabelece a distribuição do dividendo, inexistente direito do acionista ao mesmo. Efetivamente, até o mencionado momento o que ocorre é um crédito global da totalidade dos acionistas, que corresponde ao chamado "passivo interno", que a sociedade tem em relação aos seus membros. O passivo interno é a soma que a sociedade deve aos acionistas pelos investimentos nela realizados, mas que não é exigível. *A decisão de distribuir o dividendo é que individualiza o direito obstrato de cada acionista e o torna exigível.* Passa a haver, a partir do mencionado momento, um crédito efetivo para o acionista, o que não ocorria anteriormente.

58. Trata-se de uma diferença básica existente entre as ações e as debêntures, pois, em relação a estas, o juro, tendo sido fixado previamente e sendo determinado ou determinável, o crédito decorrente do mesmo independe de aprovação ou decisão de qualquer ordem por parte da sociedade devedora e flui dia a dia.

59. Assim, tanto a interpretação literal da lei (art. 205 *caput*), como também o mecanismo de aprovação dos dividendos e a sua base de cálculo (o lucro do exercício social), nos levam a reconhecer que somente o titular no momento da declaração do dividendo é que tem direito ao mesmo, de acordo com as normas societárias.

60. A legitimidade de quem é acionista, na data de declaração do dividendo, para exigir o seu pagamento, também se explica e decorre do sistema vigente em relação aos direitos dos acionistas, que sempre pressupõe que sejam exercidos por aqueles que tenham os seus nomes registrado nos livros próprios, tratando-se de ações nominativas,

ou estejam, na posse das mesmas, no caso das ações ao portador (hoje já extintas).

61. Embora o problema tivesse sido mais amplamente discutido em relação às ações ao portador, conforme se verifica em vários pareceres, que trataram do usufruto em relação a essas ações (Antão de Moraes, *Problemas e Negócios Jurídicos*, 2/259 e ss. e Moacyr Amaral Santos, "Parecer" in *RT* 512/39 e ss.), a tese é aplicável às ações nominativas, especialmente no tocante às relações entre a sociedade e o acionista.

62. Inspirando-se, talvez, no exemplo da solidariedade, a doutrina estrangeira entendeu que pode até, eventualmente, haver, no caso, várias soluções distintas, conforme se aplique o Direito Societário ou o Direito Civil, cada um no seu campo próprio de atuação. Assim, na relação entre a sociedade e o acionista, denominada *relação externa*, deveria prevalecer o direito do titular da ação no momento da declaração do dividendo, enquanto na existente entre usufrutuário (ou seu espólio e seus herdeiros) e antigo nu-proprietário (transformado, com a morte do usufrutuário, em proprietário pleno), denominada *relação interna*, deveria ser feito o eventual acerto entre direitos e obrigações de ambas as partes. Nesta relação interna de ajuste de contas, regida pelo Direito Civil, é que poderia caber verificar em favor de quem devem ser computados os dividendos correspondentes ao período frutífero, no qual o usufrutuário ainda exercia os seus direitos. Trata-se, evidentemente, de matéria fora do campo societário, mas na qual é importante compatibilizar as normas de Direito Comercial e de Direito Civil. A tese, aliás, nos parece plenamente defensável no Direito Brasileiro, em virtude do que dispõe as normas contidas no Código Civil.

63. Cabe, aliás, salientar que a questão não é regida de modo idêntico em todas as legislações. Assim, na Espanha, p. ex., o art. 41 da LSA atribui o direito aos dividendos ao titular da ação no momento de sua declaração (*momento de reparto*), desde que os lucros tenham sido obtidos durante o período do usufruto. Na doutrina espanhola há, pois, várias posições, destacando-se, entre outras, aquela que considera que o titular da ação no momento da realização da Assembléia que definiu o lucro, deve receber o dividendo, sem prejuízo do eventual acerto de contas nas relações entre o Espólio do usufrutuário e os proprietários plenos (antigos nu-proprietários), como assinalamos no parágrafo anterior.

64. Na Itália, a jurisprudência também teve dúvidas na aplicação dos princípios legais na matéria, ensejando o pronunciamento da Corte de Cassação, em decisão de 22.1.1960. Tratava-se de saber a quem atribuir o dividendo de ações que foram oneradas com usufruto, em virtude de legado efetivado, com a morte do titular anterior, nove dias após o encerramento do exercício social e três meses antes da aprovação pela Assembléia-Geral do lucro a ser distribuído. Em apelação, a Justiça italiana reconheceu o direito dos herdeiros (ou seja, do de *cujus* por eles representado) considerando que havia, em seu favor direito adquirido, pois o lucro tinha sido gerado enquanto vivo o então pleno proprietário das ações, embora o direito ao dividendo dependesse de condição suspensiva ocorrida após o seu falecimento. Reformando a decisão, a Corte de Cassação italiana atribuiu os dividendos ao legatário, *por ser o titular do direito de usufruto no momento em que foram aprovados o balanço e a distribuição dos lucros* (Jacinto Gil Rodrigues, *El Usufruto de Acciones, Aspectos Civiles*, 1981, p. 270, nota 564).

65. Em Portugal, a legislação recente diverge frontalmente da nossa e o

art. 1.467 do novo CC português, determina que: “Art. 1.467 — Usufruto de títulos de participação. 1. O usufrutuário de ações ou de partes sociais tem direito: a) Aos lucros distribuídos correspondentes ao tempo de duração do usufruto; b) a votar nas assembléias gerais, salvo quando se trate de deliberações que importem alteração dos estatutos ou dissolução da sociedade; c) a usufruir os valores que, no acto de liquidação da sociedade ou da quota, caibam à parte social sobre que incide o usufruto. 2. Nas deliberações que importem alteração dos estatutos ou dissolução da sociedade, o voto pertence conjuntamente ao usufrutuário e ao titular da raiz”.

66. Verifica-se, assim, que existem, no Direito Comparado, vários sistemas divergentes, mas que, *na legislação brasileira, há norma específica que se refere expressamente ao usufrutuário e que regulamenta de modo inequívoco a matéria, reconhecendo a legitimidade do titular do direito que tem essa qualidade no momento da declaração do dividendo*. Diante das dúvidas surgidas em outros países, o legislador brasileiro decidiu regular a matéria para evitar oscilações jurisprudenciais e polêmicas doutrinárias. *Legem habemus* e ela (a lei) deve ser aplicada, não admitindo interpretações que se afastam do texto legal. Assim sendo, os eventuais pronunciamentos divergentes se colocam na posição *de lege ferenda*, propugnando por uma eventual reforma legislativa da matéria, que se inspiraria na legislação espanhola, como pretende Wilson de Souza Campos Batalha (*Comentários à Lei das S.A.*, Rio, Ed. Forense, p. 993). *Data venia*, não comungamos com essa proposta da reforma legislativa, parecendo-nos que o texto legal vigente é cristalino e coerente, não necessitando de reforma.

A REPRESENTAÇÃO NA CONCLUSÃO DOS CONTRATOS MERCANTIS *

ELISABETH KASZNAR FEKETE

I — O tema

A expansão alcançada pelo instituto da representação, tema dos mais férteis em estudos doutrinários, deve-se, em grande parte, ao crescente papel das empresas na prática de atos jurídicos e ao desdobramento das formas de cooperação comercial. Inúmeros atos mercantis são realizados por intermédio de pessoas físicas investidas no poder de agir em nome do *dominus negotii*, possibilitando a ampliação dos negócios do mesmo.

O presente trabalho procura sistematizar diversos aspectos concernentes ao uso da representação convencional ou voluntária em matéria comercial, sobretudo no que diz respeito à conclusão de contratos mercantis e às condições de validade dos mesmos, perfilando alguns esclarecimentos de direito comparado.

II — Formas que pode assumir o fundamento do poder de representar e figuras aproximadas

Em decorrência da especialização das atividades e da profusão de operações que os negócios mercantis comportam, técnicas diversas de realização de atos mediante colaboração, delegação ou re-

presentação vêm sendo empregadas e criadas.

A representação, definida por Ruggiero como o instituto graças ao qual alguém pratica um ato jurídico em lugar de uma outra pessoa, com a intenção de que esse ato valha como se fosse praticado por essa outra, e produzindo realmente para ela (parte representada) os seus efeitos¹, é um dos meios mais usados para expandir as atividades do comerciante. Para melhor análise do funcionamento e das repercussões do mecanismo representativo nos atos do comércio, mister se faz distinguirmos a representação, ainda que de modo sucinto, de diversos contratos que lhe podem servir de fundamento, bem como de formas de cooperação que embora se aproximem do instituto sob enfoque, não compreendem poderes representativos.

Veremos assim que, desde o mandatário até o simples mensageiro, a qualidade das declarações volitivas dos diversos tipos de intermediários apresenta marcantes diferenças estruturais, assim como o grau de iniciativa que lhes é facultado.

1. Mandato

Na esteira de Ihering, nossos autores ressaltam a evidente confusão que o legislador brasileiro fez entre mandato e representação. Hoje, a doutrina pátria

* Trabalho elaborado para o Curso de Pós-Graduação em Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

esclarece que o mandato representa uma simples *relação interna*, entre o mandante e o mandatário, e que a projeção no mundo exterior, o exercício da deliberação do mandante, e seu conhecimento por terceiros, ocorrem por via da *representação*; a sutileza da distinção não é fácil de ser deslindada para os brasileiros, acostumados ao conceito da representação integrada como um elemento do mandato.²

No novo direito italiano, observa Waldírio Bulgarelli, o mandato pode ser *com* ou *sem* representação, configurando-se este último quando as relações jurídicas se estabelecem diretamente entre o mandatário e o terceiro, e não entre o mandante e o terceiro.³ Por sua vez, o CC português (arts. 1.180 e ss.), fazendo inovação sobre o antigo Código, trata de um *mandato sem representação*, como espécie análoga à comissão mercantil.⁴ No que tange ao mandato no nosso direito, entretanto, a representação lhe é essencial e a sua falta desfigura o contrato de mandato em locação de serviços.⁵

Em contrapartida, a representação não se prende única e exclusivamente ao mandato, podendo decorrer da lei e de diversas relações jurídicas, algumas das quais relacionaremos a seguir.

2. Gestão de negócios

Diversamente do mandato, configura-se a gestão de negócios na atuação oficiosa do gestor, em nome de outrem, sem ter recebido incumbência de assim proceder; mas, a ratificação do dono tem o efeito de converter a oficiosidade da representação em mandato, e atraí-la assim para o campo da representação voluntária.⁶

3. Representação comercial

A representação comercial, regulada pela Lei 4.886/65, deriva do instituto

geral da representação nos negócios jurídicos, mas constitui, no moderno Direito Comercial, um instituto jurídico próprio.⁷ Trata-se do contrato em que uma parte se obriga, mediante remuneração, a realizar negócios mercantis, em caráter não eventual, em favor de outra.⁸ E também chamado de *contrato de agência* e corresponde ao *contrat d'agence* dos franceses e ao *commercial agency agreement* do direito anglo-saxão.

4. Contratos de cooperação comercial

Na esteira da representação comercial, diversos tipos de contratos de cooperação mercantil adquiriram autonomia com relação ao instituto da representação, embora possam comportá-la. Sem adentrar a análise das peculiaridades que os distinguem, mencionaremos, a título exemplificativo, os contratos de distribuição, concessão, comissão mercantil.

5. Representação orgânica

A maior parte dos contratos mercantis é concluída no âmbito das empresas, através de pessoas físicas a elas vinculadas, como, p. ex., os sócios-gerentes das sociedades por quotas e os diretores das sociedades anônimas. É imprescindível, com vistas a proporcionar maior clareza aos capítulos seguintes, assinalarmos alguns princípios capitais concernentes à representação orgânica, que a distinguem da representação pura e simples.

A representação privativa dos administradores é uma *representação orgânica*, no sentido de que lhes advém da investidura num cargo que reveste a natureza jurídica de *órgão* da sociedade, ou seja, de centro de manifestação de vontade da pessoa jurídica; encontram-se hoje superadas as concepções que viam nos administradores *mandatários*

da sociedade).⁹ Assim, como a *representação* é apenas um dos elementos caracterizadores da função de administração ou direção, a “*teoria de representação*” desdobrou-se na “*teoria da organicidade*”, que identifica a pessoa jurídica à pessoa física que por ela age,¹⁰ a ponto de considerar que ambas emitem uma única vontade.

A diferença fundamental entre mandatário mercantil e administrador de empresa, no dizer de Virgílio Campos, é a faculdade que tem o primeiro de substabelecer seus poderes a terceiro, o que é impossível no caso do segundo. Por outro lado, se o mandatário é um encarregado de negócios que pode ou não existir, o administrador é figura essencial e indispensável à existência da própria empresa, que só existe através dele e da qual é *representante necessário*. Este autor estima que pouco a pouco, devido à realidade sócio-econômica dos novos tempos, o entendimento de que o diretor ou administrador de empresa é um prestador de serviços vem se firmando nas legislações mais recentes”.¹¹

6. Empregados de alto nível

Enquanto os administradores da sociedade exercem a representação (orgânica) da sociedade para com terceiros, os empregados de alto nível (e.g., os gerentes administrativos, os empregados que exercem cargos executivos, de modo geral) encontram-se em relação à sociedade ligados por um vínculo de subordinação, característico dos contratos de trabalho, em que têm tarefas de gestão, mas não de representação,¹² a menos que sejam destas incumbidos por via de um mandato ou de outras relações jurídicas atributivas de poderes representativos, como a *preposição comercial*, versada a seguir.

7. Preposição comercial

Em algumas funções, o empregado tem a oportunidade de tratar com terceiros, em nome do comerciante, e realizar transações de que resultam obrigações para o empregador. Quando age em nome da empresa, o empregado está representando o comerciante, e as obrigações assumidas são da responsabilidade deste. O contrato entre o comerciante e os empregados que o representam, denominado *preposição comercial*, tem natureza jurídica própria, participando ao mesmo tempo do contrato de prestação de serviços e do mandato, sem contudo, deixar-se absorver por qualquer desses contratos.¹³

8. Colaboradores e auxiliares dos comerciantes

Diversos auxiliares mantêm com os comerciantes relações jurídicas regidas por regras próprias, diversas da representação (salvo menção expressa, não compreendem funções representativas), como os corretores, leiloeiros, administradores de armazéns de depósito, comissários de transporte, contadores, viajantes, vendedores, praticistas.

9. Intervenientes sem poderes de representação

Na celebração dos negócios jurídicos, podem intervir pessoas que desempenham uma atividade meramente material, limitando-se a *transmitir* uma declaração de vontade alheia, ao contrário do representante, a quem se atribui iniciativa, poder de decisão e declaração de vontade própria. Estão neste caso o nuncio, que transmite a declaração volitiva do outorgante ausente, e o intérprete.¹⁴

Outros participantes não investidos em poderes de representação são, ainda, o mediador ou intermediário, na fase

negocial; e o notário ou redator do documento. Tais figuras não integram a constituição da declaração da parte, embora a acompanhem,¹⁵ como fazem também as testemunhas.

Tampouco representa o *dominus negotii* a pessoa que para ele atua como "testa-de-ferro", dado o aspecto fraudulento da declaração de vontade da interposta figura, que não passa de falso contratante; a fraude torna nulo o contrato comercial assim celebrado.

Autores há que se dedicam a ressaltar as diferenças existentes entre os poderes de representação e os de disposição, a autorização, a substituição, a sub-rogação.

III — A capacidade para praticar atos do comércio como representante

Se passarmos a examinar a capacidade das partes envolvidas na relação de representação, veremos que a regra segundo a qual o maior de 16 e o menor de 21 anos não emancipado podem ser mandatários, enunciada no art. 1.298 do CC, encontra bastante repercussão no plano mercantil, em que muitos atos, plenamente válidos, são realizados por menores. Do mandante, contudo, exige-se a plena capacidade, em ambas as esferas, cível e comercial.

Com relação à capacidade, a representação revela algumas especificidades no plano mercantil. Assim, são incapacidades específicas do Direito Comercial, a dos administradores das sociedades anônimas, que não podem votar, como procuradores, os documentos referidos no art. 134 da Lei 6.404/76,¹⁶ e a dos sócios comanditários, impedidos de representar a sociedade, pena de ficarem solidariamente responsáveis com os outros sócios, por força do que estabelece o art. 314 do CCom.

O diretor de uma sociedade anônima que veio a falir pode representar ativa

ou passivamente outra sociedade, por duas razões: em primeiro lugar, porque os administradores de uma companhia falida não são falidos, e em segundo, porque no direito positivo brasileiro, não há qualquer dispositivo que proíba o falido a representar uma sociedade.¹⁷

IV — A repercussão da teoria da aparência de representação no plano comercial

O representante deve agir em conformidade com a *contemplatio domini*, definida por Caio Mário da Silva Pereira como o procedimento com a intenção de adquirir direitos e contrair obrigações para o representado, e não para si mesmo.¹⁸ Entretanto, não se requer declaração expressa do representante nesse sentido, ou seja, de que está a agir em nome do representado. Pode-se inferir a *contemplatio domini* das circunstâncias, de sorte que, se alguém se acha permanentemente a serviço de outrem, presume-se que atua em nome daquele a quem serve.¹⁹

Por isso mesmo, no âmbito do Direito Comercial, a regra da *contemplatio domini* está particularmente temperada, esperando-se do comportamento de determinadas pessoas que estejam revestidas do poder de representação (*agency by estoppel*). A teoria da aparência de representação tem aplicação quando a conduta, as palavras de uma parte criaram uma aparência tal, que impedem-na de pretender posteriormente que o agente que celebrou o contrato não era o seu representante.²⁰

A representação aparente — ensina Fábio Maria de Mattia — existe tanto no direito civil como no direito comercial, mas foi neste campo que a jurisprudência generalizou a aplicação da representação aparente, em decorrência do caráter permanente e orgânico de que se reveste, na maior parte das ve-

zes. Citando Jean Calais-Auloy, prossegue o Prof. de Mattia: “a noção de representação intervém constantemente no mundo negocial, quando a atividade principal e quase única de certas pessoas consiste em agir por conta de outras pessoas, dando oportunidade para se conceber a intensidade com que pode apresentar uma aparência de representação. As regras da representação aparente, portanto, encontram seu terreno de eleição no campo das pessoas jurídicas, que não podem agir senão por intermédio de representantes — gerentes, conselho de administração, presidente, diretor-geral — que são os verdadeiros órgãos institucionais que, entre outras funções, exercem as de contratar com terceiros em nome da sociedade”.²¹

No terreno da representação para a prática de atos mercantis, a aplicação da teoria da aparência justifica-se tanto mais, que nele, o elemento formal é dos menos exigentes. Em matéria de mandato comercial, p. ex., admite-se meios “informais”, que equivalem ao instrumento próprio de mandato escrito, como as formas verbal,²² telegráfica, telefônica, as instruções por telex e fac-símile, a carta-missiva, o endosso, a cláusula contratual instituindo poderes representativos. Por outro lado, o mandato comercial é dispensado de uma formalidade obrigatório para as procurações cíveis por instrumento particular: se a procuração for passada por comerciante, não é necessário o reconhecimento da firma do mesmo (art. 21 do CCom.).

Em muitos casos, um simples mandato aparente obriga o representado. É impensável, com efeito, pedir a prova do seu mandato à vendedora de uma loja,²³ ao empregado de banco, ao diretor comercial de uma sociedade anônima, etc.²⁴

O negócio realizado pelo procurador aparente vale, a menos que se prove

conhecia o terceiro, ou devia conhecer, a causa extintiva ou a inexistência de mandato.²⁵ Na obra retromencionada de Fábio Maria de Mattia, encontramos afirmado o princípio de que a consequência principal da representação aparente consiste na obrigação pelo inadimplemento, de forma que haveria a convergência da representação e da representação aparente para o mesmo resultado. Já a consequência subsidiária se circunscreve à composição entre o representante aparente e o representado aparente”.²⁶

Jean-Ch. Laurent preconiza que é enorme o papel reservado à jurisprudência, a quem cabe a fixação dos limites dentro dos quais o representado se obriga, o que é algo variável.²⁷

V — A extensão dos poderes conferidos pelo mandato *ad negotia mercantil*

Como preceitua o art. 1.294 do CC, o mandato pode ser especial a um ou mais negócios determinadamente, ou geral a todos do mandante.

O mandato pode também ser classificado como judicial ou extrajudicial, igualmente denominado este último de mandato *ad negotia*, destinando-se à prática de negócios comuns, civis ou comerciais, fora da justiça.²⁸ Considerando a relevância e a freqüência deste tipo de mandato no âmbito mercantil, a análise da extensão dos poderes nele compreendidos é essencial para o desenvolvimento da matéria proposta.

O mandato *ad negotia* pode ser outorgado para a prática de todo e qualquer tipo de atos ou para a prática de atos especificados, na procuração, pelo mandante.²⁹ Teremos, no primeiro caso, um mandato *ad negotia* geral e, no segundo, um especial; uma terceira forma, mista (mandato geral, com poderes especiais), é bastante freqüente. Em qualquer caso, a procuração respectiva,

também denominada *ad negotia*, pode ser passada por escritura particular, mas, em se tratando de procuração geral para administração ou para gerência, dada a importância do mandato, sempre aconselhável se torna o instrumento público.³⁰ De uma formalidade específica, contudo, depende a oponibilidade a terceiros: tal como o próprio instrumento, a revogação do mandato geral deve ser registrada no Tribunal do Comércio (Junta Comercial, atualmente) do domicílio do mandante e do mandatário, conforme determina o art. 159 do CCom., sob pena de serem presumidos válidos os atos praticados pelo mandatário destituído. Embora a revogação do mandato, notificada somente ao mandatário, não se possa opor aos terceiros, que, ignorando-a, de boa-fé, com ele trataram, ficam salvas ao constituinte as ações, que no caso lhe possam caber, contra o procurador, *ex vi* do que dispõe o art. 1.318 do CC.

Em regra, todos os atos que excedem a administração ordinária necessitam de poderes especiais para ser praticados. Essa conclusão decorre da norma contida no art. 1.295 do CC, segundo a qual o mandato em termos gerais só confere poderes de administração.³¹ O § 1.º do mesmo artigo ressalva que para “alienar, hipotecar, transigir, ou praticar outros quaisquer atos que exorbitem da administração ordinária, depende a procuração de poderes especiais e expressos”. Regra análoga encontramos no art. 145 do CCom.: “o mandato geral abrange todos os atos de gerência conexos e conseqüentes, segundo se entende e pratica pelos comerciantes em casos semelhantes no lugar da execução; mas, na generalidade dos poderes não se compreendem os de alhear, hipotecar, assinar fianças, transações, ou compromissos de credores, entrar em companhias ou sociedades, nem os de outros quaisquer atos para os quais

se exigem neste Código poderes especiais”.

A aplicação de ambos os dispositivos no terreno mercantil deve partir, portanto, da verificação da amplitude do conceito de “administração ordinária” no campo comercial. Na área muito informal e portanto, movediça, da constituição de poderes para efetuar negócios comerciais, uma delimitação perfeita jamais seria alcançada; fatores como a natureza do ato a ser praticado, a qualidade da intervenção do representante, a freqüência de sua atuação, os propósitos do mandante, os usos locais, e as circunstâncias de realização do negócio, variam em cada caso. Como regra geral, contudo, podemos considerar compreendidos no âmbito da administração ordinária mercantil os poderes necessários à prática dos atos do comércio inerentes ao funcionamento habitual da empresa, segundo o parâmetro das atividades usuais e das finalidades das empresas da mesma categoria. Assim, p. ex., a venda de mercadorias de determinada espécie num estabelecimento comercial tendo por objeto essa mesma venda não se enquadra na exigência de poderes especiais para alienar a que os arts. 1.295, § 1.º do CC e 145 do CCom. se referem.

Em contrapartida, é forçoso conferir ao mandatário *ad negotia* poderes especiais para habilitá-lo a realizar os seguintes atos,³² além daqueles enumerados nos aludidos dispositivos: receber e dar quitação; transferir apólices; assinar, remitir, novar ou confessar dívidas; constituir sociedades; emitir, avalizar, aceitar ou endossar nota promissória ou letra de câmbio;³³ emprestar; renunciar a qualquer direito; exercer o direito de opção; assinar termo de transferência de ações; arrematar bens; pedir adjudicação de bens; nomear bens à penhora; requerer falência, própria ou de outrem; nomear advogado; compro-

meter-se em árbitros ou assinar compromisso, etc.

Seriam necessários poderes especiais para assinar contratos mercantis diversos, não mencionados nas hipóteses precedentes, bem como suas alterações, ou bastam os poderes gerais de administração?

Parece-nos que a assinatura de contratos tais como *leasing*, *factoring*, *franchising*, locação mercantil, contratos bancários, etc., não pode ser considerada com ato de pura administração; os contornos desta não comportam interpretação extensiva dos poderes constituídos.

Uma observação se impõe, em vista do que tivemos a oportunidade de ressaltar no n. II, 5, supra, a respeito da representação orgânica: a posição do administrador de sociedade, ao representá-la, é diversa daquela do mandatário *ad negotia* de uma empresa, não vinculado à mesma por laços societários ou empregatícios, eis que, como vimos, no primeiro caso, a pessoa jurídica representada e seu órgão emitem uma única vontade, ao passo que, no segundo, a vontade declarada pelo representante é a sua própria, embora a manifeste em nome do representado. Como a fonte do poder de representação é constituída por relações jurídicas diversas nos dois casos, a verificação da investidura em "poderes especiais" coloca-se em função de fundamentos diversos. Assim, com relação ao órgão, a faculdade de agir depende da extensão de seus poderes de decisão e de gestão representativa, de origem societária,³⁴ tornando-se necessário verificar, portanto, se o contrato social ou os estatutos estabeleceram alguma limitação aos poderes do órgão.³⁵

No Direito francês, a procuração *ad negotia* comercial corresponde ao *pouvoir de représenter commercial*. Na França, as procurações gerais só permi-

tem fazer atos de administração, excluindo-se o empréstimo, a caução e as operações imobiliárias, entre outros.³⁶ No entender de René Popesco-Ramniceano, a razão das restrições é que um poder permanente extenso demais poderia apresentar graves perigos para os representados comerciantes; como no direito civil francês, os poderes são temporários, os perigos são menores na área cível.³⁷ Quanto ao nosso direito, não há dispositivos que determinem a obrigatoriedade da limitação da duração do mandato, que constitui, destarte, faculdade do mandante.

O Código Comercial alemão distingue a *Handlungsvollmacht* da *Prokura*. Como se infere do art. 54 desse estatuto, a primeira é estabelecida em vista do exercício de uma atividade comercial, ou da execução de uma categoria determinada de operações próprias à atividade comercial, ou da conclusão de diversos atos específicos (individualizados), que se compreendam no quadro dessa atividade. Segundo o dispositivo citado, a *Handlungsvollmacht* abrange a prática de todos os atos jurídicos e negócios em que importa correntemente o exercício de uma atividade comercial desse gênero, havendo, portanto, uma interpretação baseada na vontade presumida do representado.³⁸

A lei comercial alemã, tal como a brasileira, indica os atos do mandatário comercial que necessitam de poderes especiais expressos, mencionando, além daqueles elencados no art. 145 da nossa, os atos consistentes em alienar imóveis, gravá-los de ônus reais, contrair empréstimos, agir em juízo, substabelecer. Qualquer outra restrição ao mandato comercial é reputada pelo aludido art. 54 como inoponível aos terceiros, a menos que dela tenham tido conhecimento ou que devessem tê-lo.

Quanto à *Prokura*, trata-se de instituição particular do direito alemão, pe-

la qual o dono do fundo de comércio confere ao representante um poder muito extenso de representá-lo. Essa variedade de procuração é definida como o ato conferindo o poder de concluir negócios e atos jurídicos em nome do representado, nos limites da esfera de atividade comercial deste último. As condições são a existência de uma declaração expressa da parte de um comerciante ou de seu representante legal, o assentimento do Tribunal das Tutelas e a inscrição da procuração no Registro do Comércio. É que o preposto é investido num poder de representação permanente, com relação não somente a certos atos ou contratos, mas a toda uma categoria de negócios, e a todas as operações que se vinculam à exploração do negócio. Desse modo, o proprietário do fundo de comércio não poderá restringir os poderes a certos negócios, ou a um certo gênero de negócios, ou decidir que só se obriga pelos atos de seu preposto em determinadas circunstâncias, ou somente durante um tempo determinado, ou ainda, decidir que a *Prokura* somente valerá para certas localidades. Ainda assim, os poderes são limitados, pois o *Prokurist* tampouco pode alienar ou hipotecar imóveis, substabelecer, alienar em bloco o fundo de comércio, sem poderes especiais para tanto.³⁹

VI — Questões relativas às consequências jurídicas dos atos praticados mediante representação

A extensão dos poderes do representante — tema abordado no item precedente —, determina se a atuação do mesmo foi, ou não, excessiva. Em princípio, os efeitos do contrato concluído por representante recaem unicamente sobre o representado, pois é ele o sujeito do interesse, ainda que o representante tenha declarado a sua própria vontade.⁴⁰ Contudo, se passarmos a

examinar as situações que se patentesiam na prática, veremos que as consequências jurídicas do ato podem atingir também a esfera do representante.

1. O excesso de gestão representativa e seus efeitos com relação a terceiros

O mandatário deve agir na conformidade do mandato conferido, como se depreende do art. 1.309 do CC. Suponhamos que determinado contrato tenha sido celebrado por um representante habilitado unicamente a fazer um levantamento orçamentário prévio, e que, atraído pelas vantagens de uma das propostas e premido pelo exíguo tempo de validade da mesma, tenha assinado o contrato em nome da sociedade. Será este contrato válido? Quem responde pelas consequências do ato?

A teor do que dispõe o CCom., no art. 163, o negócio concluído por representante sem mandato ou excedendo os limites deste, reputa-se mera gestão de negócio, enquanto o mandante não lhe ratificar os atos (a norma está contida também no art. 1.297 do CC). O Anteprojeto de CC brasileiro, que cuida de maneira unificada do instituto da representação, prevê a responsabilização do representante pelos atos que excederem os poderes em que foi investido, caso não tenha provado às pessoas, com quem tratou em nome do representado, a sua qualidade e a extensão de seus poderes (art. 116).

Antes da ratificação, o contrato concluído sem poderes encontra-se em situação análoga à do contrato sob condição potestativa suspensiva, em estado de pendência.⁴¹

Se o representante agiu sem procuração, ou se excedeu os limites de poder, a ratificação produz efeito retroativo.⁴² No exemplo proposto, portanto, o contrato será válido desde a assinatura, se for ratificado.

Pode ocorrer que o contrato seja celebrado por dois representantes, sob a condição suspensiva de sua ratificação pelos respectivos representados, ou também que só uma das partes use representante e expresse semelhante reserva. Em tais casos, o contrato está condicionado à ratificação, de modo que se esta for negada, o contrato não surge.⁴³

Para o representado, não é obrigatório convalidar o ato. E se ele optar por não ratificá-lo?

Neste ponto, mister se faz distinguirmos a insuficiência de poder do *abuso de mandato*. Na palavra abalizada de Plácido e Silva, a insuficiência de poder, que conduz ao excesso de mandato, funda-se na inexistência de uma autorização para fazer, ou para contratar o ato executado; a consequência jurídica é que o mandante não se obriga para com terceiro.⁴⁴ Esta regra configura, aliás, um dos traços distintivos entre o representante e o núncio: se o primeiro excede os poderes recebidos, o negócio deve-se considerar ineficaz em relação ao representado, salvo a hipótese de ratificação, enquanto que, se o segundo transmitir a sua declaração inexistente, o *dominus* poderá ficar vinculado nos termos da declaração emitida, ressalvando-se a anulabilidade para os casos de erro na transmissão da declaração.⁴⁵

A regra segundo a qual o terceiro que contrate com mandatário que agiu *ultra vires*, sem ter-lhe solicitado a apresentação do instrumento, poderá agir somente contra o mandatário, encontra seu fundamento no dever do mandatário estabelecido no art. 1.305 do CC, de apresentar o instrumento do mandato às pessoas com quem tratar em nome do mandante, sob pena de responder diante delas por qualquer ato que lhe exceda os poderes.

Os terceiros de boa-fé são protegidos contra o excesso de mandato também no campo da representação orgânica: os sócios-gerentes ou que derem nome à firma respondem para com a mesma e para com terceiros solidária e ilimitadamente, como prescreve o art. 10 do Dec. 3.708/19. De acordo com o art. 14 deste Decreto, as sociedades por quotas de responsabilidade limitada respondem pelos compromissos assumidos pelos gerentes, se contraídos em seu nome ou proveito, nos limites dos poderes da gerência. Assim, p. ex., se o sócio-gerente de sociedade por quotas de responsabilidade limitada que dela se retirou, continuar usando da firma social, responderá ele perante a sociedade e os terceiros que ignoravam a inexistência de poderes, pelo uso indevido, com relação a todos os atos por ele praticados em nome da sociedade, que são nulos por vício na declaração volitiva.

