

Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

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

Edição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Fundador:

WALDEMAR FERREIRA

Diretor:

PHILOMENO J. DA COSTA

Diretor Executivo:

FÁBIO KONDER COMPARATO

Coordenador:

WALDÍRIO 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
CEP 01501-060 - São Paulo, SP, Brasil

SUMÁRIO

DOCTRINA

— O “dumping” como forma de abuso do poder econômico — Luiz Gastão Paes de Barros Leães	5
— Variação cambial como indexador de contratos — Luciano Amaro	16
— Dos contratos de utilização de navios no Direito Brasileiro (Análise Crítica) — Ary Brandão de Oliveira	27
— Redução dos custos de captação no Mercado de Valores Mobiliários — Nelson Eizirik	37
— Riscos da atividade empresarial no âmbito penal — Joaquim Simões Barbosa	42
— Comércio exterior brasileiro: “Antidumping” Mercosul — Pedro Paulo Cristofaro	58
— A responsabilidade especial dos empreiteiros prescrita no art. 1.245 do Código Civil — João Luiz Coelho da Rocha	64

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

— Variação cambial de moeda nacional — Waldírio Bulgarelli	72
--	----

ATUALIDADES

— O crédito documentário e os usos e costumes internacionais: seu papel como fator de desenvolvimento econômico e de integração social — Luiz Felizardo Barroso	78
---	----

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

— “Proteção do consumidor no contrato de compra e venda” — Alberto do Amaral Júnior — Comentário de Waldírio Bulgarelli	87
---	----

ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO	88
-----------------------------------	----

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTA NÚMERO**ARY BRANDÃO DE OLIVEIRA**

Advogado.

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Advogado no Rio de Janeiro.

JOAQUIM SIMÕES BARBOSA

Advogado.

LUCIANO AMARO

Advogado.

LUIZ FELIZARDO BARROSO

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro e Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros.

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

NELSON EIZIRIK

Advogado.

PEDRO PAULO CRISTOFARO

Advogado no Rio de Janeiro — Professor Contratado de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

WALDÍRIO BULGARELLI

Professor Titular de Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da USP — Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli; Instituto Paulista de Direito Agrário; do Instituto dos Advogados de São Paulo e Instituto dos Advogados Brasileiros e da Academia Paulista de Direito.

O “DUMPING” COMO FORMA DE ABUSO DO PODER ECONÔMICO

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES

1. O regime da legislação *antitruste* brasileira — 2. A concorrência e o abuso do poder econômico — 3. O *dumping* como forma de abuso do poder econômico — 4. Abuso da posição de *dominação* de mercado.

1. O REGIME DA LEGISLAÇÃO “ANTITRUSTE” BRASILEIRA

1.1 A legislação *antitruste* foi introduzida no Brasil depois que, pela Constituição de 1946, cristalizou-se no art. 148 o preceito de que “a lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico”. Em 10.9.62, foi promulgada a Lei 4.137, que “regula a repressão ao abuso do poder econômico”, sendo a mesma objeto de regulamentação baixada pelo Dec. 52.025, de 20.5.63. Recentemente, essa legislação foi reformulada e complementada por uma série de diplomas: a Medida Provisória 276, de 5.12.90, convertida na Lei 8.158, de 8.1.91, e regulamentada pelo Dec. 36, de 14.2.91, e a Lei 8.137, de 27.12.90. Nesses diplomas instituíram-se “normas de defesa da concorrência” e se definiram os “crimes contra a ordem econômica”. Ora, cada uma dessas denominações — legislação *antitruste*, de repressão ao poder econômico ou de defesa da concorrência — quando encaradas no contexto do Direito Comparado, revelam enfoques diferentes, pelo que cumpre inicialmente detectar qual filosofia que foi imprimida à lei brasileira.

1.2 Como se sabe, as primeiras legislações relativas ao assunto surgiram nos Estados Unidos da América, na passa-

gem do Século XIX para o nosso Século. Começa com *Sherman Act*, de 2.7.1890, e é completada com o *Clayton Act*, de 15.10.14, e a *Federal Trade Commission Act*, de 26.9.14, esta última dando nascimento ao órgão regulamentador, o *Federal Trade Commission*, e emendada pela *Robinson-Patman Act*, de 19.6.36. Esses três ou quatro diplomas se bem que emendados e modificados por uma caudalosa legislação posterior, nos dão a tônica da legislação norte-americana a respeito do tema. Trata-se, em resumo, de uma legislação que se orientava no sentido da *proibição absoluta* de convenções destinadas a restringir a concorrência, e de toda entidade que monopolizasse ou tendesse a monopolizar qualquer segmento da economia. Paulatinamente, porém, essa regulamentação foi perdendo esse seu primitivo rigor. Isso se deve ao fato de que a idéia da concorrência perfeita, que inspirou esses diplomas, passou por sucessivas revisões. A convicção de que o preço, em regime de concorrência perfeita, entre pequenas unidades, é sempre mais baixo, e o monopolizado ou oligopolizado sempre mais alto, foi perdendo a sua força, posto que não refletia necessariamente a verdade, pois as empresas poderosas, não só continuavam a concorrer, como desfrutavam de

economias de escala que lhes possibilitavam praticar preços mais reduzidos. Por outro lado, nem sempre as empresas submetida a um regime de forte concorrência obtêm recursos suficientes para financiarem as inovações tecnológicas — que é o horizonte onde se desenvolve a economia atualmente. Quer dizer, nem a livre concorrência, sem entraves, é necessariamente um bem, nem o monopólio é necessariamente um mal. Daí o motivo por que a legislação americana introduziu a regra da razoabilidade (*rule of reason*), para moderar a severidade da legislação primitiva, levando em consideração as peculiaridades de cada caso.

1.3. As legislações européias, que vieram depois, rejeitaram a chamada *per se condemnation theorie*, que norteou a primitiva legislação norte-americana, opondo ao sistema da proibição, vigente naquela legislação, o sistema de repressão ao abuso. Segundo esse sistema, os acordos restritivos e os processos concentracionistas não são repudiados *a priori*, proibindo-se apenas as práticas abusivas do poder econômico. Assim, fala-se em *mauvaises e bonnes ententes*, em monopólios *naturais e artificiais*, como se admite também a existência de legislação atinente às macro-empresas e aos fenômenos grupais. De todos os países europeus, foi a Alemanha o país que maior atenção dedicou à livre concorrência, dada a intensa cartelização que sempre caracterizou a sua economia. Não é assim estranho que a primeira lei alemã sobre a matéria, de 2.11.23, a *Kartellverordnung*, não contivesse normas contra os cartéis ou contra os agrupamentos, senão que os sujeitava ao controle estatal, a fim de evitar os abusos do poder econômico (*Verordnung gegen Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen*).

1.4 Após a segunda conflagração mundial, a legislação alemã sofreu uma reviravolta. Inicialmente, as forças de ocupação impuseram a substituição do critério do abuso pelo princípio da proi-

bição. O motivo era por certo de caráter político e militar, pois não refletia sequer o estágio da legislação americana então vigente. Ao promover a descartelização da indústria do carvão, do aço e da química, o objetivo dessas ordenações militares era o de promover o desmembramento do poder econômico do país vencido. Recuperada mais tarde a sua independência política, a Alemanha tratou de recompor a legislação sobre a matéria. em 27.7.56, é promulgada uma lei sobre o assunto, que se revela como um compromisso entra a época anterior com a posterior à ocupação dos aliados, dando ênfase, já não mais ao critério do abuso, mas ao princípio da defesa da livre concorrência — a lei se denomina muito significativamente lei de repressão às restrições de concorrência, *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB) — na medida em que visa a obstar qualquer conduta ou resultado anticompetitivo, seja ele resultante ou não de abuso do poder econômico, e que se combina com a lei de repressão à concorrência desleal, ou *Unlauteres Wettbewerbsgesetz* (UWG).

1.5 Pois bem, a cada um desses enfoques, corresponde um sistema de controle. Nos Estados Unidos, na medida em que é proibido o ato que conspire contra a livre concorrência, prevalecer o rígido conceito dos delitos *per se*, e não há nenhum registro prévio de acordos restritivos à concorrência (posto que vedados), efetuando-se o controle das práticas predatórias *ex post*. Aos agentes do mercado cabem policiarem-se, correndo o risco de virem a sofrer a oportuna atividade repressora do órgão regulamentador. Já nas legislações européias, prevalece o conceito mais flexível do abuso do poder econômico e o sistema do controle *a priori*, baseado no registro dos acordos empresariais e dos processos concentracionistas, a fim de submetê-los à autorização de um órgão *ad hoc*.¹

1.6 A discussão sobre o assunto reacendeu-se, nos últimos anos, na Europa, onde os arts. 85 e 86 do Tratado de Roma impuseram a compatibilização entre as legislações antitrustes nacionais até 1992, data da implantação da economia integrada da CEE. Todos os países da Comunidade se voltaram para o cumprimento do referido escopo, com projetos e diplomas, todos eles, polarizados no sentido de privilegiar o regime de defesa da concorrência.²

1.7 A legislação brasileira, que inicialmente, embora inspirada na legislação americana, não agasalhou o sistema americano da proibição senão no princípio europeu da repressão ao abuso, desenganadamente se filiou, a partir dos diplomas de 1990 e 1991, ao sistema de defesa à livre concorrência.³

1.8 Essa passagem do regime de repressão ao abuso para o de tutela da livre concorrência se reflete, primeiramente, nos textos constitucionais. Com efeito, na CF/46, na seção relativa à ordem econômica e social (que, de acordo com a regra fixada na Carta, “deve ser organizada conforme os princípios da justiça social”), a legislação antitruste encontra a sua consagração no já citado art. 148, que assim dispunha: “A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”. Quando da discussão da Lei 4.137, indagou-se o princípio constitucional da repressão ao abuso do poder econômico constituía uma mera norma programática, um princípio, enfim, que teria tão-somente uma função interpretativa, ou, ao contrário, teria força vinculativa, que se impunha não só ao intérprete mas também ao legislador ordinário, cabendo a este dar execução prática a esse princípio. Prevaleceu a orientação de que o princípio

era cogente, sendo promulgada a lei repressiva em apreço.

1.9 Na Constituição de 1967, com a redação dada pela EC 1/69, houve um remanejamento da matéria. No art. 160, dizia-se que a ordem econômica e justiça social, com base, entre outros *princípios*, na “repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros” (inc. V). Dentro de uma ordem lógica, esse princípio era o último da série, como a salientar que era em função dos valores éticos-políticos *positivos*, anteriormente arrolados — liberdade de iniciativa; valorização do trabalho; função social da propriedade; solidariedade entre as categorias sociais — que deveriam ser caracterizados os valores *negativos* que informam o conceito de abuso do poder econômico. Ademais, a Carta de 1967 abandonou a exposição genérico-exemplificativa do art. 148 da Constituição de 1948.

1.10 Na Constituição de 1988, após elevar à condição de princípio constitucional, norteador também da ordem econômica, ao lado do princípio da *livre iniciativa* (art. 170, *caput* e parágrafo único, c/c art. 5.º, XIII), o princípio da *livre concorrência* (art. 170, IV), deslocou equivocadamente a matéria da repressão ao abuso do poder econômico para o contexto que trata da exploração direta da atividade econômica do Estado (art. 173, § 4.º). Ora, se bem que a lei repressora represente uma consequência da intervenção reguladora do Estado na atividade econômica, não é por certo expressão da exploração *direta* da atividade econômica pelo Estado. Mas já na inserção do princípio da livre concorrência, a par do princípio da livre iniciativa, a Carta agiu bem.

1.11 Com efeito, a livre iniciativa e a livre concorrência são conceitos distintos, se bem que complementares. O primeiro não é senão a projeção da liberdade individual no plano da produção, circu-

lação e distribuição das riquezas, significando a livre escolha e o livre acesso às atividades econômicas. Já o conceito da livre concorrência é um conceito instrumental daquele, significando o princípio econômico segundo o qual a fixação dos preços dos bens e serviços não devem resultar de atos da autoridade, mas sim do livre jogo das forças em disputa no mercado. Essa liberdade não é, porém, ilimitada, e só se justifica quando revela eficiência na alocação dos recursos (desenvolvimento econômico) e dela resultem benefícios à comunidade (defesa do consumidor, outro novo princípio constitucional). Daí que a repressão ao abuso do poder econômico deve ubicar-se entre os princípios norteadores da ordem econômica, tal como estava na Carta revogada. O novo Texto Constitucional é, porém, revelador, pois põe em destaque que “o objeto jurídico tutelado pela lei antitruste é a livre concorrência, de que é titular a coletividade brasileira”. E é por essa razão que o artigo inaugural da MP 276/90 e o da Lei 8.158/91 viram as suas baterias para “promover a apuração e correção de ato individual, ou coletivo, ou atividade econômica que atente contra a ordem econômica e os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência”.

2. A CONCORRÊNCIA E O ABUSO DO PODER ECONÔMICO

2.1 E o que vem a ser essa “livre concorrência”, objeto jurídico tutelado pela legislação antitruste? A concorrência empresarial (*cum + currere*, correr com), conforme imagem freqüentemente lembrada, é comparável a uma corrida esportiva, na qual a ninguém se assegura o direito de ganhar, mas apenas o direito de não ser lesado em suas forças pelos adversários. O que se protege é a *concorrência livre*, ou seja, a concorrência onde se assegura competição honesta, liberta de fraudes e abusos.

2.2 Para que se compreenda o regime jurídico da defesa da concorrência, mister é aplicar a distinção entre as obrigações de meios e as obrigações de resultado.⁴ Em certas relações de obrigação, quer delituais, quer contratuais, o inadimplemento, e, por conseguinte, o dever de indenizar, surge com a não-produção de um resultado devido. Ou com a produção de um resultado proibido antes mesmo que se indague da culpabilidade do devedor. Por exemplo, no contrato de transporte, o transportador é obrigado a transportar coisas ou pessoas, em condições de incolumidade, até o ponto de destino. Se isto não ocorrer, ou seja, se a coisa transportada se extraviar ou destruir, ou se a pessoa transportada for ferida ou falecer em acidente de transporte, responde o transportador por perdas e danos, a não ser que consiga provar que o acidente ocorreu por caso fortuito ou força maior, ou por culpa exclusiva da vítima. Da mesma forma, num crime de morte, o agente assume *ipso facto* a responsabilidade de indenizar os herdeiros ou sucessores da vítima (a par da responsabilidade penal), a menos que prove a ocorrência de uma causa justificativa ou dirimente. Assim, em se tratando de uma obrigação de resultado, o lesado faz jus à indenização sem precisar provar a culpa do réu, que é portanto presumida. Em outros tipos de obrigação, ao contrário, não se exige do devedor a produção de um resultado determinado, mas apenas que ele aja com uma normal diligência em busca desse resultado. A um médico não se exige a cura do doente, mas que preste os seus serviços com a perícia e diligência normais. Assim, em se tratando de uma obrigação de meios, aquele que se entende lesado por ato do devedor deve provar a culpa deste na não-produção do resultado esperado. Ora, em matéria de concorrência, o que existe é apenas obrigações de meios, e não de resultado. Não basta ao comerciante que

se entende lesado pela concorrência de outrem provar que essa competição lhe vem causando danos econômicos, uma vez que todo o ato de concorrência é, em princípio, suscetível de provocar prejuízo. Aliás, essa possibilidade de provocar ou sofrer prejuízo econômico faz parte das regras do jogo. Como já dizia Montaigne, no jogo comercial, o lucro de um é o dano de outro. Na defesa da concorrência livre, a tônica não é posta, pois, no fato da produção de um dano, mas na *maneira* como esse dano foi produzido. Não se reprime o ato de concorrência, mas sim a *deslealdade na concorrência*.⁵

2.3 Essa deslealdade na concorrência pode ou não ser definida de forma precisa pelo legislador, mas, de qualquer modo, ela corresponde a uma incorreção na conduta do empresário, ou seja, à prática de atos contrários “aos usos honestos em matéria comercial ou industrial”, como são definidos os atos de concorrência desleal na Convenção da União de Paris (art. 10-*bis*), convolada em lei interna no Brasil pelo Dec. 5.685, de 30.7.29, e está sempre presente em toda essa legislação repressiva. O direito positivo brasileiro consagra a repressão da concorrência desleal, não somente no interesse dos próprios concorrentes, como também no interesse objetivo do consumidor nacional. Assim, é que ao lado das normas visando a atos individuais de concorrência desleal, no sentido da proteção do interesse dos próprios concorrentes (cujas *sedes materiae* é o art. 178 e seus parágrafos do Código da Propriedade Industrial), encontramos a legislação antitruste, visando a coibir a prática de atos coletivos de concorrência desleal, ou seja, cartéis, consórcios e coligações societárias, e outras formas de abuso do poder econômico. Nessa subordinação de todos esses atos à categoria omnicompreensiva da concorrência desleal, o Direito Brasileiro acompanha tanto a legislação antitruste norte-

americana (que fala em *unfair methods of competition*, na seção 5.ª da FTCA de 26.6.14) quanto a alemã (que fala em *unlauterer Wettbewerb*, no § 1.º do UWG).⁶

2.4 Assim, a má-fé e a culpa estão sempre presentes nessa “deslealdade” empresarial. Como já advertia Ferrara Jr.,⁷ “la concorrenza sleale se distingue dalla lecita appunto in quanto nella prima vi è una malizia od una colpevolezza che manca nella seconda e dunque non può darsi concorrenza sleale senza colpa o a prescindere dalla colpa”. Daí que em todas as legislações a culpa é considerada um elemento normal, senão essencial, da concorrência desleal. A culpabilidade abrange o dolo e a culpa, em sentido estrito, e na configuração do abuso do poder econômico, como ato de concorrência desleal, é o dolo que é o elemento essencial. A própria designação dos ilícitos nessa área — formas de abuso — já encerra, visível, esse elemento, pois não pode haver abuso involuntário. A responsabilidade, portanto, na concorrência, não se descola do plano subjetivo, ligando a pessoa do agente ao crime pelos laços da vontade ilícita, manifestada contra a vontade da lei. Aliás, os delitos econômicos, em sua maioria, são de caráter doloso; raramente o legislador faz referência à culpa. É possível que o legislador, em algumas figuras, tivesse pretendido punir a forma culposa, especialmente a negligência. No entanto, à míngua de dispositivo expresse, não se pode reconhecer como válida essa intenção, na medida em que, no caso, por se tratar de matéria penal, prevalece o princípio da excepcionalidade do crime culposos, agasalhado pelo Código Penal de 1940, em seu art. 15, e pelo Código Penal de 1969, no seu art. 17, parágrafo único. As infrações punidas a título de dolo não precisam ser especificadas, pois sempre que a lei não fizer ressalvas, o elemento subjetivo será o dolo. Algu-

mas vezes, dolo *genérico*; outras, *específico*. Comumente, requisitarão a presença do dolo específico os tipos que contiverem em sua descrição um elemento subjetivo do injusto. E esse dolo específico deve ser provado. O regime da concorrência desleal (onde prevalecem obrigações de meio), difere daquele que preside a disciplina dos privilégios de invenção ou dos signos distintivos (para exemplificar com interesses afins), onde qualquer privilégio representa um ato ilícito, sem que se indague da culpabilidade do violador, pois a culpa aí existe *in re ipsa*. Na concorrência desleal, prevalece o contrário.⁸

2.5 É o que ocorre na tipificação dos ilícitos contra a concorrência desenvolvida pela legislação antitruste. Com efeito, em atenção à determinação constante no art. 148 da CF/46 — “a lei reprimirá *toda e qualquer forma de abuso* do poder econômico... que *tenham por fim* dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros” — a Lei 4.137/62 criou *figuras anormais* de concorrência abusiva, tendo em sua descrição o elemento subjetivo do tipo, requerendo assim a presença de dolo específico. Como se sabe, chama-se, em Direito Penal, tipo anormal aquele que contém na sua descrição elementos normativos subjetivos.⁹ Na expressão tipicidade, há o significado que Ernest Beling conferiu à palavra *Tatbestand* constante do § 59 do Código Penal Alemão, como sendo a “figura material do fato”, pois desde Farinácio era conhecido o aforisma *Nullum crime, nulla poena sine lege*, expressando o princípio fundamental do Direito Penal comum da reserva legal, que ingressou inclusive na esfera das garantias individuais (CF, art. 5.º, XXXIX). Essa tipicidade fática é, sem dúvida, um dos elementos essenciais à estrutura do delito, mas não é pensável sem correlação com a antijuridicidade e a culpabilidade que inte-

gram o modelo normativo. O legislador não se comporta aí como sociólogo, estabelecendo apenas conexões entre fatos. Sua atitude, ao legislar, mais do que mero observador da realidade, deve ir além, determinando o *dever ser* para tornar efetiva a tutela dos bens e interesses considerados relevantes ao desenhá-la a figura delitual. Assim sendo, na descrição de um tipo, deve-se levar em conta elementos normativos, que, ao lado de elementos subjetivos próprios, converte a tipicidade em *ratio cognoscendi* da antijuridicidade. Em muitos casos, nessa conversão, a lei cria o que se convencionou chamar o *elemento subjetivo do injusto*, ou seja, o elemento subjetivo do tipo.

2.6 Dizia Manoel Pedro Pimentel (ob. e loc. cit.): “Sempre que um tipo penal inclui a indicação de uma especial subjetividade do agente, com o emprego de expressões tais como *a fim de, para o fim de, com o fim de, sem justa causa, indevidamente*, etc., esse tipo é chamado anormal, por conter um elemento subjetivo próprio, que normalmente não está presente na tipicidade penal”. Ora, é justamente o que ocorre na tipificação ensaiada pela legislação antitruste. Em atenção ao art. 148 da CF/46, que determinava que a lei reprimiria “*toda e qualquer forma de abuso do poder econômico*” que *tenham por fim* dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”, a Lei 4.137/62, estabeleceu várias formas abusivas, descrevendo atos de concorrência que se subsumiriam aos tipos delituosos, quando tivessem por objetivo a tríple antijuridicidade determinada em nível constitucional, que integra o modelo normativo de abuso ao poder econômico.

2.7 A propósito desse trinômio — domínio dos mercados, eliminação da concorrência, aumento arbitrário dos lucros — pergunta-se se a antijuridicidade, ou seja, o abuso do poder econômico,

ocorre com a reunião dessas três características, ou com qualquer delas isoladamente. Pontes de Miranda propende para essa última interpretação. Parece, contudo, que a característica fundamental do abuso do poder econômico reside na dominação dos mercados, sem a qual as duas outras se tornam impossíveis de se realizarem. E em que consiste a dominação do mercado? O conceito vem definido, sob a locução “condições monopolíticas”, no art. 5.º da Lei 4.137/62, ou seja, a dominação dos mercados se evidencia quando uma empresa ou um grupo de empresas “controla em tal grau a produção, distribuição, ou venda de determinado bem ou serviço, que passa a exercer influência preponderante sobre os respectivos preços”. Quando uma empresa ou um grupo de empresas pode ditar preços no mercado, é sinal de que houve efetiva eliminação da concorrência, e de que a empresa — monopolista — está em condições de aumentar arbitrariamente seus lucros.

2.8 A relevância desse elemento subjetivo normativo é particularmente enfatizada na legislação antitruste comparada a propósito do “objetivo de aniquilação” (*scopo di annientamento, but d'anéantissement, Vernichtungszweck*), implícito em toda concorrência. O escopo da proteção legal da livre concorrência consiste em instaurar no mercado uma competição entre os empresários a fim de permitir, em benefício da coletividade, o sucesso dos melhores, na convicção de que, desse certame, ocorrerá o aperfeiçoamento dos produtos e a redução dos preços. Essa disputa provoca às vezes prejuízos nos concorrentes e pode inclusive determinar a eliminação de alguns deles — consequência não só natural como benéfica na medida em que libera o mercado de agentes incapazes ou improdutivos para a sociedade. Quando essa consequência, ao invés de ser um consectário mediato, for o escopo *primário* da atividade empresarial, haverá um

atentado contra a consciência social. Como diz Tetzner, “a concorrência consiste numa luta em torno dos consumidores e junto aos concorrente, não numa luta contra esses últimos” (...) “Mesmo a concorrência que elimina ou paralisa o adversário é lícita. É contrário aos bons costumes apenas quando objetiva lesar ou eliminar o concorrente”.¹⁰ Para usar da dicção da lei brasileira, ocorre a concorrência desleal quando a dominação do mercado, mediante a eliminação do concorrente e a possibilidade de determinar o preço no mercado, é o objetivo precípua da atividade econômica desenvolvida pelo empresário.

2.9 Ora, segundo Baumbach-Hefermehl, típico exemplo de *Vernichtungszweck*, ou seja, de “aniquilação de concorrentes” é o *dumping*, que é universalmente elencado como ato de concorrência desleal. Na verdade, “se a redução do preço configura ou não um meio de luta lícita depende do exame de cada caso. Normalmente, essa redução é lícita como expressão da capacidade individual do produtor. Pode, porém, adquirir o caráter de ilicitude quando serve apenas para vencer o concorrente, para excluí-lo do mercado, e assim dominar o mercado monopolisticamente e ditar os preços”.¹¹

3. O “DUMPING” COMO FORMA DE ABUSO DO PODER ECONÔMICO

3.1 No império da Lei 4.137/62, várias oportunidades, o CADE — Conselho Administrativo de Defesa Econômica inscreveu o *dumping* como um ato de concorrência desleal, definindo-o como “a temporária e artificial redução de preços para oferta de bens e serviços por preços abaixo daqueles vigentes no mercado (eventualmente abaixo do custo), provocando oscilação em detrimento de concorrente, e subsequente elevação no exercício de especulação abusiva”, objetivando “provocar condições mono-

polísticas". Sendo uma figura de infração penal-econômica, que o texto prevê e descreve, reveste caráter anormal, uma vez que contém, em si, elemento subjetivo do injusto e elemento normativo. A baixa do preço, eventualmente a menos que o custo, é a base material ou o elemento objetivo do tipo, isto é, nela se consubstancia a conduta que pode (ou não) ocasionar a infração econômico-penal. Todavia, para que tal conduta seja tida como típica, de modo a formar ou constituir fato indiciariamente delituoso, faz-se imprescindível que seja integrada pelos elementos subjetivos e normativos do tipo. Assim sendo, torna-se necessário: a) no campo normativo, que à redução se siga a elevação, no exercício de uma especulação abusiva; b) no campo subjetivo, que tenha como dolo específico ou *causa finalis*, a provocação de condições monopolísticas.

3.2 O *dumping* não era uma forma específica de abuso, nominalmente citada na lei repressiva então em vigor, mas ensejava o ilícito previsto na letra "d", inc. III, do art. 2.º da Lei 4.137/62.¹² Na nova legislação o *dumping* já entra como forma específica de abuso, inicialmente com aplicação restrita a relações comerciais transnacionais (como no art. 2.º, § 3.º, da MP 276/90), e ao depois como política de preços predatórios, como venda abaixo do preço de custo, "com o fim de impedir a concorrência" (Lei 8.137/90, art. 4.º, VI; Lei 8.158/91, art. 2.º, "a").

3.3 À semelhança do que ocorre no Direito Comparado, o *dumping* se caracteriza como a redução do preço vigente no mercado ou abaixo do custo *qualificada* pela intenção de eliminar os concorrentes e dominar o mercado. Esse elemento intencional é indispensável à caracterização do ilícito em apreço. Em princípio, essa redução dos preços está em conformidade com as leis da concorrência, que se orientam no sentido de

oferecer aos consumidores produtos a preços inferiores aos de seus concorrentes, só passando a configurar concorrência desleal quando tem por escopo a eliminação da concorrência e o domínio do mercado. Em suma, a redução do preço, mesmo abaixo do custo de produção, mas não motivada pela intenção dolosa citada, pode ser uma atitude perfeitamente lícita por um sem-número de razões econômicas.