Já o administrador de sociedade anônima responde civilmente pelos prejuízos que causar quando, embora procedendo dentro de suas atribuições ou poderes, aja com culpa ou dolo, ou com violação do estatuto (art. 158 da Lei 6.404/76).

2. Configuração do abuso de representação

Não escapou à lucidez de Plácido e Silva que ocorre abuso de mandato quando, tendo embora poder para fazer ou para contratar, o mandatário exorbita as ordens particulares recebidas, indo além do que lhe fora cometido, seja repetindo o ato, seja desobedecendo as instruções que lhe foram diretamente dadas. A questão aqui não é a falta de poderes, mas o cumprimento das instruções de maneira diversa daquela determinada pelo *dominus*; daí falarmos em abuso. Neste caso, o representado é tido como perfeito mandante, respondendo pelo ato do mandatário, embora possa

exigir deste perdas e danos, que lhe possa ter ocasionado o ato abusivo.⁴⁶ O abuso também se configura pela inércia do representante: se este deixa de celebrar o contrato, para cuja assinatura tinha ordens e poderes expressos, o mandante responde pelos prejuízos causados à parte que teria sido co-contratante, nas circunstâncias em que se caracterize a responsabilidade pré-contratual, por força da prática de atos vinculantes na fase negocial.

O caso do mandatário que modifica as instruções, praticando o ato de forma mais favorável ao mandante, não se reputa falta, mas benéfico;⁴⁷ é o caso, p. ex., do mandatário que consegue preço menor na compra de determinado bem.

Entrementes, concebe-se um abuso de representação, consistindo em agir o representante dentro dos limites formais dos poderes recebidos, mas de modo substancialmente contrário aos fins da representação.⁴⁸

3. Continuação da representação a despeito da revogação dos poderes

Consoante De Plácido e Silva, o mandatário cientificado da revogação age em fraude ou dolo, quando pratica o ato jurídico, para o qual se lhe retirou o poder. Nessa hipótese, o terceiro de boa-fé, que desconhecia a revogação e *mostra as justas razões deste desconhecimento*, pode exigir que o mandante cumpra as obrigações assumidas por seu revogado mandatário. Entanto, ao mandante assim prejudicado assiste o direito de intentar contra o mandatário as necessárias ações por perdas e danos, além de denunciá-lo pela fraude cometida.⁴⁹

4. Falsa procuração

Outro aspecto é o da procuração efetivamente falsa. Os atos do *falsus pro-*

curator, nesta circunstância, são visivelmente nulos, em relação ao mandante. Enquanto que o ato do mandatário insuficiente é ratificável, o ato do falso mandatário é promovido de má-fé, é fraudulento ou doloso, não podendo nem devendo ser ratificado pelo mandante prejudicado.⁵⁰

Quanto às conseqüências jurídicas do ato, o procurador que assina um contrato sem ser representante ou depois que seu mandato expirou, é responsável pelos danos causados a terceiros e ao pretendido representado.⁵¹

5. Conflito de interesses e contrato consigo mesmo

O esforço no sentido de reunir neste capítulo, ainda que sumariamente, as principais implicações jurídicas da prática de atos mercantis por meio de representante, teria pouco fôlego se deixássemos de mencionar o conflito de interesses entre o representante e o representado, sobretudo em vista das possibilidades de incidência dessa colisão na representação das pessoas jurídicas. O conflito se configura quando o representante, ao invés de agir em função do interesse do *dominus negotii principalis*, atua de acordo com o seu próprio interesse ou com o de terceiro, do qual pode ser, p. ex., igualmente procurador. O embate de interesses está geralmente presente nos chamados "contratos consigo mesmo", cuja validade, assim como a do mandato outorgado para celebrá-los, pode ser questionada, em função da verificação de quem foi favorecido pelo ato e se houve abuso.⁵²

O art. 117 do Projeto de Lei 634-A/75 (anteprojeto de CC brasileiro) prevê a anulabilidade do negócio concluído pelo representante, em conflito de interesses com o representado, se tal fato era ou devia ser do conhecimento de quem com ele tratou. Já o CC ale-

mão proíbe a “realização de ato jurídico consigo mesmo”, salvo permissão contrária ou se o ato consistir exclusivamente na execução de um compromisso (art. 181 do BGB).

6. Prática de ato ilícito mediante representante

É de se questionar a autoria do ato ilícito realizado através de intermediário: poderia o constituinte incumbir ao representante a celebração de um contrato com objeto ilícito, usando-o como fachada?

Segundo Pontes de Miranda, “tratando-se de atos ilícitos, não há pensar-se em representação”.⁵³ O CC argentino erigiu como princípio legal que tal mandato não autorizaria ação alguma do mandante contra o mandatário, nem a este contra o mandante, exceto se o mandatário não sabia que o mandato era ilícito; é que não se pode admitir que alguém pratique por meio de representante um ato que seria nulo se o próprio representado o praticasse. Em outras palavras, o representando não pode aproveitar-se da ignorância ou da boa-fé de seu representante para evitar as conseqüências de sua própria má-fé,⁵⁴ mesmo porque *nemo auditur propriam torpitudinem suam allegans*.

Responde o *mandans*, destarte, pelos prejuízos causados em razão do contrato com objeto ilícito, cuja nulidade é absoluta, de acordo com o art. 129, II, do CCom.

7. Responsabilidade do representado pelos atos do representante

Se quem agiu com a vontade viciada foi o representante, sem o conhecimento do vício pelo representado, as conseqüências do ato recaem sobre o próprio, não atingindo o representado.

Para produzir efeitos, o contrato exige o consentimento válido das partes.

A apreciação da validade do ato celebrado por representante conduz, por conseguinte, ao exame de um aspecto fundamental da construção dogmática do instituto da representação: quem é considerado como verdadeiro contratante, o representante ou o representado?

No entender de De Plácido e Silva, o mandatário conduz a vontade do mandante para fazer por ele, como se fora ele, o ato autorizado. Citando Pothier, o tratadista ressalta que quem contrata é o mandante, é este quem se obriga com os terceiros com os quais o mandatário contratou.⁵⁵ Deste modo, o representado é parte no contrato, e, sendo parte do contrato, é ele quem adquire os direitos decorrentes do mesmo. O representante não integra o contrato; ele permite a conclusão do contrato, após o que ele desaparece da cena jurídica, salvo situações excepcionais, como p. ex., quando o representante acorda com o terceiro que ele se torna garante da execução do contrato pelo representado.⁵⁶

Diante da alegação de ato eivado de vício do consentimento ou de má-fé, três situações devem ser examinadas: a) Se o *dominus negotii* apoiava intencionalmente ou se pelo menos, conhecia o vício do representante, responde, junto com este, na esfera cível e criminal, mas se o ignorava, responde civilmente somente até a importância do proveito que teve (art. 96 do CC); b) sempre que houver falta intencional (dolo) por parte do representante, este é obrigado a reparar o dano; c) a emissão de vontade viciada unicamente por parte do terceiro não atinge a responsabilidade dos dois sujeitos anteriores. Como vimos, quanto ao contrato comercial em si, que recaia sobre objetos proibidos pela lei, ou cujo uso ou fim seja manifestamente ofensivo da sã moral e dos bons costumes, ou ainda, que seja convecido de fraude, dolo ou simulação,

a nulidade do ato é manifesta, face ao que dispõe o art. 129 do CCom., independentemente do fato de ter sido concluído por representante.

Qual notou De Plácido e Silva, se o mandante tiver sido prejudicado por uma falta do mandatário em atender os requisitos inerentes à validade do contrato, legitimamente pode imputá-la à negligência ou culpa do mesmo, para que responda pelos danos decorrentes.⁵⁷

No campo societário, havendo administração fraudulenta por parte do gestor, este viola seu dever, rompendo, desse modo, a chamada relação interna. O negócio jurídico que realiza com terceiro é um negócio que deve ser válido; justamente porque é válido, prejudica a sociedade.⁵⁸ No caso do preposto que comete fraudes, abusando de seus poderes de representação,⁵⁹ recorde-se que, em vista dos arts. 1.521, III e 1.522 do CC, as pessoas jurídicas respondem pelos atos de seus empregados e prepostos — responsabilidade *in eligendo e in vigilando* — e que, segundo o art. 149 do CCom., o comitente é responsável por todos os atos praticados pelo mandatário dentro dos limites do mandato, obre este em seu próprio nome, ou em nome do comitente.

VII — Conclusão

O instituto da representação foi profundamente modificado pela noção de aparência — de grande aplicação no âmbito mercantil; como vimos —, pois seu caráter individualista se abrandou, para deixar lugar às considerações sociais; a incerteza foi substituída pela segurança, nas relações entre o representado e terceiros.⁶⁰

Tivemos a oportunidade de focalizar, partindo da observação dos diversos níveis de envolvimento que o representante e o representado podem assumir na expressão do consentimento — re-

quisito a que se subordina a própria validade do ato —, que somente em situações específicas, as conseqüências do mesmo atingem a esfera jurídica do representante, no plano cível ou criminal. Assim, em função dos princípios da representação e da responsabilidade civil, os riscos não apenas econômicos, mas sobretudo jurídicos, da operação mercantil, ainda que executada por intermediário, competem em regra ao *dominus negotii*, cabendo ao representante apenas uma obrigação de meios.

A informalidade característica de muitos atos do comércio e o fenômeno da contratação em massa, observado no moderno direito econômico, repercutem certamente nos usos e costumes dos comerciantes, no que diz respeito ao emprego de mecanismos de representação. Nesse sentido, embora sob o ponto de vista da regulamentação legal, não se justifique a divisão do mandato em civil e comercial,⁶¹ consideramos que, diante dos riscos e interesses característicos do comerciante, da celeridade das transações mercantis e do imperativo de segurança dos atos jurídicos delas resultantes, a evolução do instituto da representação no campo do Direito Comercial não deve ser perdida de vista.

NOTAS

1. Cit. por Waldírio Bulgarelli, *Contratos Mercantis*, 5.ª ed., SP, Atlas, 1990, p. 129.

2. Rubens Requião, *Do Representante Comercial*, 3.ª ed., RJ, Ed. Forense, 1983, p. 43. O mandato é regulado nos arts. 1.288 a 1.330 do CC, e o CCom. disciplina especificamente o mandato mercantil nos arts. 140 a 164. O Projeto de lei 634-A/75 sistematiza a representação como instituto autônomo, dedicando-lhe um capítulo separado do mandato (os dispositivos pertinentes são os arts. 113-118 e 662-701, respectivamente).

3. Ob. cit., p. 447.

4. Carlos Alberto Mota Pinto, cit. por Albertino Daniel de Melo in "Representação Jurídica", *Enciclopédia Jurídica Saraiva*, SP, Ed. Saraiva, 1977, 65/121.

5. Waldírio Bulgarelli, ob. cit., p. 447.

6. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, 1/538, 4.ª ed., RJ, Ed. Forense, 1974.
7. Rubens Requião, ob. cit., p. 17.
8. Fran Martins, *Contratos e Obrigações Comerciais*, 5.ª ed., RJ, Ed. Forense, 1977, p. 22.
9. Alberto Xavier, *Administradores de Sociedades*, SP, Ed. RT, 1979, p. 21.
10. Virgílio Campos, "Contrato de Trabalho do Diretor de Empresas", *RDM*, nova série 35/75, jul./set. 1979. Sobre a representação de pessoas jurídicas, v. os arts. 17 do CC e 12, VI do CPC.
11. Ob. cit., p. 75 e 76.
12. Alberto Xavier, ob. cit., p. 26/27.
13. Fran Martins, *Curso de Direito Comercial*, 6.ª ed., RT, Ed. Forense, 1977, pp. 154-155.
14. Cf., a respeito, Fernando de Sandy Lopes Pessoa Jorge, O Mandato sem Representação Lisboa, Ática, 1961, p. 241. Pontes de Miranda analisa detalhadamente a natureza da figura do nônio e as divergências e princípios comuns que apresenta face ao representante, in *Tratado de Direito Privado*, Parte Geral, t. III, 3.ª ed., reimpressão, RJ, Borsoi, 1972, pp. 312 e ss.
15. Waldírio Bulgarelli, ob. cit., p. 131.
16. Coincidindo a pessoa física do diretor da sociedade anônima com o representante legal do acionista, este está legalmente impedido de votar em matéria de remuneração e de participação nos lucros, submetida à apreciação da assembléia ordinária (inteligência do § 1.º, do art. 126 da Lei 6.404/76) — "Há conflito de interesses, pois o administrador, ainda que na qualidade de representante legal da acionista, deveria votar matéria que diretamente diz respeito ao seu interesse financeiro na companhia" — cf. Comentário de Maria Lúcia de Araújo Cintra ao ac. da 2.ª T. do STF, no RE 93.092-2, in *RDM*, nova série, n. 43, jul./set. 1981, p. 89 e ss. A decisão comentada considerou o voto do administrador como não exercido.
17. É a conclusão a que chegaram, mediante agudo raciocínio, Suzel Mattos Rosman e Walmyr Mattos, in *Representação de Sociedade por Falido*, *RDM*, nova série, n. 46, abr./jun. 1982, pp. 29 e ss. Segundo os autores, a exceção seria aquela apontada no art. 147, § 2.º, da Lei 6.404/76.
18. Ob. cit., p. 539.
19. Orlando Gomes, *Introdução ao Direito Civil*, 4.ª ed., RJ, Ed. Forense, 1974, p. 465.
20. Luis Muñoz, *Derecho Comercial: Contratos*, 1/624-634, Buenos Aires, Ed. Argentina, 1960.
21. Fábio Maria de Mattia, *Aparência de Representação*, SP, tese, 1984, p. 62.
22. "O mandato é fato que pode ser provado por simples testemunhas" — cf. jurisprudência citada por Wilson Bussada, in *Procurações Interpretadas pelos Tribunais*, SP, Irmãos Boso, 1962, p. 52.
23. Segundo o art. 56 do CCom. alemão, todo preposto de uma loja ou de um estabelecimento de mercadorias aberto ao público reputa-se autorizado a concluir as vendas e receber os pagamentos que têm lugar habitualmente nos estabelecimentos dessa categoria (*Handelsgesetzbuch*, 10.5.1887, texto atualizado em 1.1.67, trad. livre). O legislador considera que nesse caso, houve uma intenção tácita de outorgar os poderes, no dizer de René Popesco-Ramniceano, *De la Représentation dans les Actes Juridiques en Droit Comparé*, Paris, Duchemin, 1927, p. 451. Citando Cosak, o autor recomenda que para verificar a "habitualidade", o intérprete deve guiar-se pelos costumes dos estabelecimentos análogos da mesma localidade. Com relação à validade do pagamento e da quitação, a jurisprudência de nossos tribunais orienta-se no mesmo rumo que o aludido art. 56, considerando que o preposto de estabelecimento comercial e o representante comercial estão autorizados por um mandato presumido a receber o preço, nos contratos de compra e venda (cf. ementas relacionadas sob ns. 126 e 127 por Wilson Bussada, ob. cit., p. 55).
24. René Savatier, *La Théorie des Obligations en Droit Privé Economique*, 4.ª ed., Paris, Dalloz, 1979. No mesmo sentido. Rubens Requião, cit. por Sérgio Murilo Zalona Latorraca, em comentário de decisão que teve por base a aparência da representação e a proteção da boa-fé de terceiros: "seria exigir demais, no âmbito do comércio, onde as operações se realizam em massa, e por isso sempre em antagonismo com o formalismo, que a todo instante o terceiro que contrata com uma sociedade comercial solicite desta a exibição do contrato social, para verificação dos poderes do gerente", ou que "examine a documentação no Registro do Comércio" — in *RDM*, 59/107-115, nova série, n. 59, jul./set. 1985.
25. Orlando Gomes, ob. cit., p. 464. Wilson Bussada reporta o seguinte entendimento jurisprudencial: "Não pode ser considerado terceiro de boa-fé quem sabia ou tinha razões para saber da existência da revogação da procuração e tratou com o procurador

que já não o era, com ele transacionando como se fosse o legítimo representante do outorgante — DF/GB, *Revista Forense*, 186/187", in ob. cit., p. 106.

26. Ob. cit., p. 201.

27. Cit. por Fábio Maria de Mattia, ob. cit., p. 201. Este autor, em seu aprofundado estudo sobre a aparência de representação, registra julgados pertinentes às pp. 224 e ss. Cf. tb., a respeito, comentando acórdão, Paulo Salvador Frontini, in *RDM*, nova série, n. 18, 1975, pp. 97 e ss. Sobre a aplicação da teoria da aparência no âmbito societário norte-americano, consulte-se William L. Cary, *Cases and Materials on Corporations*, 4.ª ed., Mineola, "The Foundation Press, Inc.", 1970, destacando-se os seguintes casos: a) fatos que foram considerados suficientes para acusar a diretoria de conhecimento do ato e portanto, de aquiescência: *Jourdan v. Long Island Railroad Co.*, 1889 — pp. 128 e ss.; b) julgado da Suprema Corte de Delaware, constatando que "no mundo negocial, o cargo de presidente carrega em si certos poderes de representação implícitos; em virtude de seu cargo, ele pode concluir um contrato e obrigar a companhia em matérias relativas ao curso corrente de seus negócios" (trad. nossa) — *Joseph Greenspon's Sons Iron and Steel Company vs. Pecos Valley Gas Company* — pp. 130 e ss.; c) decisão apontando que muitos tribunais perceberam a injustiça causada pela prática de permitir às sociedades agirem comumente através de seus executivos e depois deixá-las atacar a validade de um contrato como estando aquém da autoridade do administrador que o celebrou, quando o contrato não mais lhes convém; este acórdão elenca os fatores relevantes para determinar se houve representação aparente — *Lee v. Jenkins Brothers*, pp. 136 e ss.

28. De Plácido e Silva, *Tratado do Mandato e Prática das Procuções*, 2.ª/329, 3.ª ed., RJ, Forense, 1959. Acórdão publ. in *RT* 426/205 e reproduzido por Orlando Fida e Walter de Santis, (*Prática e Jurisprudência dos Contratos no Direito Brasileiro*, 2.ª vol., SP, Universitária, 1973, pp. 601 e ss.) resume a regra básica segundo a qual o mandato *ad negotia* não inclui poderes para representar o mandante em juízo, pois, para esta finalidade, é indispensável o poder *ad judicia*. Embora o julgado se refira à distinção entre o mandato judicial e o extrajudicial, ele fixa um critério que pode ser utilizado seguido na interpretação da extensão dos poderes de qualquer tipo de mandato: "as cláusulas do mandato devem ser entendidas, por mais genéricas que sejam, sempre

e irremediavelmente limitadas à espécie de que se trata".

29. Cf. José Cretella Júnior, verbete Mandato "Ad Negotia", *Enciclopédia Jurídica Saraiva*, 51/212, SP, Ed. Saraiva, 1977.

30. De Plácido e Silva, ob. cit., p. 420. Wilson Bussada oferece uma relação exemplificativa de tipos de procuções *ad negotia*, in *Procuções Interpretadas pelos Tribunais*, São Paulo, Irmãos Boso, 1962, pp. 179/180.

31. Fran Martins, *Contratos e Obrigações Comerciais*, 5.ª ed., RJ, Forense, 1977, p. 323.

32. Cf. o elenco de atos apresentado por J. Ribeiro, na obra *Do Mandato e das Procuções*, 3.ª ed., RJ, Ed. Ribeiro dos Santos, 1926, pp. 26 e ss.

33. O mandatário deve ter poderes especiais para sacar, endossar, aceitar ou avalizar — cf. decisões publ. in *Revista Forense*, 180/206 e 189/192, citadas por Wilson Bussada, ob. cit., p. 21.

34. Sobre o conceito dos atos normais de gestão, que podem ser praticados pelos diretores de sociedades anônimas independentemente de autorização estatutária ou assemblear — mais especificamente, sobre a validade de um ato de disposição, verificando-se se guardava ou não relação necessária com a natureza e a finalidade da sociedade, cf. comentário de acórdão, da autoria de José Alexandre Tavares Guerreiro, in *RDM*, nova série, 19/90 e ss., 1975; embora referentes à aplicação da Lei das S.A. anterior, o julgado e o comentário conservam atualidade no que diz respeito aos princípios invocados.

35. A lei francesa sobre as sociedades comerciais (Lei 66-537, de 24.7.66), estabeleceu o princípio segundo o qual em todas as sociedades comerciais, as cláusulas restritivas dos poderes dos gerentes ou administradores são inoponíveis aos terceiros, quer estejam estes de boa ou de má-fé — cf. Georges Ripert, *Traité de Droit Commercial*, t. 1, 13.ª ed., at. por René Roblot, Paris, LGD], 1989, p. 540. O dispositivo inspira-se na teoria da aparência de representação, tratada no n. IV, supra.

36. René Savatier e Jean-Marie Leloup, *Droit des Affaires*, 5.ª ed., Paris, Sirey, 1977, p. 170.

37. René Popesco-Ramniceano, *De la Représentation dans les Actes Juridiques en Droit Comparé*, Paris, Duchemin, 1927, p. 451.

38. Idem, p. 448 e 450.

39. Idem, p. 453 a 456.

40. Luis Muñoz, *Direito Comercial: Contratos*, 1/632, Buenos Aires, Ed. Argentina, 1960.
41. *Idem*, p. 638.
42. Nos termos da máxima *omnis ratihabito retrotrahitur mandato priori equiparatur* e do art. 1.936 do CC argentino, toda ratificação retroativa equipara-se ao mandato originário — *id.*, p. 637.
43. *Idem*, pp. 638-9.
44. *Ob. cit.*, 1/308. Saliente-se que o ato excessivo é inoperante apenas em relação ao mandante, que não o autorizou, mas é eficaz em relação ao mandatário e ao terceiro que com ele contratou: o mandatário por eles se obriga pessoalmente, e dele pode o terceiro exigir o cumprimento das correspondentes obrigações (*idem*, p. 302). Segundo decisão publ. in *Revista Forense*, 189/198, colhida por Wilson Bussada (*ob. cit.*, p. 96), não responde o mandante pelos atos praticados pelo mandatário não autorizado no instrumento, máxime quando o interessado que com o último negociou não cuidou de verificar os termos da procuração e examinar se esta habilitava o intermediário para a transação. Bussada reproduz ainda a seguinte ementa: "Procurador de sociedade anônima que emite cheque sem fundo para pagar dívida própria. Negócio particular do mandatário ou excesso por este praticado pelo qual não responde o mandante. Ação de cobrança contra esta julgada improcedente. Aplicação dos arts. 1.307 do CC e 149 do CCom." — *ob. cit.*, p. 49.
45. Cf. arts. 268 e 250 do CC português, respectivamente, segundo Albertino Daniel de Melo, *ob. cit.*, pp. 117-118.
46. *Ob. cit.*, 1/308.
47. De Plácido e Silva, *ob. cit.*, 2/136. Nesse sentido, decisão publicada in *Revista Forense*, 157/204: "os atos do mandatário, ainda que contrários às instruções do mandante, são válidos em relação a terceiro, desde que se contenham nos limites do mandato" — cit. por Wilson Bussada, *ob. cit.*, p. 35.
48. Albertino Daniel de Melo, a respeito de solução consagrada no CC português — *ob. cit.*, p. 115.
49. *Ob. cit.*, 2/105. Quanto ao conhecimento dos poderes do representante por parte do terceiro, René Popesco-Ramniceano esclarece que a expressão *kennen müssen* ("dever conhecer"), a que o CC alemão se refere em vários dispositivos, significa que, todas as vezes que o terceiro desconheceu
- uma circunstância, ao passo que poderia tê-la conhecido, se tivesse agido sem negligência, reputa-se falta sua tê-la ignorado — *ob. cit.*, p. 388.
50. De Plácido e Silva, *ob. cit.*, 2/106-107.
51. Luis Muñoz, *ob. cit.*, p. 636.
52. Cf., entre outras, a seguinte ementa, que revela a existência de evidente conflito de interesses: "Sociedade comercial — Mandato. Sócio-gerente de estabelecimento comercial que assina o nome da firma, para fazer, a si próprio, cessão de marca. Firma, porém, já dissolvida pelo falecimento de um dos sócios. Nulidade da transferência. Aplicação do art. 535, IV do CComercial e 1.133, II, do CC" — reproduzida por Wilson Bussada, *ob. cit.*, pp. 101-102. Cf. tb., sobre o contrato consigo mesmo e o conflito de interesse na outorga de mandato, pelo mutuário, a pessoa jurídica integrante do grupo do mutuante, a decisão da 3.ª T. do STJ, no RE 3.001, MG 904238-0, j. em 29.10.90, Rel. Min. Cláudio Santos, in *Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais*, LEX, n. 23, pp. 100-113.
53. *Ob. cit.*, p. 243.
54. Luis Muñoz, *ob. cit.*, p. 633.
55. *Ob. cit.*, 2/10-11. No mesmo sentido, Aubry e Rau, Guilloard e Carvalho Santos, tb., citados por De Plácido e Silva.
56. Fábio Maria de Mattia, *ob. cit.*, p. 16.
57. *Ob. cit.*, vol. 2, p. 20.
58. Norberto Eduardo Spolansky, "Los Crímenes de Gestión Fraudulenta en las Sociedades Comerciales", in *RDM*, nova série, n. 55/146, jul./set. 1984.
59. Em caso de jurisprudência francesa comentado por Pierre Bouzat, ocorreram, em resumo, os seguintes fatos: um empregado da *Compagnie d'Assurance Eagle Star* assinou vários contratos de seguros com clientes da sociedade, escondendo-os da mesma e embolsando os prêmios pagos. O empregado foi condenado por estelionato; na opinião do comentarista, se a companhia tivesse outorgado um mandato ao empregado, configurar-se-ia também o estelionato, mas, sem a outorga, trata-se de abuso de confiança "Droit Penal des Affaires", in *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Economique*, n. 4, out./dez. 1990, pp. 650 e ss.
60. François Giraut, cit. por Fábio Maria de Mattia, *ob. cit.*, p. 201.
61. Endossando a opinião de Waldemar Ferreira, Waldírio Bulgarelli, *ob. cit.*, p. 447.

DOCTRINA

AS CLÁUSULAS GERAIS DO CONTRATO NA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA *

GABRIEL F. LEONARDOS

I — Introdução

No presente trabalho procuramos expor de maneira simples e abrangente a lei alemã sobre cláusulas gerais do contrato, de 9.12.1976.¹ Iniciamos por expor o desenvolvimento histórico do direito alemão até a promulgação da lei, para, em seguida, expor as principais características do sistema criado pela *AGB-Gesetz*, para, ao final, formular nossas conclusões.

É necessário —um esclarecimento de ordem terminológica. A tradução para *allgemeine Geschaeftsbedingungen* pela qual optamos foi “cláusulas gerais do contrato”, conforme passamos a explicar.

Uma tradução possível de *Bedingung* para o vernáculo é “condição”. Ocorre que “condição”, no direito brasileiro, possui um significado específico, que é dado pelo art. 114 do CCB,² que não guarda relação com a matéria da lei aqui analisada, enquanto que, no direito alemão, a palavra *Bedingung* também pode significar “cláusula” ou “estipulação”, que é exatamente o sentido aqui analisado.

Por sua vez, *Geschaeft* pode ter tanto o sentido de “negócio” ou “transa-

ção comercial”, de um lado, quanto o de “loja” ou “estabelecimento”, de outro. O fenômeno que se deseja distinguir, porém, é de natureza *contratual*, pois não cabe falar em cláusula geral de um *negócio jurídico unilateral* (que é a espécie que se opõe aos contratos). Por isso, parece-nos mais adequado falar em “contrato” que “negócio”.

Uma tradução possível de *Geschaeftsbedingung*, portanto, seria “condição de negócio”, ou “condição negocial”. Mas, enquanto aquele termo já era consagrado na Alemanha pela doutrina e jurisprudência anteriores à promulgação da *AGB-Gesetz* com o significado de “cláusula contratual”, no direito brasileiro parece-nos que não há consagração da expressão “condições de negócio”, ou, tampouco, “condições de contrato”,³ e que tais expressões seriam, a rigor, deceptivas, pois transmitem ao leitor uma falsa idéia sobre o instituto em exame.

Por tais motivos, optamos por traduzir *Geschaeftsbedingung* por “cláusula contratual”, expressão que nos parece a mais adequada em nosso sistema jurídico.

II — A *AGB-Gesetz*

1. Considerações Gerais

O BGB tem por base o princípio de que o conteúdo de um contrato é definido pelas partes, em conjunto, no exercício de sua autonomia privada, e é

* Trabalho apresentado no Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na cadeira “Contratos em Direito Comercial Comparado I: Parte Geral”, ministrado no primeiro semestre de 1992 pelos profs. Waldírio Bulgarelli e Mauro Rodrigues Penteadó.

complementado pelas normas dispositivas do direito escrito aplicável. Esta idéia, no direito alemão, é assegurada pela chamada “garantia de justiça”⁴ que traz o contrato. Entretanto, logo após a promulgação do BGB, constatou-se que ela já não mais correspondia à realidade das relações jurídicas e comerciais.

A produção e o consumo de massa, de mercadorias e serviços padronizados, levou à criação e aplicação de “cláusulas gerais do contrato”, que em muitos casos suplantam o direito escrito. Com a utilização de cláusulas gerais, o contrato deixa de ser definido por ambas as partes e pelo direito positivo aplicável, e passa a sê-lo exclusivamente por uma das partes, que chamaremos de “predisponente”. Com a utilização de cláusulas gerais, consegue-se alcançar os objetivos de *racionalização*, *preenchimento de lacunas*, *desenvolvimento do direito* e *translação de riscos*.

A *racionalização* é obtida pela simplificação que as cláusulas gerais imprimem às transações comerciais, pois elas tratam das especificidades da mercadoria ou serviço ofertado e esclarecem dúvidas que poderiam haver com a aplicação das normas dispositivas do direito escrito. O tempo necessário para a negociação de todas as particularidades do contrato é drasticamente reduzido, diminuindo, assim, os chamados *custos de transação*.

O *preenchimento de lacunas* é obtido através do desenvolvimento e regulamentação de tipos contratuais importantes para as relações jurídicas e comerciais, e que não estão previstos no BGB, tais como os contratos de transferência de fundos, arrendamento mercantil (*leasing*), faturização (*factoring*), a venda através de máquinas automáticas, contrato de empreitada etc.

As cláusulas gerais proporcionam ainda o *desenvolvimento do direito*, na medida em que disposições ultrapassadas do BGB são aprimoradas; assim ocorre, p. ex., com a concessão de um prazo de garantia, durante o qual o vendedor se obriga a reparar a coisa vendida em caso de ocorrência de algum defeito.⁵

Finalmente, a *transladação de risco* é o objetivo de maior relevância atingido pelas cláusulas gerais. Na prática, todas as cláusulas gerais são impregnadas do esforço em reforçar a situação jurídica do predisponente e enfraquecer a do co-contratante. A despeito dessa distribuição de riscos desarrazoada, o predisponente, normalmente, não tem qualquer dificuldade em incorporar suas cláusulas gerais ao contrato. O cliente as aceita, muitas vezes sem nem ao menos delas tomar conhecimento, pois não compreende o alcance e o significado das mesmas, ou então receia os custos e esforços que a negociação de alterações implicaria.

A *livre concorrência* não está em condições de assegurar cláusulas gerais razoáveis e justas. Na Alemanha, fala-se em “insuficiência do mercado”.⁶ Ocorre que o cliente orienta-se pelo *preço* e *qualidade* da oferta, mas não pela “qualidade” das cláusulas gerais, que são, para ele, incompreensíveis.

2. Histórico

Na Alemanha, entende-se que um Estado Social de Direito, tal como ela pretende ser, inclusive por disposição constitucional,⁷ não pode admitir as situações injustas causadas pela utilização de cláusulas gerais. O ordem jurídico-social deve garantir uma medida adequada de justiça também para os contratos cujo conteúdo é definido através de cláusulas gerais. Como o legislador permaneceu por longo tempo omissos, a

jurisprudência desenvolveu⁸ o *controle intrínseco*, pelo Poder Judiciário, das cláusulas gerais. Com isso, deu-se um primeiro passo em direção ao controle das cláusulas gerais.

Entretanto, a jurisprudência baseada nas normas genéricas do BGB não era suficiente para afastar as injustiças existentes. Assim, nas discussões sobre o assunto firmou-se, a partir de 1972, o entendimento geral de que uma proteção eficaz contra cláusulas gerais desarrazoadas somente poderia ser obtida através de medidas legislativas. Esta foi, p. ex., a deliberação votada em 1974, por grande maioria, no 50.º Encontro Nacional de Juristas alemães.⁹

A *AGB-Gesetz* é o resultado de uma discussão iniciada por L. RAISER, com a edição, em 1935, de sua obra sobre as cláusulas gerais do contrato. Em 1972 o Ministério Federal da Justiça criou uma comissão para elaborar um anteprojeto de lei sobre as cláusulas gerais. Esta comissão concluiu seu trabalho em 1974, quanto ao direito material, e em 1975, quanto ao direito constitucional. Somente a parte referente ao direito material foi transformada em projeto de lei, e enviada ao *Bundestag*,¹⁰ onde o projeto foi complementado por disposições constitucionais e aprovado por unanimidade, tendo sido promulgado em 9.12.1976. Em seguida, o *Bundesrat*¹¹ examinou a matéria em decorrência de algumas questões constitucionais, e fez sugestões que foram aprovadas por votações em 10.12.1976 no *Bundestag* e em 12.11.1976 no *Bundesrat*.

3. Conteúdo

A *AGB-Gesetz* é dividida em cinco seções. A primeira contém disposições de direito material, e é dividida em uma sub-seção de disposições gerais e outra que dispõe a respeito de cláusulas ineficazes nos contratos; a segunda se-

ção trata da aplicação da *AGB-Gesetz* caso haja um conflito de leis; a terceira contém disposições de direito processual; a quarta trata do âmbito de aplicação material e pessoal da lei; e a quinta seção estabelece disposições gerais e transitórias.

O § 1.º define as cláusulas gerais como cláusulas pré-formuladas ou predispostas por uma das partes do contrato, chamada de Predisponente, que as propõe à outra, no momento de celebração do contrato. Tais cláusulas tanto podem estar contidas no instrumento do contrato ou não, mas, neste caso, segundo o § 2.º, deve ser feita expressa remissão às mesmas.

O § 1.º dispõe ainda, como consequência lógica da definição de cláusulas gerais, que estas não se consideram existentes quando as cláusulas forem negociadas ponto por ponto pelas partes.

O § 2.º determina a remissão expressa às cláusulas gerais, quando elas não integrarem o instrumento do contrato, ou, quando isto não for possível em decorrência da forma de celebração do contrato (ex. compra feita em supermercado), que seja feita remissão às mesmas através de cartaz afixado em local visível.

O § 3.º considera não integrantes do contrato as chamadas "cláusulas-surpresa", ou seja, as cláusulas que, de acordo com o tipo de contrato, sejam tão incomuns ou inesperadas, que o co-contratante do predisponente não possa prevê-las.

O § 3.º interpenetra-se com os §§ 8.º a 11, que tratam das cláusulas nulas, mas a técnica legislativa pela qual se optou foi considerar as cláusulas-surpresa distintas das cláusulas nulas. Assim, o controle judicial intrínseco, possível quanto aos §§ 9.º a 11, não se aplica ao § 3.º. Em contrapartida, cláusulas que estariam imunes ao controle judicial com base no § 8.º, podem ser

consideradas excluídas do contrato se forem tidas como cláusulas-surpresa,¹² o que, sem dúvida, constitui sanção equivalente à cominação de nulidade.

Assim, as conseqüências práticas, previstas no § 6.º, da aplicação do § 3.º ou dos §§ 8.º a 11 são equivalentes, ou seja, o contrato permanecerá eficaz no restante, e deverá ser integrado com as disposições da lei, salvo quando sua manutenção representar um ônus insuportável para uma das partes, caso em que será considerado ineficaz no todo.

O § 3.º é aplicável com relação a contratos com comerciantes, mas a jurisprudência admite o caráter "surpresa" de uma cláusula mais facilmente para contratos com pessoas inexperientes do que para com comerciantes.¹³ O § 3.º é também aplicável no caso de cláusulas gerais sujeitas à prévia aprovação pela repartição competente, como no caso das sociedades de poupança imobiliária, das seguradoras, ou das sociedades de investimento,¹⁴ pois o procedimento de aprovação não foi, até hoje, suficiente para escoimar o contrato de "cláusulas-surpresa", e, muito menos, serve de indício ou prova de que ele não conteria esse tipo de cláusulas.¹⁵

Não há como se definir *a priori* quais cláusulas são "surpresas" ou não, pois isso depende da forma das negociações, da ordem das cláusulas no instrumento, do tipo de impressão utilizado, dos avisos dados pelo predisponente etc. Exemplo de cláusula-surpresa inadmitida pela jurisprudência foi a cláusula de prorrogação automática, por prazos iguais e sucessivos ao inicial, contida no verso de contrato de inserção de propaganda celebrado por comerciante, onde, no anverso, junto das assinaturas, consta a menção de que o prazo contratual era de 1 ano.¹⁶ Exemplo de cláusula que não foi considerada "surpresa" foi a que, em contrato de venda de móveis,

deira dos móveis referia-se unicamente à placa externa que cobria a superfície da madeira.¹⁷

O § 4.º constitui uma regra de interpretação para o caso de haver conflito entre uma cláusula negociada entre as partes e outra, caracterizada como uma cláusula geral do contrato. Nesse caso, o acordo individual a que chegaram as partes tem primazia sobre as demais cláusulas. Por exemplo, se em contrato de compra e venda consta no anverso, manuscrito ou datilografado, que a data de entrega será 1.º de julho, enquanto que no verso consta impresso que "a data de entrega mencionada no anverso não é vinculante", nesse caso prevalece o acordo individual a respeito da data de entrega e a cláusula do verso não será aplicável.¹⁸

O § 5.º consagra o preceito de que em caso de dúvida, o contrato deve ser interpretado contra o predisponente. Trata-se de regra também tradicional no direito brasileiro com relação aos contratos de adesão.

O § 6.º, já mencionado, cuida das conseqüências da aplicação dos §§ 3.º e 9.º a 11. E, finalizando a sub-seção de "disposições gerais" da primeira seção, o § 7.º estabelece que a *AGB-Gesetz* deverá ser aplicada ainda que as partes (principalmente o predisponente) tentem evitar a sua incidência através da utilização de outras formas jurídicas que não as normalmente utilizadas, que, nesse caso, será considerada fraudulenta e ineficaz relativamente à *AGB-Gesetz*.

Ao iniciar a sub-seção de "cláusulas ineficazes" da primeira seção, o § 8.º determina que os §§ 9.º a 11 são aplicáveis apenas às cláusulas gerais que sejam contrárias ou complementares a normas de direito dispositivo. Interpretado literalmente, esse dispositivo significa que o controle intrínseco autorizado pelos §§ 9 a 11, a par de não poder ser

exercido com relação a cláusulas que não estejam em conflito com o direito dispositivo, nem inovando em relação ao mesmo, tampouco poderia ser exercido com relação a cláusulas que dissessem respeito unicamente ao *preço* ou à *coisa* contratadas.

Isso porque o § 8.º é aplicável apenas a determinadas cláusulas gerais, enquanto que as cláusulas que tratam do preço ou do objeto do contrato *não* podem ser subsumidas na definição de “cláusulas gerais do contrato” constante do § 1.º da *AGB-Gesetz*. Afinal, preço e objeto do contrato são elementos essenciais do mesmo, com relação aos quais deve vigorar a *autonomia da vontade*, e, em uma sociedade como a alemã, devem ser norteados acima de tudo pelas forças da economia de mercado. Com efeito, se as partes não acordam sobre o preço ou sobre a coisa, normalmente sequer haverá contrato. Assim, seria inadmissível a intervenção do Estado com relação a tais elementos essenciais do contrato.

Não obstante, a jurisprudência, inclusive do BGH, tem exercido o controle intrínseco também quanto a esses elementos, adotando uma postura considerada “muito pragmática e pouco doutrinária”, que dá ensejo a diversas críticas.¹⁹ Para tanto, as decisões judiciais se baseiam no § 9.º e § 11, 1, e procuram compensar as deficiências do mercado. Especialmente no que diz respeito ao controle exercido sobre as cláusulas de preço, a aplicação da *AGB-Gesetz* supre a ineficácia da lei contra o abuso de poder econômico.

O § 9.º consagra o controle intrínseco do contrato pelo Poder Judiciário, já mencionado, desenvolvido continuamente a partir do *leading case* BGHZ 22, 90 (1956), com base no § 242 BGB.²⁰

O § 9.º, (1) contém a cláusula geral, segundo a qual são ineficazes as disposições em cláusulas gerais do contrato

contrárias aos preceitos de boa-fé, que prejudiquem desarrazoadamente o cocontratante do predisponente; o § 9.º, (2) estabelece quando, em caso de dúvida, se considera existente um prejuízo desarrazoadado.

Ou seja; o § 9.º, (2) é uma explicitação exemplificativa da cláusula geral, sem restringi-la. Da mesma forma, os §§ 10 e 11 contêm uma lista de cláusulas gerais relativa (no caso do § 10) ou absolutamente (o § 11) ineficazes, que igualmente servem para exemplificar a cláusula geral do § 9.º, mas não para restringi-la.

Tanto assim que as listas dos §§ 10 e 11 não se aplicam automaticamente para contratos celebrados com comerciantes, embora seja aplicável a cláusula geral do § 9.º. Poderá, então, ocorrer que a aplicação do § 9.º, levando-se em consideração os usos e costumes comerciais, acarrete a conclusão de que alguma cláusula listada nos §§ 10 ou 11 seja ineficaz também em contrato celebrado com comerciante.²¹

Com efeito, ambas as listas dirigem-se contra uma série de cláusulas críticas, que são sempre ineficazes em contratos com não-comerciantes, mas que também em contratos com comerciantes podem ser objeto de impugnação. Elas são uma enumeração exemplificativa da cláusula geral do § 9.º, o que é demonstrado pelo uso da palavra “especialmente” no *caput* do § 10, e que, embora não conste do § 11, é válido também para este. O legislador não desejou em nenhum momento enunciar exaustivamente as cláusulas ineficazes.

Os §§ 10 e 11 contêm catálogos de cláusulas gerais que são sempre ineficazes. A diferença entre os dois parágrafos consiste em que na lista do § 10 há possibilidade de avaliação se determinada cláusula pode ser subsumida na enumeração legal. Ou seja, quando se chegar à conclusão de que determinado

prazo é “desarrazoadamente” longo, nos termos do § 10, 1, a cláusula será forçosamente ineficaz.

A possibilidade de avaliação não consiste em considerar determinada cláusula ineficaz ou não, mas sim em considerar os elementos necessários para subsumi-la ao § 10 como presentes ou não. Feita a subsunção, a sanção será sempre a ineficácia. Assim, todos os incisos do § 10 contém disposições que permitem uma avaliação subjetiva da cláusula pelo intérprete (e.g. “desarrazoadamente longo”, “razão materialmente justificada”, “concessão de direito que seja insuportável para o co-contratante” etc.).²²

O § 11, por sua vez, contém um catálogo sem possibilidade de avaliação, porque as cláusulas nele elencadas são definidas objetivamente, sendo as mesmas sempre ineficazes em contratos com não-comerciantes.

Costuma-se chamar o § 10 de “lista cinza”, e o § 11 de “lista negra”, exatamente porque o primeiro contém cláusulas proibidas, sob reserva de apreciação pelos tribunais, enquanto que o segundo relaciona cláusulas proibidas de forma absoluta.²³

O § 12 traz regra de direito internacional privado, segundo a qual o contrato estará sujeito à AGB-Gesetz, mesmo se for regido por lei estrangeira, desde que a atividade do Predisponente desenvolva-se na Alemanha, o co-contratante seja residente ou domiciliado na Alemanha, e o contrato seja celebrado dentro do território alemão.

Os §§ 13 a 22 cuidam de regras processuais, que deixamos de analisar por escaparem aos objetivos do presente trabalho.

O § 23 exclui a aplicação da AGB-Gesetz para contratos nas áreas de direito do trabalho, de sucessões, de família, e societário, bem como para con-

tratos sujeitos a cláusulas gerais aprovadas por normas específicas.

O § 24 exclui a aplicação dos §§ 2, 10, 11 e 12 para contratos com comerciantes, quando o contrato for pertinente ao exercício de sua atividade comercial, bem como para contratos com o Poder Público. Já analisamos acima o âmbito de aplicação da lei para os comerciantes, que podem pleitear a proteção dos §§ 3.º, 4.º, 5.º, 6.º, 7.º, e, principalmente 9.º, e, conseqüentemente, pode ocorrer que uma ou mais cláusulas listadas nos §§ 10 e 11 venham a ser consideradas ineficazes também em contratos com comerciantes.

Durante os trabalhos legislativos muito se discutiu se a *AGB-Gesetz* deveria ser aplicável também aos comerciantes; o resultado final, com a opção pela sua inclusão no âmbito de aplicação da lei, tem sido elogiado, e calcula-se que quase 50% de todas as decisões judiciais sejam decorrentes de litígios entre comerciantes.²⁴

Finalmente, os §§ 25 a 30 trazem disposições gerais e transitórias igualmente sem interesse para o estudo aqui efetuado.

III — Conclusão

As disposições do BGB sobre contratos são, em regra, direito dispositivo, isto é, podem ser afastadas pelas partes no momento da celebração do contrato. Na prática, tais disposições são efetivamente afastadas por empresas que, de antemão e de forma genérica, declaram ou dispõem as cláusulas de acordo com as quais elas estão dispostas a celebrar contratos. O co-contratante (comprador da mercadoria, tomador do serviço etc.) tem, de fato, apenas a escolha de aceitar tais cláusulas ou desistir da celebração do contrato.

Tais “cláusulas gerais do contrato” constituem, portanto, parte integrante

do contrato, que deve ser aplicada em substituição ao direito dispositivo. Entretanto, a liberdade de estipulação de cláusulas gerais não é ilimitada, pois as disposições de ordem pública da ordem jurídica não podem ser afastadas pelas partes.

A fim de dar reconhecimento legal ao caráter de ordem pública de determinadas normas foi aprovada a *AGB-Gesetz*, decorrente da insuficiência do controle judicial intrínseco dos contratos baseado apenas nas disposições do BGB.

A *AGB-Gesetz* constituiu um grande avanço para a proteção da boa-fé nos contratos, beneficiando principalmente os consumidores, mas protegendo também os comerciantes, que podem pleitear a proteção de diversos dispositivos da lei.

IV — Apêndice: tradução do texto da Lei ²⁵

Lei para Regulação do Direito das Cláusulas Gerais dos Contratos (*AGB-Gesetz*), de 9.12.76, alterada pela Lei de 29.3.1983, pela Lei de 25.7.1986 (Reforma do Direito Internacional Privado), e pela Lei de 22.12.1989 (Alteração da Lei de Repressão ao Abuso de Poder Econômico).

Obs.: deixamos de traduzir as seções terceira (“processo”) e quinta (“disposições gerais e transitórias”), por não serem de maior utilidade para o estudo aqui efetuado.

Primeira seção — Disposições de direito material

1.ª Sub-seção — Disposições gerais

§ 1.º. *Definição.* (1) Cláusulas gerais do contrato são todas as cláusulas contratuais previamente formuladas para um grande número de contratos, que

uma das partes do contrato (Predisponente) propõe à outra por ocasião da celebração de um contrato. É irrelevante se tais dispositivos formam uma parte separada exteriormente do contrato, ou se foram incorporados ao instrumento do contrato, bem como o seu alcance, a forma em que estão escritos, ou qual a forma de que se reveste o contrato.

(2) Não há cláusulas gerais do contrato se as cláusulas contratuais forem negociadas ponto por ponto pelas partes.

§ 2.º. *Inclusão em um contrato.*

(1) As cláusulas Gerais do contrato somente são integrantes de um contrato quando o predisponente, no momento da celebração do contrato: 1. faz expressa remissão a elas, ou, quando uma menção expressa for possível unicamente com dificuldades desarrazoadas, em decorrência da forma de celebração do contrato, faz remissão através de cartaz perfeitamente visível situado no local de celebração do contrato e 2. a outra parte tem, de modo razoável, a possibilidade de tomar conhecimento de seu conteúdo e quando a outra parte do contrato está de acordo com sua vigência.

(2) As partes do contrato podem, com observância das exigências dispostas no item (1), acordar antecipadamente a vigência de determinadas cláusulas gerais do contrato para uma determinada espécie de contrato.

§ 3.º. *Cláusulas-surpresa*

Não integram o contrato as disposições em cláusulas gerais do contrato que, de acordo com as circunstâncias, e especialmente de acordo com a configuração externa do contrato, sejam tão pouco comuns, que o co-contratante do predisponente não possa contar com elas.

§ 4.º. *Primazia do acordo individual*

Acordos individuais têm primazia sobre cláusulas gerais do contrato.

§ 5.º. *Regra sobre a falta de clareza*

Em caso de dúvidas, as cláusulas gerais do contrato devem ser interpretadas contra o predisponente.

§ 6.º. *Conseqüências da não inclusão e da ineficácia*

(1) Se as cláusulas gerais do contrato deixarem de ser, total ou parcialmente, incluídas no contrato, ou se elas forem ineficazes, permanecerá o contrato eficaz no restante.

(2) Se as cláusulas gerais não forem parte do contrato, ou forem ineficazes, então o conteúdo do contrato deve ser integrado com as disposições da lei.

(3) O contrato será ineficaz quando sua manutenção, mesmo através das alterações previstas no item (1), representar um ônus insuportável para uma de suas partes.

§ 7.º. *Proibição de evitar a aplicação da lei*

Esta lei deve ser aplicada ainda que suas regras sejam evitadas pela utilização de outras formas jurídicas.

2.ª Sub-seção — Cláusulas ineficazes

§ 8.º. *Limites do controle intrínseco*

Os §§ 9.º a 11 são vigentes apenas para disposições em cláusulas gerais do contrato através das quais forem acordadas regras que sejam contrárias ou complementares a disposições de lei.

§ 9.º. *Cláusula Geral*

(1) As disposições em cláusulas gerais do contrato são ineficazes, quando elas, contra os preceitos de boa-fé,²⁰ prejudicam desarrazadamente o co-contratante do Predisponente.

(2) Em caso de dúvida, considera-se existente um prejuízo desarrazado

quando uma disposição: 1. não puder ser conciliada com os princípios básicos de uma norma legal da qual ela seja divergente, ou 2. restringir de tal forma os direitos e deveres essenciais, resultantes da natureza do contrato, que o alcance do objetivo do contrato seja posto em perigo.

§ 10. *Cláusulas Proibidas, com Possibilidade de Avaliação*²⁷

É especialmente ineficaz em cláusulas gerais do contrato:

1. (Prazo de Aceitação e de Adimplemento) uma disposição através da qual o predisponente se reserva um prazo desarrazadamente longo, ou um prazo insuficiente, para a aceitação ou recusa de uma oferta, ou para o adimplemento da obrigação;

2. (Prazo Suplementar) uma disposição através da qual o Predisponente, de forma contrária ao que dispõe o § 326, alínea 1 BGB,²⁸ se reserva um prazo suplementar desarrazadamente longo ou insuficiente, para a obrigação que lhe cabe adimplir;

3. (Reserva de Arrependimento) a concessão do direito ao predisponente de liberar-se de sua obrigação sem uma razão materialmente justificada e expressa no contrato; esta vedação não se aplica aos contratos celebrados por prazo indeterminado;

4. (Reserva de Alterações) a concessão do direito ao predisponente de alterar a obrigação prometida, ou afastar-se dela, quando a concessão de tal direito em benefício dos interesses do predisponente for insuportável para o co-contratante;

5. (Declarações Fictícias) uma disposição segundo a qual a declaração do co-contratante do predisponente deva ser considerada como proferida, ou não proferida, através da prática ou da omissão de determinado ato, salvo se: a) for concedido um prazo razoável pa-

ra que o co-contratante profira expressamente uma declaração e b) o predisponente se comprometer a informar o co-contratante, no início do prazo, do significado previsto para o seu comportamento;

6. (Ficção do recebimento) uma disposição segundo a qual uma declaração do predisponente com algum significado especial seja considerada como recebida pelo co-contratante;²⁹

7. (Execução de contratos) uma disposição segundo a qual o predisponente pode exigir, no caso de um co-contratante rescindir ou denunciar o contrato: a) uma indenização desarrazoadamente alta pela utilização ou uso de uma coisa ou direito ou pela obrigação já desempenhada, ou b) um reembolso desarrazoadamente alto para suas despesas;

8. (Revogado)

§ 11. *Cláusulas proibidas, sem possibilidade de avaliação*³⁰

É ineficaz em cláusulas gerais do contrato:

1. (Elevações súbitas de preços) uma disposição que preveja o aumento da remuneração por produtos ou serviços que devam ser entregues ou prestados dentro do prazo de quatro meses contados da celebração do contrato; a presente disposição não é aplicável para produtos ou serviços que devam ser prestados no âmbito de um contrato por prazo indeterminado;

2. (Direito de recusa ao cumprimento) uma disposição através da qual: a) seja excluído ou restringido o direito de recusa ao cumprimento, de que o co-contratante do predisponente seja titular, segundo o § 320 do Código Civil,³¹ ou b) seja excluído ou restringido o direito de retenção do co-contratante do predisponente, quando derivado da mesma relação contratual, e, especial-

mente, que o condicione ao reconhecimento de vícios pelo predisponente;

3. (Proibição de compensação) uma disposição através da qual seja retirada a faculdade do co-contratante do predisponente efetuar a compensação com um crédito incontroverso ou decorrente de decisão judicial;

4. (Interpelação, estabelecimento de prazo) uma disposição através da qual o predisponente seja liberado da obrigação legal de interpelar o co-contratante ou de lhe estabelecer uma prorrogação de prazo;

5. (Pré-liquidação do dano) a contratação de uma pré-liquidação do direito do predisponente à reparação dos danos ou reembolso de uma diminuição de valor, quando: a) a pré-liquidação ultrapassar, nos casos respectivos, os danos que seriam de se esperar de acordo com o curso normal das coisas, ou as diminuições de valor normais, ou b) for excluído do co-contratante o direito à prova de que um dano ou diminuição de valor simplesmente não ocorreu, ou ocorreu em valor substancialmente inferior ao pré-liquidado;

6. (Cláusula penal) uma disposição através da qual for determinado o pagamento de uma multa contratual em favor do predisponente, no caso de falta de aceitação ou aceitação retardada da obrigação desempenhada, ou da mora no pagamento, ou no caso de o co-contratante liberar-se do contrato;

7. (Responsabilidade no caso de culpa grave) uma exclusão ou restrição da responsabilidade por um dano decorrente de uma violação contratual gravemente culposa do predisponente, ou decorrente de uma violação dolosa ou gravemente culposa do contrato por parte do representante legal do predisponente, ou do auxiliar do predisponente na execução do contrato; a presente disposição é válida também para os danos

decorrentes de violação dos deveres por ocasião das negociações contratuais;

8. (Mora, impossibilidade) uma disposição através da qual, no caso da mora no adimplemento do predisponente, ou no caso de o predisponente alegar a impossibilidade da prestação, a) seja excluído ou restringido o direito do co-contratante de liberar-se do contrato, ou b) seja excluído, ou restringido de forma contrária ao n. 7, o direito do co-contratante reclamar a reparação do dano;

9. (Mora parcial, impossibilidade parcial) uma disposição através da qual, no caso de mora parcial no adimplemento pelo predisponente, ou impossibilidade parcial da prestação alegada pelo predisponente, seja excluído o direito do co-contratante de reclamar a reparação do dano decorrente do inadimplemento da obrigação completa, ou de liberar-se do contrato, quando o adimplemento parcial do contrato não for de seu interesse;

10. (Garantia) uma disposição através da qual, em contratos sobre fornecimento de coisas e serviços recém-produzidos: a) (Exclusão e remissão a terceiros) o direito de garantia contra o predisponente, incluindo eventuais pretensões a aperfeiçoamentos ou reposições, seja tal direito genérico ou exclusivo a partes específicas, for limitado à concessão de pretensões contra terceiros ou condicionado à prévia propositura de ação judicial contra terceiro; b) (Limitação ao aperfeiçoamento) o direito de garantia contra o predisponente, seja tal direito genérico ou exclusivo a partes específicas, for limitado ao direito a aperfeiçoamentos ou reposições, quando o co-contratante não tiver mantido expressamente o direito à redução do preço na hipótese de insuficiência do aperfeiçoamento ou reposição, ou, no caso de a prestação não consistir em

uma construção, não tiver exigido, à sua escolha, a resolução do contrato com recomposição do estado anterior, c) (Despesas com aperfeiçoamentos) for excluída ou restringida a obrigação do predisponente de suportar as despesas que forem necessárias para se atingir o destino do aperfeiçoamento, especialmente, custos de transporte, deslocamento, trabalho e material; d) (Ressalva da reparação de vícios) for condicionada a reparação de vícios ou o envio de uma coisa livre de vícios, para reposição, pelo predisponente, ao prévio pagamento do preço total ou de uma parte do preço desproporcional em relação ao vício; e) (Prazo excludente para reclamação de vícios) for estabelecido um prazo segundo o qual estará excluída a reclamação de vícios ocultos, pelo co-contratante, face ao predisponente, caso o prazo seja inferior ao prazo prescricional estabelecido para a pretensão legal de garantia; f) (Redução dos prazos de garantia) forem reduzidos os prazos de garantia previstos em lei;

11. (Responsabilidade por qualidades asseguradas) uma disposição através da qual forem excluídas ou restringidas as ações de reparação de dano contra o predisponente, decorrente da falta de qualidades asseguradas, em um contrato de compra e venda, um contrato de empreitada, ou um contrato misto de empreitada e venda, contrariamente aos §§ 463, 480 alínea 2, e § 635 do Código Civil;³²

12. (Prazo em contratos de execução continuada) em uma relação contratual que tenha por objeto o fornecimento regular de mercadorias ou a prestação regular de serviços ou obras, a) um prazo de duração contratual que vincule o co-contratante por mais de dois anos, b) uma prorrogação tácita da relação contratual que vincule o co-contratante por prazo superior a um ano, ou c) um pra-

zo de denúncia, em prejuízo do co-contratante, maior que três meses antes do término da próxima prorrogação, prevista ou tácita, do prazo do contrato;

13. (Troca do contratante) uma disposição através da qual, em contratos de compra e venda, de prestação de serviços, ou de empreitada, um terceiro possa sub-rogar-se nos direitos e obrigações do predisponente, decorrentes do contrato, a menos que em tal disposição a) o terceiro seja designado nominalmente, ou b) seja concedido ao co-contratante o direito de liberar-se do contrato;

14. (Responsabilidade do representante para a celebração) uma disposição através da qual o predisponente impõe ao representante do co-contratante que celebra o contrato, a) deveres de responsabilidade própria ou de representação, sem que tenha sido feita uma declaração expressa e específica, dirigida para este fim, ou b) uma responsabilidade superior à prevista no § 179 do Código Civil³³ para o caso de representação sem mandato;

15. (Ônus da prova) uma disposição através da qual o predisponente inverte o ônus da prova em detrimento do co-contratante, especialmente na qual ele a) impõe o ônus da prova ao co-contratante para circunstâncias que se encontram no âmbito de responsabilidade do predisponente; b) determina que o co-contratante prove determinados fatos.

A alínea *b* não se aplica a comprovantes de recebimento assinados separadamente;

16. (Forma de avisos e declarações) uma disposição que vincule a uma forma mais rígida que a escrita, ou a uma exigência de recebimento especial, os avisos ou declarações que devam ser apresentados ao predisponente ou a terceiro.

Segunda seção — Direito do conflito de leis

§ 12. *Âmbito de vigência entre Estados*

Os dispositivos da presente lei devem ser observados ainda que um contrato esteja sujeito ao direito estrangeiro ou ao direito da República Democrática Alemã, quando:

1. o contrato realizar-se em decorrência de uma oferta pública, de uma propaganda pública ou de uma atividade empresarial semelhante do predisponente desenvolvida no âmbito de vigência desta lei, e

2. o co-contratante, ao proferir a declaração de vontade dirigida à celebração do contrato, tenha seu domicílio ou local de permanência habitual no âmbito de vigência desta lei, e o faça dentro do âmbito de vigência desta lei.

Terceira seção — Processo

§§ 13 a 22 — (*omissis*)

Quarta seção — Âmbito de aplicação

§ 23. *Âmbito de Aplicação Material*

(1) Esta lei não é aplicável a contratos nas áreas de direito do trabalho, de sucessões, de família, e societário.

(2) Também não são aplicáveis

1. o § 2.º, para as tarifas e regulamentos ferroviários aprovados pelas repartições competentes ou baseadas em acordos internacionais, bem como para as cláusulas de transporte de trens urbanos, bondes e ônibus em serviço regular de trânsito, aprovadas de acordo com a Lei de Transporte de Passageiros.

2. os §§ 10 e 11, para contratos das empresas de fornecimento de eletricidade e gás a respeito do fornecimento de energia elétrica e gás da rede pública para usuários especiais, desde que as

cláusulas de fornecimento não se desviem, em detrimento do usuário, das “cláusulas gerais do contrato para o fornecimento com força elétrica da rede de baixa tensão das empresas de fornecimento de eletricidade” ou das “cláusulas gerais para o fornecimento com gás da rede pública das empresas de fornecimento de gás”, aprovadas de acordo com o § 7.º da Lei Econômica da Energia;

3. o § 11, ns. 7 e 8, para as cláusulas de transporte e disposições tarifárias de trens urbanos, bondes e ônibus em serviço regular de trânsito, aprovadas de acordo com a Lei de Transporte de Passageiros, desde que elas não se desviem, em detrimento do passageiro, do “Decreto sobre Cláusulas Gerais de Transporte para a Circulação de Trens Urbanos e Bondes bem como para os ônibus em Serviço Regular de Trânsito”, de 27.2.70;

4. o § 11, n. 7, para contratos de loteria ou de contratos de sorteio aprovados pelo Estado;

5. o § 10, n. 5 e §§ 11, n. 10, alínea f, para serviços para os quais a base contratual seja o “Regulamento para a Contratação de Obras”;

6. o § 11, n. 12, para contratos de fornecimento de acessórios a coisas vendidas, para contratos de seguro, bem como para contratos entre o titular de direitos materiais e processuais de autor e sociedades de exploração, conforme estas são definidas em lei, sobre a defesa dos direitos autorais e direitos conexos aos de autor.

(3) Um contrato de caderneta de poupança, um contrato de seguro, bem como a relação jurídica entre uma sociedade de investimentos e um quotista estão sujeitos às cláusulas gerais do contrato estabelecidas pela repartição competente da sociedade de poupança imobiliária, da seguradora, ou da sociedade de investimento, ainda que não tenham

sido respeitadas as exigências contidas no § 2, item (1), ns. 1 e 2.

§ 24. *Âmbito de Aplicação Pessoal*

Os dispositivos dos §§ 2, 10, 11 e 12 não são aplicáveis às cláusulas gerais do contrato,

1. que devam ser utilizadas contra um comerciante, quando o contrato for pertinente ao exercício de sua atividade comercial;

2. que devam ser utilizadas contra uma pessoa jurídica de direito público ou a um patrimônio autônomo de direito público.

O § 9.º deve ser aplicável no caso do n. 1 também no caso de ele acarretar a ineficácia das cláusulas contratuais mencionadas nos §§ 10 e 11; devem ser razoavelmente observados os usos e costumes em vigor no tráfego comercial.

Quinta seção — Disposições finais e transitórias

§§ 25 a 30 — (omissis)

Bibliografia

Doutrina (incluindo legislação comentada):

BAUR, Fritz e WALTER, Gerhard, *Einfuehrung in das Recht der Bundesrepublik Deutschland*, 5.ª ed., C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Muenchen, 1987. 161 pp.

BMJ — *Der Bundesminister der Justiz, Mehr Schutz vor den Tuecken des 'Kleingedruckten'*, 16.ª ed., Referat fuer Presse und Oeffentlichkeitsarbeit, Bonn, 1987. 23 pp.

HEINRICHS, Helmut e HELDRICH, Andreas, comentários à AGB-Gesetz, in PALANDT, *Buergerliches Gesetzbuch*, 50.ª ed., C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Muenchen, 1991. pp. 2.425-2.485.

LOBO, Paulo Luiz Neto, *Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas*, Ed. Saraiva, SP, 1991, 238 pp.

MICKLITZ, Hans, *Rapport* sobre a AGB-Gesetz, apresentado ao Congresso Europeu sobre Condições Gerais dos Contratos, realizado em Coimbra, de 19 a 21 de maio de 1988, 22 pp. (cópia do trabalho em nosso poder; não nos consta que o mesmo tenha sido publicado).

SEIFERT, Karl-Heinz e HOEMIG, Dieter, *Grundgesetz fuer die Bundesrepublik Deutschland — Tachenskommentar*, 3.ª ed., Nomos Verlag, Baden-Baden, 1988, 642 pp.

ULMER, Peter, BRANDNER, Hans Erich, HENSEN, Horst-Diether e SCHMIDT, Harry, *AGB-Gesetz — Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschaeftsbedingungen*, 6.ª ed., Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Koeln, 1990, 1.218 pp.

Legislação:

Buergerliches Gesetzbuch, 32.ª ed., Beck-Texte im DTV, Muenchen, 1990, com introdução de Karl Larenz.

Código Civil Alemão, trad. de Souza Diniz, Ed. Record, RJ, 1960.

"Lei Fundamental da República Federal da Alemanha" (promulgada pelo Conselho Parlamentar em 23.5.49, com as emendas até, inclusive, 23.8.76), trad. publicada pelo Departamento de Imprensa e Informação do Governo Federal, Bonn, 1983.

NOTAS

1. Lei para Regulação do Direito das Cláusulas Gerais dos Contratos (*AGB-Gesetz*).

2. "Art. 114. Considera-se condição a cláusula, que subordina o efeito do ato jurídico a evento futuro e incerto". No mesmo sentido, o § 158 BGB.