3.4. Essa é aliás a atitude em várias outras legislações. No Direito norte-americano e no Direito Alemão, onde aliás se limita o uso do vocábulo *dumping* ao fenômeno na área das transações internacionais, o *predatory price cutting* ou o *Preisunterbieten* — isto é, a redução predatória do preço ou a venda a preço abaixo do custo — não é em si ilegal. No Direito norte-americano, a repressão ao preço predatório (também caracterizado como *sales below cost*) é contemplada em vários diplomas legais. Pode importar em convenção violadora da seção 1 do *Sherman Act*, constituir um elemento de monopolização, com violação da seção 2 daquela lei, configurar um "método desleal de concorrência", nos termos da seção 5 da *FTC Act*, ou constituir um elemento de discriminação ilegal de preços, com violação do *Robinson-Patman Act*. Mas o elemento "intenção" é indispensável, e se admite a prática de preços abaixo do custo médio de produção se a empresa estiver "liquidando estoques excessivos, perecíveis ou obsoletos". E mais: "Os preços abaixo do custo médio podem ser admitidos se a queda da demanda força a empresa a minimizar perdas vendendo ao melhor preço possível... O mesmo se pode se dizer quanto a preços promocionais, alinhamento com os preços dos concorrentes, ou mesmo em ocasionais guerras de preço, dentro de certas circunstâncias" — como está dito no *leading case* *Transamerica Computer Co. vs International Business Machines*

Corp., de 1979, julgado pela Corte Distrital da Califórnia.¹³

3.5 No Direito alemão, não é outra a posição da doutrina e da jurisprudência, que parte do princípio de que o empresário é o único juiz do preço que pratica, não consubstanciando a venda a preço inferior aos custos de produção, ou aos custos de compra na revenda, uma infração ao § 1.º, da UWG. Resumindo a jurisprudência alemã, *Dietrich Reimer* (ob. cit., p. 731) assim escreve: “Um número quase ilimitado de razões permite a venda abaixo do preço de custo ou de aquisição. Citemos, entre outras, a necessidade de vender rapidamente produtos facilmente deterioráveis, ou de livrar-se de estoques sujeitos à moda, ou de artigos tornados obsoletos. Ou de se adaptar a uma baixa de preços operados pelos concorrentes... É possível também que um empresário admita absorver perdas passageiras a fim de fazer frente a dificuldades de liquidez. A jurisprudência mesmo tem reconhecido a possibilidade de um comerciante avisado vender com perda para evitar que o volume de seus negócios se reduza. Os tribunais têm igualmente reconhecido a necessidade de se assegurar a sobrevivência de uma empresa num período de depressão econômica, vendendo produtos por preços abaixo do preço praticados pelos concorrentes... O § 1.º da IWG não tem outro escopo senão o de proteger a lisura na concorrência, mas não a de se intrometer na economia interna das empresas. (...) Devemos, assim, concluir que mesmo praticado abaixo de custo ou de aquisição, o preço reduzido é lícito, se seu objetivo é o de reforçar a posição econômica da empresa que a pratica... sendo certo que somente com a ocorrência de circunstâncias especiais (escopo de eliminar a concorrência) é que a venda a preço reduzido tornar-se-á desleal”. (...) “Depende pois do aspecto subjetivo do fim perseguido a linha que

delimita a concorrência lícita de preços da venda praticada com a finalidade de eliminar o concorrente”, a fim de “ocupar uma posição análoga àquela ocupada pela empresa que se acha em posição de dominação de mercado”

4. ABUSO DA POSIÇÃO DE “DOMINAÇÃO” DE MERCADO

4.1 Nesta altura, convém observar que a legislação antitruste brasileira não reprime a conquista de uma posição de dominação dos mercados; ou seja, a posição monopolística não é ilícita *per se*; a legislação se preocupa com o “comportamento” de quem haja adquirido essa posição dominante, é a partir daí que desenvolve o seu aparato repressivo.

4.2 Com efeito, nos seus arts. 2.º, 3.º e 5.º, parágrafo único, a Lei 4.137/62, exige, para a caracterização do abuso do poder econômico, a prática de certos atos típicos pela empresa *já em situação de dominação dos mercados*, como o “ajuste ou acordo entre empresas, ou entre pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de suas atividades”, a “aquisição de acervos de empresas ou quotas, ações, títulos ou direitos”, a “cessação parcial ou total das atividades de empresas promovida por ato parcial ou total das atividade de empresa promovida por ato próprio ou de terceiros”, “o açambarcamento de mercadorias ou de matérias-primas”, etc. Ou seja, embora o conceito fundamental seja o de dominação dos mercados, para que haja abuso do poder econômico no sentido da legislação antitruste, é mister que concorra pelo menos um dos dois outros fatos assinalados pelo dispositivo constitucional citado: a eliminação da concorrência ou o aumento arbitrário dos lucros.

4.3 Tanto isso é verdade que a Lei 4.137 reconhece a existência de situações de “monopólio natural ou de fato”, ao lado de situações que poderíamos

chamar de monopólio artificial ou provocado. No primeiro caso, não haverá abuso do poder econômico se a empresa monopolista não elevar arbitrariamente os preços, nem procurar eliminar novos concorrentes. É o que se depreende das seguintes disposições legais:

“Art. 2.º — Consideram-se formas de abuso do poder econômico:

(.....)

II — Elevar sem justa causa os preços, nos casos de monopólio natural ou de fato, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os lucros sem aumentar a produção.

Art. 3.º — Quando em relação a uma empresa exista um restrito número de empresas que não tenham condições de lhe fazer concorrência num determinado ramo de negócio ou de prestação de serviços, ficará aquela obrigada à comprovação do custo de sua produção, se houver indícios de que impõe preços excessivos.”

4.4 Assim sendo, para se falar em “dumping” força é que o fato indiciariamente delituoso venha integrado, *no campo normativo*, pela *redução* do preço, seguida de elevação, com vista ao exercício de uma especulação *abusiva*, e, *no campo subjetivo*, pelo intuito de eliminar a concorrência e provocar condições monopolísticas (Lei 4.137, art. 2.º, III, “d”). A simples redução do preço, e até a venda *abaixo* do custo, não basta para o reconhecimento de *dumping*, sendo apenas o seu elemento objetivo. Indispensável à configuração do ilícito é o requisito da utilização de meios vedados, para alcançar uma posição dominante no mercado e excluir do mesmo os competidores. É o elemento subjetivo do tipo.

A redução do preço, inclusive abaixo do custo, pode ser ditada por princípios de política empresarial plenamente justificáveis. A redução dos preços para os consumidores é até um dos objetivos da concorrência empresarial. Assim, não é todo ato, que tem a possibilidade de

ensejar a eliminação da concorrência, que constitui um abuso do poder econômico. A eliminação da concorrência pode *decorrer* de atos lícitos, como assinalamos linhas atrás, provocada, por exemplo, *pela* superioridade do produto, por uma adequada promoção de vendas, ou *até* pelos custos mais baixos, desenvolvidos por um dos agentes do mercado.

4.5. A distinção entre o lícito e ilícito na concorrência reside, antes de tudo, na motivação do ato: é desleal quando o *agente tem* por escopo precípua a eliminação dos concorrentes, a fim de substituí-lo em condições de monopólio.¹⁴

4.6 Dir-se-á ainda que os elementos configuradores do *dumping* se alteraram com os novos diplomas relativos à matéria? No império da Lei 4.137/62, o *dumping* não era uma forma específica de abuso nominalmente citada *na lei*, mais poderia ser entendida contemplada na forma de abuso prevista no art. 2.º, III, “d”, da lei citada, consubstanciando na utilização de meios artificiosos para provocar condições monopolísticas, mediante a oscilação de preços em detrimento de empresas concorrentes. Nesse caso, a baixa do preço, para *posterior* elevação do mesmo, seria o elemento objetivo do *dumping*, e o subjetivo, o *intuito* de alcançar uma posição dominante, prejudicando a livre concorrência.

4.7 Nos novos diplomas, o *dumping* passa a ser uma forma específica de abuso e a dispor de um desenho típico. A Lei 8.137/90, define como crime contra a ordem econômica “vender mercadorias abaixo do preço de custo, com o fim de impedir a concorrência” (art. 4.º, VI), e a Lei 8.158/91, após dispor que o SNDE órgão do Ministério da Justiça, “atuará de forma a evitar que (certas) distorções possam ocorrer no mercado”, como “a fixação de preços dos bens e serviços abaixo dos respectivos custos de produção” (art. 2.º, “a”), estabelece que “constitui infração à ordem econômica” “vender mercadoria ou pres-

tar serviços sem margem de lucro, visando à dominação do mercado" (art. 3.º, XIII). Em verdade, esses diplomas tratam da mesma espécie delituosa, isto é, do *dumping*, limitando, porém, o seu raio de aplicação à venda sem margem de lucro, abaixo dos respectivos custos, e não no seu sentido lato de redução de preços inferiores àqueles vigentes no mercado. Nesses novos diplomas, o elemento objetivo já não seria mais a redução do preço, e, sim, a venda por preço abaixo dos custos de produção, sem margem de lucro. Mas, o elemento subjetivo da figura delituosa continua o mesmo: de acordo com os dispositivos citados, para que tal conduta seja tida como típica, força é que tenha, como dolo específico, a "dominação do mercado", "com o fim de impedir a concorrência".

NOTAS

1. Cf., Joaquin Garrigues, *La Defensa de la Competencia Mercantil*, Madri, 1964, p. 19 e ss.

2. Cf., A. Gleiss e M. Hirsch, *Diritto Comunitario della Concorrenza*, Milão, 1968.

3. "A Lei Antitruste brasileira, ainda que valendo-se do *Direito antitruste* norte-americano, é diferente" (Benjamin M. Shieber, *Abuso do Poder Econômico*, S. Paulo, 1966, p. 19).

4. Cf., F. K. Comparato, "Obrigações de meios, de resultados e de garantia", in *Estudos e Pareceres de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, 1978, p. 521 e ss. Se bem que se fale dessa distinção via de regra quando se trata das obrigações contratuais, nada impede que se estenda o discrimine ao campo delitual, tanto mais que foi justamente ao procurar realizar uma maior aproximação entre as obrigações contratuais e as extracontratuais que R. Demogue formulou a referida distinção (Cf., nosso *A Responsabilidade do Fabricante pelo Fato do Produto*, S. Paulo, 1987, p. 149 ss).

5. Cf., Carlo Pasteris, *La Correttezza nella Disciplina della Concorrenza Sleale*, Milão, 1962, p. 48: "L'esercizio dell'attività di impresa da parte di più soggetti li pone necessariamente in posizione di conflitto; la concorrenza, pur se esercitata in modo del tutto corretto, arreca

sempre ed inevitabilmente un danno ai concorrenti."

6. Cf., Giovanni Lancellotti, *La Repressione della Concorrenza Sleale negli Stati Uniti*, Pádua, 1961, Cap. III e IV, p. 78 ss, sobre a proposta unitária americana da concorrência desleal; Dietrich Reimer, *La Répression de la Concorrence Déloyale en Allemagne*, Paris, 1978.

7. Cf., *La Teoria Giuridica dell'Azienda*, Florença, 1949, p. 288.

8. Cf., Maurizio Pinnarò, *Profili Soggettivi della Concorrenza Sleale*, Milão, 1976.

9. Cf., Manoel Pedro Pimentel, *Direito Penal Econômico*, S. Paulo, 1973, p. 46 e ss.; José Frederico Marques, Parecer datado de 10.2.65, *apud RF* 215/48 e ss.

10. "Der lautere Wettbewerb besteht im Kampf um den Kunden neben den Mitbewerbern, nicht in seinem Kampfe gegen diese: die nachteilige Einwirkung auf den Absatz des Mitbewerbers ist beim lauterem Wettbewerb stets nur die unvermeidliche Folge der Steigerung des eigenen Absatzes, aber nicht Selbstzweck. (...) Auch der Wettbewerb der den Gegner im Geschäftsleben völlig unterdrückt und lahmt, ist erlaubt. Sittenwidrig ist nur, wenn beim Wettbewerb Schädigung oder Existenzvernichtung der Mitbewerber bezweckt wird" (Heinrich Tetzner, *Gesetz Gegen den Unlauteren Wettbewerb*, Colônia, 1957, p. 100).

11. Cf., Baumbach-Hefermehl, *Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht*, 8.ª ed., Munique, 1960, p. 95.

12. Sobre a posição da Jurisprudência do CADE a respeito do *dumping*, v. José Inácio e José Luiz Franceschini, ementas 138-A a 143, e também ementas 388, 392, 395, 400, 403, 406, 409, 418, 465 a 469, in *Poder Econômico: exercício e abuso*, S. Paulo, 1985, p. 153 e ss.

13. Milton Handler *et alii*, *Trade Regulations*, 2.ª ed., Mincola, 1983, p. 636 e ss.

14. M. Pinnarò, na ob. cit. (pp. 35-36), resume a posição da doutrina italiana a respeito, que cabe aqui como uma luva: "Il ribasso dei prezzi, anche nella ipotesi di vendita sotto costo, non è in sé sleale, dato il generale principio della libertà di iniziativa economica, ma, giustamente, è stimato illecito allorché l'intenzione dell'agente, quale si manifesta nei suoi comportamenti, sia quella di eliminare dal mercato un concorrente".

VARIAÇÃO CAMBIAL COMO INDEXADOR DE CONTRATOS

LUCIANO AMARO

1. Colocação do problema — 2. A Legislação Brasileira até 1969 — 3. Nominalismo x Correção monetária — 4. A Lei 6.423/75 — 5. A variação cambial na Jurisprudência — 6. Os planos de estabilização — 7. Resumo e conclusões.

1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

1.1 A questão da validade da cláusula de variação cambial em contratos internos — que será objeto deste estudo — implica duas ordens de considerações:

a) a primeira diz respeito ao Dec.-lei 857/69, que proíbe, em “contratos, títulos e quaisquer documentos” bem como “obrigações exequíveis no Brasil”, o pagamento em ouro ou *em moeda estrangeira*, ou qualquer forma que *restringa ou recuse, nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro* (excetuados os contratos na área do comércio ou financiamento internacional, e a cessão de obrigação ou direitos decorrentes desses contratos);

b) a segunda reporta-se às *normas legais sobre indexação* que têm disciplinado os índices aplicáveis para a *correção monetária de obrigações pecuniárias e reajustes de preços*, ora determinando este ou aquele indexador, ora facultando a escolha entre os vários índices, ora proibindo expressamente este ou aquele.

2. LEGISLAÇÃO BRASILEIRA ATÉ 1969

2.1 O Código Civil Brasileiro estabeleceu, como regra, que o pagamento *em dinheiro* far-se-ia na *moeda corrente* do local (art. 947), admitindo

que se estipulasse o *pagamento em moeda estrangeira* (§ 1.º); neste caso, o devedor poderia *optar pelo pagamento na moeda local, ao câmbio do dia do pagamento* (§ 2.º). Os §§ 3.º e 4.º do mesmo artigo cuidavam de aspectos complementares.

2.2 Dessa forma, o Código Civil consagrou a *liberdade de pactuar a moeda de pagamento*, facultando, porém, ao devedor o pagamento na moeda corrente, com variação cambial. Ou seja, a obrigação de pagar quantidade de moeda estrangeira configurava, por determinação legal, uma obrigação *alternativa* do devedor, que tanto poderia desobrigar-se mediante a entrega da moeda estrangeira, na quantidade pactuada, como através da entrega da correspondente quantidade de moeda nacional, ao câmbio do dia do pagamento.

2.3 A liberdade de contratação da espécie de moeda encontrava precedente na velha Lei 401, de 11.9.1846, e no Código Comercial, de 1850, cujo art. 195 estabeleceu que, *na falta de escolha da moeda*, entende-se ser o pagamento na *moeda corrente do lugar, sem ágio nem desconto*.

2.4. Os parágrafos do art. 947 do Código Civil foram revogados em 1933, por força do Dec. 23.501/33, que declarou nula qualquer estipulação de *pagamento em ouro* ou *em moeda estrangeira*.

ra ou por qualquer meio tendente a recusar ou restringir o curso forçado do mil réis, pelo seu valor legal (arts. 1.º e 2.º). Não obstante a Exposição de Motivos tenha falado da *transitoriedade* dos novos preceitos, com os quais não colidiria a norma do Código Civil, “como disposição geral destinada à perpetuidade”, é óbvio que o referido decreto *revogou* a regra do Código Civil, que só por nova disposição legal expressa poderia ser reprimada.

2.5 Por outro lado, embora o decreto tenha referido o “curso forçado”, é evidente que ele quis referir-se ao “curso legal” da moeda nacional. É que *curso forçado* diz respeito à *inconvertibilidade* da moeda. A característica da moeda como *padrão legal de valor* e a *irrecusabilidade da moeda* são aspectos atinentes ao *curso legal da moeda*, e não ao seu *curso forçado*.

2.5.1. Como o decreto (no seu art. 2.º) se reporta à preservação do *valor legal* do mil réis, não cabe dúvida de que seu objetivo foi o de resguardar a moeda não apenas como *meio de pagamento* (irrecusabilidade da moeda) mas também como *padrão de valor*; visou, pois, à proteção do *curso legal da moeda*, nesse seu duplo aspecto.

2.5.2 Talvez em razão da falta de técnica do legislador (que utilizou dois artigos para expressar algo que, com maior precisão, poderia conter-se em apenas um), Alberto Xavier expôs uma interpretação no sentido de que o art. 1.º só vedaria a moeda estrangeira (tanto como *moeda de pagamento*, como na condição de *moeda de conta*), radicando no art. 2.º a proibição de correção monetária (“Validade das cláusulas em moeda estrangeira nos contratos internos e internacionais”, in *RF* 265/31, 1979).

2.6 Precedente remoto desse decreto é a Lei de D. João I, de 1426, incorporada pelas *Ordenações Afonsinas*, que obrigava o credor, mesmo quando pac-

tuado o pagamento em “certa moeda d’ouro, ou prata, etc.”, a receber “qualquer Nossa moeda (...) naquele preço e valia, que per Nós for hordenado” (cf. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, v. 24/152, 3.ª ed.).

2.7 Mas a inspiração mais recente do Decreto de 1933 foi a legislação e a jurisprudência dos Estados Unidos e de vários países da Europa que, preocupados em proteger a moeda nacional contra a *depreciação*, impuseram, como norma de ordem pública, o *curso legal da moeda (irrecusabilidade e poder liberatório irrestrito)*.

2.7.1 Na “Joint Resolution” de 6.6.33, os Estados Unidos declararam nula qualquer cláusula de pagamento em ouro, ou moeda estrangeira, ou em *soma de dólares equivalente ao valor do ouro ou da moeda estrangeira*. Qualquer obrigação teria que ser resgatada “dólar por dólar”.

2.7.2 A “Court of Appeal” de Londres, em abril do mesmo ano (1993) declarara nula a obrigação de certa empresa de pagamento em moedas equivalentes, em peso de ouro fino, às libras esterlinas de 1.9.28.

2.7.3 O que aí se procurava evitar é a disseminação, nos contratos, de cláusulas que refletissem *desconfiança na moeda de curso legal*, através de formas que buscassem prevenir o credor contra a perda de poder aquisitivo da moeda legal. *Para evitar os efeitos da desconfiança* (ou seja, aviltamento da moeda), *decretava-se que as pessoas eram obrigadas a confiar na moeda*.

2.8 O decreto brasileiro, na esteira da legislação e da jurisprudência estrangeiras (expressamente invocadas na exposição de motivos do diploma), objetivou, portanto, prestigiar a moeda nacional contra qualquer cláusula contratual que afastasse o “regime do papel-moeda de curso forçado, *recusando-lhe* ou *diminuindo-lhe* o poder liberatório integral”. A exposição de motivos quis referir-se ao

curso legal da moeda, apesar de mencionar *curso forçado*, pois, como acima já registramos, cuidava-se de *irrecusabilidade e poder liberatório integral* da moeda (e não de sua *convertibilidade*).

2.9 Esse decreto foi complementado por uma série de outras normas, até o advento do Dec.-lei 857/69 (acima mencionando), que consolidou a legislação sobre a matéria e declarou mantida a “suspensão” do 1.º (e, por consequência, dos demais parágrafos) do art. 947 do CC, com o mesmo objetivo de resguardar o prestígio da moeda corrente nacional, através da defesa de seu *curso legal* (irrecusabilidade e poder liberatório).

2.10 O decreto-lei já fala, corretamente, em *curso legal* (cf., art. 1.º) e não em *curso forçado* da moeda. O decreto de 1933, como vimos, acabava levando ao mesmo efeito, pois, embora o art. 1.º se referisse a *curso forçado*, eventual dúvida que pudesse haver estaria resolvida pelo art. 2.º que, expressamente, impunha o respeito ao *valor legal* da moeda (o que não atina com o seu *curso forçado*, e sim com o seu *curso legal*). No Dec.-lei 857/69 essa dúvida já não aparece, à vista do seu art. 1.º, motivo por que não faz falta o texto que antes se continha no art. 2.º do Dec. 23.501/33. Equivocadamente, porém o Dec.-lei 857/69 reitera a “suspensão” do dispositivo do Código Civil, que, na verdade, estava revogado.

3. NOMINALISMO X CORREÇÃO MONETÁRIA

3.1 À vista dessa retrospectiva histórica, a “correção monetária”, como hoje a conhecemos, era algo atentatório à ordem pública, pois implicava redução ou depreciação do poder liberatório da moeda, cujo *valor legal* era imperativamente determinado pelo Estado, ou seja, a correção monetária afrontaria um dos aspectos do *curso legal* da moeda, pois, *embora esta continuasse sendo aceita obriga-*

toramente, o seu poder liberatório se aviltaria. No acórdão da Corte Inglesa e na lei americana, fulminava-se de nulidade exatamente a cláusula que pretendia mudar a expressão monetária da obrigação, ao parametrar o quantum devido com base nas correspondências com *outra moeda* ou com o *valor do ouro*.

3.2 A vedação da chamada cláusula-ouro e do pagamento em moeda estrangeira, a par da vedação de *outros meios que afetassem o curso legal* do cruzeiro, punha na ilegalidade qualquer sistema de *indexação* onde o ouro ou a moeda estrangeira representasse o parâmetro para determinação da quantidade de moeda necessária à satisfação da obrigação, bem como qualquer sistema de *correção monetária*, já que tudo isso implicaria restrição do curso legal da moeda no que respeita à sua função de padrão de valor.

3.3 A proibição feita pelo Dec. 23.501/33 e pelo Dec.-lei 857/69 atingia, pois, as *obrigações pecuniárias (pagamentos em dinheiro)*, como dissera, precisamente, o Código Civil), vedando-se o pacto de pagar dívida de *dinheiro* através de outra forma que não fosse a *moeda corrente*, pelo seu *valor legal*, com vistas a proteger a confiança na moeda nacional como *padrão de valor*.

3.4 Aliás, quando a Exposição de Motivos do Dec. 23.501/33 afirmou a necessidade de afastar a regra do Código Civil, o que se fez foi proscrever um preceito legal que dava ao credor o direito de receber *determinada moeda* ou (a critério do *devedor*) a *moeda corrente ao câmbio do dia do pagamento* (ou seja, *valor em moeda nacional, corrigido pela variação cambial*).

3.4.1 Assim, sob o ângulo da obrigação do devedor, o que foi vedado foi o pacto de pagar a *variação cambial*, pois, na vigência do preceito do Código Civil, mesmo que o devedor se tivesse obrigado a pagar *moeda estrangeira*, tinha ele a alternativa de, a seu critério,

pagar em *moeda corrente ao câmbio do dia do pagamento* (pois somente isso o contrato podia obrigá-lo, em face do disposto no § 2.º do art. 947 do CC).

3.5 Quando o art. 2.º do Dec.-lei 857/69 excepcionou os contratos internacionais, dizendo que a eles não se aplicaria a regra do art. 1.º (vedação de pagamento em ouro ou em *moeda estrangeira*), o dispositivo visou a permitir que a obrigação *pecuniária* objeto desses contratos fosse pactuável em *qualquer moeda*, afastando, com isso, a aplicação da regra do art. 1.º, que impõe o *curso legal do cruzeiro* (como *moeda de pagamento* e como *padrão de valor*).

3.6 Em resumo, o que estava em causa não era somente o *curso legal da moeda no sentido de ela não poder ser recusada pelo credor, mas também o poder liberatório da moeda legal* (como padrão de valor), de acordo com o *princípio do nominalismo*: a função da moeda como *medida de valor* supõe que ela preserve o mesmo poder liberatório ao longo do tempo, de acordo com o seu valor nominal. A moeda de curso forçado (inconvertível) tem um *valor legal*, que é o seu *valor de face ou valor nominal*. “A moeda de curso forçado, segundo a doutrina do valor nominal, há de ser prestada por seu valor escrito ou gravado — pelo que nela se diz *valer*” (Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, v. 24/154, 3.ª ed.).

3.7 Mauro Brandão Lopes, em estudo publicado em 1978, sustentou que o Dec.-lei 857/69 só proibia o pacto de *pagamento em moeda estrangeira*, mas não o de *variação cambial* (*Cambial em Moeda Estrangeira*, Ed. RT, S. Paulo, p. 33 e ss.). Essa exegese levava, na prática, a manter situação análoga à existente na vigência do Código Civil, segundo o qual, conforme já acima verificamos, o devedor que se obrigasse a pagar moeda estrangeira só estaria realmente adstrito a pagar a moeda nacional, pelo valor correspondente à soma de moeda estrangei-

ra pactuada (ou seja, *variação cambial*). Alberto Xavier (RF 265/32, 1979), contestou a interpretação dada por Mauro Brandão Lopes, pois “a estipulação de “moeda estrangeira de conta”, embora não atinja o poder liberatório, ofende uma outra faceta do “curso legal”, na medida em que põe em causa a função de padrão comum de valores”.

3.8 Alberto Xavier, porém, sustentou, no mesmo estudo, que, com o advento do Dec.-lei, 857/69, deu-se “um golpe de morte no velho princípio do nominalismo” (ob. cit., pp. 32/33), situação que só viria a ser abalada com a edição da Lei 6.423/75 (de que abaixo nos ocuparemos), quando esta impôs, como único indexador, a ORTN. Tal assertiva parece-nos contraditória. Se se admitia (acertadamente, a nosso ver) que o art. 1.º do citado decreto-lei visou a proteger o *curso legal da moeda no seu duplo aspecto* (irrecusabilidade e padrão legal de valor), tinha-se que, por coerência, concluir não só pela proibição da *variação cambial*, como também pela vedação de *quaisquer outros pactos* que, no dizer expresso do diploma, “por alguma forma, restrinjam ou recusem, nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro”, entre os quais, portanto, se deveriam inserir quaisquer cláusulas de “*correção monetária*”.

3.9 Os anos 60 evidenciaram um paradoxo, traduzido na vigência formal de leis que impunham o *curso legal da moeda* (inquinando, portanto, de *nulidade* as cláusulas de correção monetária de obrigações pecuniárias), ao mesmo tempo em que *leis especiais* (diante das elevadas taxas de inflação) excepcionavam o *nominalismo* e estabeleciam normas de *atualização monetária* em inúmeras situações: títulos do governo, debêntures, débitos fiscais, débitos trabalhistas, etc.

3.10 Porém, o mesmo fato (inflação elevada) levava os agentes econômicos a preverem, nos contratos, a correção monetária. O caráter dramático do apon-

tado paradoxo se evidenciou na medida em que o *nominalismo*, proclamado no Dec. 23.501/33, veio a ser reafirmado no Dec.-lei 857/69, exatamente quando a questão da correção monetária *nos contratos* (independentemente de autorização legal específica) já ganhava numerosos adeptos, apesar das resistências ainda opostas pela doutrina e pela jurisprudência, que, baseadas no *nominalismo*, sustentavam a *ilegalidade* da correção monetária pactuada pelas partes.