3. "Condições dos contratos" é a expressão preferida por Paulo Luiz Neto Lôbo que faz interessante defesa de sua opção pela palavra "condição" em lugar de "cláusula": "Cláusulas gerais importam em contradição lógica: se as cláusulas são partes do contrato, nele contemporaneamente criadas e individualizadas, não podem ser gerais, isto é, aplicáveis a vários contratos de forma comum e inalterável". (*Condições Gerais...*, p. 33).

O autor não explica, porém, como evitar a confusão do uso do termo "condição" com a modalidade dos atos jurídicos tratada no art. 114 CCB.

4. Richtigkeitsgewaehr.

5. Note-se que não se trata, aqui, de responsabilidade por vício redibitório, mas sim de garantia fornecida voluntariamente pelo vendedor, muito comum também no Brasil, principalmente com relação à venda de bens de consumo duráveis.

6. Marktversagen.

7. Arts. 20 e 28 GG, *sozialstaatliche Ordnung*: "Art. 20 (1). A República Federal da Alemanha é um Estado Federal, democrático e social". "Art. 28 (1). A ordem constitucional nos estados tem de corresponder aos princípios do Estado republicano, democrático e social de direito, no sentido da presente Lei Fundamental (...)".

8. BGHZ 22, 94; 41, 154; 60, 380 (*apud* Heinrichs e Heldrich, "Gesetz...", p. 2.425).

9. In NJW 74, 1987 (*apud* Heinrichs e Heldrich, *Gesetz...*, p. 2.425).

10. Equivalente à Câmara dos Deputados brasileira.

11. O *Bundesrat* é a "segunda câmara", ou "câmara alta" do Parlamento alemão, correspondente, embora com diferenças, ao Senado brasileiro.

12. Cf. Ulmer, "AGB...", p. 216.

13. Cf. Ulmer, "AGB...", p. 247.

14. V. § 23, (3).

15. Cf. Ulmer, "AGB...", p. 218.

16. BGH NJW 1989, 2255 (*apud* Ulmer, "AGB...", p. 243).

17. NJW 1986, 2581 (*apud* Ulmer, "AGB...", p. 246).

18. BMJ, "Mehr Schutz...", p. 3.

19. Cf. Micklitz, "Rapport", p. 8.

20. Cf. Ulmer, "AGB...", p. 403. O seguinte o teor do dispositivo citado do BGB: "§ 242 [Prestação de Acordo com a Boa-Fé] — O devedor está obrigado a executar a prestação como o exige a boa-fé, em atenção aos usos e costumes".

21. V. § 24.

22. Cf. Ulmer, "AGB...", p. 379.

23. Cf. Micklitz, "Rapport", p. 3.

24. Cf. Micklitz, *Rapport*, p. 4.

25. O texto-base utilizado para a tradução foi o publicado in *BGB...*, 1990, e Heinrichs e Heldrich, *Gesetz...*, 1991.

26. *Treu und Glauben*.

27. "Klauselverbote mit Wertungsmoeglichkeit", são cláusulas que, em princípio, são vedadas, mas, dependendo do caso concreto poderão ser consideradas válidas.

28. O seguinte é o teor do dispositivo mencionado do BGB: "Art. 326 [Mora; Concessão de Prazo com Ameaça de Recusa] (1). Se, em um contrato bilateral, uma das partes estiver em mora da prestação a que se obrigou, poderá, a ela, a outra parte, para a execução da prestação, estabelecer um prazo razoável com a declaração de que recusa o recebimento da prestação depois do transcurso do prazo. Depois do transcurso do prazo, está ela autorizada a exigir indenização do dano por inexecução ou desistir do contrato, se a prestação não tiver lugar no tempo devido; a pretensão à realização está excluída. Se a prestação, até o transcurso do prazo, não for executada parcialmente, deverá ser aplicado o disposto no § 325, alínea 1, período 2".

29. É interessante notar que o direito alemão (§ 149 BGB) considera a *aceitação* da oferta vinculante a partir do momento do seu *recebimento* pela parte ofertante, enquanto que o direito brasileiro, seguindo, nesse ponto, o Código Suíço das Obrigações, consagra a teoria da *expedição*, segundo a qual considera-se o contrato perfeito desde que a aceitação é expedida (art. 1.086 CCB).

30. "Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit, são cláusulas sempre vedadas, sem que seja jamais possível considerá-las válidas.

31. O seguinte é o teor do dispositivo mencionado do BGB:

"§ 320 [Exceção de Contrato não Cumprido] (1) Quem estiver obrigado por contrato bilateral, poderá recusar a prestação, à qual se obrigou, até a efetuação da contraprestação, a não ser que esteja ele obrigado a satisfazer a prestação em primeiro lugar. Se a prestação tiver de realizar-se a vários, poderá ser recusada, a cada um deles, a parte que lhe compete, até a efetuação de toda a contraprestação. Não deve ser aplicada a disposição do § 273, item 3. (2) Se for parcialmente satisfeita a prestação por um dos lados, não poderá ser recusada a contraprestação desde que a recusa, de acordo com as circunstâncias, particularmente por causa da insignificância proporcional da parte restante, infringir a boa-fé".

32. O seguinte é o teor dos dispositivos citados do BGB: "(Seção VII — Obrigações em Particular; Título I — Compra. Troca;

Parte II — Responsabilização por Vícios da Coisa).

§ 463 [Indenização de Dano por Inexecução]

Se faltar à coisa vendida, ao tempo da compra, uma qualidade assegurada, poderá o comprador exigir indenização do dano por inexecução em vez de redibição ou de minoração. O mesmo se dá quando o vendedor ocultar dolosamente um defeito.

§ 480 [Compra em Gênero]

(...)

(2) Se faltar à coisa, ao tempo em que o risco passa para o comprador, uma qualidade assegurada, ou tenha o vendedor, dolosamente, ocultado um defeito, poderá o comprador, em vez de redibição, minoração ou entrega de uma coisa sem vício, exigir indenização de dano por inexecução".

"(Seção VII — Obrigações em Particular; Título VII — Contrato de Empreitada e Contratos Semelhantes; Parte I — Contrato de Empreitada)

§ 635 [Reparação de Dano por Inadimplemento]

Se o vício da obra provier de uma circunstância pela qual o empreiteiro tem de responder, poderá o comitente, em vez de redibição ou de minoração, exigir indenização de dano por execução".

33. "§ 179. [Responsabilidade do *Falsus Procurator*] (1) Quem, como representante, tiver concluído um contrato, sempre que não comprove o seu poder de representação, estará obrigado, para com a outra parte, e a escolha desta, à execução ou à indenização do dano, se o representado recusar a ratificação do contrato. (2) Se o representante não conhecia a falta de poderes de representação, estará obrigado somente à indenização daquele dano que a outra parte sofreu pela circunstância de que confiou nos poderes de representação, contudo não acima do total do interesse que a outra parte tinha na eficácia do contrato. (3) O representante não responde, se a outra parte conhecia ou devia conhecer a falta de poderes de representação. O representante também não responde se estava limitado em sua capacidade jurídica, a não ser que tenha procedido com assentimento de seu representante legal".

DOCTRINA

AS BOLSAS DE VALORES NO BRASIL *

LUIZ EDUARDO MARTINS FERREIRA

I — Introdução

Até 1964, a Bolsa de Valores no Brasil era constituída sob a forma de Câmara Sindical, que era a reunião dos Corretores Oficiais de Fundos Públicos, pessoas físicas que, em caráter vitalício, detinham a exclusividade de intermediar as operações realizadas na bolsa, assim como as operações de câmbio.

O Governo Federal que assumiu o poder em decorrência da Revolução de Março de 1964, implantou profundas modificações no mercado financeiro brasileiro, que atingiu também a Bolsa de Valores e os corretores.

Tais modificações decorreram basicamente de duas leis: a) 4.595/64, que dispôs “sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias”, conhecida como “Lei da Reforma Bancária”; e b) 4.728/65, que disciplinou “o mercado de capitais” e estabeleceu “medidas para o seu desenvolvimento”, denominada “Lei do Mercado de Capitais”.

A Lei 4.595 criou o Sistema Financeiro Nacional, constituído pelo Conselho Monetário Nacional, Banco Central do Brasil, Banco do Brasil S/A, Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e demais instituições financeiras públicas e privadas.

O Conselho Monetário Nacional (CMN) e o Banco Central do Brasil

(BACEN), também foram criados pela Lei 4.595.

Ao Conselho Monetário Nacional foi delegada a função maior de “formular a política da moeda e do crédito” (art. 2.º), e ao Banco Central do Brasil foi destinada a função de “cumprir e fazer cumprir as disposições que lhes são atribuídas pela legislação em vigor e as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional” (art. 9.º).

A Lei 4.728/65, trouxe importantes inovações na área do Mercado de Capitais, cabendo destacar: o Banco Central passou a exercer funções também na área do mercado de capitais; criou a companhia de capital aberto, concedendo incentivos fiscais às empresas que abrissem seu capital ao público e aos investidores que subscrevessem tais ações; e nova forma jurídica para as Bolsas de Valores e Corretores. Por outro lado, as Bolsas de Valores passaram a possuir, legalmente, autonomia administrativa, financeira e patrimonial, operando sob supervisão do Banco Central do Brasil.

A partir desta Lei as Bolsas de Valores e os Corretores Oficiais de Fundos Públicos ficaram subordinados ao Banco Central do Brasil, situação que perdurou até a criação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), através da Lei 6.385/76, que a partir de 1978, passou a exercer as funções até então atribuídas ao Banco Central do Brasil.

Em 20.10.66, o Conselho Monetário Nacional editou a Res. 39, discipli-

* Palestra proferida no Seminário “O mercado de capitais para advogados”, realizada em 26.3.92.

nando a “constituição, organização e funcionamento das Bolsas de Valores e das Sociedades Corretoras de Títulos e Valores Mobiliários”.

Através desta Resolução, as Bolsas de Valores foram transformadas em associações civis, sem finalidade lucrativa, e os Corretores Oficiais de Fundos Públicos deveriam se transformar em pessoas jurídicas, sob a forma de anônima ou por cotas de responsabilidade limitada. Ao mesmo tempo, as Bolsas de Valores deveriam abrir subscrição para a venda de novos títulos patrimoniais a terceiros interessados, visando ampliar o número de sociedades corretoras no país.

Por esta mesma época foi tornada facultativa a interveniência das sociedades corretoras nas operações de câmbio.

A Res. 39 foi reformada em 1984, ocasião em que foi revogada pela Res. 922/84. Por sua vez, a Res. 922 vigorou até 26.10.89, quando foi editada, pelo Conselho Monetário Nacional as Res. 1.655, que passou a disciplinar “a constituição, a organização e o funcionamento das sociedades corretoras de valores mobiliários” e 1.656, com as mesmas funções para as Bolsas de Valores, situação atual em termos de regulamentação.

Feita esta pequena introdução, passamos a analisar agora as principais características das Bolsas de Valores brasileiras. Para uma melhor compreensão, adotaremos, quando possível, a mesma denominação usada na Res. 1.656, para designar suas seções. As citações entre aspas correspondem a artigos ou incisos da Res. 1.656.

II — Bolsa de Valores: natureza, características e objeto social

A Bolsa de Valores por revestir a forma jurídica de associação civil sem

finalidade lucrativa, goza de isenção de imposto de renda.

Para manter esta isenção, a Bolsa de Valores não pode remunerar seus dirigentes nem distribuir, para seus associados — as Sociedades Corretoras — qualquer parcela de resultado ou do seu patrimônio. O patrimônio da Bolsa de Valores somente pode ser distribuído aos respectivos associados quando de sua dissolução, e assim mesmo na forma que a CVM aprovar.

A Bolsa de Valores tem por objeto social: “a) manter local ou sistema adequado à realização de operações de compra e venda de títulos e valores mobiliários, em mercado livre e aberto, especialmente organizado e fiscalizado pela própria Bolsa, sociedades corretoras membros e pelas autoridades competentes; b) dotar, permanentemente, o referido local ou sistema de todos os meios necessários à pronta e eficiente realização e visibilidade das operações; c) estabelecer sistemas de negociação que propiciem continuidade de preços e liquidez ao mercado de títulos e valores mobiliários; d) criar mecanismos regulamentares e operacionais que possibilitem o atendimento, pelas sociedades corretoras membros, de quaisquer ordens de compra e venda dos investidores, sem prejuízos de igual competência da Comissão de Valores Mobiliários, que poderá, inclusive, estabelecer limites mínimos considerados razoáveis em relação ao valor monetário das referidas ordens; e) efetuar registro das operações; f) preservar elevados padrões éticos de negociação, estabelecendo, para esse fim, normas de comportamento para as sociedades corretoras e companhias abertas, fiscalizando sua observância e aplicando penalidades, no limite de sua competência, aos infratores; g) divulgar as operações realizadas, com rapidez, amplitude e detalhes; h) conceder, à sociedade corre-

tora membro, crédito para assistência e liquidez, com vistas a resolver situação transitória, até o limite do valor de seu título patrimonial, mediante apresentação de garantias subsidiárias de pelo menos 120% do valor do crédito; i) exercer outras atividades expressamente autorizadas pela Comissão de Valores Mobiliários”.

Normalmente, as operações podem ser realizadas em Bolsa de Valores de três formas: à vista, a termo e opções.

III — Autorização e condições de funcionamento

A constituição de uma Bolsa de Valores depende de prévia autorização da CVM. Uma vez constituída, passa a operar sob supervisão e fiscalização da CVM, mantendo sua autonomia administrativa, financeira e patrimonial.

Para os efeitos de fiscalizar as operações nela realizadas e as respectivas sociedades corretoras, a Bolsa de Valores é considerada órgão auxiliar da CVM.

Por operarem sob a supervisão e fiscalização da CVM, a Bolsa de Valores deve submeter à manifestação da autarquia o estatuto social e o regimento interno, até 10 dias depois de aprovados, respectivamente, pela Assembléia-Geral das Sociedades Corretoras ou pelo Conselho de Administração. As demais normas regulamentares e operacionais editadas pela Bolsa de Valores devem ser comunicadas à CVM, observado o mesmo prazo de 10 dias, contados de sua aprovação.

Existem hoje em funcionamento no Brasil nove Bolsas de Valores, a saber: 1. Bolsa de Valores de São Paulo; 2. Bolsa de Valores do Rio de Janeiro; 3. Bolsa de Valores de Minas — Espírito Santo — Brasília; 4. Bolsa de Valores do Extremo Sul; 5. Bolsa de Valores do Paraná; 6. Bolsa de Valores

Regional; 7. Bolsa de Valores Bahia — Alagoas — Sergipe; 8. Bolsa de Valores Pernambuco — Paraíba; e 9. Bolsa de Valores de Santos.

A Bolsa de Valores de São Paulo é a bolsa de maior movimento diário do País, respondendo por dois terços do total negociado em todas as Bolsas de Valores. A seguir, vem a Bolsa de Valores do Rio de Janeiro, seguida pela Bolsa de Valores Minas — Espírito Santo — Brasília.

IV — Patrimônio social e demonstrações financeiras

O patrimônio social de uma Bolsa de Valores é dividido em títulos patrimoniais. Para se tornar associada a uma Bolsa de Valores a sociedade corretora deve adquirir um título patrimonial da bolsa onde pretende operar; sendo-lhe vedado possuir mais de um título patrimonial de uma mesma bolsa.

Ao término de cada exercício social (1.º. 1 a 31.12) o valor do patrimônio social da Bolsa de Valores deve ser atualizado com base nas demonstrações financeiras correspondentes, elaboradas de acordo com os procedimentos e critérios adotados pelas S/As.

O valor do patrimônio social assim atualizado, dividido pelo número de títulos patrimoniais emitidos, dará o novo valor nominal do título patrimonial, a vigorar pelos próximos doze meses subsequentes.

A atualização do patrimônio social da Bolsa de Valores deve ser aprovada pela Comissão de Valores Mobiliários.

As demonstrações financeiras das Bolsas de Valores devem ser auditadas por auditor independente registrado na CVM.

A Bolsa de Valores pode emitir novos títulos patrimoniais para colocá-los no mercado, desde que aprovado pela

Assembléia-Geral das sociedades corretoras a ela associadas.

A venda dos novos títulos patrimoniais será obrigatoriamente realizada via leilão, com prévia qualificação dos licitantes. O valor mínimo para a licitação será aquele equivalente ao valor nominal do título patrimonial.

A Bolsa de Valores está autorizada a alienar compulsoriamente o título patrimonial do associado ou adquirente que: a) não requerer a autorização para funcionar como sociedade corretora, no prazo de 180 dias contados da aquisição do título. Tal medida visa evitar que o título patrimonial seja usado como investimento, haja vista que ao adquirir um título, a principal função decorrente da aquisição é a constituição de uma sociedade corretora; b) não obtiver ou perder a autorização para funcionar. O adquirente de um título patrimonial deve submeter seu nome e de seus sócios ao exame das demais sociedades corretoras membros da Bolsa de Valores que, justificadamente, poderão não concordar com o seu ingresso. Da mesma forma, a sociedade corretora que perder, por decisão da Bolsa de Valores, da CVM ou do Banco Central, sua autorização para funcionar, terá o seu título patrimonial alienado compulsoriamente; c) deixar de atender às condições mínimas de funcionamento estabelecidas pela Bolsa de Valores, em termos de operações a serem realizadas mensalmente; frequência aos pregões; possuir estrutura técnico-operacional que possibilite a liquidação das operações realizadas; e outras regras que forem fixadas pela Bolsa; d) incorrer em mora pelo não pagamento de seus débitos na época devida ou pela não liquidação de qualquer operação no prazo regulamentar. Em suma, a sociedade corretora deve honrar seus compromissos perante seus clientes; perante às demais sociedades corretoras com quem

haja operado; e, com a Bolsa de Valores a que esteja associada. Os compromissos de uma sociedade corretora estão assim resumidos: 1. com relação ao cliente e a outra corretora — entregar os títulos comprados ou o produto de sua venda; e 2. com relação a Bolsa de Valores — liquidar suas operações bem como pagar as taxas e emolumentos devidos.

V — Assembléia-Geral das Bolsas de Valores

As Sociedades Corretoras membros de uma Bolsa de Valores se reúnem, em Assembléia-Geral Ordinária, ao menos duas vezes por exercício social. A Assembléia-Geral Extraordinária ocorrerá quando for devidamente convocada.

A Assembléia-Geral deve ser convocada e realizada na forma prevista no Estatuto Social da Bolsa de Valores e tem poderes para decidir sobre todos os atos relativos à bolsa, bem como para tomar as medidas que entender necessárias na defesa dos interesses da Bolsa.

Cada Sociedade Corretora tem direito a um voto, e deve exercê-lo no interesse da Bolsa de Valores, respondendo pelo voto abusivo que causar dano à Bolsa; para obter vantagem para si ou para outrem; ou que possa causar prejuízos para Bolsa e para outras Sociedades Corretoras.

As Assembléias-Gerais Ordinárias são realizadas normalmente nos meses de fevereiro e de dezembro. Em fevereiro são aprovadas as demonstrações financeiras relativas ao exercício anterior; o relatório da administração; a atualização do patrimônio social; e é fixado o novo valor nominal do título patrimonial.

Nesta Assembléia deve estar presente um representante dos auditores inde-

pendentes para responder às dúvidas dos associados.

Em dezembro, a Assembléa se reúne para aprovar o orçamento da Bolsa de Valores para o exercício seguinte, a política de investimento e de aplicação dos resultados; e, finalmente, para eleger os membros do Conselho de Administração.

VI — Administração da Bolsa de Valores

A administração de uma Bolsa de Valores é exercida em três níveis distintos: Conselho de Administração, Superintendente Geral e Superintendentes de Área.

Todos os três níveis são responsáveis pela administração da Bolsa de Valores e devem exercer suas atribuições visando lograr os fins e no interesse da Bolsa, respondendo pelos desvios de função ou abusos de poder.

VII — Conselho de Administração

O Conselho de Administração de uma Bolsa de Valores é composto de, no mínimo nove e no máximo treze Conselheiros Efetivos, assim distribuídos: seis administradores de sociedades corretoras associadas da respectiva Bolsa de Valores; um representante das companhias abertas cujos valores mobiliários estejam admitidos à cotação na respectiva Bolsa de Valores; um representante dos investidores; um Superintendente Geral, que é membro nato do Conselho;

A composição acima exposta é obrigatória, podendo a Bolsa de Valores ter, facultativamente, mais quatro Conselheiros, conforme dispuser o seu Estatuto Social.

Na Bolsa de Valores de São Paulo são dez os Conselheiros Efetivos, a saber:

— seis administradores de sociedades corretoras; um representante das companhias abertas; um representante dos investidores institucionais; um representante dos investidores pessoas físicas; e um Superintendente Geral.

Os representantes das companhias abertas e dos investidores devem ser eleitos junto com seus respectivos suplentes. Existem também Suplentes para os Conselheiros representantes de Sociedades Corretoras, cabendo ao Estatuto da Bolsa de Valores fixar o seu número.

Os Conselheiros Efetivos, exceto o Superintendente Geral, são eleitos pela Assembléa-Geral Ordinária da Bolsa de Valores, para um mandato de 3 anos, admitida a reeleição.

Os Conselheiros Suplentes, dos representantes das Sociedades Corretoras também são eleitos pela Assembléa-Geral Ordinária.

Anualmente, deve ser renovado 1/3 dos Conselheiros Efetivos e Suplentes, representantes das Sociedades Corretoras.

O Superintendente-Geral é indicado pelo Conselho de Administração para aprovação pela Assembléa-Geral das Sociedades Corretoras membros da Bolsa de Valores, que também aprovará a sua destituição. O Superintendente Geral não possui suplente.

Os nomes de todos os integrantes do Conselho de Administração de uma Bolsa de Valores devem também ser aprovados pela CVM. Os Superintendentes de Áreas são designados pelo Superintendente Geral.

Compete, privativamente, ao Conselho de Administração: "I — estabelecer a política geral da Bolsa de Valores e zelar por sua boa execução; II — aprovar o regimento interno e as demais normas regulamentares e operacionais da Bolsa de Valores; III — eleger

seu presidente e vice-presidente, cabendo ao primeiro a representação ativa e passiva da Bolsa de Valores; IV — criar comissões, grupos de trabalho ou outra forma associativa de estudo; V — designar, anualmente, dentre seus membros, os integrantes da Comissão Especial do Fundo de Garantia; VI — indicar o Superintendente Geral, e propor sua destituição, para aprovação pela assembléia geral; VII — fiscalizar a gestão do Superintendente Geral e deliberar sobre os assuntos que este lhe submeter; VIII — aprovar a estrutura organizacional da Bolsa de Valores, definindo os cargos e a política de remuneração; IX — admitir novos membros e sociedades corretoras permissionárias, que operem no recinto ou em sistema mantido pela Bolsa de Valores, ou impugnar-lhes a admissão, bem como manifestar-se sobre modificações no controle societário das sociedades corretoras membros e sobre a indicação de administradores destas; X — submeter à assembléia-geral, com seu parecer: a) os orçamentos e programas de aplicações dos resultados da Bolsa de Valores, anuais ou plurianuais; b) o relatório e as demonstrações financeiras ao término de cada exercício social; c) a proposta de atualização do patrimônio social; d) o valor nominal do título patrimonial; XI — determinar o recesso, total ou parcial, da Bolsa de Valores; XII — escolher e destituir os auditores independentes; XIII — conhecer dos recursos das decisões do Superintendente Geral; XIV — julgar e impor penalidades aos infratores das normas cujo cumprimento incumbe à Bolsa de Valores fiscalizar, bem como àqueles que adotarem práticas não eqüitativas, quaisquer modalidades de fraude ou manipulação do mercado; XV — suspender as atividades das sociedades corretoras relacionadas aos negócios realizados na Bolsa de Valores ou ao exercício das funções de seus adminis-

tradores, comunicando de imediato à Comissão de Valores Mobiliários e ao Banco Central do Brasil”.

Compete, ainda, ao Conselho de Administração, “suspender as atividades das sociedades corretoras relacionadas aos negócios realizados na Bolsa de Valores ou ao exercício das funções de seus administradores, comunicando de imediato à Comissão de Valores Mobiliários e ao Banco Central do Brasil”. Esta competência também pode ser exercida pelo Superintendente Geral, daí não ser privativa do Conselho de Administração.

O Conselho de Administração é órgão de deliberação colegiada e se reúne conforme previsto no Estatuto Social, observada a presença da maioria absoluta de seus membros, e suas deliberações devem ser aprovadas por dois-terços dos Conselheiros presentes, exceto os casos em que maior quórum for exigido.

VIII — Superintendente Geral

Sendo o Conselho de Administração um órgão de deliberação colegiada, é necessário que na estrutura da Bolsa de Valores exista um executivo que dirija a instituição no seu dia-a-dia, bem como implante o que foi determinado pelo Conselho de Administração.

Este executivo é o Superintendente-Geral a quem compete: “I — dar execução à política e às determinações do Conselho de Administração, bem como dirigir todos os trabalhos da Bolsa de Valores, inclusive o sistema de registro de operações; II — praticar todos os atos necessários ao funcionamento regular da Bolsa de Valores; III — designar os executivos das diversas áreas, determinando-lhes as atribuições e poderes, contratando-os e exonerando-os, observado o disposto no n. VIII do art. 19; IV — representar a Bolsa de

Valores, nos termos de mandato especial que lhe for outorgado pelo Presidente do Conselho de Administração; V — prestar informações de caráter sigiloso envolvendo nomes e operações dos comitentes das sociedades corretoras, quando requeridas pela Comissão de Valores Mobiliários, pelas entidades autorizadas em lei a ter acesso a essas informações, bem como por outras Bolsas de Valores, devendo, neste último caso, ser o requerimento fundamentado; VI — apresentar ao Conselho de Administração: a) proposta objetivando definir ou alterar a estrutura organizacional da Bolsa de Valores, explicitando os cargos e a política de remuneração; b) os orçamentos e programas de aplicações de resultados da Bolsa de Valores, anuais ou plurianuais; c) o relatório e as demonstrações financeiras ao término de cada exercício social; d) proposta de atualização do patrimônio social; e) relatórios dos inquéritos administrativos, com proposição ou não de penalidades; VII — promover a fiscalização direta e ampla das sociedades corretoras, podendo, para tanto, examinar livros e registros de contabilidade e outros papéis ou documentos ligados a suas atividades, mantendo à disposição da Comissão de Valores Mobiliários e do Banco Central os relatórios de inspeção realizados por fiscais ou auditores da Bolsa de Valores; VIII — fixar, anualmente, as contribuições periódicas das sociedades corretoras, bem como os emolumentos, comissões e quaisquer outros custos a serem cobrados delas e de terceiros, pelos serviços e benefícios decorrentes do cumprimento de suas atribuições funcionais, operacionais, normativas e fiscalizadoras; IX — remeter, mensalmente, à Comissão de Valores Mobiliários, balancetes da Bolsa de Valores e do Fundo de Garantia e, anualmente, os respectivos relatórios da

administração e as demonstrações financeiras do exercício; X — criar sistema de registro de operações; XI — admitir à negociação e à cotação quaisquer valores mobiliários previstos em lei, bem como cancelar tal admissão; XII — promover a fiscalização das operações realizadas na Bolsa de Valores; XIII — impedir a realização de negociações que se estejam realizando em Bolsa de Valores, quando puderem configurar infrações às normas legais e regulamentares, ou consubstanciar práticas não eqüitativas; XIV — suspender a negociação de quaisquer valores mobiliários admitidos na Bolsa de Valores; XV — cancelar os negócios realizados na Bolsa de Valores ou suspender sua liquidação; XVI — determinar a apuração, mediante inquérito administrativo, das infrações às normas cujo cumprimento incumbe à Bolsa de Valores fiscalizar, bem como de práticas não eqüitativas, modalidades de fraude ou manipulação no mercado; XVII — suspender as atividades das sociedades corretoras relacionadas aos negócios realizados nas Bolsas de Valores ou ao exercício das funções de seus administradores, comunicando de imediato à Comissão de Valores Mobiliários e ao Banco Central do Brasil; XVIII — exercer outras funções que lhe forem atribuídas pelo Conselho de Administração”.

Exceto o previsto no n. XVI antes citado que, como já vimos, também pode ser exercido pelo Conselho de Administração, todas as demais competências são privativas do Superintendente Geral.

O exercício da função de Superintendente-Geral exige de seu titular o cumprimento de diversas obrigações, a saber: a) dedicação exclusiva à Bolsa de Valores; b) não se vincular a qualquer sociedade corretora; c) não exercer qualquer cargo administrativo, consulti-

vo, fiscal ou deliberativo em companhia aberta ou em instituição integrante do sistema de distribuição de títulos e valores mobiliários.

Está o Superintendente-Geral obrigado a: "I — fornecer a qualquer membro do Conselho de Administração toda e qualquer informação relativa às contas ativas e passivas da associação, empresa coligada ou em que a associação tenha participação relevante; II — convocar, a partir de solicitação escrita de qualquer membro do Conselho de Administração, o auditor independente, para prestação de esclarecimentos; III — informar a qualquer membro do Conselho de Administração, por escrito, no prazo máximo de 24 horas, as condições totais dos contratos de trabalho, e seus adendos, que tenham sido firmados pela associação com todos os seus empregados, de qualquer nível ou função".

A revelação dos atos ou fatos antes referidos, somente poderá ser utilizada no legítimo interesse da associação, respondendo os solicitantes pelos abusos que praticarem.

"Não se incluem, entre as informações passíveis de serem prestadas, pelo Superintendente-Geral, a membro do Conselho de Administração ou a associado, as relativas às: a) operações de compra e venda realizadas no pregão ou sistema de Bolsa de Valores; b) posições de custódia; c) posições detidas nos mercados a prazo".

A desobediência aos prazos estabelecidos, a sonegação total ou parcial de informações, bem como sua prestação inverídica constituem falta grave, punível pela Comissão de Valores Mobiliários.

Nas suas ausências ou impedimentos o Superintendente-Geral é substituído pelo Superintendente de Área que indicar.

Ocorrendo a vacância do cargo, no prazo máximo de 120 dias, deve o mesmo ser preenchido. Até lá, a função de Superintendente-Geral será exercida pelo Superintendente de Área indicado pelo Conselho de Administração. Excepcionalmente, um Conselheiro poderá assumir esta função.

IX — Sociedade corretora membro da Bolsa de Valores

Para se tornar membro de uma Bolsa de Valores a corretora deve adquirir um título patrimonial desta mesma bolsa, destacando-se, como já dito, que nenhuma Corretora pode possuir mais de um título patrimonial da mesma bolsa.

Sua admissão como membro da Bolsa de Valores depende do cumprimento das formalidades por ela exigidas. Deve, também, a Corretora requerer o seu registro no Banco Central do Brasil e solicitar, à CVM, autorização para operar no mercado de títulos e valores mobiliários.

A Bolsa de Valores pode negar a admissão de qualquer corretora como membro. Como a decisão de admitir ou não admitir compete ao Conselho de Administração, em caso de negativa cabe recurso da Corretora para a Assembléia-Geral das Corretoras, a ser especialmente convocada para discutir o assunto. Se a Assembléia-Geral mantiver a decisão tomada pelo Conselho de Administração, não cabe mais recurso. A decisão final da Bolsa de Valores relativa à admissão — ou não — de uma Corretora como membro deve ser imediatamente comunicada à CVM.

No ato da admissão, a Bolsa de Valores entregará a corretora cópia do Estatuto Social, do Regimento Interno e demais normas em vigor.

A pessoa física que pretenda ser administrador de corretora deverá pedir autorização à Bolsa de Valores respec-

tiva, que poderá concedê-la ou negá-la, cabendo, nesta última hipótese recurso à Assembléia-Geral das Corretoras.

O mesmo procedimento se aplica nos casos de alienação de controle societário da corretora.

X — Sociedades corretoras permissionárias

Permissionária é a sociedade corretora membro de uma Bolsa de Valores que recebe uma permissão para operar em outra Bolsa de Valores.

Exemplo: Sociedade Corretora Membro da Bolsa de Valores do Extremo Sul que recebe permissão para operar na Bolsa de Valores de São Paulo. Logo, torna-se Permissionária da bolsa paulista.

Para que uma Corretora seja admitida como Permissionária é necessária a prévia existência de um convênio firmado entre a Bolsa de Valores de que é membro e a Bolsa de Valores que vai dar a permissão. Este convênio deve ser aprovado pela CVM.

A Corretora Permissionária tem os mesmos direitos e deveres que uma Corretora Membro, exceto o de votar na Assembléia-Geral e de ter representante eleito para o Conselho de Administração da Bolsa de Valores da qual é permissionária.

A Bolsa de Valores de São Paulo admite dois tipos de permissionárias: a) Permissionária que opera no pregão de viva voz e no sistema eletrônico de negociação (CATS); e b) Permissionária CATS que opera exclusivamente no sistema eletrônico de negociação (CATS).