3.11 Já na época, porém, escrevia Washington de Barros Monteiro que, sem embargo do princípio do nominalismo, algumas leis procuravam dar solução, em casos especiais, aos problemas criados pela inflação, e anotava que, “ultimamente, em numerosas avenças, as partes contratantes vêm incluindo a chamada *cláusula móvel* ou *cláusula de revisão*”, cuja “licitude não pode ser posta em dúvida”, (*Direito das Obrigações* 1.^a Parte, 3.^a ed., 1965). Noutras palavras, *era a força dos fatos (taxas elevadas de inflação) imperando sobre a norma legal escrita*.

3.12 Da *previsão legal* (para determinadas situações) a correção monetária evoluía, assim (sem lei, ou *apesar* da lei), para a fase da *previsão contratual*, através da qual as partes buscavam prevenir-se contra a perda aquisitiva da moeda, vale dizer, contra a *atrofia da moeda como padrão de valor*.

3.13 O trabalho da Jurisprudência para superar o princípio do nominalismo foi árduo. Em 1969, ainda se ouviam vozes isoladas no Judiciário contra a correção monetária de obrigações pecuniárias, *embora contratada pelas partes, com base em índices oficiais* (das ORTNs). Veja-se, como exemplo, Acórdão de 18.6.69, onde o Tribunal de Alçada Civil de São Paulo acolheu a validade da cláusula de correção monetária em mútuo hipotecário, mas houve voto vencido em que se sustentava o poder liberatório da moeda pelo seu

valor nominal, regra que só poderia ser excepcionada (segundo esse voto) nos casos em que a lei determinava expressamente a correção monetária (Ap. Cível 121.366-SP — RT 409-233/4).

3.14 O fato é que a correção monetária, com base em cláusula contratual, mesmo em situações não expressamente previstas na lei, acabou sendo assimilada pela doutrina e pelos tribunais, diante da inflação elevada e do rol extenso de leis especiais prevendo correção monetária em numerosas situações, sem que houvesse razões de peso para negar, aos casos não previstos, a possibilidade de uma disciplina contratual justa e isonômica. Toda essa construção doutrinária e jurisprudencial foi efetivada *apesar* do Dec.-lei 857/69, que, serodidamente, repetia o Dec. 23.501/33, na tentativa de reafirmar o nominalismo, ao declarar nulas as cláusulas que, atentando contra o *curso legal* do cruzeiro, *recusassem ou restringissem* o seu poder liberatório (ou seja, cláusulas que afastassem sua função como *padrão legal de valor*).

4. A LEI 6.423/75

4.1 Em 1975, quando já se pacificara a validade das cláusulas de correção monetária de obrigações pecuniárias, a Lei 6.205/75 declarou vedado o salário-mínimo como indexador e disse que o Executivo indicaria o coeficiente aplicável para a correção monetária de obrigações. No mesmo ano, a Lei 6.423 fixou como indexador admissível *somente* as ORTNs (art. 1.^o) e declarou *nula* a estipulação de indexador diverso (§ 2.^o).

4.2 Algumas exceções (à regra da ORTN como único indexador) foram previstas pela mesma Lei 6.423/75, inclusive para contratos de fornecimento futuro de bens e serviços (hipóteses em que se admitia o reajuste pelo custo de produção ou pela variação do preço dos insumos — art. 2.^o).

4.3 À vista disso, a correção pela *variação cambial*, que antes, como vimos, *tinha sua proibição assentada no Dec.-lei 857/69, agora fundava-se na nova lei, que admitia, em regra, como único indexador legal, a ORTN.*

4.4 Em face dessa nova legislação, o *princípio do nominalismo estava oficialmente sepultado*, embora a correção monetária, *imposta por lei* (em certas situações) ou *pactuada pelas partes*, tivesse que fundar-se na variação da ORTN, única “moeda de conta” admitida (com as ressalvas referidas).

4.5 Nesse estágio da legislação, repita-se, a correção de obrigações pecuniárias de acordo com outros critérios, inclusive a *variação cambial*, estava (em regra geral) *vedada*, sendo nula a cláusula que a previsse. Obviamente, não foram afetados os contratos internacionais, cuja *moeda de pagamento* continuou podendo ser estrangeira.

4.6 Restava, pois, indiscutivelmente *derrogado* o Dec.-lei 857/69. Embora se tenha mantido o *curso legal da moeda*, este foi amputado dos seus aspectos (o da moeda como *padrão legal de valor*), já que se passou a admitir que uma obrigação de 1.000 cruzeiros, pagável em certa data, poderia exigir do devedor o desembolso de uma maior quantidade de unidades monetárias (quantidade esta que, porém, teria, em regra, de ser apurada de acordo com a variação do valor das ORTNs).

5. A VARIAÇÃO CAMBIAL NA JURISPRUDÊNCIA

5.1 Em 1973, antes, portanto, da Lei 6.423/77, houve manifestação do Supremo, por maioria de votos (RE 73.635-GB, Pleno, de 12.4.73, *RDM* 11/74), sobre questão surgida ainda na vigência do Dec. 23.501/33 (que continha, como vimos, dispositivos semelhantes aos do Dec.-lei 857/69), que julgou só ser proibido pactuar *pagamento* em ouro ou

moeda estrangeira, mas não a *indexação pela variação cambial*. Esse Acórdão validava, portanto, a correção monetária com base na variação cambial.

5.2 Frise-se que o Acórdão é relativo a *período anterior à Lei 6.423/77* (que impôs a ORTN como único indexador admitido) e ao próprio Dec.-lei 857/69. De qualquer modo, representava ele uma *interpretação restritiva* do Dec. 23.501/33, ao afirmar que este diploma só impunha a moeda corrente como *meio de pagamento* e não como *padrão de valor* (afastando, pois, o princípio do nominalismo).

5.3 O evidente equívoco do STF consistiu em não ter percebido que, ao dar essa interpretação ao Dec. 23.501/33 (que modificara o Código Civil), ele acabou, *na prática, aplicando o preceito revogado*, pois o que decorria do Código Civil era, como vimos, a obrigação do devedor de pagar variação cambial, e não de entregar a própria moeda estrangeira. A tanto não o poderia obrigar o contrato, em face do preceito codificado. Se o legislador de 1933 (bem como o de 1969) quisesse permitir a cobrança de variação cambial, *não precisaria ter modificado o Código Civil.*

5.4 O Tribunal de Justiça de São Paulo, porém, em Acórdão mais recente (Ap. 89.919-1 — 4.^a C — j. 11.2.88 — *RT* 631/93, 1988, entendeu que a variação cambial estaria vedada *pelo Dec.-lei 857/69*, fundamentando-se, ainda, na *Lei 6.423/77.*

5.5 Quanto ao fundamento na Lei 6.423/75, nada há a observar, já que ela realmente só permitia, ressalvadas algumas exceções, a correção pela ORTN. A fundamentação baseada no Dec.-lei 857/69 (a rigor, desnecessária, em face do advento da Lei 6.423/75) contrapunha-se, evidentemente, à exegese dada no Acórdão do STF, acima citado.

5.6 Mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela nulidade de cláusula em contrato de *leasing*,

que previa o reajustamento das prestações pela *variação cambial*, sob o fundamento de que essa hipótese não está enquadrada nas exceções previstas no Dec.-lei 857/69 (Al 11.606-PE — j. 23.8.91; que refere, como precedente, no mesmo sentido, o REsp 1641-RS — DJU 3.9.91, p. 11.911). Ou seja, não se tratando de cessão de obrigação em moeda estrangeira (só o “funding” da empresa de “leasing” é que era em moeda estrangeira), seria aplicável a norma do decreto-lei que impede *pagamento* em moeda estrangeira, pois o Tribunal entendeu que “calcular a dívida com indexação ao dólar” seria equivalente de “pagamento em moeda estrangeira”. Contrariou-se também, dessa forma, a orientação do Acórdão do Supremo, acima comentado.

5.7 Ademais, o STJ considerou que aquele decreto-lei permanecia em vigor também como norma (proibitiva) de indexação de obrigações pecuniárias (com base na *variação cambial*), não obstante, desde 1975, a Lei 6.423 já tivesse regulado inteiramente a matéria (de indexação de obrigações internas), ao estatuir como único indexador a ORTN (dispondo, ainda, sobre os casos de exceção).

5.8 O STJ afirmou que a Res. 980/84 do CMN (que previu a contratação de *variação cambial* na hipótese) seria ilegal, com base no argumento de que órgãos do Governo não podem modificar disposições de lei (no caso, o Dec.-lei 857/69).

5.9 A questão atinente à correção pela *variação cambial* continuava, pois, sendo examinada à vista do Dec.-lei 857/69.

5.10 De qualquer modo, na vigência da Lei 6.423/77, ainda que se considerasse que o Dec.-lei 857/69 (ao proibir *pagamento* em moeda estrangeira) não tivesse vedado também a *variação cambial*, esta teria ficado proibida por aquela lei (que impôs a ORTN como único indexador permitido).

5.11 Há que examinar, todavia, a legislação superveniente, editada no bojo dos planos de estabilização, a partir de 1986, que, em certos momentos, procuraram restabelecer (através da proibição ou restrição às cláusulas de correção monetária) a confiança (forçada) no *valor nominal* da moeda nacional.

6. OS PLANOS DE ESTABILIZAÇÃO

6.1 Em 1986, o Plano Cruzado não modificou a situação anterior, pois estabeleceu a regra de que o único indexador utilizável para “*obrigações e contratos*”, seria a OTN (art. 7.º do Dec.-lei 2.284/86), novo nome da antiga ORTN. Ficava, dessa forma, revogado o preceito da Lei 6.423/75, substituído por outro, de análogo conteúdo.

6.2 Porém, o Plano Cruzado II, em novembro de 1986 (Dec.-lei 2.290/86) revogou o art. 7.º do Dec.-lei 2.284/86 (*correção pela OTN*) e estabeleceu a *liberdade de escolha de índices setoriais*, proibindo, todavia, a *variação cambial* (art. 2.º).

6.3 Com efeito, enquanto a lei impunha uma única moeda de conta, não era necessário proibir este ou aquele indexador. Ao estabelecer-se, porém, a *liberdade de indexadores*, pôs-se a necessidade de deixar expressas eventuais exceções.

6.4 Logo depois, em fevereiro de 1987, o Dec.-lei 2.322/87, voltou a estabelecer a *regra da OTN* como indexador “de contratos”, facultada a adoção de índices setoriais para contratos de venda de bens ou serviços para entrega futura.

6.5 Foi expressamente proibida a cláusula de reajuste pela *variação cambial*, ressalvadas exceções legais e preços compostos por insumos a serem importados (cf. art. 1.º, que deu nova redação ao art. 2.º do Dec.-lei 2.290/86).

6.6 Na sequência, o Plano Verão extinguiu a OTN (art. 15 da Lei 7.730/

89), mas manteve a possibilidade de pactuar-se “cláusula de correção monetária” (por outros indexadores, obviamente) em contratos de “mútuo”, financiamento em geral e quaisquer outros contratos relativos a aplicações” (art. cit., § 4.º, c/c § 1.º, esse § 4.º foi, depois, renumerado para § 2.º pela Lei 7.747/89). A Lei 7.738/89 baixou norma sobre cláusulas contratuais de “reajuste de preços” (de bens e serviços), obrigando à adoção de “índices nacionais, setoriais ou regionais”, e proibiu *reajuste de preço* com base em títulos públicos e na *variação cambial* (exceto para insumos a serem importados).

6.7 Assim, sem o “indexador oficial” (OTN), os contratos poderiam prever correção monetária por *quaisquer indexadores*. Normas específicas sobre *reajuste de preços de bens e serviços* impunham, porém, a adoção de *índices nacionais, setoriais ou regionais*, proibindo-se, para esse efeito (reajuste de preços), a *variação cambial* e a *variação de títulos públicos*. Ou seja, o “índice oficial” (medido pela *variação de títulos públicos*) ficava proibido para reajuste de preços.

6.8 Com a criação do BTN a Lei 7.777/89 facultou a contratação de “cláusula de referência” pela *variação* desse título (art. 6.º). E a Lei 7.799/89 autorizou a atualização monetária pelo *BTN-fiscal*, com algumas exceções (art. 1.º, § 3.º).

6.9 A Lei 7.801/89 facultou o BTN em cláusulas contratuais de *reajuste de preços* (art. 4.º), mas “sugeriu” que contratos para entrega futura e de serviços contínuos deveriam “preferir” índices nacionais, setoriais ou regionais (§ 1.º), mais uma vez se vedou o *reajuste de preços* com base na *variação cambial* (exceto no caso de insumos importados) (§ 2.º). O que mudava, então, é que esses contratos, nos quais se vedara o reajuste de preços pela *variação de títulos públicos* e pela *variação cambial*, agora podiam prever a *variação pelo BTN* (título

público), mantida a proibição de *variação cambial*.

6.10 Na esteira dessa legislação, a utilização do BTN e do BTNF era facultativa, podendo ser aplicados outros indexadores. Proibia-se expressamente apenas o *reajuste de preços* pela *variação cambial* (com exceções).

6.11 No Plano Collor I (Lei 8030/90), não se modificaram os indexadores.

6.12 A Lei 8.137/90 (art. 6.º, II) configurou como *crime* a aplicação de “fórmula de reajustamento de preços ou indexação de contratos proibida ou diversa daquela que for legalmente estabelecida, ou fixada por autoridade competente”, cominando pena de detenção de até 4 anos. Assim, o problema da utilização de um indexador ilegal deixou de ser apenas uma questão de nulidade (invocável pelo devedor para fugir ao pagamento da obrigação contratada) e passou a configurar crime.

6.13 Com o Plano Collor II (Leis 8.177/91 e 8.178/91), foi extinto o BTN e criada a TR. A correção monetária de obrigações, em regra, não está proibida.

6.14 A *correção monetária* com base em *índice de preços* só é vedada nos contratos de prazo inferior a 1 (um) ano (art. 10 da Lei 8.177/91); portanto, é livremente pactuável nos contratos de prazo igual ou superior àquele.