XI — Representante de sociedade corretora

As operações realizadas em Bolsas de Valores por Sociedades Corretoras são

executadas através de seus representantes, pessoas físicas, denominadas Operadores de Pregão.

Para se tornar Operador de Pregão é necessário ser aprovado em exame específico realizado pela Bolsa de Valores, sob supervisão da CVM, assim como ter seu nome aprovado pela própria Bolsa de Valores.

A Sociedade Corretora é totalmente responsável pelos atos praticados em seu nome por seus Operadores de Pregão.

As Bolsas de Valores estão autorizadas a admitir outras pessoas físicas e jurídicas para operarem em seus pregões de viva voz ou em sistema eletrônico de negociação, desde que, para esta finalidade, obtenham a prévia autorização da CVM.

XII — Títulos e valores mobiliários negociáveis em Bolsa de Valores

No Brasil, diferentemente de outros países, nas Bolsas de Valores somente são negociadas ações emitidas por companhias abertas, devidamente registradas para esta finalidade. Ao registrar uma companhia a Bolsa de Valores permite que sejam negociados todos os títulos por ela emitidos; ações, debêntures, "comercial papers", bônus de subscrição, partes beneficiárias, e cupões destes títulos.

Também são negociáveis em Bolsas de Valores diversos outros títulos, tais como: certificado de depósito de ações (ADR/IDR), direitos (opções) e índices relativos a títulos e valores mobiliários, cédula pignoratícia de debêntures, cotas de fundos de investimento e cotas de clubes de investimento.

Excepcionalmente podem ser negociados em Bolsa de Valores, com prévia e expressa autorização do respectivo Conselho de Administração, os seguintes títulos: cotas de associações, títulos de clube e outros títulos e valores mo-

biliários nacionais ou estrangeiros. Conforme o caso, é necessária também a prévia autorização da CVM.

Nas Bolsas de Valores podem ainda ser realizados leilões de divisas de importação, quando solicitado pelo Banco Central do Brasil.

Cada Bolsa de Valores tem total liberdade para estabelecer quais as condições para registro de uma companhia aberta, para que os títulos e valores mobiliários de sua emissão sejam nela negociados, bem como as condições em que tal registro é suspenso ou cancelado.

A Bolsa de Valores também pode admitir a negociação de títulos e valores mobiliários emitidos por companhia aberta registrada em outra Bolsa de Valores, visto que a companhia deve pedir o seu registro original à Bolsa de Valores sob cuja jurisdição se encontre o Estado ou a cidade onde a companhia tenha sua sede social.

Portanto, é quase uma regra, que a empresa ao obter o seu registro original em uma Bolsa de Valores tenha os seus títulos e valores mobiliários negociados em todas as Bolsas de Valores brasileiras, através do mecanismo denominado "REGISTRO NACIONAL".

A empresa para ter seus títulos e valores mobiliários negociados paga uma taxa anual que é rateada entre a Bolsa de Valores que concedeu o registro original e as demais Bolsas de Valores.

Os títulos e valores mobiliários admitidos à negociação em Bolsa de Valores só podem ser excepcionalmente negociados fora da Bolsa de Valores nas seguintes hipóteses: "I — quando destinados à distribuição pública, durante o período da respectiva distribuição; II — quando relativos a negociações privadas; III — quando se tratar de índices referentes aos títulos e valores mobiliários; IV — em outras hipóteses

expressamente previstas em regulamentação baixada pela Comissão de Valores Mobiliários".

XIII — Tabela de corretagem

Periodicamente, a CVM divulga uma tabela estabelecendo o valor da corretagem a ser cobrada, pelas corretoras, das operações por elas realizadas por conta e ordem de seus clientes.

A corretora tem liberdade de negociar o valor da corretagem devida, de acordo com a tabela, em até 100%, para mais ou para menos.

Exemplo: Corretagem Cr\$ 100,00

Corretora pode cobrar de zero cruzeiros a Cr\$ 200,00.

Qualquer outra instituição que tenha autorização para receber ordem de compra e venda de títulos e valores mobiliários admitidos à negociação em Bolsa de Valores deve observar esta tabela.

Não pode ser cobrada corretagem no lançamento de títulos e valores mobiliários, durante o período de distribuição primária (*underwriting*).

XIV — Responsabilidade da corretora nas operações que realiza

A corretora ao realizar, em Bolsa de Valores, uma operação, tem as seguintes responsabilidades perante seu cliente e perante a outra sociedade corretora: "I — por sua liquidação; II — pela legitimidade dos títulos ou valores mobiliários entregues; III — pela autenticidade dos endossos em valores mobiliários e legitimidade da procuração ou documento necessário à transferência de valores mobiliários".

Uma operação realizada em Bolsa de Valores é liquidada de duas formas, física e financeiramente. Na liquidação física o vendedor entrega os títulos ao comprador. Na liquidação financeira o

comprador entrega cruzeiros ao vendedor.

A liquidação das operações é feita entre as corretoras compradoras e vendedoras através de empresa especializada para este fim. As operações efetuadas na Bolsa de Valores de São Paulo são liquidadas através da CALISPA S/A.

Feita a liquidação entre as corretoras, cada corretora fará a liquidação junto ao respectivo cliente. O cliente comprador paga e recebe ações; o cliente vendedor entrega ações e recebe cruzeiros.

XV — Fundo de Garantia

O cliente quando compra ou vende ações através de uma corretora em Bolsa de Valores, ou ainda quando a ela entrega seus títulos para serem custodiados, passa a gozar de uma espécie de seguro, que é denominado Fundo de Garantia.

Cada Bolsa de Valores deve constituir um Fundo de Garantia, destinado a proteger os investidores, até o limite de seu patrimônio, contra prejuízos decorrentes de:

“I — da atuação de administradores, empregados ou prepostos de sociedade corretora membro ou permissionária da Bolsa de Valores que tiver recebido a ordem do investidor, em relação à intermediação de negociações realizadas em Bolsa e aos serviços de custódia, especialmente nas seguintes hipóteses: a) inexecução ou infiel execução de ordens; b) uso inadequado de numerário ou de valores mobiliários, inclusive em relação a operações de financiamento ou de empréstimos de ações para a compra ou venda em Bolsa (conta margem); c) entrega ao comitente de valores mobiliários ilegítimos ou de circulação proibida; d) inautenticidade de endosso em valor mobiliário ou ilegitimidade de procuração ou documento ne-

cessário à transferência de valores mobiliários;

e) encerramento das atividades; II — de falha operacional na liquidação de operações e na administração da custódia de valores mobiliários; III — da atuação de administradores, empregados e prepostos da sociedade corretora que represente a contraparte da operação.

Parágrafo único. A reposição de valores mobiliários entregues à corretora para custódia é limitada a 150.000 Bônus do Tesouro Nacional, por cliente”.

O cliente reclama diretamente ao Fundo de Garantia, indicando seu prejuízo e anexando os documentos que suportam a reclamação. A reclamação deverá ser postulada no prazo de 180 dias, contados da ocorrência do prejuízo.

Não é cobrada qualquer taxa ou emolumento pelo processamento de reclamações perante o Fundo de Garantia.

As reclamações são apreciadas pela Comissão Especial que administra o Fundo de Garantia. A apreciação da Comissão Especial é submetida ao Conselho de Administração.

Se a decisão for favorável ao reclamante, o Fundo de Garantia efetua o ressarcimento do prejuízo e cobra o mesmo da Corretora que o causou. Se a Corretora não restituir o que o Fundo de Garantia pagou, será suspensa de suas atividades na Bolsa de Valores.

Se a decisão for desfavorável ao reclamante, o Conselho de Administração envia o processo à CVM, para ser apreciado em grau de recurso. A decisão que vier a ser adotada pela CVM será a final sobre o assunto.

O patrimônio do Fundo de Garantia é basicamente constituído por emolumento pago pelas Corretoras, equivalente a 1% das corretagens recebidas

no mês, e deve ser aplicado em títulos e valores mobiliários, de venda fixa ou de renda variável.

XVI — Poder disciplinar da Bolsa de Valores

A Bolsa de Valores é dotada de poder disciplinar, de aplicação imediata, em decisão fundamentada, visando assegurar o funcionamento regular dos mercados que administra e preservar elevados padrões éticos de negociação.

Para estas finalidades a Bolsa de Valores tem competência para: “I — decretar o próprio recesso, em caso de grave emergência, comunicando o fato, imediatamente, à Comissão de Valores Mobiliários, para sua manifestação; II — suspender as atividades da sociedade corretora relacionada aos negócios realizados em Bolsa de Valores, ou o exercício das funções de seus administradores, quando a proteção dos investidores assim o exigir, comunicando, de imediato, a ocorrência à Comissão de Valores Mobiliários e ao Banco Central; III — suspender a negociação, em seu recinto, de títulos e valores mobiliários; IV — impedir a realização de negociações que se estejam realizando em Bolsa de Valores, quando existirem indícios que possam configurar infrações a normas legais e regulamentares, ou consubstanciar práticas não eqüitativas; V — cancelar os negócios realizados em Bolsas de Valores ou suspender sua liquidação, nos casos de operações onde haja indícios que possam configurar infrações a normas legais e regulamentares, ou que consubstanciem práticas não eqüitativas, modalidades de fraude ou manipulação”.

As infrações praticadas contra as normas da Bolsa de Valores são apuradas mediante inquérito ou processo administrativo, assegurada a mais ampla defesa aos envolvidos ou indiciados.

A Bolsa de Valores pode aplicar penalidades aos integrantes do Conselho de Administração, às Sociedades Corretoras e aos administradores, empregados e prepostos da própria Bolsa de Valores ou das Corretoras.

As penalidades aplicáveis são: “I — advertência; II — multa; III — suspensão; IV — exclusão da sociedade corretora; V — inabilitação para o exercício de cargos no Conselho de Administração e administrador de sociedade corretora e do sistema de registro, compensação e liquidação de operações, bem como para o exercício da função de representante da sociedade corretora, em qualquer nível de atuação, dando-se nesse caso, ciência a todas as demais Bolsas de Valores”.

Da penalidade aplicada pela Bolsa de Valores cabe recurso, com efeito suspensivo, à CVM, a ser interposto no prazo máximo de 15 dias, contados da ciência da decisão pelo interessado. A decisão da CVM será definitiva sobre esta matéria.

XVII — Bolsa de Valores x CVM

Devido à disposição legal que submeter a Bolsa de Valores à supervisão da CVM, este órgão tem competência para: “I — suspender a execução de normas adotadas pelas Bolsas de Valores, julgadas inadequadas ao seu funcionamento, e determinar a adoção daquelas que considere necessárias; II — sustar a aplicação de decisões das Bolsas de Valores, no todo ou em parte, especialmente quando se trate de proteger os interesses dos investidores; III — cancelar os negócios realizados em Bolsas de Valores, ou suspender sua liquidação, nos casos de operações que possam configurar infrações a normas legais e regulamentares, ou que consubstanciem práticas não eqüitativas,

modalidades de fraude ou manipulação no mercado; IV — decretar o recesso de Bolsa de Valores com o fim de prevenir ou corrigir situações anormais de mercado, definidas na regulamentação vigente; V — suspender ou cassar, através de inquérito, a autorização de funcionamento de qualquer Bolsa de Valores, nos casos de grave infração, assim definidos pela Comissão de Valores Mobiliários, ou de reincidência, observado o procedimento fixado pelo Conselho Monetário Nacional; VI — determinar às Bolsas de Valores, em situações anormais de mercado e quando da conclusão de inquérito administrativo pela responsabilidade do indiciado, nos termos

do art. 5.º do Regulamento anexo à Res. 454/77, o imediato afastamento de conselheiros, quando houver indício de cometimento de infração incompatível com o exercício do cargo para o qual foi eleito ou nomeado, até a conclusão do respectivo processo administrativo. Não concluído o processo no prazo de 120 dias, o conselheiro poderá ser reintegrado em suas funções”.

Como a Bolsa de Valores possui poder de auto-regulação, a convivência harmônica entre Bolsa de Valores e CVM dependerá muito de como é usado este poder de auto-regulação, assim como a CVM faz uso das competências que lhe são legalmente atribuídas.

DOCTRINA

O ANTEPROJETO DA CVM PARA A REFORMA DA LEI DE SOCIEDADES POR AÇÕES BRASILEIRA *

WALDÍRIO BULGARELLI

1. A divulgação do anteprojeto de reforma da Lei 6.404/76, elaborado e divulgado pela Comissão de Valores Mobiliário, para através de audiência pública receber sugestões, justifica sem dúvida os eventos que, oportunamente, a AASP e o IASP promovem.

2. A respeito do tema, dois aspectos devem ser salientados: a) que a Exposição de Motivos da atual lei enfatizou o caráter experimental da Lei, talvez, motivada pelos calorosos debates que o então anteprojeto ensejou e, em virtude do número e profundidade das inovações que propunha e que de fato introduziu no plano da Lei das Sociedades por Ações, o então vigente, Dec-lei, 2.627/40; b) que, certamente, não seria fácil a absorção pelo meio jurídico e empresarial de transformações tão profundas numa lei que já se enraizara na consciência, nos costumes e na prática, eis que viveu para mais de trinta anos. Por tal aspecto, as manifestações ocorridas pelo décimo aniversário da Lei, em 1986, ressaltaram suas qualidades — e cito nominalmente, o art. do Prof. Arnoldo Wald publicado na *RDM* 62, 1986 — que entoava loas aos dispositivos da lei em exame, e outras no mesmo tom, o que indicava que grande parte das inovações já haviam

sido compreendidas. Nem todas é verdade, e nesse sentido, os pleitos judiciais coletados dão bem um exemplo das dificuldades que os Tribunais encontraram para dar desate correto aos dissídios provocados, em que avultam os referentes aos choques entre maioria e minoria, os concernentes a uma incompreensão até conceitual da figura do controlador, os referentes ao Conselho Fiscal e assim por diante. Bem é de ver, que a Lei 6.404/76 a par do grande número de dispositivos contidos nos seus 300 artigos, somados aos 15 que manteve em vigor da Lei anterior e as remissões diretas ou indiretas a outras leis, já constituía por si um complicador para o seu entendimento sistemático, ao que se acresciam os vários tipos, digamos assim, de sociedades por ações por ela disciplinados, como: o regime das companhias abertas e das fechadas, sem uma separação nítida no tratamento, tendo se chegado após minucioso estudo, a assinalar pelo menos vinte e uma série de disposições específicas; das sociedades de capital autorizado, das sociedades em comandita por ações, das sociedades de economia mista, dos grupos de fato e de direito, dos consórcios, e ainda dos reflexos nas sociedades por cotas de responsabilidade limitada, sobretudo, em termos de transformação, incorporação, fusão e cisão. Tudo isto somado, explica a extensa bibliografia surgida para analisar seus dispositivos, como muitas obras, diga-se, de ocasião,

* Texto da palestra proferida, respectivamente, na Mesa-Redonda promovida pela AASP, em 16.6.92, e no ciclo patrocinado pelo Instituto dos Advogados de São Paulo, em 29.6.92.

e outras mais pensadas, e também o incontável número de pareceres que ainda hoje são oferecidos em relação aos temas tratados. Deve-se ressaltar que um dos temas que mais causou impressão foi o da proteção às minorias, o que chamou inclusive minha atenção, pois envolvia toda a sistemática das companhias, alcançando o controlador e suas responsabilidades, assim como os administradores, a distribuição dos dividendos, a questão das reservas, as formalidades das assembleias-gerais, a aprovação de contas dos administradores, a divisão das ações em formas e espécies, e ainda o Conselho Fiscal, tendo de mim, se me permitem a referência, merecido pelo menos duas monografias específicas, uma intitulada A Proteção das Minorias, e outra, que foi tese de concurso com a qual obtive a titularidade da cadeira de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP, justamente sobre o tema do Conselho Fiscal.

3. Passando à análise do anteprojeto oferecido agora pela CVM, dois aspectos significantes despertam desde logo a atenção: 1. que optou a CVM por introduzir alterações, sem quebrar a seqüência da lei, ao contrário do que está ocorrendo com a pretendida reforma da lei de falências e concordatas, em que se optou pelo oferecimento de um novo texto; 2. que as inovações introduzidas visam a, pela perspectiva técnica, aprimorar o funcionamento do modelo, como se vê, p. ex., em relação às demonstrações contábeis que vieram substituir as antigas demonstrações financeiras, além de critérios de avaliação dos ativos e passivos, e da criação de um conselho para orientar a contabilidade, o COSENC, composto de membros de várias entidades (art. 302); e de outro, aprimorar o sistema de proteção às minorias, e ainda, por esse aspecto, dando maior realce às preferências, como que pretendendo que se tornem algo

mais do que meras ações de segunda classe, como já foram consideradas pela doutrina. Ainda nessa linha faz referências a Empresas de Grande Porte, o que é altamente sugestivo (cf. art. 301).

4. Será, portanto, seguindo essa linha que iremos destacar algumas das principais alterações, sem qualquer pretensão exaustiva.

Começemos pelas *ações preferenciais*: Alterou-se a proporcionalidade no capital, fixando-se em 40% (e não mais 2/3 do capital) do total das ações emitidas, conforme o texto do art. 15, § 2.º, que convém transcrever: "O número de ações preferenciais sem direito a voto, ou sujeitos a restrições no exercício deste direito, não pode ultrapassar a 40% do total das ações emitidas". Já no que tange às *preferências* fixou-as o art. 17, como prioridade: I — na distribuição de dividendos; II — no reembolso do capital com ou sem prêmio; e III — no resgate, na amortização ou no reembolso. Quanto ao voto, manteve-se a sistemática, inserindo o art. 18 da disposição de que elas poderão ter voto pleno, restrito ou não possuírem direito a voto, conforme disponha o estatuto social. Cabe mencionar a propósito dois pontos salientes: um, referente a inclusão entre os direitos essenciais do art. 109, do n. VI, exercer o direito de voto de acordo com esta Lei; o outro, o de que as ações preferenciais de voto restrito votam em igualdade de condições com as ações ordinárias, além de outras situações previstas nos estatutos sociais, para: I — eleger ou demitir, total ou parcialmente, o Conselho Fiscal; II — escolher ou demitir se houver os auditores independentes; III — deliberar sobre o aumento do capital social com a emissão de ações preferenciais; IV — decidir sobre o aumento do capital social mediante a integralização em bens e créditos; V — alterar a política de dividendos estabelecida no estatuto social;

VI — emissão de debêntures conversíveis em ações; VII — emissão de bônus de subscrição. Chama a atenção, a alteração procedida através do art. 111, que dispõe: O estatuto poderá conferir às ações preferenciais algum ou alguns dos direitos reconhecidos às ações ordinárias além daqueles previstos nesta lei. § 1.º. As ações preferenciais sem direito a voto, e as de voto restrito, serão transformadas em ações ordinárias votantes, por expressa manifestação do acionista, caso a companhia: a) deixar de distribuir, em até 120 dias do término do exercício social, o dividendo atribuído às ações preferenciais sem direito a voto; b) após dois exercícios sociais, deixar de pagar os dividendos fixos cumulativos ou mínimos a que fizerem jus.

Nota-se, a propósito, que não se trata mais, agora, de simplesmente adquirir o exercício do direito de voto, mas, da transformação da ação preferencial em ordinária, o que constitui um passo significativo na consagração da posição das preferenciais.

Nesse sentido, vê-se também que foi revogado o atual disposto no art. 18 que permite ao estatuto assegurar a uma ou mais classes de ações preferenciais o direito de eleger, em votação em separado, um ou mais membros do conselho de administração, (que constituía uma das formas de integração em *joint venture*;) assim como o parágrafo único, que dispõe que o estatuto pode subordinar as alterações estatutárias que especificar à aprovação, em assembleia especial, dos titulares de uma ou mais classes de ações preferenciais, o que, em princípio, parece não retirar esse poder dos controladores.

Alcança também o esquema das preferenciais a remuneração dos administradores, tendo o art. 152, no seu § 1.º estatuído, que o estatuto da companhia que fixar o dividendo obrigatório em 25% ou mais do lucro líquido para as

ações com voto restrito e pleno, bem como, em 9% ou mais para as ações preferenciais sem direito a voto, pode atribuir aos administradores participação no lucro da companhia; e ainda, o § 2.º, que passou a ter a seguinte redação: “O montante das participações não ultrapassará a remuneração anual dos administradores atualizada monetariamente, na forma do art. 184, nem 40% do montante dos dividendos prevalecendo o limite que for menor”.

As alterações referentes às ações preferenciais vai alcançar também a sua participação nas Sociedades de Economia Mista, tendo o art. 239 sido alterado para apresentar a seguinte redação: “As companhias de economia mista terão obrigatoriamente conselho de administração, composto por, no mínimo, 6 conselheiros, assegurado à minoria dos acionistas preferenciais o direito de eleger 3 conselheiros, se maior número não lhes couber pelo processo de voto múltiplo”.

No que tange à *Assembleia-Geral*, algumas alterações merecem relevo; assim, a possibilidade de que qualquer acionista possa pedir que a CVM se faça representar, na assembleia, correndo por sua conta o custo (parágrafo único do art. 121). Nessa linha observa-se também que a ata da assembleia deverá ser distribuída aos acionistas, e que estes, poderão por qualquer meio gravar do ocorrido na assembleia (cf. art. 130 e § 4.º).

Quanto à convocação, alterou-se o *quorum* estabelecido na alínea *c* do art. 123, para acionistas que representem 2%, no mínimo, do capital, quando os administradores não atenderem, no prazo de oito dias, o pedido de convocação que apresentarem devidamente fundamentado com indicação das matérias a serem tratadas.

Vale ainda mencionar, que em relação a deliberação para contratar audi-

tores independentes (o que não é mais obrigatório, como na atual lei) pode ser invocado por acionistas que representem 0,1 do capital social, o processo do voto múltiplo.

Aliás, a respeito do voto múltiplo convém destacar que se alterou a sistemática: assim, o art. 141 dispõe agora: "Na eleição dos conselheiros, é facultado aos acionistas que representem, no mínimo, 0,1 das ações ordinárias com direito a voto, esteja ou não previsto no estatuto, requerer a adoção do processo de voto múltiplo, atribuindo-se a cada ação, tantos votos quantos sejam os membros do conselho, e reconhecido ao acionista o direito de cumular os votos num só candidato ou distribuí-los entre vários, ao que se acresce a alteração do § 4.º, que dispõe: Se o número de membros do conselho de administração for inferior a 5 é facultado aos acionistas que representem 20%, no mínimo, do capital constituído por ações ordinárias com direito a voto, a eleição de um dos membros do Conselho, observado o disposto no § 1.º.

Na parte a que se refere ao controlador tem-se modificação no sentido de alcançar os empregados (art. 117, *d e e*).

Quanto aos administradores, acresceu-se suas obrigações, no art. 154, § 2.º, que se apresentam como vedações, ficando assim impedido o administrador de "negar-se a prestar, oralmente ou por escrito, antes ou quando das assembleias-gerais, qualquer informação, ou negar-se a mostrar ou fornecer cópia de qualquer documento que, direta ou indiretamente, esteja relacionado com as matérias constantes na ordem do dia ou na assembleia discutidos" (alínea *d*) e ainda "deixar de comunicar aos acionistas, na primeira assembleia, a existência de inquérito ou processo administrativo iniciado pela administração pública federal, estadual ou municipal contra a companhia ou

qualquer dos seus administradores" (alínea *e*).

Alterou-se também a figura do conflito de interesses, acrescentando-se um § 3.º e modificando-se o § 2.º que passou a ter a seguinte redação: Se o administrador, observado o disposto no § 1.º, direta ou indiretamente, contratar com a companhia, deverá comunicar tal fato, por escrito e detalhadamente, na primeira assembleia-geral que se realizar; e rezando o § 3.º: O negócio contratado com infração ao disposto nos §§ 1.º e 2.º é anulável, e o administrador interessado será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que dele tiver auferido".

As alterações procedidas no direito de recesso, além de ampliá-lo, também restauraram a redação original que foi alterada, como se sabe, pela chamada Lei Lobão (7.958/89) que provocou grandes debates, entendendo a maioria (cf. Mauro Rodrigues Penteado, *RDM* 77/29 e Rubens Aprobato Machado, *RDM* 82/46) que não havia revogado os arts. 225 a 230 da Lei 6.404/76. Como o art. 137 liga-se ao 136, verifica-se que este foi alterado, com relação ao *quorum* para aprovação das matérias que especifica, passando para metade das ações com direito a voto e com voto restrito. Já no que tange ao art. 137 propriamente dito, passou a ter a seguinte redação: A aprovação das matérias previstas nos ns. I a VII do art. 136, desta Lei, dá ao acionista dissidente direito de retirar-se da companhia, mediante reembolso do valor de suas ações (art. 45) se o reclamar à companhia, no prazo de 30 dias contados da publicação da ata da assembleia-geral. § 1.º. O acionista dissidente da assembleia, inclusive o titular de ações preferenciais com direito a voto restrito ou sem direito a voto, pode pedir o reembolso do valor das ações de que, comprovadamente, era titular na data

da assembléia, ainda que se tenha absteido de votar contra a deliberação ou não tenha comparecido à reunião.

Vê-se, assim, que do rol das matérias previstas no art. 136, o anteprojeto só retirou o direito de recesso para o n. VIII, que se refere a constituição de grupo, mantendo-se esse direito em caso de fusão, incorporação ou cisão, de acordo com a nova redação dada ao art. 230.

Modificações interessantes foram introduzidas na configuração e atribuições do Conselho Fiscal, sendo que alguns ajustes atenderam a sugestões que fizemos em nossa tese sobre o tema (cf. O Conselho Fiscal nas Companhias Brasileiras, Ed. RT 1988). Destarte verifica-se desde logo que alterou-se a redação do *caput* do art. 163, passando as atribuições nele mencionadas a ser não do órgão mas dos conselheiros.

Por outro lado, passou o órgão a ser permanente nas companhias abertas. O que causa espécie, no entanto, é a composição do órgão, com o número entre 3 e 5, o que parece não corresponder às contas dos componentes. Assim é que o anteprojeto estatui que os titulares de ações sem direito a voto terão o direito de eleger, em votação em separado, um membro e respectivo suplente, tendo-se mantido a sistemática anterior para os demais acionistas que elegem um mais um; tudo somado resulta em três, não se vendo como poderá chegar a cinco.

Também introduziu alterações no acordo de acionistas, que nos parecem, aliás, bem oportunas; assim é que além dos três objetos relacionados anteriormente no art. 118 introduziu-se "outras preferências", o que amplia bastante a incidência do acordo. Também fixou prazo máximo de 4 anos para os acordos e outorgou o direito de renúncia aos seus participantes.

Algumas outras alterações merecem menção ainda que sumárias: assim, a sujeição das sociedades de economia mista à falência, o que se casa aliás, com o anteprojeto governamental de reforma da lei de falências e concordatas que previu o mesmo. Também as sociedades por cotas de responsabilidade limitada e demais tipos de sociedades, desde que de grande porte, ficam sujeitas à elaboração de demonstrações financeiras de acordo com a Lei e as normas da CVM.

Para requerer a adoção do voto múltiplo, foi alterada a porcentagem anterior do art. 141, passando agora para um mínimo de 0,1 das ações ordinárias com direito a voto; assim também a porcentagem do § 4.º passou a ser computada sobre o capital constituído por ações ordinárias com direito a voto.

Um sem número de outras alterações foram sugeridas, mas, elencá-las todas seria ampliar demais o presente trabalho que tem como escopo apenas sinalizar para as mais chamativas.

A ATIVIDADE DE RESSEGUROS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

FÁBIO KONDER COMPARATO

O desenvolvimento da política governamental de privatização de empresas estatais, como já era esperado, atinge agora o setor de resseguros. A pressão das seguradoras privadas nesse sentido vem de longe e funda-se em duas razões ponderáveis. Em primeiro lugar, a larga experiência estrangeira — sobretudo em países desenvolvidos — de funcionamento de empresas privadas de resseguros, com resultados bastante satisfatórios, segundo consta. Em segundo lugar, a cristalização de um certo excesso de poder, por parte do Instituto de Resseguros do Brasil, tanto na regulação administrativa dessa atividade, quanto em sua exploração comercial.

O intento governamental, vigorosamente secundado pelos interesses empresariais privados, esbarra todavia em obstáculo de monta. Segundo o enunciado do art. 192 da CF, “o sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre (...) autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador e do órgão oficial ressegurador.” À luz do disposto nessa norma constitucional, é juridicamente viável a privatização do IRB, ou, pelo menos, a exclusão de seu monopólio de exploração comercial do resseguro?

É o que me proponho a deslindar a seguir.

I — O método interpretativo adotado

A teoria tradicional colocava a hermenêutica jurídica na classe das interpretações meramente textuais ou literárias, destacando nitidamente a exegese da norma, de sua aplicação ao caso concreto, como dois momentos sucessivos. Entendiam os autores tradicionais que era sempre possível ao intérprete extrair o sentido autêntico e completo de um texto normativo, antes e independentemente da consideração dos casos concretos, subsumíveis à hipótese de incidência prevista na norma.

Tratava-se, evidentemente, de uma concepção de professores ou doutrinadores, ou seja, gente afeita, por vocação e profissão, a dissertações gerais e a explicações *in abstracto*.

Contra essa visão puramente literária e descompromissada com a realidade, sempre se insurgiram, de modo expresso ou velado, os homens encarregados de aplicar a lei: magistrados, membros do Ministério Público, administradores em geral. A estes, o método tradicional aparecia como um puro exercício intelectual, de caráter nefelibata e utilidade reduzida, senão nula. A normal complexidade dos fatos da vida, atingindo às vezes um grau extremo, dificilmente se deixa enquadrar

no molde vago e abstrato da norma, proposto de antemão pelo intérprete. Daí o freqüente recurso à “vontade” ideal da lei, como expressão da intenção presumida do legislador. Mas esse ficcionismo pseudo-psicológico não deixa de ser sentido como uma falsa explicação, pois mal encobre o fato óbvio de que o aplicador da norma não começa nunca por considerá-la em abstrato, antes de analisar o problema concreto a resolver, mas principia sempre por refletir sobre o caso da vida cuja solução se lhe pede. Ele não se limita nunca — e bem o sabe — a esclarecer ou explicitar o direito já criado na norma, mas contribui, ainda que minimamente, i. é, apenas para o caso em julgamento, a criar o direito.

Por essas razões, como reação a esse modo de ver tradicional do trabalho interpretativo, surgem, intermitentemente, opiniões extremadas, que acabam por dissolver a norma no caso concreto, assim como a doutrina tradicional dissolvia os problemas reais no abstrato molde normativo. Uma das últimas tentativas para fazer vingar esse esforço reducionista da norma geral no caso particular é, sem dúvida, a tópica, ou teoria dos lugares-comuns.¹ Em sua formulação mais radical, essa teoria preconiza a substituição do texto normativo por um elenco de regras práticas, ditadas pela experiência e expressas em brocados de uso imemorial.² O intérprete, nessa concepção, não se deve preocupar por revelar, preliminarmente, o sentido da norma aplicável, mas, antes, as dimensões e os elementos componentes do problema solvendo, sendo a norma apenas um desses elementos. No princípio era o problema e não o verbo...

O pensamento jurídico contemporâneo tem procurado superar essa contradição metodológica, insistindo no fato de que a interpretação jurídica

não é só da norma nem só do fato, individualmente considerados, mas a compreensão (*cumprehendere* = apreender ou apanhar conjuntamente) concomitante da norma e do fato; da norma concretizada e do fato normado. É a teoria da concretização.³

Entre a norma aplicanda e o fato ou problema a ser julgado existe sempre uma relação dialética de implicação recíproca, um “círculo hermenêutico”, ou “movimento de ir e vir”, como disse Gomes Canotilho.⁴ A norma abstrata, desligada dos fatos concretos da vida real, é apenas suscetível de uma “pré-compreensão”, asseverou Konrad Hesse. A sua compreensão plena só se perfaz à vista do fato concreto, que ilumina o sentido e o alcance do preceito normativo. Hesse vai ao ponto de afirmar que não existe interpretação constitucional desvinculada de problemas concretos.⁵

Tal não significa, porém, que os procedimentos da hermenêutica tradicional sejam esquecidos ou abandonados. Não. O que acontece é que eles vêm depois e nunca antes do trabalho de concretização. Assim, uma vez bem apreendida a relação existente entre a norma e o problema a ser resolvido, aí sim pode o intérprete lançar mão de todo o clássico arsenal interpretativo: a análise semântica, lexical e contextual; a investigação histórica; a consideração funcional e teleológica.

Isto bem assentado, vejamos qual o problema concreto que se apresenta à nossa indagação. Segundo parece claro, não se trata de saber se esse “órgão oficial ressegurador”, de que fala o art. 192, II da Constituição, é uma entidade distinta dos “estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização”, mas qual a específica diferença jurídica entre aquele e estes, denotada pelo adjetivo “oficial”, e, sobretudo, se esse órgão oficial já existe na

pessoa do Instituto de Resseguros do Brasil, e se a atividade resseguradora deve lhe ser reconhecida como atribuição exclusiva.

Essa a questão problemática. Para iniciar a sua discussão, é conveniente partir de um dado incontroverso que acaba de ser mencionado: o "órgão oficial ressegurador", no sistema da lei complementar cujas diretrizes são dadas pelo citado art. 192 da Constituição, não se confunde, absolutamente, com os "estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização". Entre estes e aquele, a diferença não é apenas de objeto, ou seja, a atividade econômica que exercem — num caso, as atividades de seguro, previdência e capitalização; no outro, o resseguro. A diferença aparece, ou melhor, é sugerida também quanto ao plano em que tais atividades são exercidas, em razão da expressão "órgão oficial", empregada para definir a entidade resseguradora.

A análise contextual da Constituição dá alguma indicação significante para essa expressão? É o que se procura verificar a seguir.

II — Análise semântica

Na pesquisa do significado dos termos ou expressões verbais utilizados em normas jurídicas, é preciso distinguir, preliminarmente, entre vocábulos técnicos e vocábulos não-técnicos ou de uso comum. Quanto aos primeiros, o sentido é puramente artificial ou "construído", na medida em que se trata de instrumentos intelectuais para a comunicação no âmbito restrito de determinada ciência ou arte. Por isso, o recurso aos dicionários gerais é de pouca valia nesse terreno. Quanto aos vocábulos de uso comum, ao contrário, o intérprete tem todo interesse em verificar quais as acepções com que o

termo é empregado, na época e no meio onde foi editada a norma jurídica, pois é grande a probabilidade de que o legislador tenha sofrido a influência do meio social ao exprimir a regra de direito. A consulta aí se impõe aos dicionários gerais mais apropriados, i. é, os mais atuais e próprios do meio lingüístico onde foi produzida a norma.

O adjetivo "oficial", usado no art. 192, II da CF, não é um termo técnico da linguagem jurídica, mas um vocábulo de uso comum. No *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira,⁶ que consigna os vocábulos do vernáculo com o sentido em que são efetivamente usados em nosso País, o adjetivo "oficial" apresenta cinco acepções: "1. proposto por autoridade ou emanado dela; conforme as ordens legais: *documento oficial*; 2. relativo à autoridade legalmente constituída, ou dela emanado: *ato oficial*; 3. relativo às pessoas pertencentes ao alto funcionalismo, aos altos dignitários: *visita oficial, reunião oficial*; 4. relativo ao funcionalismo público, burocrático; 5. oficialização".

Como se vê, o sentido nuclear da palavra — aquilo que os semióticos denominam conotação — diz respeito ao Estado, ao Poder Público, àquele que exerce legalmente poder ou autoridade. É, portanto, antônimo de particular ou privado.⁷

Verifiquemos, então, se a Constituição em vigor usa o vocábulo em sentido adverso a essa acepção comum.

A Constituição de 1988 emprega o adjetivo "oficial" nove vezes, em seis dispositivos, a saber:

1. *Art. 13.* "A língua portuguesa é o idioma *oficial* da República Federativa do Brasil".

2. *Art. 93.* "Lei Complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Fe-

deral, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IV — previsão de cursos *oficiais* de preparação e aperfeiçoamento de magistrados como requisitos para ingresso e promoção na carreira;

3. *Art. 163.* “Lei complementar disporá sobre:

VII — compatibilização das funções das instituições *oficiais* de crédito da União, resguardadas as características e condições operacionais plenas das voltadas ao desenvolvimento regional.

§ 3.º. As disponibilidades de caixa da União serão depositadas no Banco Central; as dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por eles controladas, em instituições financeiras *oficiais*, ressalvados os casos previstos em lei”.

4. *Art. 165, § 2.º.* “A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras *oficiais* de fomento.”

5. *Art. 192.* “O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre:

I — a autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização, bem como do órgão *oficial* fiscalizador e do órgão *oficial* ressegurador.”

6. *Art. 8.º, § 2.º das Disposições Constitucionais Transitórias.* “Ficam assegurados os benefícios estabelecidos

neste artigo aos trabalhadores do setor privado, dirigentes e representantes sindicais que, por motivos exclusivamente políticos, tenham sido punidos, demitidos ou compelidos ao afastamento das atividades remuneradas que exerciam, bem como aos que foram impedidos de exercer atividades profissionais em virtude de pressões ostensivas ou expedientes *oficiais* sigilosos”.

A análise conjunta desses dispositivos constitucionais demonstra que não há polissemia ou plurissignificação do adjetivo “*oficial*”. Em todas essas normas, vem ele empregado com o sentido de: pertencente ao Estado, emanado do Estado ou por ele determinado. Assim é que, no art. 192, n. I, as instituições bancárias *oficiais* contrapõem-se às privadas, de modo a ressaltar, por essa contraposição, a antonímia acima referida. E no inciso IV do mesmo artigo, em lugar de “instituições financeiras *oficiais* e privadas”, a Constituição menciona “instituições financeiras públicas e privadas”, o que comprova que o qualificativo “*oficial*” apresenta, sempre, o sentido nuclear registrado em dicionário, como se assinalou.

A conclusão indubitável que se pode extrair dessa análise semântica da linguagem constitucional é a de que a expressão “órgão *oficial* ressegurador”, constante do art. 192, II, significa: órgão ressegurador pertencente ao Estado, incluído na área administrativa pública.

Mas esse órgão estatal, assim previsto, exercerá funções exclusivas? É o que se passa a analisar.

III — A exclusividade de funções do “órgão *oficial* ressegurador”

Três argumentos concorrem para sustentar a interpretação constitucional,

no sentido de que o órgão oficial ressegurador exerce funções exclusivas.

a) O primeiro argumento diz respeito à intenção dos constituintes, tal como ela decorre dos trabalhos de elaboração do texto promulgado. Não se trata, bem entendido, de sacralizar a vontade do autor das normas, descambando para um "originalismo" petrificado.⁸ O sistema constitucional deve ser sempre tomado como um texto aberto para o futuro, sendo certo que os constituintes são condicionados pelo momento histórico em que atuam e não podem, portanto, tudo prever. Mas, quando a Constituição é recente e a norma interpretanda um preceito tópico que não contém conceitos indefinidos, a intenção dos constituintes, revelada pelos trabalhos de elaboração, tem um valor irrefutável.

O que nos revelam os trabalhos constituintes é uma progressiva alteração dos textos projetados, quanto à organização do sistema segurador do País.

Assim é que, até a composição do projeto "A" da comissão de sistematização, de novembro de 1987, nada se dispunha sobre o sistema segurador. Esse projeto insere, pela primeira vez, no capítulo consagrado ao sistema financeiro nacional (incongruência manifesta), a norma de que a autorização administrativa seria também necessária para o funcionamento "dos estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização" (art. 228).

Sobrevém, em julho de 1988, o projeto "B" da mesma comissão, o qual apresenta, em seu art. 197, a seguinte disposição: "Art. 197. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, in-

clusive, sobre: II — a autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização, bem como do *órgão oficial fiscalizador e dos oficiais resseguradores*."

Como se percebe, a oposição entre a singularidade do órgão oficial fiscalizador e a pluralidade dos órgãos oficiais resseguradores demonstrava que estes, ao contrário daquele, exerciam poder concorrente; em suma, não havia monopólio da atividade resseguradora.

Em seguida, porém, a partir do projeto "C" até a redação final da Constituição, esse pluralismo de órgãos oficiais resseguradores foi afastado, passando-se a falar em "órgão oficial fiscalizador e órgão oficial ressegurador".

Essa evolução redacional indica, com suficiente clareza, que os constituintes entenderam de concentrar num só e mesmo órgão estatal a função de resseguro, em todo o País.

b) O segundo argumento a favor da exclusividade de função resseguradora diz respeito à continuidade histórica.

Uma corrente de pensamento constitucional salientou o fato óbvio de que, salvo em momentos de revolução radical, nenhuma Constituição representa uma completa solução de continuidade em relação ao ordenamento jurídico passado. O efeito institucional inovador das constituições é sempre relativo: grande parte do direito anterior permanece em vigor, porque perfeitamente compatível com a nova ordem constitucional. Há mais, porém. Tendo-se em vista esse processo de criação limitada do novo sistema constitucional e o fato da inserção da nova Lei Maior num sistema histórico que não é totalmente abolido, em muitos pontos as normas constitucionais de-

vem ser entendidas e aplicadas em função do sistema legislativo ordinário, que permanece em vigor. É o que um autor alemão denominou, com uma certa impropriedade terminológica, “interpretação constitucional conforme as leis” (*gestzeskonforme Verfassungsinterpretation*).⁹

Ora, o resseguro no País sempre foi monopólio do Instituto de Resseguros do Brasil. O Dec.-lei 1.186, de 3.4.39, que o criou, deu ao IRB a tarefa de “regular os resseguros no país” (art. 3.^o); portanto, atribuição ampla, que ultrapassa o simples exercício da atividade empresarial. As sociedades seguradoras passaram, desde então, a ser obrigadas “a ressegurar no Instituto as responsabilidades excepcionais da sua retenção própria em cada risco isolado” (art. 209). Se elas, contrariando esse dispositivo, tomassem parte em qualquer operação de resseguro realizada com estabelecimento diverso do IRB, ficariam sujeitas à sanção maior da cassação da autorização para funcionar, independentemente da nulidade da operação (art. 30).

Esse regime foi substancialmente mantido pelo Dec.-lei 73/66. O IRB permaneceu com a atribuição exclusiva de regular o resseguro no País (art. 42), podendo, excepcionalmente, autorizar sociedades seguradoras a aceitar operações isoladas de resseguro (art. 82).

Na interpretação da norma constante do art. 192, II da CF/88, por conseguinte, não se pode fazer abstração dessa situação legal, que perdura há já meio século. Para que se admitisse que a Constituição alterou esse regime de exclusividade do resseguro, seria mister que houvesse clara determinação constitucional em sentido contrário; o que, a toda evidência, não ocorre.

c) Como terceiro argumento favorável ao caráter exclusivo da atribuição de funções resseguradoras ao órgão oficial mencionado no art. 192, II da CF, devem ser ressaltados os resultados de uma análise contextual.

O órgão oficial ressegurador é mencionado em paralelo com o órgão oficial fiscalizador e em contraposição aos “estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização”. Se se admitisse que o órgão ressegurador pudesse ser multiplicado pela legislação infraconstitucional, não se vê por que o mesmo não poderia ocorrer com o órgão fiscalizador, que se situa em igual nível. Como esse resultado do raciocínio frisa ao absurdo — pois a função fiscal do Poder Público é una e indivisível, em cada setor de atividades — torna-se evidente que a Constituição, com o mesmo enunciado normativo, não pode ter emprestado regimes diversos a esses dois órgãos oficiais. Tanto o fiscalizador, quanto o ressegurador, por conseguinte, por serem entidades oficiais, diversamente do que ocorre com as empresas de seguro, não se submetem ao regime da concorrência ou da liberdade de iniciativa.

Um confronto com a norma constante do n. I do mesmo artigo é esclarecedor. Aqui, o texto constitucional não só admite, expressamente, a pluralidade de instituições bancárias oficiais — o que corresponde à ordem jurídica vigente no momento da promulgação da Constituição e denota, portanto, aquela continuidade histórica de que se falou há pouco —, como ainda coloca esses institutos oficiais de crédito em pé de igualdade com os bancos privados, a demonstrar que, uns e outros, exercem a mesma atividade. Não assim no campo dos seguros: os órgãos oficiais, fiscalizador e ressegurador, são destacados, em

sua unidade e individualidade, das empresas de seguros; algumas delas, aliás, sob controle estatal. Houve, portanto, aqui, uma clara separação de águas: não querendo misturar atividade de seguros com função de resseguro, a Constituição situou aquela no terreno da economia privada e colocou esta na esfera administrativa. Ora, as funções administrativas são, em princípio, exclusivas e não concorrentes.

Uma objeção a essa argumentação poderia, talvez, ser levantada, com base na leitura destacada do art. 177 da CF. Nesse dispositivo, contrariamente à orientação constitucional seguida desde 1934, ao invés de se atribuir à União um poder genérico de monopólio, enunciam-se setores determinados que podem ser monopolizados. Como o setor de resseguros não aparece nesse enunciado, poder-se-ia extrair a conclusão de que ele estaria imune ao monopólio.

A objeção é infundada. A Constituição de 1988, de fato, não reproduziu a disposição genérica, constante das Cartas que a precederam, a respeito do poder monopolizador da União. Mas, por outro lado, consagrou outros casos de monopólio, não incluídos no enunciado do art. 177. Assim, p. ex., com o monopólio de exploração de serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações (art. 21, XI). Assim também com relação ao Banco Central (art. 192, IV), com a agravante (se assim se pode dizer) de que, neste caso, o monopólio ou exclusividade não foi expressamente declarado, mas decorre, implicitamente, da própria natureza das atribuições desse Banco.

Há mais, porém. A tentativa de submissão da função resseguradora ao qualificativo de atividade empresarial

ordinária, para efeito de exclusão do monopólio, parece inaceitável, quando se considera que ao falar de "órgão oficial", a Constituição está apontando, claramente, para uma prestação de serviço público. Como se sabe, a prestação de serviços públicos é um dever do Estado, que não entra no campo da atividade econômica empresarial, submetida à livre iniciativa.

Isto posto, pergunta-se, qual a natureza do órgão oficial ressegurador? O ditado constitucional por acaso impede que o IRB continue, até o advento de eventual legislação em contrário, a exercer as funções que sempre exerceu e a ostentar a mesma organização formal?

É o que se passa a examinar.

IV — Natureza e forma jurídica do órgão oficial ressegurador

O Instituto de Resseguros do Brasil é um órgão estatal *sui generis*.

Trata-se, em primeiro lugar, de uma entidade incluída na esfera da Administração indireta, com estrutura de direito público e não de direito privado (malgrado a errônea declaração em contrário do art. 41 do Dec.-lei 73/66). O IRB acha-se submetido ao controle da União Federal, que detém o poder decisório sobre sua estrutura funcional, a orientação empresarial e a própria existência da entidade.

Em segundo lugar, o IRB é dotado de uma estrutura *sui generis*. Ele não é empresa pública, no sentido do disposto no art. 5.º, II do Dec.-lei 200/67, porque seu capital não pertence integralmente à União. Ele tampouco é uma sociedade de economia mista, pela boa razão de que lhe faltam os requisitos essenciais para ser tido como uma sociedade *tout court*. Os detentores do capital do Instituto não são

sócios: não têm poderes para deliberar, em conjunto, sobre a existência e o funcionamento da entidade; não decidem sobre o montante de seu capital, a designação de seus administradores, ou a partilha do lucro do exercício.

De qualquer forma, o IRB, foi criado por um diploma legislativo que lhe conferiu exclusividade de funções. Por conseguinte, de acordo com o que se acaba de expor, a existência e as atribuições legais do Instituto são perfeitamente compatíveis com a nova ordem constitucional.

Mas se o legislador ordinário desejar alterar a organização do IRB, quais seriam os limites constitucionais dessa reforma?

A reforma do Instituto teria que respeitar, obviamente, a sua natureza de órgão oficial de resseguros, isto é, a sua inserção no quadro da Administração Pública indireta. As espécies de entidades dessa natureza são quatro: autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista e fundação pública.

Se a escolha recair sobre a forma de sociedade de economia mista, a lei autorizadora — que poderá ser a lei complementar a que se refere o art. 192 da CF — deverá afirmar a exclusividade de exercício da função resseguradora do Instituto e determinar a obediência à legislação especial das sociedades desse tipo, notadamente as disposições constantes dos arts. 235 a 242 da LSA.

NOTAS

1. Cf. Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 5.ª ed., Munique (Beck), 1974.

2. Uma boa lista dessas fórmulas sintéticas de exegese consta da obra amplamente

difundida de Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9.ª ed., RT, Ed. Forense, 1980, n. 292 e ss., embora o autor, evidentemente, não antecipasse as idéias sistêmicas da teoria tópica.

3. Ela foi desenvolvida, originalmente, por autores alemães: cf., na teoria geral do direito, Karl Engisch, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 2.ª ed., Heidelberg (C. Winter), 1968, e Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5.ª ed., Springer-Verlag, 1983, pp. 279 e ss. e 456 e ss.; no direito constitucional, o método da concretização foi amplamente defendido por Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 15.ª ed., Heidelberg (S. F. Müller), 1985, n. 60 e ss.

4. *Direito Constitucional*, 5.ª ed., Coimbra (Almedina), 1991, p. 220.

5. *Es gibt keine von Konkreten Problemen unabhängige Verfassungsinterpretation*: op. cit., n. 64.

6. 2.ª ed., RJ, Ed. Nova Fronteira.

7. No direito romano, *officium* significa qualquer serviço, função ou deveres da função, fosse ela pública ou privada. No livro do Digesto consagrado aos libertos, encontram-se fragmentos de opiniões doutrinárias, que revelam esse sentido amplo que o vocábulo tinha na linguagem dos prudentes, como, p. ex.: *operae sunt diurnum officium* (Paulo, 38, 1, 1), com referência às obras realizadas pelos libertos; ou então a sentença de Ulpiano *fabriles operae ceteraque, quae quasi in pecunia praestatione consistunt, ad heredem transeunt, officiales vero non transeunt* (38, 1, 6). Esse significado amplo justificava-se, à época, lembrando-se que Roma não conhecia a nossa rígida dicotomia Estado-sociedade civil, e levando-se em conta que os poderes exercidos pelo *paterfamilias*, aos quais correspondiam os deveres (*officia*) dos libertos, eram poderes legais e quase-públicos (na acepção atual).

8. Os limites dessa interpretação histórica do texto constitucional representam matéria de clássico e aprofundado debate, no direito norte-americano. Veja-se resenha recente que sobre o tema deu um agudo observador estrangeiro: Enrique Alonso Garcia, *La Interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, cap. V.

9. Hesse, op. cit., n. 85.

JURISPRUDÊNCIA

SOCIEDADE ANÔNIMA — DIREITO DE RETIRADA — RECESSO DE DISSIDENTE — LEI LOBÃO: UM PRECEDENTE JUDICIAL

PAULO SALVADOR FRONTINI

*TAMG — AC 116.737-1-MG — 2.ª T. —
Rel. José Brandão — j. 21.8.91.*

ACORDÃO — Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 116.737-1 da comarca de Uberaba, sendo apelante: Empresa Telefônica de Uberaba S.A. e apelado: Carlos Alberto Pereira da Rocha: Acorda, em Turma, a Segunda Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, negar provimento.

Presidiu o julgamento o Juiz Orlando Carvalho e dele participaram os Juizes José Brandão (relator), Gomes Lima (revisor) e Carneira Machado (vogal).

O voto proferido pelo Juiz Relator foi acompanhado na íntegra pelos demais componentes da Turma Julgadora.

Assistiram ao julgamento pela apelante os Drs. Paulo Constantino Thomopoulos e Paulo Abi-Ackel e pelo apelado a Dra. Norma Janssem Parente.

Produziu sustentação oral pelo apelado o Dr. Nelson Eizirik.

Belo Horizonte, 21 de agosto de 1991 —
JUIZ JOSÉ BRANDÃO, relator.

VOTO — O SR. JUIZ JOSÉ BRANDÃO: O recurso é próprio, tempestivo e se encontra regularmente preparado. Dele, se conhece.

Insurge a apelante contra a decisão que julgou procedente o pedido de cobrança de valores de ações do apelado, na condição de acionista dissidente da incorporação das Companhias Telefônicas de Pará de Minas e de Ituiutaba à apelante.

Argumenta a recorrente, em síntese, que a comunicação feita pelo apelado da sua dissidência e retirada das Companhias, com o reembolso das respectivas ações, não atingiu a sua finalidade, porquanto, no seu en-

tendimento, não chegaram ao destino devido.

Arma sua tese com base no princípio da distinção das personalidades das sociedades que integram o grupo. Conclui que, diante da ineficácia da comunicação feita pelo apelado, operou-se a decadência do seu direito.

É de ser observado que, quando da contestação, a recorrente aduziu a inoperância da manifestação do recorrido apenas e tão-somente sob o fundamento de que o art. 137, da Lei 6.404/76, em que ele apoiara sua pretensão, fora revogado pelo advento da Lei 7.958/89, quando ainda não se tinha consumado a incorporação.

Quanto a este argumento, em que a contestação se fundou, a sentença analisou bem a questão e não merece reforma.

Com efeito, verifica-se que o apelado já havia manifestado sua pretensão de retirar-se das companhias incorporadas, dentro do prazo e dos moldes de legislação em vigor (art. 137, da Lei 6.404/76), quando do advento da Lei 7.958/89. Esta veio encontrar uma situação jurídica já estabelecida, e é evidente que a lei posterior não pode alterar o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.

As deliberações das Companhias Telefônicas de Pará de Minas e de Ituiutaba foram tomadas em assembleias-gerais dos seus acionistas em 30.10.89. Em 9.11.89, as respectivas atas foram publicadas no órgão oficial (fls.). A manifestação da dissidência e desligamento do apelado se deu aos 17 dias daquele mês e ano (fls.), portanto dentro do prazo de trinta dias previsto no art. 137, da Lei 6.404/76.

Quanto ao argumento de que tal comunicação não fora endereçada e recebida por quem de direito, tem-se que se trata de matéria de fato que não foi argüida na contestação. O silêncio da apelante, no caso, deve ser tomado como confissão. Em vista disto,

todas as ilações de direito tiradas deste fato, devem ser tidas como preclusas, do que se conclui que suas arguições nesta fase do processo consiste numa inadmissível inovação. Daí não se poder falar em decadência de direito, por ausência da comunicação devida sobre a dissidência e retirada das companhias.

Nega-se provimento ao recurso.

Custas, pela apelante.

Vistos, etc. Carlos Alberto Pereira da Rocha, qualificado nos autos, ajuizou a presente Ação Ordinária de Cobrança contra a Empresa Telefônica de Uberaba S/A, também qualificada.

Aduz o a A., em resumo:

que era acionista das então existentes Cia. Telefônica de Ituiutaba S/A;

que dissentiu das deliberações dessas sociedades, de incorporação à R., sendo que as assembléias foram realizadas em 30.10.89;

que exerceu, no prazo legal, o seu direito de retirada, com fulcro no art. 137, c/c com o n. IV do art. 136, da Lei 6.404/76;

que as sociedades Pará de Minas e Ituiutaba foram extintas antes de exercerem a faculdade prevista no § 2.º do art. 137, da Lei citada (direito de reconsiderar a decisão);

que os acionistas da requerida, em Assembléia-Geral realizada em 29.12.89, às 8 hs. ao aprovarem a incorporação das duas sociedades — Pará de Minas e Ituiutaba — automaticamente as extinguiram (art. 227, § 3.º da LSA);

que assim, mantidas as deliberações das Assembléias, impunha-se o pagamento ao A. do valor de suas ações;

que a Ré nunca reembolsou o A. do valor das ações que possuía, ou seja, 115.423 da Cia. Telefônica Pará de Minas e 582.652 ações da Empresa Telefônica de Ituiutaba S/A.

Termina o A. por requerer seja a R. condenada a pagar-lhe o valor correspondentes às ações que lhe pertenciam, de acordo com os balanços especiais levantados em 8.12.89, tudo corrigido monetariamente desde a data dos balanços, mais juros de mora, processuais e honorários advocatícios.

O A. fez acostar cópias das Atas das Assembléias-Gerais (fls.); cópia da correspondência em que manifestou o dissenso (fls.) e os documentos de fls.

A suplicada aviuo tempestiva contestação, nos seguintes termos:

que não procede a pretensão do A., tendo em vista o princípio da aplicação imediata da Lei, vez que a incorporação, como ato complexo, foi realizada e efetivada definitivamente sob o pálio da Lei 7.958/89, lei essa que alterou o art. 137 da Lei 6.404/76;

que foi excluído o direito de dissenso em tal matéria, eximida, pois, a R., de efetuar o reembolso;

que as sociedades Pará de Minas e Ituiutaba não foram extintas antes de exercerem a faculdade prevista no § 2.º do art. 137 da Lei 6.404, tendo exercido tal faculdade tempestivamente, conforme convocação feita em 16.19 e 20.12.89;

que assim, extinguiram-se em 29.12.89, data da realização da Assembléia que aprovou o Laudo de Avaliação e deliberou sobre a incorporação;

que a nova redação dada ao art. 137 da Lei 6.404, pela Lei 7.958/89, excluiu o direito de reembolso em relação ao n. VI do art. 136, ou seja, nos casos de incorporação, fusão ou cisão;

que a decisão da primeira assembléia, aprovação do protocolo, não foi simplesmente mantida, mas sim completada na segunda, em estreita observância da lei vigente à época.

Assim, pede a R. seja julgado totalmente improcedente o pedido, com as condenações de estilo.

Juntou a R. os documentos de fls. Estatuto Social (fls.) e Ata de fls.

Volveu a manifestar-se o A., impugnando a contestação:

que o A. dissentiu das deliberações de incorporação tomadas nas assembléias de 30.10.89, bem antes da vigência da nova lei;

que o direito de retirada surge desde o momento em que a sociedade aprova a deliberação que o enseja, devendo ser exercido no prazo de 30 dias contados da publicação da Ata, pena de decadência (art. 137 da Lei Societária);

que a sociedade pode convocar nova Assembléia para ratificar ou revogar a deliberação que gerou o direito de recesso (art. 137, § 2.º da Lei 6.404);

que a decisão da Assembléia é plenamente eficaz, jamais condicionada a haver ou não nova Assembléia que a revogue ou ratifique, conforme lição de Modesto Carvalho;

que não é a decisão que fica suspensa, mas sim o reembolso do acionista dissidente;

que a Lei 7.958/89, não estava em vigor quando se realizaram as assembléias que aprovaram a incorporação, ou seja, em 30.10.89 e não pode aplicar-se retroativamente, devendo ser preservado o ato jurídico perfeito;

que as incorporadas não exerceram a faculdade contida no § 2.º do art. 137, sendo que as assembléias que teriam realizado para avaliar essa possibilidade ocorreram no dia 29.12.89, às 10 e 15 hs., em Ituiutaba e Pará de Minas, conforme Atas publicadas no "Minas Gerais" de 23.6.90 e 26.6.90;

que entretanto, no mesmo dia, às 8 hs., ambas as sociedades já tinham sido extintas, vez que a requerida, em assembléia de seus acionistas, ao aprovar os laudos de avaliação das outras duas sociedades e as respectivas incorporações, extinguiu-as, conforme art. 227 da Lei 6.404;

que as assembléias das incorporadas, realizadas após sua extinção, não tem qualquer eficácia e, ainda que tivesse, foram ratificadas as decisões de incorporação;

que a lei nova tem aplicação imediata e geral, mas respeitado o ato jurídico perfeito, sendo que o direito de recesso foi exercido sob a égide da lei antiga.

Instadas a especificar provas, ambas as partes pedem o julgamento antecipado, por tratar-se de questão apenas de direito.

Feito o relatório, à decisão.

Pretende o autor que a sociedade incorporadora, a requerida, efetue o reembolso do valor das ações de que era proprietário, nas sociedades incorporadas, Pará de Minas e Ituiutaba.

Isto porque exerceu o direito de retirada, dissentindo da deliberação tomada nas Assembléias das incorporadas, faculdade prevista no art. 137 da Lei 6.404/76.

Defende-se a suplicada alegando que tal faculdade de retirada, em caso de incorporação, foi expressamente excluída, com o advento da Lei 7.958/89.

Pretende a suplicada que o ato de incorporação, por tratar-se de ato jurídico complexo, tenha se aperfeiçoado já sob a égide da nova Lei.

Pelos documentos de fls., verifica-se que as sociedades Pará de Minas e Ituiutaba realizaram em 30.10.89 a Assembléia-Geral que aprovou o protocolo de unificação ou incorporação à sociedade requerida.

"As fls., consta o documento através do qual o autor manifesta sua dissidência e pleiteia o reembolso das ações de que era titular, datado de 16.11.89, dirigido à Em-

presa Telefônica de Ituiutaba S/A, estando a fls. manifestação similar dirigida à Cia. Telefônica Pará de Minas.

Despiciendo que se adentrem questões relativas a direito intertemporal ou de aperfeiçoamento do ato de incorporação, que teria ocorrido após o advento de lei que veda o direito de retirada de sócio em casos como tais.

Ocorre que a Lei 7.958/89 modificou a redação do art. 137, da Lei 6.404/76, mas, com palavras de Mauro Rodrigues Penteado (in RDM, jan.-março/90, p. 46) não modificou o direito de retirada contido na Lei 6.404/76.

Diz o comercialista (op. cit.): "No afã de suprimirem o direito de recesso nas hipóteses em tela, os participantes do processo legislativo de elaboração da Lei 7.958 — o autor do Projeto 182/89, os assessores e parlamentares das comissões permanentes do senado e da Câmara, o Ministério da Justiça — incorreram, *data venia*, em gritante erro. Eliminaram apenas a remissão feita no art. 137, VI e VIII da Lei 6.404, não se dando ao trabalho de compulsar o texto completo desse diploma legal, onde encontrariam esse mesmo direito potestativo dos acionistas previsto e assegurado em mais cinco outros mandamentos, que não foram feridos pela lei recém-editada: os arts. 225, I, 264, §§ 3.º e 4.º e 230 (para as incorporações, fusões e cisões) e o art. 270, parágrafo único (para a constituição de grupos societários)".

Comungo com a opinião do autor citado, de que o art. 137 da Lei 6.404 enuncia em caráter não exaustivo e não exclusivo as hipóteses de retirada, por remissão ao art. 136, que versa sobre matérias que exigem *quorum* qualificado para deliberação em assembléia-geral extraordinária.

Esclarece Mauro Penteado que a regra geral do art. 137 foi reafirmada no art. 230, para casos de incorporação, fusão ou cisão, previstas as normas especiais no art. 264, §§ 3.º e 4.º.

Salienta ainda o festejado comercialista que a *mens legislatoris* desaparece, para dar lugar à *mens legis* e, assim a Lei 7.958 não logrou eliminar o direito de retirada nas operações de incorporação, fusão, cisão e constituição de grupos de sociedades.

Destarte, temos que o autor manifestou sua dissidência e pediu o reembolso do valor das ações dentro do prazo legal de 30 dias (art. 137, c/c parágrafo único do art. 230 da Lei 6.404/76).

Não importa se a incorporação ultimou-se após a edição da Lei 7.958/89 vez que

esta não eliminou o direito de retirada do sócio dissidente, permanecendo íntegro o direito de recesso do acionista minoritário.

Ex positis, julgo procedente o pedido contido na inicial, para condenar a Suplicada a efetuar o reembolso do autor, do valor das ações de que era titular (115.423 ações da Cia. Pará de Minas e 582.652 ações da Telefônica Ituiutaba), calculado conforme os

balanços especiais levantados em dezembro de 1989, mais juros de mora de 6% ao ano, tudo corrigido monetariamente desde a data de elaboração dos balanços especiais.

A suplicada arcará com o pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, à razão de 15% sobre o valor da condenação, a ser apurado em liquidação por cálculo do Contador. P. R. I.

COMENTÁRIO

“El poder, después del sexo y el amor, es quizá el fenómeno social más antiguo en la historia humana”. (Adolf A. Berle, *Poder Sin Propriedad*, p. 101, ed. TEA, 1961).

“Mas ainda há, porém, o perigo de intervenção pelos proprietários — os acionistas. A sua exclusão não está garantida pela lei nem santificada pelo costume. Ao contrário, seja diretamente, seja através da junta de diretores, seu poder é assegurado. Entretanto, o fato de ser legal não o torna benigno. O exercício de tal poder sobre assuntos substanciais, que exigem a decisão do grupo, seria tão prejudicial como qualquer outro e, dessa maneira, também o acionista deve ser excluído”. (John Kenneth Galbraith, *O Novo Estado Industrial*, p. 88, Ed. Civilização Brasileira, 1968).

1. Enfrentou a C. 2.^a Câmara do Tribunal de Alçada de Minas Gerais a questão do alcance da Lei 7.958/89 (“Altera o art. 137 da Lei 6.404/76”), a “Lei Lobão”, assim chamada por originar-se de projeto de lei do senador Edison Lobão (PFL — Maranhão), hoje, aliás, Governador desse Estado.

O art. 137 da Lei 6.404 (Lei das Sociedades Anônimas) cuida do “Direito de Retirada”.

E esse direito estava assegurado ao acionista dissidente quando a assembléia-geral da anônima aprovasse, mediante *quorum* qualificado, delibera-

ção sobre “criação de ações preferenciais ou aumento de classe existente, sem guardar proporção com as demais, salvo se já previstos ou autorizados pelo estatuto”; “alterações nas preferências, vantagens e condições de resgate ou amortização de uma ou mais classes de ações preferenciais, ou criação de nova classe mais favorecida”; “alteração do dividendo obrigatório”; “mudança do objeto da companhia”; “incorporação da companhia em outra, sua fusão ou cisão”; “dissolução da companhia ou cessação do estado de liquidação” e “participação em grupo de sociedades” (cf., respectivamente, remissão dos ns. I, II e IV a VIII do art. 136, precedente).