6.15 A TR e a TRD são autorizadas para contratos de prazo igual ou superior a 90 dias (parágrafo único do art. 10 da Lei 9.177/91, acrescentado pelo art. 27 da Lei 8.178/91).

6.16 Nos contratos para entrega futura de bens ou serviços, prevê-se, qualquer que seja o prazo do contrato, a possibilidade de *cláusula de reajustamento de preços* com base no *custo de produção ou preço dos insumos*; admitem-se *outros indexadores* se o prazo for igual ou superior a um ano (art. 5.º da Lei 8.178/91).

6.17 Em resumo, o pacto de correção por *índices de preços* é permitido nos

contratos de prazo superior a um ano, sendo *livre a escolha do indexador*. Nos contratos de prazo igual ou inferior a uma no, faculta-se a utilização da TR ou TRD (desde que o prazo não seja inferior a 90 dias).

6.18 A Lei 8.245/91 (que dispõe sobre locação de imóveis estabelece, nas hipóteses do art. 85, a liberdade quanto à "*periodicidade e indexador de reajustamento*", vedando porém, a *variação cambial*). A norma geral do art. 17 da mesma lei faz igual vedação.

6.19 A Lei 8.383/91 criou um novo indexador (a UFIR), e proibiu sua utilização como "referencial de correção monetária do preço de bens ou serviços, e de salários, aluguéis ou *royalties*" (art. 1.º, § 2.º).

7. RESUMO E CONCLUSÕES

7.1 Recapitulando o que foi exposto, com especial atenção para o problema da *variação cambial*, tivemos a seguinte evolução, após o Dec.-lei 857/69 (que, como vimos, implicava a *vedação da variação cambial*):

a) a Lei 6.423/75, com algumas exceções, estabeleceu a ORTN como único indexador utilizável nos contratos internos, afastando de modo expresse o nominalismo, e oficializando a derrogação do Dec.-lei 857/69 na parte em que tornava nulos os pactos que recusassem o poder liberatório irrestrito da moeda pelo seu valor legal; porém, a *variação cambial* continuava vedada como *indexador* de contratos, agora *por força da nova lei*.

b) o Dec.-lei 2.284/86 mudou o nome da ORTN para OTN, mantendo-a como indexador de contratos; a *variação cambial* continuava vedada como *indexador*;

c) o Dec.-lei 2.290/86 revogou a regra da correção pela OTN e facultou o emprego de índices setoriais, *proibindo a variação cambial*;

d) o Dec.-lei 2.322/87 restabeleceu a indexação pela OTN, facultou índices setoriais para contratos de entrega futura, e *vedou reajuste de preços pela variação cambial*;

e) a Lei 7.730/89 extinguiu a OTN, mantendo a possibilidade do uso de indexadores em contratos;

f) a Lei 7.738/89 disciplinou as cláusulas de reajuste de preços, *vedando a variação cambial* (com exceções);

g) a Lei 7.738/89 facultou a correção pelo BTN, e a Lei 7.799/89 permitiu a correção pelo BTNF;

h) a Lei 7.801/89 facultou o BTN para reajuste de preços, *proibindo que este fosse efetuado pela variação cambial* (com exceções);

i) as Leis 8.177/91 e 8.178/91, com a extinção do BTN, *permitem a correção por índices de preços, livremente escolhidos*, desde que a operação tenha prazo igual ou superior a um ano, e facultam a utilização da TR ou TRD se o prazo não for inferior a 90 dias. Essas leis *não expressam a proibição de pactuar-se variação cambial*.

7.2 Finalmente, diante dessa enxurrada de normas, põe-se a questão: é possível sustentar a validade, em contratos internos, da cláusula de correção monetária de obrigações pecuniárias com base na *variação cambial*?

7.3 Parece-nos que sim. Em primeiro lugar, com efeito, não mais existem as razões históricas que levavam a proibir a "correção" de obrigação pela correspondência com moeda estrangeira, pois a aceitação generalizada das "moedas de conta" já afastou o velho princípio do nominalismo; se se visava, na legislação dos anos 30, prestigiar a moeda nacional contra o aviltamento e a depreciação (ou seja, contra a *falta de confiança na moeda legal como padrão estável de valor*), a "correção monetária" com base em indexadores já sepultou o dogma do irrestrito poder liberatório da moeda legal segundo o valor nominal desta. Não se pode

negar que OTN, BTN, TR, UFIR, IGP, INPC, etc. são também *outras "moedas"*, que, juntamente com a moeda estrangeira, compõem a ampla cesta de *"moedas de conta"* que convivem com a *moeda de pagamento* (cruzeiro).

7.4 À vista dessa legislação superveniente, o Dec.-lei 857/69 foi derogado, ou seja, o chamado *curso legal da moeda* (que se desdobra em dois aspectos: irrecusabilidade da moeda e padrão de valor da moeda, pelo seu valor nominal), foi excepcionado, de modo, que, não obstante a moeda legal continue sendo irrecusável, ela deixou de representar necessariamente *padrão de valor*, desde que haja *disposição legal ou cláusula contratual* (não vedada em lei), dispondo sobre reajustamento da expressão monetária da obrigação.

7.5 Com isso, fica afastado o primeiro argumento que poderia ser levantado contra a previsão de variação cambial, qual seja, o do *curso legal da moeda* (no referido aspecto de *padrão legal de valor*), imposto por aquele decreto-lei.

7.6 Em face das elevadas taxas de inflação, os indivíduos passaram a usar *"moedas de conta"* como padrão de referência para o preço de certos bens e serviços. Essa função, que, em passado recente, foi desempenhada pelas ORTNs e BTNs, hoje é realizada, de modo geral, pelo dólar norte-americano, dado o desprestígio dos indexadores oficiais, provocado pelas sucessivas modificações e manipulações que o têm atingido (haja vista o brutal *"achatamento"* do BTN no ano de 1990).

7.7 O próprio Poder Público já admitiu a indexação por moeda estrangeira em obrigações do Tesouro lançadas no mercado interno e corrigíveis, à opção do credor, pela variação cambial.

7.8 O Supremo Tribunal decidiu que o Dec. 23.501/33 (que, substancialmente, foi reproduzido pelo Dec.-lei 857/69) só proibiu *pagamento* em moeda estrangeira e não *correção* por esta moeda.

7.9 Deve reconhecer-se que o argumento baseado nesse Acórdão não é decisivo. O aresto do STF que entendeu válida a variação cambial não foi unânime, mas por maioria, e já possui cerca de 20 anos. Ademais, salta aos olhos que a exegese firmada no Acórdão, na prática, aplicou o Código Civil, como se ele não tivesse sido alterado por aquele Decreto.

7.10 É verdade também que o Superior Tribunal de Justiça tem decidido em contrário ao citado Acórdão do STF, e trata-se de matéria que, conforme a Constituição de 1988, passou a ser da competência desse novo Tribunal. O Tribunal de Justiça de São Paulo também já decidiu no sentido de vedar-se a variação cambial.

7.11 Porém, é preciso atentar para o fato de que essas decisões (que, em tese, deram interpretação correta ao Dec.-lei 857/69, quando asseveraram que ele proibia a indexação pela variação cambial) *hoje teriam que ser repensadas* (como precedentes jurisprudenciais), *à vista das alterações legislativas recentes*.

7.12 As normas sobre correção monetária, atualmente, não mais impõem um único indexador, podendo as partes escolher com relativa liberdade *qualquer índice*.

7.13 Os dispositivos que, na legislação dos vários planos de estabilização econômica, proibiram a variação cambial (com exceções) não mais vigoram atualmente, pois foram sendo revogados com o advento da legislação, posterior, que disciplinou a matéria de modo diferente, até que, *na atual legislação deixou-se de, expressamente, proibir a variação cambial nos contratos em geral* (havendo, como vimos, apenas vedações específicas, haja vista a lei locatícia).

7.14 Poder-se-ia objetar que a variação cambial, em rigor, *não seria medida de inflação* (ou de desvalorização da moeda nacional), pois a cotação de

determinada moeda estrangeira é afetada por diversas outras variáveis (além da inflação interna): política cambial, política de comércio exterior, perda de poder aquisitivo da própria moeda estrangeira (inflação no país emissor dessa moeda). Dir-se-ia que isso compromete a validade da moeda estrangeira como indexador.

7.15 O argumento não procede. Realmente, a partir do instante em que a lei abandona a idéia de um único indexador (que refletiria a inflação “oficial”), *todas as demais moedas de conta* podem, em princípio, ter contestada sua acurácia como medidores da perda de poder aquisitivo da moeda. Isso é demonstrado pela própria e evidente circunstância de que, embora os vários índices possam aproximar-se, ao longo do tempo, eles não apresentam números idênticos, pois há variáveis diversas a afetar cada um deles. Assim, a variação da cotação, em cruzeiros, de certas moedas estrangeiras relativamente estáveis (p. ex., o dólar americano) fornece um critério tão razoável quanto o das demais “moedas de conta”.

7.16 A variação cambial configura índice que reflete a *variação do preço da moeda estrangeira*, que, a exemplo de quaisquer outros bens passíveis de figurar como objeto de um contrato de compra e venda, pode sofrer oscilações decorrentes da lei da oferta e da procura, da política governamental, da sazonalidade, etc.

7.17 Recorde-se que o vetusto Código Comercial capitulou a *moeda* entre os bens passíveis de figurar como objeto do *contrato de compra e venda mercantil*

(art. 191). Assim sendo, a variação do preço de compra de determinada moeda é traduzível em *índice de preço setorial* (praticado no mercado de câmbio).

7.18 Ademais, a relação de pertinência entre indexação e variação cambial foi inúmeras vezes reconhecida na legislação retrocitada, toda vez que, ao cuidar de correção, mencionava a variação cambial, ora para vedá-la, ora para permiti-la. O exemplo mais recente é o da lei sobre locação de imóveis, que, ao regular a *indexação* do aluguel, veda a variação cambial. Se esta não fosse, em tese, um indexador possível, não precisaria ser vedada.

7.19 Assim, obedecidas as normas que regulam (inclusive quanto à periodicidade) a contratação de *índices de preços* para a correção da expressão monetária de obrigações convencionadas em contratos internos, entendemos que também a *variação cambial* pode ser lícitamente pactuada, salvo nas hipóteses (como ocorre na lei locatícia), em que haja proibição legal. A cláusula de variação cambial não estará ferindo a regra do *curso legal da moeda*, pois só permanece em vigor na função atinente à irrecusabilidade da moeda, e não mais na de *padrão valor*. A par disso, não vigora preceito que, expressa e genericamente, vede a indexação de obrigações conforme a variação do preço da moeda estrangeira (variação cambial), prevalecendo, pois, a *regra permissiva de correção por quaisquer indexadores* (respeitadas as condicionantes legais quanto à periodicidade e à natureza da obrigação).

São Paulo, dezembro/1992.

DOS CONTRATOS DE UTILIZAÇÃO DE NAVIOS NO DIREITO BRASILEIRO (ANÁLISE CRÍTICA)

ARY BRANDÃO DE OLIVEIRA

1. Introdução — 2. Noção de “Contrato de Utilização do Navio” — 3. A regulação dos contratos de utilização típica dos navios no Direito Comparado: 3.1 O fretamento segundo o Código de Comércio francês; 3.2 O fretamento segundo a doutrina francesa — 4. Análise da questão no Direito Brasileiro — 5. À guisa de conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O papel quicá mais importante, reservado à doutrina, na obra de construção da ordem jurídica, consiste em apontar caminhos ao legislador, indicando eventuais reformas, ao mesmo tempo em que propicia a interpretação comum do Direito.

Dá-se o nome de doutrina ao conjunto de teorias e estudos científicos, relacionados com a interpretação do direito positivo, visando à sua justa aplicação. É, portanto, fonte material do direito, enquanto fator, elemento, que determina o conteúdo das normas jurídicas.

Não é uma fonte imediata do direito, porque aos juristas de nossa época não mais é dado, como no passado o *jus respondendi*.

É de todos conhecida a influência, que assumiram os doutrinadores, na formulação do direito moderno, a partir da Escola de Bolonha, no Século XX. Após a letargia do sistema de Justiniano, passou-se a reconhecer autoridades às opiniões dos jurisconsultos, ao menos quando se punham de acordo (*communis opinio doctorum*).

Mesmo reconhecendo as limitações deste trabalho, nunca é demais realçar a influência da doutrina sobre a obra do

legislador. Sabemos que os redatores do Code Napoléon abeberaram-se nos ensinamentos de Pothier, a glória do direito francês, no século XVIII. Igualmente de salientar é a influência dos estudos de Eugène Huber, autor da *Histoire et Système du Droit Privé Suisse*, na elaboração do Código Civil da Suíça.

Sobre a jurisprudência dos Tribunais igualmente é forte a contribuição da doutrina. É certo, entretanto, que os Juizes, enquanto agentes do Estado incumbidos de administrar a Justiça ao povo, freqüentemente rejeitam as soluções apontadas pelos doutrinadores. Mas, como salientou Claude du Pasquier, “le simple fait que, pour rendre une sentence contraire à une opinion doctrinale il croit devoir la réfuter, montre l'autorité de la théorie.”

O Direito, ciência da cultura humana, sofre impacto das mutações sociais e econômicas. Daí a importância de determinadas categorias ou institutos jurídicos, aqui e ali, serem revigorados, com novos temperos, de forma a sempre consultarem os interesses da sociedade, cuja vida harmoniosa visam a disciplinar.

O Direito da Navegação, no Brasil, encontra-se justamente nessa situação. Muito está a dever à obra de elaboração doutrinária. A profunda crise, que acutula

a navegação entre nós, o descaso com que as Universidades relegaram o estudo aprofundado dos institutos que compõem a *lex maritima*, sobretudo, a partir de 1972, quando foram reformulados os currículos das Escolas de Direito, tudo isso contribuiu para o atraso desse importante ramo da árvore jurídica. Não me seja atribuída culpa pelo truismo: a legislação brasileira precisa oxigenar-se.

Respeitando as limitações de trabalho desta natureza, pretendo discutir alguns aspectos da disciplina jurídica dos chamados “contratos de utilização de navios”, com enfoque sobretudo para o direito nacional, cujas fontes normativas encontram-se bastante desatualizadas e até mesmo servem de entrave ao normal desenvolvimento da vida negocial.