A Lei 7.958 (DOU de 21.12.89) deu nova redação do art. 137, dizendo, no núcleo de seu comando: “Art. 137 — A aprovação das matérias previstas nos ns. I, II, IV, V e VII, do art. 136, desta lei, dá ao acionista dissidente direito de retirar-se da companhia mediante ... (etc.)”.

Em termos literais, a Lei Lobão suprimiu a previsão literal de direito de retirada, no art. 137, em duas hipóteses: incorporação da companhia em outra, sua fusão ou cisão; e participação em grupo de sociedades (ns. VI e VIII, ausentes na redação da Lei 7.958/89).

2. É evidente que o surgimento da Lei 7.958/89 tem o significado de

um novo passo na inevitável tensão societária entre controladores e não-controladores. Vale dizer, um lance pelo poder, no intrincado tabuleiro das relações societárias.

Conquanto antigo, o tema continua apaixonante.

Conduz à observação, sempre renovada em ambientes humanos, de que a igualdade formal tende a ser suplantada, na prática, pela desigualdade substancial.

Melhor explicando: p. ex., numa sociedade anônima em que todos os acionistas sejam ordinários, de uma única classe, todos tem, à face da lei, iguais direitos. São todos, em suma — e com perdão do truismo — acionistas ordinários. Mas, em termos efetivos, sabemos que assim não ocorre. Há aqueles que, em essência, comandam o empreendimento. E há os que não participam desse comando. Os que estão no comando exercem o poder dentro da organização.

Chama-se a isso “poder de controle”. Faz décadas que a doutrina captou o problema. E a Lei 6.404/76 no Brasil, oficializou essa realidade. Melhor do que falar em maioria e minoria, tornou-se, face à lei brasileira, mais preciso falar em acionistas controladores e não-controladores. (Não interessa, aqui, considerar o poder de controle não decorrente do Acionariado). Comparato analisa-o com a precisão de hábito (*O Poder de Controle na S.A.* — caps. 2.º e 3.º, SP, 1975).

O exercício do poder-dever de controle acionário, obviamente, é legítimo. Mas, o problema surge quando o acionista, não raro sutilmente, transforma o exercício do controle (uso do direito) em abuso de direito (desvio do poder de controle).

É nesse ponto que surge a questão no âmbito da sociedade anônima. (Po-

deríamos, mesmo, generalizar no âmbito de qualquer coletividade humana, inclusive nas sociedades comerciais). Na raiz da questão situam-se complexas implicações de psicologia humana e sociologia de poder. Como lembra Bertrand Russel, “só entendendo que o amor ao poder é a causa das atividades importantes nos assuntos sociais, é que a história, antiga ou moderna, pode ser corretamente interpretada” (*O Poder: uma nova análise social*, p. 9, Zahar Edit., 1979).

Por essa razão, correta a postura de Bulgarelli lembrando: “dá-se, portanto, proteção à minoria contra os abusos da maioria” (*A proteção às minorias na sociedade anônima*, p. 26, Livr. Pioneira Edit., 1977).

De outro lado, e simetricamente, não se pode excluir a possibilidade de abuso de direito através da minoria, consoante relata, citando exemplos, o próprio Bulgarelli (ob. e loc. cit.).

Urge reconhecer, em resumo, que há um componente humano gerador, nas sociedades anônimas que façam jus a essa titulação, de uma constante tensão entre controladores e não-controladores.

Impõe-se reconhecer que, entre os pólos dessa relação, o legislador deve buscar um ponto de equilíbrio; que os melhores indicadores desse equilíbrio situam-se no binômio “legalidade-legitimidade”; que esse equilíbrio pode ser rompido através de fórmulas abusivas; e que a ruptura desse ponto de equilíbrio deve possibilitar à parte ofendida os meios adequados à necessária correção de rumos, quer sob a ótica individual, quer sob a societária.

3. A Lei 7.958/89 propôs-se a alterar o esquema de equilíbrio e confrontação entre controladores e não-controladores, tal como estabelecido

desde a vigência da Lei 6.404/76. Alteração, ressalve-se, restrita aos tópicos inicialmente transcritos.

Sobre a origem, tramitação, sanção e repercussão do diploma, é ocioso dispendir energia em novos comentários. O tema foi esgotado em percuente análise de talentoso comercialista ("A Lei 7.958/89 e a pretensa modificação do direito de retirada dos acionistas: uma discussão inócua" — Mauro Rodrigues Penteadó, *RDM* 77/29). O acórdão sob comento, aliás, explicitamente encampou os argumentos expendidos nesse texto, ao repon-tar-se à d. sentença de 1.º grau, em cujo teor há reprodução literal de ponto nuclear da cerrada argumentação do jovem Professor das Arcadas.

O argumento central da decisão comentada localiza-se no tópico da sentença que, adequadamente, transcreveu o ensinamento de Rodrigues Penteadó. Em resumo: suprimiram-se dois incisos no texto do art. 137 da Lei 6.404/76. Mas não foram suprimidas outras cinco disposições da Lei de Sociedades Anônimas que mantiveram intocado o direito de recesso.

Assim, basta invocar o critério sistemático de exegese para compreender-se o intenso vigor dos argumentos doutrinários acatados no aresto.

Com igual vigor dialético, mas apen-gando-se mais à hipótese de incorpora-ções societárias, outro ilustríssimo jurista aportou-se às mesmas conclusões (Rubens Aprobato Machado, "Sociedade por Ações — Incorporação, Fusão e Cisão — Direito de Retirada" — *RDM* 82/46). Traz, aliás, outro argumento de peso, não invocado na r. decisão judicial: a partir do dado objetivo de que o direito de retirada é um direito essencial do acionista (Lei 6.404/76, art. 109, V), exercitável "nos casos previstos nesta Lei", resul-

ta evidente, como ressalta Aprobato Machado, que a faculdade de pedir recesso não se restringe às hipóteses únicas do art. 137. "É extensivo a todas as hipóteses previstas na Lei" (ob. cit., p. 53). E, como é sabido e a r. sentença sob comento o destacou, há outros preceitos, além do art. 137, que prevêm o direito de retirada em caso de incorporação, fusão, cisão ou participação em grupo de sociedades.

Em sentido contrário, anote-se a posição de Jorge Lobo ("Direito de Retirada nos casos de Fusão, Incorporação, Cisão e Participação em Grupos de Sociedades", *RT* 664/43). Relatando o tema no plenário do Instituto dos Advogados Brasileiros, esse ilustre professor e comercialista fixou-se no argumento de que entre o art. 137, que especifica as hipóteses de recesso e os demais artigos da Lei de S.A. (arts. 225, I; 264, 99, 3.º e 4.º; 230 e 270, parágrafo único) não mencionados na Lei Lobão, há uma relação de dependência. O art. 137, no entender desse autor, é preceito principal, e os demais, complementares e secundários em face daquele, são preceitos acessórios (ob. e loc. cit., p. 48). Daí a conclusão, invocando Carlos Maximiliano, de que "extinta uma disposição, ou instituto jurídico, cessam as determinações que aparecem como simples conseqüências... ou se destinam a lhe facilitar a execução... (*omissis*).

Nessa linha de raciocínio, conclui Jorge Lobo que "o acionista da sociedade anônima não mais tem direito de retirada" nas hipóteses suprimidas pela Lei Lobão. Note-se: a conclusão foi aprovada naquele plenário.

4. Pensamos que a r. decisão, ora comentada, deu solução razoável à espécie. Mas, com a devida vênia, longe está de colocar as grandes questões

que o tema encerra, e muito menos de enfrentá-las.

Em instâncias superiores, por certo, a matéria será debatida com outra profundidade.

Desde logo, anote-se, vem a talho relembrar que a CVM — Comissão de Valores Mobiliários, examinou, em última instância administrativa, o pedido de reembolso de acionistas da Panex S.A., dissidentes da deliberação assembleial determinadora de uma cisão parcial. E, pelo voto do relator, o jurista Ary Osvaldo Mattos Filho, — também Presidente dessa autarquia — deliberou reconhecer o direito de retirada daqueles dissidentes, a despeito dos fatos terem se passado já sob a vigência da Lei Lobão.

Muitos pontos, porém, ficam em aberto.

Por exemplo: é estranhável que, nas companhias abertas, com ações negociadas em bolsa ou balcão, sirvam as matérias previstas no art. 136 de fundamento para o exercício do direito de retirada quando, afinal, o acionista pode simplesmente alienar seus papéis no mercado, e retirar-se da empresa sem traumas.

Nas companhias fechadas, como no caso examinado, a questão oferece outras dificuldades. O dissidente, para retirar-se, não encontrará comprador, salvo, quem sabe, na pessoa dos con-

troladores. E estes, então, fixarão o preço. Daí ser correta, nesse caso, a fórmula do direito de recesso com reembolso pelo valor patrimonial.

Basta essa referência para, no âmbito sucinto deste comentário, compreender-se a relevância do tema e as graves questões que ele coloca.

Vale lembrar que, em tema de sociedade anônima, não é extravagante falar dos abusos da minoria (“não-controladores”) e da governabilidade da empresa. Afinal, analisando o então anteprojeto da nossa vigente lei acionária, observava Orlando Gomes, com insuspeita acuidade, que os elaboradores do anteprojeto deixaram-se empolgar pela preocupação de proteção da minoria, “organizando um sistema tutelar que, contra sua expectativa, dificultará extremamente a ação da maioria e da diretoria, entrvando a vida da empresa” (“S/A — 75”, in *Direito Econômico e outros ensaios*, Bahia, 1975, Ed. Distr. Salvador Ltda.).

Em síntese, aplaudimos o v. acórdão no caso concreto. Mas pensamos, sinceramente, que a dialética do poder, no âmbito da sociedade anônima, não se equaciona a partir de raciocínios lineares. Estes, ainda que guardem em seu âmago uma férrea lógica formal, certamente são incompatíveis com todas flexões que a dinâmica societária revela.

Paulo Salvador Frontini

ATUALIDADES

A CONTRIBUIÇÃO AO FINSOCIAL E A LEI COMPLEMENTAR 70/91

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Um dos grandes questionamentos de ordem jurídico-tributária procedentes à Carta Constitucional de 1988 se centrou na pertinência ou na impertinência da cobrança das contribuições para o FINSOCIAL previstas nas Leis 7.738 e 7.787 e seus desdobramentos.

Criado originalmente sob a ordem constitucional anterior, por meio de Dec.-lei 1.940/82, esse débito ao FINSOCIAL viu-se objeto de decantação jurisprudencial prevalente como tendo natureza de contribuição social.

A extensa consideração jurisprudencial e doutrinária sobre a real matriz jurídica desse tipo de ônus, viu-se resolvida, entre nós, a nível de ordenamento positivo, com a sua indisfarçável classificação como espécie tributária (qualificada no art. 149 da Carta Magna), um tipo particular de tributo inscrito no sistema tributário nacional (Cap. I, Tít. VI da Constituição).

Daí, dessa indesmentível submissão do novel tributo aos princípios constitucionais norteadores das imposições tributárias, é que derivou a extensa divergência entre a Fazenda Federal — o tributo é, nos termos do citado art. 149, exclusivo da União — e uma gama enorme de contribuintes, dimensão em que foi levada, em milhares de ações declaratórias, mandados de segurança, medidas cautelares, à cognição do Poder Judiciário.

Sim, porque — e estamos agora cuidando do ponto central de direito abordado nessas questões — se o dispositivo constitucional instituidor (art. 149) determinava expressamente, na origem das contribuições sociais, a observância do art. 146, III da Carta, e este último tratava da deferência exclusiva à Lei Complementar para a definição de tributos e suas espécies, e definição de fator gerador bases de cálculo e contribuintes dos impostos ali criados, o que se deveria concluir é que somente por lei complementar se poderia instituir contribuições sociais e tratar de seus fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes.

Sempre se opondo ao cabimento jurídico da exação inscrita naquelas Leis 7.738 e 7.787 havia ainda quem entendesse a contribuição em tela — sob o quadro constitucional anterior — como um verdadeiro imposto na esteira do que capitulou a respeito o STF em acórdão prolatado no RE 103.778-DF. Na verdade, dita contribuição envolveria dois impostos, um novo, abrangido pela competência residual da União, incidente sobre a receita bruta, e outro enquadrável como adicional ao imposto de renda, em relação às empresas prestadoras de serviços.

Partindo-se então desse princípio, verificava-se que a contribuição — até ali um imposto, na verdade — não teria sido recebida na nova Carta, já

que esta fixou os impostos em espécie atribuídos a cada unidade política, nenhum assemelhado ao imposto FINSOCIAL.

Eis que por iniciativa do Executivo o Congresso Nacional promulga enfim em dezembro de 1991 a LC 70 onde se cria (art. 1.º) uma contribuição social à conta do FINSOCIAL, definindo ali contribuintes, fatos geradores, alíquotas e bases de cálculo.

Atenta a especificidade constitucional do tributo, particularmente naquilo que se dispõe no art. 195, § 7.º da Lei Maior, a LC 70/91 já declara a sua entrada em vigor 90 dias após a sua promulgação.

Ainda procurando remediar o debilitado quadro jurídico até ali vigente quanto à constitucionalidade da cobrança daquela contribuição, a lei qualificada declara (art. 9.º) subsistentes — e pois por ela convalidadas — as disposições legais pretéritas sobre tal tributo, incorporadas na lei de custeio da Previdência Social (Lei 8.212/91).

Naturalmente que a barreira constitucional à retroação das leis — mesmo, é claro, leis complementares — consagrada nos paradigmas do art. 5.º, XXXVI da Lei Maior, impede que haja efeitos “en arriére” das novas regras, daí por que até a edição dessa Lei Complementar não há que se cogitar de legalidade na cobrança do FINSOCIAL do modo como queria a Fazenda, sendo de se observar, com muita propriedade, que o argumento até ali usado, pela inconstitucionalidade da cobrança à falta então de Lei Complementar, fica reforçado, a nosso ver, a nível mesmo de inevitável acolhimento no Judiciário, pelo eloqüente reconhecimento do Poder Tributante de que havia precisão de lei qualificada no tratamento do tributo.

Contudo, agora convalidada a matéria sob a forma constitucionalmente hierarquizada da lei complementar, o tributo a rigor passará a ser exigível legitimamente. Estamos em que, existindo a carência temporal — substituta específica da anualidade nessa hipótese, conforme art. 195, § 7.º da Carta — de 90 dias, as regras da LC 70 que tratam do tributo somente a contar daquele termo ganham vigor, motivo pelo qual nesse interregno após a edição da Lei, sequer a declarada (art. 9.º) consolidação das regras anteriores, terá eficácia.

Ou seja, de nada adianta a nova lei declarar que as regras pretéritas sobre o FINSOCIAL são válidas e assim continuam até a entrada em exigência da contribuição por si criada, simplesmente porque quanto a eventos pretéritos a ela a Lei Complementar não se aplica e quanto aos futuros, tratando-se, como é o caso, de contribuição social, somente após 90 dias ela adquire exigibilidade.

De toda maneira, passados tais 90 dias da edição da LC 70 a nova contribuição do FINSOCIAL teria enfim vigência tranqüila, e exigibilidade certa, supridos que terão sido os defeitos matriciais que até ali embargavam a juridicidade do tributo tal como então tratado.

No entanto, a recorrência à raiz constitucional do tributo não nos deixa convencidos quanto à sua efetiva legalidade mesmo que envolva a sua criação na forma qualificada da Lei Complementar.

Dispõe o art. 195 da Constituição de 1988: “Art. 195 — a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos

Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I — dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro

.....
Bem, aí está a previsão constitucional para a existência de contribuições chamadas sociais, que se destinam a prover a seguridade social no país.

Outros itens desse art. 195 cuidam de contribuições de igual natureza impostas aos trabalhadores, incidindo sobre seus salários, honorários e outros recebimentos e ainda incidindo sobre a receita de concursos de prognósticos.

No tocante aos empregadores, contudo, as contribuições sociais previdenciárias são de três ordens:

— uma incidindo sobre a folha de salários, e aqui nos reportamos àquela que as empresas recolhem ao IAPAS em contrapartida aos valores descontados das massas salariais.

— outra incidindo sobre o lucro e aí encontramos aquela contribuição criada pela Lei 7.689/88.

— outra enfim, incidindo sobre o faturamento, e nesta hipótese temos a contribuição para o PIS/PASEP objeto de trato legislativo específico.

Não nos parece hoje haver dúvida quanto à natureza de contribuição social desse ônus do recolhimento à conta do PIS/PASEP, e a própria LC 70/91, pelos termos inequívocos de seu art. 1.º, demonstra reconhecer tal fato.

Pois se já existe uma contribuição social sobre o faturamento das empresas, não entendemos que haja autorização constitucional para que outra seja criada atendendo à mesma base de cálculo. Muito ao contrário, a simples leitura do texto do art. 195, I nos leva a crer que os constituintes

ali estão falando de três contribuições sociais onerando os empregadores, uma sobre a folha de salários, uma sobre o faturamento e uma sobre o lucro.

Aliás se concedesse a Carta a criação de duas contribuições sociais sobre o faturamento das empresas estaria ela se contradizendo, afrontando a sua própria norma do art. 195, § 4.º.

Sim, dita esse último dispositivo que a lei pode criar outras fontes de custeio da previdência social, outras contribuições sociais, “obedecido o disposto no art. 154, I”. Ora, o art. 154, I, da Constituição, é o seguinte:

“A União poderá instituir: I — Mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos disciplinados nesta Constituição”.

O que a Lei Maior quer portanto é que as contribuições sociais ou outras fontes de custeio previdenciário sejam criados por Lei Complementar e não tenham identidade com fato gerador ou base de cálculo de outras já existentes.

Não há como se admitir portanto que a mesma Constituição, tão ciosa em proibir a incidência de contribuições sociais distintas sobre a mesma base de cálculo ou fato gerador criasse ela mesma na origem tributos padecendo desse vício.

Não há como negar pois a existência do tributo devido à conta do PIS/PASEP. Não se pode desmentir que a própria LC 70 o reconheceu, pelos termos de seu art. 1.º, como uma verdadeira contribuição social. Se há quem argúa que o produto do recolhimento à conta do PIS/PASEP representa um pecúlio atribuído aos trabalhadores, não propriamente um aporte à caixa dos órgãos da previdência,

tal circunstância não elide a inegável natureza previdenciária da prestação, já que se cuida de provisões para futuras necessidades — aposentadoria e outras eventualidades — do interessado, de modo chancelado pelo Estado, caracteres básicos da instituição da Previdência nas sociedades modernas.

A conclusão a que chegamos assim é a de que no seu afã tributante, nessa sofreguidão interminável de buscar fontes de custeio da sua tão vilipen-

diada tessitura previdenciária a União Federal continua atropelando os limites constitucionais.

Mesmo essa LC 70, nascida de iniciativa sua, ela não consegue criar uma fonte tributária legítima para custear o almejado FINSOCIAL, no que está instituindo, contra as barreiras da Lei Magna, uma contribuição incidente sobre o faturamento das empresas, sem embargo de já existir outra legalmente exigível.

ATUALIDADES

COMENTÁRIOS SOBRE O NOVO CÓDIGO DO CONSUMIDOR — LEI 8.078/91

MARIA CLARA V. A. MAUDONNET

1. Introdução

Entrou em vigor no Brasil, no dia 11 de março próximo passado, o Código do Consumidor (Lei 8.078/91), que visa proteger o consumidor do descanso e da negligência com que vinham sendo tratados pelos fabricantes e comerciantes de produtos e pelos prestadores de serviços. Baseado na evolução atingida nos países da Europa Ocidental e nos Estados Unidos, e amparado pelas disposições dos arts. 5.º e 170-V da CF/88, o regime jurídico estabelecido pelo Código do Consumidor é composto de normas que se destinam a prevenir e reparar os danos sofridos pelos consumidores e a aplicar as penalidades aos crimes contra as relações de consumo; além de normas processuais relativas ao julgamento de ações em defesa do consumidor, de normas que regulam a participação do Estado na defesa do consumidor, e finalmente, de regras para a constituição de convenções coletivas de consumo (entre consumidores e fornecedores);

2. As novas garantias ao consumidor

2.1 A inversão do ônus da prova

O Código traz uma série de garantias aos consumidores, e a principal delas é o princípio da inversão do

ônus da prova referente ao defeito contido em um produto ou serviço; de acordo com o qual só é afastada a obrigação do fornecedor de reparar o dano sofrido pelo consumidor quando provar que o defeito inexistente, que o defeito originou-se do mal uso do produto ou do serviço pelo seu consumidor ou que o mesmo é de responsabilidade de terceiros. O juiz poderá conceder ao consumidor a aplicação do princípio da inversão do ônus da prova quando a alegação apresentada pelo consumidor contra o fornecedor for considerada verossímil ou quando a situação econômica do consumidor for considerada precária.

Os defeitos dos produtos ou dos serviços de fácil constatação poderão ser reclamados em até 30 dias, quando se tratar de produtos não duráveis, ou em até 90 dias, quando se tratar de produtos duráveis. Esses prazos serão constatados a partir do recebimento do produto ou da conclusão de serviço. Em caso de defeito oculto ou não evidente, dificultando sua identificação imediata, os prazos começam a ser contados a partir da sua constatação. De outro lado, em caso de acidente de consumo, contar-se-á o prazo de 5 anos a partir do conhecimento do dano e da vinculação de sua ocorrência com o defeito contido no produto ou no serviço, para a in-

terposição de ação de reparação de dano contra o fornecedor. Constatando-se o defeito do produto, o fornecedor tem o prazo de 30 dias para corrigi-lo, a partir da sua comunicação pelo consumidor, sob pena de ser obrigado a trocar o produto, conceder abatimento no seu preço, ou devolver o dinheiro corrigido monetariamente ao consumidor.

Quando a prestação de serviços apresentar defeitos, o serviço deverá ser refeito sem qualquer custo para o consumidor.

Peças de reposição: para conserto de produtos defeituosos ou objeto de desgaste natural, os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta de componentes e de peças de reposição, enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto. Mesmo quando cessarem, a oferta deverá ainda ser mantida por um período razoável de tempo.

Como exemplo da aplicação do princípio de inversão do ônus da prova, podemos citar os seguintes casos:

a) Um consumidor encontra um prego dentro de uma garrafa de Coca-Cola. O comerciante que lhe vendeu a garrafa de Coca-Cola deverá trocar a mercadoria imediatamente ou devolver-lhe o dinheiro pago por ela. Se for do seu interesse, o supermercado poderá acionar, à sua escolha, o fabricante ou o engarrafador da Coca-Cola mais tarde. O consumidor terá seus direitos garantidos de imediato.

b) Um consumidor adquire um eletrodoméstico com defeito de fábrica. O consumidor poderá reclamar, à sua escolha, com o comerciante, distribuidor ou fabricante e terá o direito de optar: 1) pelo recebimento de um novo produto, em 30 dias; 2) pelo

recebimento do dinheiro de volta; ou 3) pelo conserto do produto.

c) Uma empresa que presta serviço de assistência técnica de televisão recebe um aparelho para consertar, porém o televisor volta do conserto com o mesmo defeito e, ainda, com dois outros problemas que não se encontravam antes. Nesse caso, o conserto deverá ser refeito e os novos defeitos deverão ser corrigidos às custas do prestador do serviço.

2.2 Informações a serem fornecidas quando da oferta de bens e serviços sob o novo Código

O Código estabelece que a oferta e apresentação de produtos e serviços devem assegurar informações corretas, completas, claras e legíveis sobre sua característica, qualidade, quantidade, composição, preço, garantia, modo de usar, e cautelas a serem adotadas para sua utilização, prazos de validade e origem, além dos riscos que podem apresentar à saúde e segurança do consumidor. Essas aplicam-se, inclusive, às mercadorias importadas, cujas informações sobre o produto devem ser apresentadas em português. Se o produto ou serviço se mostrar perigoso à saúde após ter sido colocado no mercado, o fornecedor deverá comunicar imediatamente o fato às autoridades e aos consumidores, retirando-o do mercado.

Como exemplo de informações que devem obrigatoriamente constar dos rótulos dos produtos, temos o seguinte:

a) Uma pessoa compra um alimento com prazo de validade esgotado. O mesmo poderá ser devolvido ao supermercado pelo consumidor, que poderá optar por receber o dinheiro de volta ou obter outro produto com as mesmas qualidades do primeiro.

b) Uma pessoa adquire um cosmético que contém um produto químico não indicado no rótulo do mesmo. O consumidor é alérgico ao produto químico de que se trata e, por isso, é surpreendido com uma terrível orticária alérgica. Este consumidor terá direito de ser reembolsado do valor do produto e ainda poderá interpor ação de perdas e danos contra o comerciante ou fabricante do produto.

2.3 A publicidade de produtos e serviços sob o novo Código

Outra proteção concedida ao consumidor é a proibição à publicidade enganosa (que anuncia propriedades que o produto não contém, p. ex.) ou abusiva (que desrespeita os valores humanos).

O fornecedor do produto ou do serviço deverá provar, se for acionado pelo consumidor, a veracidade e a correção de informação ou comunicação publicitária. O consumidor enganado por publicidade do fornecedor poderá, alternativamente, e à sua escolha: a) exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta; b) aceitar outro bem ou serviço equivalente; c) rescindir o contrato, com direito a restituição do valor antecipado atualizado monetariamente, além de satisfação de perdas e danos. Pelo novo Código, não se pode, p. ex., anunciar que um produto contém uma propriedade que, na verdade, não lhe é atribuída, como p. ex.: um cosmético que não possuía qualidade de rejuvenescer, um produto que não evita a ferrugem; um alimento que não contém todas as vitaminas que se apregoa; um serviço, como uma dedetização, que não elimina do local todos os tipos de insetos que se anuncia.

2.4 Proteção ao consumidor contra cláusulas comerciais abusivas contidas nos contratos e fornecimento de bens e serviços

O consumidor também mereceu a proteção do código com relação aos contratos de fornecimento de produtos ou de serviços. Foram consideradas nulas, pelo novo Código, as cláusulas contratuais relativas aos fornecimentos de produtos e serviços que exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por defeito de qualquer natureza ou que impliquem renúncia ou disposição de direitos do consumidor. As cláusulas contidas nos contratos de adesão que impliquem limitação dos direitos do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão. Não serão mais aceitas cláusulas restritivas de direitos do consumidor escritas no contrato com letras minúsculas, quase invisíveis. Quando da contratação para entrega de um produto ou para prestação de um serviço, o fornecedor será obrigado a apresentar, previamente, ao consumidor, orçamento discriminando o valor dos materiais a serem empregados e da mão-de-obra, as condições de pagamento e as datas de início do contrato e de conclusão do cumprimento de sua obrigação. Aprovadas pelo consumidor, as cláusulas contratuais tornam-se inalteradas, salvo acordo entre as partes, sob pena do consumidor interpor contra o fornecedor as seguintes ações: ação de nulidade de cláusula contratual, de modificação de cláusula contratual para ajustá-la, ou a de resolução contratual por excessiva onerosidade do contrato.

No que toca aos contratos, é também nula a cláusula que condicione o fornecimento de um produto ou serviço ao fornecimento de outro pro-

duto e/ou serviço, ou a cláusula que limite o fornecimento do produto ou do serviço, sem justa causa. É proibida pelo Código a recusa, pelo fornecedor, ao atendimento à demanda dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque.

É considerada prática comercial abusiva o envio postal, a entrega domiciliar ou o fornecimento ao consumidor, sem contratação prévia, de qualquer bem ou serviço, sob pena do mesmo ser considerado uma amostra grátis de mercadoria ou uma prestação de serviço gratuita.

Os contratos de fornecimento de bens ou serviços celebrados fora do estabelecimento comercial, por telefone ou a domicílio, poderão ser rescindidos no prazo de 7 dias, a contar da assinatura do ato de recebimento do produto ou do serviço, caso em que, o consumidor terá direito à devolução de imediato dos valores já pagos, corrigidos monetariamente.

É ainda garantido ao consumidor a modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais, bem como a revisão das mesmas, em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

Como exemplo de proteção ao consumidor contra práticas comerciais abusivas, podemos citar o caso dos contratos de planos de saúde que parecem dar proteção para o consumidor com relação a todas as doenças, mas que, na verdade, cobrem apenas algumas moléstias. A lista das doenças fora da cobertura do plano deve ser clara e não poderá ser escrita em letras minúsculas, quase impossíveis de serem lidas. O consumidor que celebrou um contrato deste tipo poderá considerar

não escritas as cláusulas restritivas de seus direitos.

Outro exemplo é o caso dos alugueis, em que o locador exige reajustes arbitrários, acima do índice permitido por lei. O consumidor poderá reclamar o reajuste legal do aluguel junto aos órgãos de defesa ao consumidor.

Além disso, pode ser citado como exemplo o caso do consumidor que contrata uma prestação de serviço com uma empresa que se recusa a fornecer orçamento prévio e que, após realizado o serviço, apresenta, para o consumidor, uma conta de valor exorbitante. Hoje, o consumidor pode exigir a execução e apresentação de um orçamento prévio, e a empresa não poderá cobrar qualquer valor a mais que o combinado previamente e indicado no orçamento.

2.5 Proteção à dignidade do consumidor inadimplente

A proteção à dignidade da pessoa do consumidor também mereceu destaque no novo Código. Assim, o consumidor inadimplente não poderá ser exposto ao ridículo, nem ser submetido a constrangimento ou ameaça dos fornecedores. Não poderá constar por mais de 5 anos da ocorrência da inadimplência o nome do consumidor no cadastro do serviço de proteção ao crédito. Deverão ser de livre acesso do consumidor as informações lá contidas sobre ele. Caso seja cobrado em quantia indevida, o consumidor terá direito a repetição de indébito, por valor equivalente ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo os casos de engano justificável.

Como exemplo, podemos citar o caso do devedor que paga uma mercadoria

com cheque sem fundo. Este cheque não mais poderá ser exibido pelo comerciante, na vitrine do seu estabelecimento, pois constringe o consumidor.

3. Órgãos administrativos e judiciais que tutelarão os direitos do consumidor

Para a proteção dos direitos do consumidor tornar-se eficaz, o novo Código indica os órgãos públicos da administração que serão encarregados de acolher as reclamações do consumidor, tais como o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor e a Sunab (Decon), na esfera federal; o Procon (Programa de Orientação do Consumidor) na esfera estadual; e o Codecom (Comissão de Defesa do Consumidor), na esfera municipal. Além disso, no Judiciário, funcionário, em defesa do consumidor, os Juizados Especiais, os Juizados de Pequenas Causas, a Curadoria de Proteção ao Consumidor, as Delegacias Especializadas e as Defensorias Públicas.

4. Infrações penais e penalidades

O Código de Defesa do Consumidor instituiu os seguintes crimes que poderão ser aplicados cumulativamente com as penalidades previstas pelo Código Penal Brasileiro: a) Colocar no mercado, fornecer ou expor para fornecimento produtos ou serviços impróprios à saúde e à segurança; b) Omitir dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos, nas embalagens, nos invólucros, recipientes ou publicidade; c) Executar serviço de alto grau de periculosidade, contrariando determinação de autoridade competente; d) Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, caracte-

terística, qualidade, quantidade, desempenho, segurança, durabilidade, preço, ou garantia de produtos ou serviços; e) Fazer ou promover publicidade que saiba ou deveria saber ser enganosa ou abusiva; f) Empregar na reparação de produtos, peças ou componentes de reposição usados, sem autorização do consumidor; g) Utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas, incorretas ou enganosas ou qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com o seu trabalho, descanso ou lazer; h) Impedir ou dificultar o acesso do consumidor às informações que sobre ele constem em cadastros, bancos de dados, fichas e registros, entre outros.

— Penalidades previstas pelo Código do Consumidor:

Os crimes supra identificados com as letras *a*, *b* e *c*, serão punidos com detenção de 6 meses a 2 anos e multa, e os demais serão punidos com detenção de 3 meses a 1 ano e multa. Poderão, cumulativamente, ser aplicadas as seguintes punições: apreensão ou inutilização do produto, proibição de fabricação do produto, cassação do registro do produto junto ao órgão competente, suspensão de fornecimento de produto ou serviço ou de realização temporária de atividade, interdição ou cassação de licença do estabelecimento de atividade, imposição de contrapropaganda, intervenção administrativa.

Todos os crimes contra o consumidor são afiançáveis.

5. Conclusão

Com a edição do Código, poder-se-á sentir o fim da deletéria política de

obtenção de vantagem tão apregoada há algum tempo e com tão desagradáveis manifestações em diversos setores, sempre em detrimento de inexperientes consumidores.

Caberá agora às empresas instituírem ou aperfeiçoarem serviços de atendimento aos consumidores, sob política própria de relacionamento, que

Departamentos especializados deverão executar; aprimorem a qualidade dos produtos e dos serviços oferecidos, através dos Departamentos correspondentes; bem como resolverem com cautela e com respeito às pendências que se oferecerem em concreto, de forma a manter sua atividade empresarial dinâmica e modernizada.

A PROTEÇÃO CONTRATUAL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR *

NEWTON DE LUCCA

I — Considerações introdutórias

Estamos celebrando, em nosso país, o 1.º aniversário da vigência da Lei 8.078/90, designada como Código de Defesa do Consumidor.

Era escusado repisar, nesse momento, o significado incomum dessa tentativa de codificação. Até o seu advento, como é sabido, as chamadas “relações de consumo” haviam passado ao largo da pesquisa jurídica. Esta última, como se sabe, sob o império dos valores sociais prevalecentes, ocupava-se com as relações singularmente consideradas, descurando das chamadas relações de massa que se multiplicavam entre produtores e consumidores.

Nosso Código Civil, p. ex., ainda nos alhores da presente centúria, mal pudera assimilar o conceito de consumo, referindo-o apenas, singela e episodicamente, na classificação dos bens quanto à sua destinação (art. 51) e na regulação dos direitos do usufrutuário no tocante às coisas consumíveis pelo uso (art. 726).¹

Numerosos diplomas legais, em todo o mundo,² a partir da década de 60, cuidaram de reconhecer e regular a

dialética produtor x consumidor, de natureza infinitamente mais complexa e delicada que a dialética capital x trabalho,³ tentando retirar o direito da fase agrária ou pré-industrial em que se encontrava. Era preciso, afinal, que o direito incorporasse, de uma vez por todas, os resultados da chamada “revolução industrial” aos seus próprios domínios.

Tal modificação, porém, não era tão fácil de ser realizada, como, à primeira vista, parece sugerir. Não se tratava, na verdade, apenas de repudiar o liberalismo exacerbado que informou os códigos da Europa no decorrer do século passado. Implicava ela, também, na derrocada de princípios próprios da ciência jurídica, como, p. ex., o relativo à preponderância da autonomia da vontade das partes nos contratos e ao brocardo latino *pacta sunt servanda*.

Hoje, lançando-se um olhar retrospectivo pela História, não será difícil perceber, com clareza, que as modificações retromencionadas só foram possíveis após o fenômeno da 1.ª Guerra Mundial, que veio a alterar profundamente a condição socio-econômica dos principais países europeus.

Mas não poderemos nos alongar, em função do curto espaço de tempo que nos foi reservado, na real significação desse processo de resgate da realidade econômica subjacente, operado pela

* Texto completo da comunicação para o painel “Atuando Preventivamente no Código de Defesa do Consumidor”, feita no dia 14.3.92, em Canela (RS), no Curso para Advogados e Profissionais de Empresas.

ciência jurídica. Sabem todos, na verdade, que se trata de algo extremamente dignificante para o nosso ramo do saber.

Afigurava-se indispensável que, em nosso país, a exemplo do que ocorrera em legislações alienígenas, o Poder Público interviesse no domínio dos contratos a fim de atenuar a desconcertante desigualdade das partes gerada pela ordem econômica liberal. A análise econômica contemporânea, como destacado pelos autores,⁴ parte da existência da relação de poder dos agentes produtivos como realidade primária a ser levada em conta, já que somente uma dose muito exagerada de romantismo, no pior sentido da palavra, poderia supor que os consumidores, inteiramente despidos do controle sobre os meios de produção, pudessem não se submeter à vontade dos titulares desse mesmo controle...

Assim, mais do que um mero "dirigismo contratual", para usar uma expressão da moda,⁵ impunha-se uma verdadeira intervenção do Estado no princípio da autonomia da vontade das partes — basilar da teoria geral dos contratos, em sua concepção clássica — com o propósito de coibir os abusos mais escandalosos de que nossa República foi pródiga em revelar exemplos...

Curiosamente, o grande jurista francês Ripert escreveu um livro denominado *Le déclin du Droit*, impressionado que estava com a legislação tumultuária de sua época e com a progressiva influência do Direito Público sobre o Direito Privado. Revelava ele sua convicção de que o Direito entrara em declínio a partir, entre outras coisas, da intervenção excessiva do Estado na ordem econômica e da tendência de transformação do direito privado em direito público. Tais fatores, ao lado

da descontinuidade do Direito e da destruição dos direitos individuais, estariam a gerar a insegurança jurídica e o espírito de desobediência.

O que, para Ripert, parecia ser o "declínio" do Direito, deverá ser visto hoje, por nós, como evolução natural e necessária já que a liberdade de contratar, inculpida sobre a idéia de igualdade das partes, sempre revelou, no fundo, uma grande injustiça. Essa premissa de igualdade entre as partes era e é escancaradamente falsa e só se explica tenha sido ela utilizada com tanto vigor e tanta ênfase para que se consagrasse "de direito" aquilo que corresponderia a uma desigualdade "de fato".

Infelizmente, faltar-me-ia tempo (e, mais ainda, a envergadura para tanto...) para uma análise desse fenômeno não apenas sob o ponto de vista jurídico e político, mas também sob a ótica da teoria psicanalítica.

Com efeito, será preciso recorrer, talvez, ao conceito de Razão Cínica, desenvolvido pelo filósofo esloveno Slavoj Zizec, para entender-se mais adequadamente esse dogma da autonomia privada...

Não basta, com efeito, dizer-se que a sociedade europeia desenhou uma economia concorrencial, baseada nas livres forças do mercado, porque sempre desejou estar livre do monarca que impunha um sistema de privilégios injustificáveis e que a autonomia privada era o sustentáculo desse sistema de livre competição entre as partes. As idéias de liberdade, de igualdade e de fraternidade poderiam ser analisadas hoje com o mesmo espírito crítico com que vemos a Razão Cínica do Leste Europeu. Nesse último caso, já estava mais do que evidente que o comunismo se esgotara, mas era preciso que todos ainda fingissem acre-

ditar nele... Esse fingimento é que dava sobrevivência ao sistema, conforme ficou transparente.

Assim, também, o princípio da autonomia da vontade das partes no contrato. Sustentá-lo, modernamente, no âmbito das relações de consumo, será uma das aplicações dessa chamada Razão Cínica.

Feitas tais considerações introdutórias — quiçá absolutamente despidas em função do elevado nível deste auditório — passemos, então, ao exame do nosso tema propriamente dito, referente à proteção contratual.

II — A proteção contratual no Código de Defesa do Consumidor

O objeto de nossa comunicação acha-se estampado no Cap. VI do Código e está composto de três seções: uma primeira, dedicada às disposições gerais; uma segunda, relativa às cláusulas abusivas; e, finalmente, uma terceira, contemplando os contratos de adesão.

Deixarei de lado a seção II, sobre as cláusulas abusivas, objeto de exposições tanto de caráter genérico quanto específico, já efetuadas no presente evento e sobejamente analisadas pelos Profs. Nelson Nery Júnior, Ruy Rosado de Aguiar Jr. e Cláudia Lima Marques, às quais tive a honra de assistir.

Vejamos, então, a seção I, composta de 5 artigos.

Diz o primeiro deles que “os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance” (art. 46).

A provável inspiração desse salutar preceito terá sido, provavelmente, a disposição constante do art. 1.341 do Estatuto Peninsular segundo a qual as condições gerais do contrato previamente estabelecidas por um dos contratantes somente serão eficazes em relação ao outro se, no momento da conclusão do contrato, forem do conhecimento deste último ou se deveriam sê-las de seu conhecimento segundo o critério de diligência ordinária.⁶

Duas práticas muito comuns, em nosso meio, foram proscritas por esse art. 46. A primeira delas dizia respeito à ausência do conhecimento do conteúdo prévio do contrato, por parte do consumidor, que era simplesmente convidado a assinar um documento segundo o qual ele tomava ciência de que o inteiro teor do contrato se achava registrado no Registro de Títulos e Documentos; ou, por outra via muito utilizada, a parte aderente assinava o contrato no qual era inserida sub-repticiamente uma cláusula, freqüentemente em caracteres quase ilegíveis, segundo a qual ela declarava expressamente ter tomado ciência do inteiro teor do instrumento e de que o assinava com pleno conhecimento do mesmo e livre de qualquer espécie de coação ou de qualquer outro vício porventura capaz de contaminar a validade do ato jurídico que acabara de celebrar. Cheguei mesmo a me deparar com alguns contratos, durante a minha vida profissional, diante dos quais, literalmente falando, foi necessária a utilização de uma lupa...

A segunda dessas práticas — ainda muito arraigada, aliás, não obstante o texto cristalino desse art. 46 retromencionado — consiste na utilização de fórmulas paramétricas complexas na determinação do conteúdo da obrigação ou no emprego de períodos ex-

cessivamente longos com sucessivas definições e conceitos específicos, criados no âmbito do próprio contrato, de compreensão difícil até mesmo para juízes e advogados...

Trata-se, na verdade, de questão de bom-senso. Não seria possível, com efeito, estabelecer-se "aprioristicamente", a partir da redação do artigo, o que deveria ser considerado, em cada caso, um instrumento redigido "de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance". Contratos há, pela sua própria natureza — como determinados contratos bancários, p. ex. — cuja redação de certas obrigações com a relativa à variação da expressão pecuniária a ser paga pelo mutuário não logra mesmo atingir as raias da plena singeleza. Nenhuma razão existe, contudo, para que numa simples operação de compra e venda de coisa móvel, de curtíssimo financiamento, sejam elaborados instrumentos com dizeres tais que retirem o sono do mutuário, que mal consegue entender o seu significado.

Vem-me à mente, a propósito, aquela passagem muito curiosa ocorrida com o homem do interior de São Paulo, nos tempos em que a concessão do crédito rural era algo extremamente complicado. Conta-se, então, que o "matuto" estava com a sua mulher, cuja presença era necessária para a outorga da hipoteca, diante do gerente do Banco do Brasil. Após todas as formalidades de praxe, já com tudo assinado e resolvido, o assustado mutuário resolve perguntar expectante ao gerente: "Dr., minha mulher vai ter de ficar aqui no Banco ou poderá voltar comigo para casa?!"...

Precisamos refletir, evidentemente, com muito cuidado, no sentido e alcance dessa extraordinária disposição legal. Digo extraordinária porquanto,

em termos jurídicos, a conseqüência imposta ao fornecedor é extremamente grave e fora dos cânones tradicionais. Contrato que não obriga é, em princípio, a própria negação do conceito de contrato...

E vejam que a sanção imposta pela lei é exatamente esta "os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores", isto é, estamos diante de uma figura de contrato singular que se caracteriza pela sua não vinculação entre as partes. Um contrato que não gera efeitos é um contrato ineficaz e contrato ineficaz não deixa de ser uma contradição nos seus próprios termos...

Tenho a impressão de que a jurisprudência saberá, levando em conta alguns fatores importantes, tais como a natureza do contrato, o grau de instrução das partes, os usos e costumes etc., avaliar devidamente a aplicação do dispositivo em causa, o qual deverá ter, segundo pensamos, forte efeito educativo para todos.

Mas, tendo em vista a temática geral de nosso curso, seria pertinente a seguinte indagação: "e como devem os advogados e profissionais de empresa atuar preventivamente no que se refere a tal dispositivo?"

Tenho, para mim, que a missão mais importante dos profissionais do direito, neste passo, será a de mostrar aos empresários a importância da estrita obediência ao princípio geral da boa-fé. Seja-me permitido recordar, nesse particular, a brilhante palestra proferida durante esse memorável conclave pelo e. Prof. Eros Roberto Grau na qual foi enfaticamente destacada a supremacia dos princípios insculpidos no art. 4.º do CDC. O n. III desse fundamental artigo do novo Código alude, com efeito, à "harmonização dos interesses das relações de consumo e com-

patibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico... sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”.

A existência de um contrato limpo, com redação clara, sem artimanhas de qualquer espécie, é indubitavelmente o passo mais importante para que o fornecedor se apresente posteriormente movido pela boa-fé nas relações com seus consumidores.

Evidentemente, essa consideração que faço aqui e agora serve para todas as outras relativas à proteção contratual. A demonstração da boa-fé — essencial, doravante, nas relações de consumo — começa por um contrato claro, sem cláusulas abusivas ou qualquer ranço de “levar vantagem”, como, infelizmente, tanto se disseminou pelo nosso país...

Mas, a par dessa demonstração de boa-fé, desejam os empresários saber, com razão, como poderão comprovar, mais adiante, que deram ao consumidor toda a oportunidade de tomar conhecimento prévio do contrato. As soluções práticas têm variado muito e vão desde a utilização de caixas altas em certas disposições — principalmente quando se trata de contratos de adesão, por força dos §§ 3.º e 4.º do art. 54, conforme veremos mais adiante — até a utilização de instrumento separado com a declaração expressa e assinada pelo consumidor no sentido de que, efetivamente, terá tomado ciência prévia do inteiro teor do contrato. Tais cautelas me parecem pertinentes e, mesmo, necessárias.

Não chego a ponto, porém — por parecer-me um evidente exagero — de preconizar a medida de exigir-se do consumidor a rubrica feita ao lado de cada cláusula do contrato. Afinal

de contas, o propalado princípio da boa-fé deverá estar presente em ambas as partes e não apenas no fornecedor de serviços...

O retro-aludido art. 1.341 do CC italiano, na sua segunda parte, prevê a necessidade de o consumidor tomar ciência das cláusulas limitativas de seus direitos ou com exclusão de responsabilidade por parte do fornecedor,⁷ fazendo crer, portanto, que a medida retromencionada de serem rubricadas ao lado do consumidor todas as cláusulas do contrato (ou, pelo menos, aquelas que se apresentassem como limitativas de seus direitos...), por nós tida como exagerada, parece ter sido efetivamente adotada na prática negocial da Itália.

Em nosso país, segundo entendo, tal prática seria desnecessária porquanto a proteção estabelecida pelo CDC em favor do consumidor é muito mais ampla na medida em que qualquer cláusula que limite os direitos do consumidor é fulminada de nulidade pela disposição do art. 51 de nosso Código.

Vamos passar, agora, ao art. 47 que diz o seguinte:

“As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”.

Essa disposição consagra não apenas a tendência jurisprudencial já dominante como também espelha aquilo que já constava em textos que, de há muito, dormitam placidamente nas gavetas do Congresso Nacional. Tome-se como exemplo, é claro, o Projeto de Código Civil⁸ pátrio. O art. 422 estabelece que:

“Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”.

Para aqueles que se recordam, antes de se tornar “projeto” o texto cons-

tante do “anteprojeto” disciplinava a mesma coisa no art. 803, no capítulo referente ao contrato de seguro, o que mereceu a autorizada crítica do Prof. Fábio Konder Comparato que a entendia pertinente ao capítulo das normas genéricas de interpretação dos contratos.

Saliente-se, apenas, que a redação do Código de Defesa do Consumidor foi mais longe e não disse que a interpretação mais favorável ao consumidor só se daria na hipótese de cláusula dúbia, ambígua ou contraditória, mas sim em qualquer cláusula contratual, o que não deixa de ser, até certo ponto, um contra-senso. Se não houver dubiedade ou contradição, com efeito, não há o que possa ser interpretado. Aplica-se a cláusula tal como vem claramente expressa a menos que a mesma seja abusiva. Sendo abusiva, porém, a disposição contratual será afetada pelos arts. 51, 52 ou 53, conforme o caso, e não mais por esse art. 47.

De forma que, a nosso ver, sob pena de tal dispositivo perder a sua própria lógica, deve ele ser interpretado no sentido de que, havendo dubiedade ou contradição, a exegese mais favorável ao consumidor é que deverá prevalecer.

O artigo seguinte é o de n. 48 e diz o seguinte:

“As declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor, ensejando inclusive execução específica, nos termos do art. 84 e parágrafos”.

Trata-se, na verdade, de dispositivo de grande alcance prático e, ao que suponho, terá sido de grande valia entre nós, pelo menos no que se refere à força intimativa genérica que ele parece exercer contra os maus co-

merciantes e desonestos prestadores de serviços. Agora, com efeito, não poderá mais o fornecedor utilizar-se de uma desculpa qualquer para safar-se de sua vinculação contratual. Nem poderá ele, igualmente, pretender exonerar-se de suas responsabilidades com o propósito de tentar uma composição com o consumidor ou mesmo pagando-lhe as perdas e danos resultantes de sua atitude. Não, não é efetivamente isto o que desejou o CDC. A expressão final “ensejando inclusive execução específica, nos termos do art. 84 e parágrafos” não deixa margem a qualquer tipo de dúvida: trata-se de execução forçada da obrigação assumida pelo fornecedor e não de composição com perdas e danos.

Parece-me, igualmente, que essa execução específica prevista no art. 84 do CDC, à qual esse art. 48 se reporta, é diversa da que se prevê nos arts. 639, 640 e 641 do nosso CPC. Não há maiores questões, ao que suponho, no tocante ao caráter especial da norma do art. 84 em contraposição ao caráter geral do sistema do CPC. Entendo que o legislador não terá considerado suficiente, no que se refere à proteção do consumidor, o regime do nosso estatuto processual civil, substituindo-o, em tal caso, pelas regras do art. 84 que se apresentam, em princípio, como mais eficazes nessa proteção.

O art. 49 é, na minha opinião, o mais polêmico de todos. Diz ele que:

“O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados."

Tenho procurado fazer uma interpretação restritiva e cuidadosa do presente dispositivo. Parece-me que ele teve como propósito básico coibir a chamada "compra por impulso", realizada por aquele consumidor que, sem refletir o suficiente sobre o seu efetivo desejo ou sobre a sua real necessidade de adquirir determinado bem, deixa-se levar pelo sistema de técnicas mercadológicas colocado em prática pelo fornecedor de bens ou de serviços.

No estudo retrocitado, já de muitos anos atrás, de caráter absolutamente pioneiro e luminoso, o ilustre Prof. Fábio Konder Comparato⁹ descrevera essa situação constrangedora a que se submete o usuário de bens e de serviços.

"O consumidor, vítima de sua própria incapacidade crítica ou suscetibilidade emocional, dócil objeto de exploração de uma publicidade obsessora e obsidional, passa a responder ao reflexo condicionado da palavra mágica, sem resistência. Compra um objeto ou paga por um serviço, não porque a sua marca ateste a boa qualidade, mas simplesmente porque ela evoca todo um reino de fantasias ou devaneio de atração irresistível. Nessas condições, a distância que separa esse pobre Babbit do cão de Pavlov torna-se assustadoramente reduzida".

Assim, não será possível deixar de aplaudir a idéia desse dispositivo que confere ao consumidor exatamente essa possibilidade de arrependimento, desfazendo o contrato celebrado com a

manifestação de sua vontade prejudicada pela pressão do *marketing*, sem que, com tal desistência, venha a ter o seu patrimônio desfalcado com a não devolução dos valores pagos ou devolvidos sem a devida correção monetária, conforme lhe garante o parágrafo único do artigo.

Não nos será possível agora, pelas razões de tempo já mencionadas, analisarmos essa interessante questão sob o ponto de vista do direito comparado. Sabe-se, entre outras coisas, que esse período de reflexão, como é chamado, é maior em outros países. Mas nunca será demais relembrar a excelente palestra que pudemos ouvir, há dois dias, do eminente Prof. Calais-Auloy, na qual ele pôde analisar, no direito francês, as vendas *par démarchage*, as vendas por correspondência e as vendas por rádio, TV, telefone etc.

Como se recorda, o prazo para o consumidor pleitear a resilição contratual é, também, de 7 dias. Há proibição expressa, porém, na lei francesa, de qualquer pagamento durante esse período de 7 dias, a fim de evitar-se um possível constrangimento por parte do consumidor no sentido de manifestar o seu direito de arrependimento.

Em se tratando de vendas por correspondência, também existe, naquele país, o direito de arrependimento por 7 dias mas, como foi explicado pelo retromencionado jurista, outro é o fundamento apresentado para esse prazo. Não se trata mais, com efeito, de um "direito de reflexão" relacionado com a efetiva necessidade de aquisição de um bem ou de um serviço, mas sim de um prazo para a verificação *in concreto* do objeto recebido para ver se o mesmo corresponde ou não às expectativas geradas com os folhetos de propaganda recebidos.

No caso de vendas feitas por telefone, igualmente, terá ficado clara a necessidade de confirmação posterior por escrito por parte do consumidor, sem prejuízo da manifestação posterior do direito de arrependimento:

Tais normas, segundo aquele professor, têm dado excelente resultado para o consumidor francês.

Outro aspecto relativo a esse art. 49 do CDC diz respeito à contagem do prazo de 7 dias. Deve ele ser contado da data da assinatura do consumidor no contrato ou do ato do recebimento do produto ou serviço. Entendo que o dispositivo contempla duas situações distintas. Não se trata, à evidência, de duas formas de contar um mesmo prazo para a mesma situação jurídica, mas sim de duas hipóteses diversas nas quais esse prazo será contado em função da característica de cada uma delas.

Entendo que só faz sentido falar-se no prazo de 7 dias a contar da assinatura quando, ao mesmo tempo desta, tiver o consumidor recebido o produto. É o caso, p. ex., das vendas feitas no próprio domicílio. Nas vendas por correspondência, é evidente que o prazo de 7 dias só poderá começar a fluir após o recebimento do produto e não após a assinatura do contrato, pois poderá passar os 7 dias sem que o consumidor tenha sequer recebido o produto. Não há, pois, maiores dificuldades, a meu ver, com relação a essa contagem de prazo.

Tenho sustentado, por outro lado, que essa disposição do art. 49 deve necessariamente ser interpretada *cum granis salis*, em determinados casos muito especiais. Não poderia ela, a meu ver, ser aplicada, exemplificativamente, aos contratos de seguro, sob pena de, na prática, serem inviabilizadas certas modalidades de operações.

Se eu contrato um seguro de vida ou de lesões corporais tendo em vista o risco a que estarei exposto durante uma viagem, não teria sentido que, após chegar ao meu destino são e salvo, eu pudesse dizer a meu segurador, antes dos 7 dias, que eu me arrependera do seguro feito e que preferiria receber o meu dinheiro de volta com a correção monetária devida...

É claro que estou fornecendo, no caso, um exemplo bastante simples para evidenciar o não cabimento da aplicação do art. 49. Mas esse mesmo exemplo poderia tornar-se menos claro e talvez até mesmo discutível, se se tratasse, por hipótese, de um seguro de vida vendido pelo segurador na sala de embarque do aeroporto momentos antes da viagem a ser feita pelo segurado. As hipóteses, com efeito, podem variar muito e multiplicar-se indefinidamente. Daí por que, em princípio, entendo que cada caso deverá ser analisado isoladamente e com o devido cuidado para que sejam evitados possíveis abusos e desvios da finalidade do dispositivo.¹⁰

Abstemo-nos de maiores comentários relativamente ao artigo seguinte, de n. 50. Diz ele que: "A garantia contratual é complementar à legal e será conferida mediante termo escrito.

Parágrafo único. O termo de garantia ou equivalente deve ser padronizado e esclarecer, de maneira adequada, em que consiste a mesma garantia, bem como a forma, o prazo e o lugar em que pode ser exercitada e os ônus a cargo do consumidor, devendo ser-lhe entregue, devidamente preenchido pelo fornecedor, no ato do fornecimento, acompanhado de manual de instrução, de instalação e uso de produto em linguagem didática, com ilustrações".

Não me parecem necessárias maiores considerações acerca de tal dispositivo. O aspecto principal, segundo penso, residiria na impossibilidade de ser a garantia legalmente exigida, em certos casos, substituída pela garantia de caráter meramente contratual. Ao dizer a lei que a garantia contratual, porém, terá caráter apenas “complementar” à garantia exigida pela lei, exclui a possibilidade, evidentemente, de poder ser aquela um sucedâneo desta última. A garantia de caráter contratual teria a função de promover a qualidade do produto perante o público consumidor.

Assinale-se, entretanto, que o aspecto meramente facultativo da garantia contratual não excluirá o fornecedor da observância de certas regras, tal como preceitua o parágrafo único desse art. 50, isto é, se o fornecedor decide, por liberalidade sua, outorgar a garantia de cunho contratual ao consumidor, deverá esta obedecer aos critérios desse parágrafo único, o qual, a nosso ver, procura resguardar o consumidor de eventuais abusos por parte do fornecedor inescrupuloso que procura atrair a clientela por intermédio de propaganda de suas garantias que, mais tarde, se revelam enganosas ou insuficientes.

Saltemos, agora, como foi explicado de início, diretamente para a seção III, que trata dos chamados contratos “de adesão”. O art. 54 traz, do plano doutrinário para o legislativo, o conceito do contrato de adesão.

Diz o artigo que: “Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

§ 1.º. A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.

§ 2.º. Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2.º do artigo anterior.

§ 3.º. Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

§ 4.º. As cláusulas que implicarem limitação do direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.”

O § 5.º do artigo, como todos sabem, foi objeto de veto por parte do Sr. Presidente da República e dizia o seguinte:

“Cópia do formulário-padrão será remetida ao Ministério Público, que, mediante inquérito civil, poderá efetuar o controle preventivo das cláusulas gerais dos contratos de adesão”.

Em brilhante palestra já referida no início destas linhas, o Prof. Nelson Nery Júnior esclareceu que esse veto presidencial não trará, na prática, maiores conseqüências. É que o controle administrativo desses contratos de adesão já vinha sendo realizado pelo Ministério Público (pelo menos no que se refere ao Estado de São Paulo) com base na Lei da Ação Civil Pública, de n. 7.347/85.

Não há dúvida, por um lado, da extrema conveniência desse controle, por parte do Ministério Público, como ficou demonstrado, no caso de São Paulo, em relação às escolas de línguas estrangeiras que haviam introduzido cláusulas indisfarçavelmente abusivas em seus formulários. Parece-nos,

de outro lado, que a remessa de formulário-padrão de todos os contratos de adesão existentes iria soterrar com toneladas de papel aquele importantíssimo órgão além de — um tanto grotescamente, a meu ver — eventualmente levá-lo à condição de réu numa ação declaratória proposta sobre a interpretação de uma cláusula contratual constante de formulário-padrão de algum interessado que se sentisse prejudicado com a “decisão” tomada pelo Ministério Público...

De sorte que, a meu ver, retirado esse § 5.º que tanta celeuma estava causando — e eu mesmo tive a oportunidade de me pronunciar contrariamente ao mesmo em várias conferências proferidas antes da promulgação da lei — resta para discutir o § 2.º desse artigo, já que os demais, ao que me consta, não parecem deixar margem a dúvida.

Entende-se que o dispositivo em questão só admite o desfazimento do contrato se a opção for exercida pelo consumidor, isto é, se for dado a ele o direito de, alternativamente, querer continuar com o vínculo contratual (encarregando-se de pagar as prestações devidas, fazendo cessar a sua inadimplência) ou romper o contrato, recebendo aquilo que houver pago, mas descontada a vantagem econômica por ele auferida com a fruição do bem e, eventualmente, os prejuízos por ele causados em razão de seu inadimplemento, nos precisos termos do § 2.º do art. 53, conforme a ressalva expressa em tal sentido.

Não concordo, de minha parte, com a corriqueira opinião no sentido de que o dispositivo estaria a estimular a inadimplência por parte dos consumidores em geral, outorgando-lhes o “direito de escolha” relativamente ao desfazimento do vínculo contratual.

Condenável seria tal opção se, mediante o seu exercício, pudesse haver alguma forma de locupletamento ilícito. Tal não ocorrerá, porém, em razão da ressalva legal de que, na hipótese de resolução do contrato por escolha do consumidor que desiste de adimplir a sua obrigação, serão descontados os valores referentes às vantagens por ele auferidas e os prejuízos porventura causados em razão de seu inadimplemento.

Eram essas as considerações que, de forma sumária e no tempo determinado, me ocorreu trazer à elevada consideração de todos os presentes a este memorável evento.

Muito obrigado a todos pela paciência com que me ouviram.

NOTAS

1. Cf. Luiz Gastão Paes de Barros Leães, “As relações de consumo e o crédito ao consumidor”, in *RDM* 82/13, abril-junho/1991.

2. É difícil precisar, com rigor, a origem exata dos direitos básicos do consumidor. Alude-se, com frequência, ao discurso do presidente Kennedy ao Congresso Americano em março de 1962, como um dos primeiros marcos. Uma lei sobre documentos contratuais uniformes foi editada, em Israel, em 1964. Uma lei fundamental de proteção aos consumidores surge, no Japão, em 1968. Nos Estados Unidos da América, a partir desse período até os dias que correm, foram editados numerosos textos legais, entre eles “Consumer Credit Protection Act, Uniform Consumer Credit Code, Uniform Consumer Sales Act, Federal Trade Commission Act, Consumer Product Safety Act, Truth in Lending Act, Fair Credit Reporting Act e o Fair Debt Collection Act”.

Merecem destaque, também, leis gerais ou específicas de proteção na Inglaterra, Suécia, Noruega, Dinamarca, Finlândia, Alemanha, Bélgica, França, México, Portugal e Espanha.

No plano do direito internacional, merece referência, em primeiro lugar, a iniciativa de 5 países (Estados Unidos, Alemanha, França, Bélgica e Holanda), em 1969, no sentido de criar, no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico-OCDE, uma “Comissão para a política dos consumidores”.

Em 1973, a Comissão das Nações Unidas sobre Direitos do Homem, considerou serem 4 os direitos de todo o consumidor; o direito à segurança; o de ser adequadamente informado sobre os produtos e os serviços, bem como sobre as condições de venda; o direito de escolher sobre bens alternativos de qualidade satisfatória a preços razoáveis; e o direito de ser ouvido no processo de decisão governamental.

Seguiram-se vários documentos aprovados pela Assembléia do Conselho da Europa, culminando na Diretiva 85/374, de 24.7.85, no tocante aos países membros da CEE e, no âmbito da ONU, a Res. 39/248, de 9.4.85, apontada por alguns como a verdadeira origem dos direitos básicos do consumidor (Cf. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, comentado pelos autores do anteprojeto, Forensc Universitária, 1.ª ed., 1991, p. 11).

3. Cf. Fábio Konder Comparato, "A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico", primeiramente na *RDM*, 15/16, pp. 89-105 e, posteriormente, in "Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial", Ed. Forensc, RJ, 1978, pp. 473-499.

4. Cf. os mesmos autores supracitados, *idem*, *ibidem*.

5. O fenômeno foi percebido e comentado pioneiramente por Josserand, autor da expressão, e traduziria a preponderância de uma vontade mais forte no contrato, fosse a de um dos contratantes, fosse a do legislador ou a do juiz.

6. No original: "Le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell'altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza".

7. "In ogni caso non hanno effetto, se non son specificamente approvate per iscritto, le condizioni che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere dal contratto o di sospenderne l'esecuzione, ovvero sanciscono a carico dell'altro contraente decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi, tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria".

8. O texto refere-se ao Projeto de Lei 634/75, enviado ao Congresso Nacional pela Mensagem n. 160/75, e publicado no Diário do Congresso Nacional, Suplemento (B) ao n. 061, aos 13.6.75.

9. Artigo citado: *RDM* 15/16, p. 93 e *ob. cit.*, p. 481.

10. Nunca será demais lembrar, aliás, dada a natureza especialíssima do contrato de seguro, da disposição constante do art. 13 do Dec.-lei 73/66, que estabelece expressamente: "As apólices não poderão conter cláusula que permita rescisão unilateral dos contratos de seguro ou por qualquer modo subtraia sua eficácia e validade além das situações previstas em Lei".

ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO

A

- Anteprojeto da CVM para a reforma da Lei de Sociedades por Ações Brasileira (O) — Waldírio Bulgarelli ..** 58
- Arnoldo Wald — Os efeitos jurídicos da morte do usufrutuário de ações no tocante aos dividendos e bonificações (Da interpretação do art. 205 da Lei das Sociedades Anônimas)** 5
- Atividade de resseguros à luz da Constituição (A) — Fábio Konder Comparato** 63

B

- Bolsas de Valores no Brasil (As) — Luiz Eduardo Martins Ferreira ...** 45

C

- Cláusulas gerais do contrato na República Federal da Alemanha (As) — Gabriel F. Leonardos** 31
- Comentários sobre o novo Código do Consumidor — Lei 8.078/91 — Maria Clara V. A. Maudonnet ..** 83
- Contribuição ao Finsocial e a Lei Complementar 70/91 (A) — João Luiz Coelho da Rocha** 79

E

- Efeitos jurídicos da morte do usufrutuário de ações no tocante aos dividendos e bonificações (Da interpretação do art. 205 da Lei das Sociedades Anônimas) (Os) — Arnoldo Wald** 5
- Elisabeth Kasznar Fekete — A representação na conclusão dos contratos mercantis** 16

F

- Fábio Konder Comparato — A atividade de resseguros à luz da Constituição** 63

G

- Gabriel F. Leonardos — As cláusulas gerais do contrato na República Federal da Alemanha** 31

J

- João Luiz Coelho da Rocha — A contribuição ao Finsocial e a Lei Complementar 70/91** 79

L

- Luiz Eduardo Martins Ferreira — As Bolsas de Valores no Brasil** 45

M

- Maria Clara V. A. Maudonnet — Comentários sobre o novo Código do Consumidor — Lei 8.078/91** 83

N

- Newton de Lucca — A proteção contratual no Código de Defesa do Consumidor** 89

P

- Paulo Salvador Frontini — Sociedade Anônima — Direito de retirada —**