O uso de navios visando à obtenção direta de benefícios econômicos pode ocorrer sob a forma de diferentes contratos, cuja sistematização e diferenciação se obtém fundamentalmente, através da determinação da *Prestação Final Convencionada* nos mesmos.

Em princípio, as figuras contratuais assim denominadas não gravitam necessariamente derredor do proprietário de veículos. Antes, existem desde que alguém disponha destes por tal ou qual motivo.

Dai a necessidade de demarcar cuidadosamente o âmbito de aplicação de tais contratos, dado que, pela proximidade de seus pressupostos, é bem possível confundi-los na aplicação prática.

2. NOÇÃO DE “CONTRATO DE UTILIZAÇÃO DO NAVIO”

A expressão “contrato de utilização do navio” (e da aeronave) remonta à doutrina italiana anterior ao Código da Navegação, de 1942. Devêmo-la a Francesco Dominedó, que em interessante estudo delineou sua sistemática.

Foi recepcionada (também no que concerne à parte aeronáutica) pelo

Código publicado, na Itália, em 1942. Escreveu o citado Autor: “A classificação orgânica dos diversos modos de utilização do navio é feita segundo um critério de caráter causal, por força do qual em qualquer hipótese corresponde a uma figura jurídica, seguramente individuada pela prestação típica deduzida no negócio”.²

A mesma noção foi reforçada pela Relação Ministerial ao Código da Navegação, onde se lê: “Sob o título de contratos de utilização do navio, o Código resolve, mediante nova e orgânica sistematização, as graves questões que fatigaram nossa doutrina sobre a definição do contrato de fretamento. Do genérico Contrato de Fretamento, expressão plurívoca com que se cumpriam diversas realidades jurídicas, se desmembra hoje no âmbito de larga classificação, rigidamente construída sobre critérios de caráter causal, onde qualquer hipótese vai reconduzida a seu esquema típico: locação, fretamento e transporte”.

A solução adotada pelo legislador de 1942, na Itália, foi recebida sem benevolência pelos doutrinadores, em virtude da dificuldade de separar claramente as múltiplas e complicadas formas negociais, como salientou Berlingieri, seja pela extrema fluidez e indeterminabilidade de algumas figuras marginais, como também pelo emprego, nos formulários dos contratos, de expressões tradicionais, que não correspondiam à substância do negócio.

Além do mais, a sistemática adotada pela codificação não pareceu aos olhos da doutrina italiana tão orgânica assim, como antevista pelos compiladores. Aliás, Graziani duvidou da oportunidade de “agrupar em um só Título a locação, o fretamento e o transporte”, quando não havia normas comuns aos três tipos contratuais.

A maior parte da doutrina italiana, entretanto, aceitou com encômios a busca

de um critério de coligação entre os vários "contratos de utilização" do meio náutico (navio).

Como premissa, visando a formular o conceito de tais contratos, devemos entender: a noção de *utilização* liga-se intimamente à de *armador*. É essencial, para a existência do Contrato de Utilização de Navio (e Aeronave), que a pessoa que o coloque à disposição de terceiros, mediante qualquer uma das modalidades de que trataremos em seguida, *tenha o exercício da navegação*.

Não importa se é proprietário ou não. E até mesmo alguém que não exerce a navegação, mas desde que aproveite tal atividade como um meio de utilização de especulação econômica estará abrangido pelos efeitos que deles dimanam.

Conceito: Contrato de Utilização de Navio é aquele cuja finalidade essencial é o aproveitamento de tal veículo e em razão do qual uma das partes, em troca de contraprestação, adquire o direito de uso e gozo, ou ao cumprimento, por parte do outro celebrante, de determinada atividade náutica, que deverá realizar-se em seu benefício mediante o emprego do navio.

3. A REGULAÇÃO DOS CONTRATOS DE UTILIZAÇÃO TÍPICA DOS NAVIOS NO DIREITO COMPARADO

Em relação a esta matéria, o Direito Brasileiro encontra-se visivelmente defasado.

O Código Comercial Brasileiro, a exemplo, aliás, das outras codificações de tipo latino da sua época, apenas reproduziu o sistema francês da Ordenação da Marinha, de 1681, tal como decalcado no Código Napoleônico de 1808. Encontra-se em mora com os fatos econômicos, no que tange à regulação dos contratos ora analisados.

Deste modo, o direito nacional desenvolve toda a sua construção teórica e prática, no que tange à utilização dos navios, em torno do fretamento, na esteira da importação francesa.

Entendo de bom alvitre, portanto, enveredar pela análise do instituto no Direito Comparado. A mim me parece que longe de propiciar o mero transplante de experiências alienígenas, a comparação jurídica pode influir favoravelmente no aprimoramento do sistema praticado no Brasil.

A classificação dos contratos de utilização típica de navios longe está de ser generalizada e muito menos coincide, nos diferentes ordenamentos jurídicos nacionais, cuja doutrina e jurisprudência encarregam-se de reafirmá-la e complementá-la. É necessário conhecer a respectiva tipificação.

Inglaterra

Embora a antiga doutrina inglesa distinguisse as três espécies tradicionais de locação de navios (*rei, operarum e operis*), elas "não teriam valor algum para resolver os problemas suscitados pela qualidade de *"owner pro tempore"*, derivada de um *"charter party"*", segundo aponta David MacLachlan, na primeira edição de sua obra.³

A Jurisprudência Inglesa não adota tal sistema, desde o *"case"* *Newbweey vs. Colvin* (1832), em consideração a pessoa que não tenha a posse do navio e em nome de quem o capitão exerce funções. De tal forma, a consideração da *"demise"* (entrega do navio) adquire tanta relevância que serve para tipificar o contrato, juntamente com a convenção, pacto ou documento em cada caso (*charter party*).

Na sistemática inglesa, não se faz discriminação clara de cada tipo de contrato, embora se distinga *"time charter party"*, assim seja, *"with"* (com) ou

"Without (sem) demise of the ship". Usa, no primeiro caso, o formulário conhecido como "Bare boat charter" e, no outro, os chamados "Baltimé", "government form" e suas inúmeras variantes.

Cabe assinalar ainda que "o fato de que nos contratos se empregue o termo *arrendamento (to let, to hire)* para designar tais contratos, não significa grande coisa", como assinala Jesus Rubio.⁴ Sua tipificação depende de quem conserve a posse do navio e assuma, conseqüentemente, a figura do armador, já que "as charter-parties" servem para levar a cabo os propósitos mais variados, sendo preciso, portanto, separar entre eles os diversos tipos."⁵

Os sujeitos, que intervêm nos aludidos contratos são: o "owner", designação com que se denomina o fretante, seja proprietário ou armador do navio, indistintamente; e o "Chartere", nome genérico do fretador.

França

Em França, como aduz Danjon, os redatores da "Ordonnance de 1681, como os do *Code de Commerce* "reuniram e amalgamaram sob essa denominação os diversos contratos pelas quais o proprietário de um navio pode colocá-lo à disposição de terceiros". E em seguida, acrescenta: "sob o nome comum de "affrètement", que designa o fato de colocar um navio à disposição de terceiros, é possível distinguir três contratos que, tendo certos pontos de contato, são muito diferentes, no fundo".⁶

Desde então, a legislação⁷ e a doutrina francesa agrupam as diversas espécies dos contratos de utilização de navios, sob o rótulo genérico de "affrètement du navire", apesar de o mesmo Danjon ter distinguido e oposto, timidamente, o "affrètement-location" do "affrètement-transport", situação que Ripert apenas entreviu.⁸

3.1 O fretamento segundo o Código de Comércio francês

Globalmente, a codificação napoleônica de 1807 nenhuma diferença faz entre o contrato de locação total ou parcial dos navios (cujo nome é Contrato de Fretamento e que se materializa na carta-partida) e o contrato de transporte de mercadorias por mar (chamado expedição através do mar ou contrato de transporte marítimo e que se materializa em um conhecimento de embarque).

A falta de clareza do Código, consoante Julien Leclère, justifica-se por duas razões:

a) o contrato sob carta-partida, assim como o sob conhecimento, se enfocados em relação à finalidade, possuem igual objeto econômico: o transporte por mar. Em seu contexto, entretanto, são diferentes.

Confundi-ou-os o Código de Comércio, porque à época de sua redação, em princípios do Século XIX, não havia linhas de navegação regulares. Também rareavam as mercadorias a transportar. Logo, os fretamentos totais ou parciais ocorriam com muito maior freqüência do que as expedições confiadas ao armador, empresário de transporte.

Os redatores desse Código, inspirados na "Ordonnance de 1861", por sua vez modelada no Guidon de la Mer, tinham concepções já ultrapassadas neste campo. Como o contrato de transporte sob conhecimento desenvolveu-se, ao multiplicarem-se as linhas regulares, no final do Século XIX e no início deste Século preste a se encerrar, justifica-se o atraso da codificação francesa neste domínio.

Ao fazer essa constatação, exclamava o conhecido Jurista francês: dado que os dois modos de utilização dos navios diferem entre si (linhas regulares e "tramping") no comércio marítimo, como os fatos não se traduziram no direito?"

b) Mesmo que exista contrato de fretamento, redigindo-se a carta-partida,

o capitão assina o conhecimento, ao receber a mercadoria a bordo. Esse conhecimento funciona com Recibo a Bordo da mercadoria. Não é instrumento do contrato de transporte.

Os redatores do Código entenderam muito mal os dois papéis reservados ao conhecimento: ora funciona como mero Recibo da Carga, ora, serve de instrumento do contrato. Esse erro de perspectiva, no que tange ao documento, mascarou-lhes a diferenciação entre os dois contratos subjacentes.

O Código consagra seu título VI às Cartas partidas, a fretamentos (*nolissements*), com sete artigos (273 a 280). O art. 273 define, muito claramente, o caráter jurídico do contrato de fretamento: é locação. Apesar disso, quanto à forma, a redação está viciada, porque: 1) confunde o instrumento probatório do contrato (carta-partida) e o quadro jurídico (fretamento); 2) considera três palavras (*charte-partie*, *affrètement* et *nolisement*) como sinônimas, quando apenas o são as duas últimas.

“*Affrètement*” foi muito usado no mar do norte e “*nolisement*”, no Mediterrâneo. A última palavra não é mais utilizada. Atualmente, o termo usual é “fretamento”.

Por isso, por esse defeito de origem, o Código francês de 1807, confunde a locação e o contrato de transporte sob conhecimento.

A Lei de 2.4.36 relativa aos transportes de mercadorias por mar, que introduziu na legislação francesa quase todas as disposições da Convenção Internacional de Bruxelas, de 25.8.24, para a unificação de certas regras em matéria de conhecimentos, e que foi inserida após o art. 285 do Código de Comércio, traz a nítida diferença entre os transportes sob carta-partida (locação de navio) e transportes sob conhecimento e sem carta-partida (mero contrato de transporte). No art. 1.º, enuncia: “a presente lei... não se aplica às cartas-partidas, mas, no

caso de fretamento por carta-partida, os conhecimentos podem ser lavrados e são admitidos”.

Apesar disso, os velhos textos do Código não forma postos em harmonia com a moderna doutrina, que distingue as cartas-partidas dos conhecimentos. Até mesmo a jurisprudência francesa tem sido pouco precisa, existindo numerosos processos envolvendo a repartição da responsabilidade entre o armador e o afretador, quanto há remissão a um conhecimento de embarque, contendo cláusulas de transporte.

O Projeto de reforma ao Código de Comércio, em França, lastimavelmente contempla confusão ainda maior entre o contrato de locação e o de transporte.

3.2 O fretamento segundo a doutrina francesa

Façamos ligeira resenha acerca do pensamento dos doutrinadores franceses sobre o tema. É indiscutivelmente inútil coletarmos impressões anteriores a 1940. A data não é tomada arbitrariamente, mas por decorrência da Guerra de 1939/45, que evidenciou a não mais poder as diferenças entre fretamento (locações de navios sob cartas-partidas) e simples transporte por mar (sob conhecimento).

Com efeito, todas as nações beligerantes, que tiveram a possibilidade, fretaram navios comerciais neutros, seja sob o regime de “time charter”, no começo da guerra, seja sob a forma de “bare-boat charter”.¹⁰

Entre os aliados ocidentais, o mesmo quadro se desenhou como forma de evitar a requisição dos navios. Em outros casos, contudo, foram realizadas expedições por navios neutros sob conhecimento de embarque. Assim, os dois tipos de contrato passaram a conviver dentro da sistemática econômica.

Governos, juristas especializados em Direito Internacional Marítimo, armadores, seguradores e agentes marítimos,

tiveram a clara noção das distinções entre os dois tipos contratuais. Só não a viram os juristas anteriores a estes fatos, que lhes passaram completamente despercebidos.

Itália

A elaboração da moderna teoria dos contratos de utilização de navios (e aeronave), com a respectiva esquematização sistemática, deve-se iniludivelmente, aos estudos realizados durante o Século XX, na Itália (país que, dentre os povos de origem latina, encontra-se na vanguarda desta matéria), seja pelos autores que contribuíram na redação do Projeto Perla, de 1931 (Asquini, Barassi, Berlingieri, Brunetti, Cogliolo, Giannini, Scialoja), seja pelos eminentes estudiosos da ciência jurídica, que emprestaram colaboração ao “Codice della Navigazione”, de 1942. Logo após a promulgação dessa codificação pioneira, os jurista italianos (Dominedó, Graziani, Ferrarini, Spaziano, Lefèbvre D'Ovidio, Pescatore, Manca, Manara, Fiorentino) aprofundaram suas análises, permanentemente aperfeiçoando o tema.

Deve-se, portanto, à doutrina maritimista italiana, em especial, à Dominedó, a análise, sistematização e classificação dos contratos de utilização típica de navios. É dele, inclusive, a denominação “contratos de utilização”. De seus estudos, serviram-se, como modelos, não só inúmeros juristas, como até mesmo outras legislações nacionais.¹¹

A doutrina e o Código da Navegação de 1942 adotaram a classificação tripartida, abrangendo a locação, o fretamento e o transporte.

O contrato de locação de navios “é afim à locação de coisas, o fretamento entra no âmbito da locação de obra, porquanto implica a obrigação de efetuar as viagens e igualmente. inclui-se na categoria da locação de obra e o transporte, em suas várias subespécies, enquanto compreende a prestação, que consiste na

transferência por água, de pessoas ou coisas de um lugar a outro”.¹²

Esse mesmo contrato pode compreender as subespécies de locação “a casco nu” (*imbargo*) ou de navio armado e tripulado. No contrato de fretamento incluem-se o fretamento a tempo (*time charter*), seja por tempo e por viagens, enquanto devem considerar-se como contratos de transporte o de transporte isolado ou de carga geral de mercadorias, o de pessoas, e também o denominado fretamento total ou parcial, porque se reduzem ao traslado de mercadorias.

O fretamento e o transporte diferenciam-se, segundo os juristas italianos. No primeiro, o fretante põe à disposição do fretador a navegabilidade do navio como *Transporte Técnico* ou simples traslado na água, e no outro, o transportador obriga-se a trasladar e entregar em seu destino, como *Transporte Jurídico*, como derivação de *obligatio ex receptum*, as mercadorias recebidas.

Argentina

A Argentina procurou atualizar-se com os avanços do Direito da Navegação de matriz européia. Possui atualmente legislação moderna e que atende às necessidades dos negócios de interesse de sua economia. Pretendo ressaltar, primeiro, a manifestação do saudoso jurista Atilio Malvagni.

Em sua conhecida obra *Contratos de Transporte por Água*, monografia clássica sobre o tema, o Jurista argentino inicia com a premissa: “navegar significa transportar, pois não se pode navegar com outro objetivo”, para concluir que a empresa armadora ou de transporte, que fretou determinado navio “o que fez com o objetivo final de transportar”. Essa situação, aliás, igualmente se repetirá, mesmo que navegasse no lastro, dado que nesse caso, a navegação seria feita, transportando “... os espaços destinados a carga”. A isso, Malvagni denominou transportar a própria capacidade de carga.

Temos assim, que o citado Autor se opõe à divisão tripartida do Direito Italiano. Reduz os contratos de utilização dos navios a apenas dois: a locação e o transporte.

Em outro trabalho, especialmente voltado para o tema foi ainda mais longe. Sugeriu uma "tese unitária". Assinalou que "sempre um navio transporta, pois esta é sua função específica, sem a qual não existe navio". Conclui, portanto, que o próprio contrato de locação, no fundo, mesmo sem deixar de ser uma locação de coisas, terminaria também por ser um transporte, dado que não estaria "desvinculado do destino da coisa locada, no caso, o de transportar".¹³

Lastima-se, entretanto, que o grande mestre não tenha sido fiel às suas próprias idéias. Em seu Projeto de Ley General de La Navegación, de 1960, dedica profundos capítulos à locação, ao fretamento a tempo, ao fretamento total ou parcial e ao transporte em linhas regulares. Mesmo assim, informou o próprio Malvagni haver reduzido em seu Projeto a divisão tripartida da Itália a apenas dois contratos: locação de navios e transporte. Não se esqueceu de esclarecer: "essa divisão bipartida doutrinária não aparece explicitamente no Projeto".

A Lei da Navegação Argentina, de 1973, tratou dos contratos de utilização de navios (na Argentina, ainda perdura a separação entre Direito da Navegação e Direito Aeromático), no Título III — "Do Exercício da Navegação e do Comércio por Água". No Capítulo II, disciplina a Locação de navios (Seção 1.ª), o Fretamento por Tempo (Seção 2.ª), o Fretamento Total ou Parcial (Seção 3.ª), o Transporte de Carga Geral (Seção 4.ª), o Transporte de Pessoas (Seção 5.ª) e o Contrato de Reboque (Seção 6.ª).

A sistematização desta matéria pelo legislador argentino resultou da proposta inserta no Projeto de Atilio Malvagni, tendo merecido a crítica de Gonzales Lebrero.¹⁴

4. ANÁLISE DA QUESTÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Já sabemos da filiação ideológica do Direito da Navegação do Brasil ao modelo da codificação napoleônica da primeira metade do Século XIX.

Toda a moderna concepção de "contrato de utilização de navios" resume-se, entre nós, ao fretamento.

Este é o contrato pelo qual alguém se obriga, mediante pagamento de uma contraprestação chamada *frete*, a transportar em navio de um porto a outro mercadorias, à escolha do carregador (CCom.br., art. 566).

O fretamento pode ser total ou parcial.

No primeiro caso, a carga lota integralmente o navio, quer dizer, abrange o navio inteiro, exceto a câmara do comandante, os agasalhos da equipagem e as acomodações necessárias para o material do navio (CCom., art. 570).

Esta forma era bastante usada no passado, quando as cargas possuíam pequena tonelagem. Volta a incrementar-se, nos dias que passam, com vistas ao transporte de certas mercadorias que, pela própria natureza, exigem navios especiais (carvão, petróleo, madeiras).

No fretamento parcial, o carregador contrata com o transportador o embarque de mercadorias em determinado navio, com a obrigação de entregá-las em porto logo indicado. Muito usado pelos *liners*. Também é conhecida como transporte de mercadorias por mar.

É da mesma natureza do fretamento total. Como acentua Ripert, trata-se apenas de questão material, não jurídica. Difere do fretamento total em razão do local ocupado pelas mercadorias a bordo do navio.

Embora a codificação napoleônica haja denominado o fretamento de *louage d'un vaisseau* modernamente, não mais se duvida se trate de contrato de transporte.

O Código Comercial Brasileiro menciona (art. 566), o fretamento à carga, colheita ou prancha, que os nossos

autores consideraram “uma única e mesma coisa”.

É o contrato sujeito à condição de só vigorar, caso o navio, dentro de prazo determinado, complete seu carregamento.

Hugo Simas, entretanto, oferece a seguinte distinção:

Navio à carga geral a prancha: se recebe as cargas, apresentadas para transporte em dia certo. Ex.: o navio, esperado tal dia, partirá para determinado porto. Recebe as cargas.

Navio colheita: o fretador subordina o transporte ao recebimento de uma quota mínima de carga.

É a forma comum na navegação em portos de pouco movimento.

Esta concepção anacrônica, ainda do tempo em que se entendia a navegação sob a ótica do barco a vela, como seguramente o foi, a visão do Código Comercial Brasileiro de 1850, vê-se hoje totalmente amortecida pelo uso reiterado de novas modalidades contratuais, como se passa a expor.

Em certos casos, o armador (proprietário, locatário ou caixa) resolve entregar o navio, sem estar ainda armado ou equipado, a outrem, para que este o arme e explore na atividade de navegação.

Dá-se, nesse caso, mera locação de coisa móvel, sujeita ao Direito comum.

Em outros, pode o armador ceder o uso do navio a outrem, por tempo certo, e já devidamente armado e equipado. Esse contrato é conhecido como “time charter”. Às vezes, vem impropriamente incluído como forma de fretamento.

Trata-se, entretanto, de locação de coisa. Apresenta certa peculiaridade: fica incluído no contrato o serviço da tripulação. Esse serviço é mero acessório ao contrato principal de locação de coisa (o navio). Como a equipagem foi escolhida e contratada pelo armador-cedente, permanecerá este como responsável por todos os atos cometidos pelos subalternos. Essa responsabilidade do armador-cedente perdura durante o tempo de contrato.

Concordamos com Sampaio de Lacerda, “o *time charter* é contrato de natureza especial, misto de locação de coisa e serviços. Como não temos, em nosso ordenamento, normas específicas a ele aplicáveis, usam-se as alusivas à locação de coisas”.¹⁵

5. À GUIA DE CONCLUSÃO

Da exposição, até agora feita, conclui-se que inúmeros contratos relativos à utilização dos navios são celebrados, embora o Código Comercial ainda em vigor, no Brasil, haja englobado diversos deles com denominações novas (locação a casco nu, *time charter*) sob o rótulo comum de “fretamento”.

Daí a necessidade de se aliviar solução baseada em nossa realidade econômica, por sinal, muito pouco favorável, neste final dos anos 90. Faz-se mister, portanto, adaptar o sistema de contratos de utilização de navios, numa perspectiva brasileira, ao estágio atual da atividade de navegação no comércio internacional. Nesse afã, em certos aspectos, será preciso afastar-se do quase bicentenário Código Comercial, que se esmiuçarmos, reflete ainda as concepções da “Ordonnance touchant la marine”, promulgada por Colbert, em agosto de 1681.

Essa necessidade já foi denunciada pelo então Dep. Adroaldo Mesquita da Costa, na Exposição de Motivos do Projeto de Código de Navegação Comercial de 1951. Segundo o notável Jurista gaúcho, “o direito sobre os contratos marítimos, no Brasil, evadiu-se da lei escrita...”.

Esse mesmo Projeto, entretanto, não conseguiu libertar-se de terminologia tradicional, ainda não afeita à visão nova do Direito da Navegação. Contempla os “Contratos Marítimos”, no Título IV e os tipifica assim: “Da Venda”, “Da Locação”, “do Fretamento”, “Do Transporte”, que se subdivide em Transporte

de Mercadorias (Cap. V, arts. 126 a 155) e de Passageiros (Cap. VI, arts. 160 a 165) e do "Reboque".

Para o Autor, na Exposição de Motivos, no que tange à matéria dos contratos, "a obra essencial do Projeto foi discriminar a locação do navio do fretamento e do transporte". Enfatizou que a mistura, tal como feita no Código Comercial, tinha por justificativa os poderes excepcionais outorgados ao capitão. "Um Código moderno, porém, não comporta a conglomeração desses ajustes, inteiramente diversos, na forma e no fundo".

A locação do navio, segundo o Projeto, é o aluguel "coque nue", ou seja, casco e acessórios. Fretamento será o aluguel do navio já devidamente armado, ou parte dele (um dos porões, por exemplo). O contrato de transporte surge como simples locação de serviços.

Já o nosso coestadano Inglês de Souza, ao apresentar seu Projeto de Código Comercial, em abril de 1912, realçava estabelecer distinção, mais clara do que no Código de 1850, entre o contrato de fretamento e o de transporte.

Com Sampaio de Lacerda, reconheçamos: de todos os contratos para utilização dos navios (locação a casco nu, "time charter" e fretamento) apenas o último é típico do Direito da Navegação. Os demais seguem o mesmo regime do Direito comum para a locação das coisas móveis, dado que só em casos excepcionais, o navio se assemelha aos imóveis.

Visto o estado da questão, cabe perguntar: as necessidades da economia brasileira, que já foi a sétima do mundo capitalista, não justifica se ataque urgentemente a reforma da legislação marítima brasileira? E não seria a hora de introduzir aqui os mesmos princípios da Convenção de Bruxelas, de 1924, hoje incorporada ao Direito interno da França? Por que não se apresentar Projeto de Lei ao Congresso Nacional, modificando o Título VI do Código Comercial

de 1850 (arts. 566 a 632), como já se fez, aliás, em relação ao Título IX, antes disciplinando o "naufrágio e salvados", matéria hoje regulada pela Lei 7.542, de 26.9.86?

Sob qualquer prisma, que enfoque a questão, entretanto, é forçoso reconhecer: o progresso das relações mercantis internacionais e até mesmo o fortalecimento do mercado interno de transportes por água, não suporta mais uma disciplina jurídica defasada e sem condições de atender aos reclames da experiência negocial diária.

Proponho se adote a posição tripartida, com bons resultados no Direito Italiano. Isso enquanto não se inicia a reforma de toda a legislação brasileira sobre a atividade de navegação...

NOTAS

1. *Introduction à la Théorie Générale et à la Philosophie du Droit*, Neuchâtel, Delachaux & Niestlé, 1967, p. 69.

2. "Considerazioni sulla classificazione dei contratti di utilizzazione delle navi", in *Studi per la Codificazione del Diritto della Navigazione*, Roma, 1940, t. 1.

3. *A Treatise on the Law of Merchant Shipping*, Londres, 1860, p. 270.

4. *El Fletamento en el Derecho Español*, Madri, Ed. Revista de Derecho Privado, 1953, p. 109.

5. Estas figuras não se apresentam lineares nem simples. Derivam do caráter que assumem e de sua responsabilidade, nos termos do "charter-party". Dai expressar T. E. Scrutton, *Charter-parties and Bills of Lading*, Londres, Sweet e Maxwell, 1955, p. 6, que "um charterer com demise é um carrier no sentido do "Carriage of goods by sea Act... de 1924".

6. *Traité...*, v. II/500.

7. A vigente Lei 68.420, de 18.6.66 e seu Dec. 66.1078, de 31.12.66, "sobre os contratos de *affrètement* e de transportes marítimos" dedicam destacados capítulos ao "*affrètement au voyage*", "*affrètement à temps*" e "*affrètement coque nue*".

8. Veja-se, a respeito, Ripert, *Traité...*, v. II; René Rodière, *Traité Générale de Droit*

Martitime, Paris, 1967, v. 1; Emmanuel du Pontavice, *Droit et Pratique des Transports Maritimes et Affrètements*, Paris, 1970.

9. *Droit Maritime*, Paris, Ed. Rousseau, 1952.

10. Expressão inglesa, que tem o mesmo sentido de *locação a casco nu*.

11. Cf., Francesco Maria Dominédó, *Sistema dei Contratti di Utilizzazione della Nave*, Milão, Giuffrè, 1937, p. 31 e ss.; Rodière, *Traité...*, v. II/8 reconhece que a "distinção capital do fretamento e do transporte... aparece claramente não só com os trabalhos que deram nascimento aos

Códigos modernos, em particular o Código Italiano da Navegação de 1942".

12. Cf., Plinio Manca, *Studi di Diritto della Navigazione*, Milão, 1959, v. II/8.

13. "Clasificación de los contratos de utilización de buques", in *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, da Universidad Nacional de la Plata, 1950, t. XVII, p. 7.

14. *Manual de Derecho de la Navegación*, B. Aires, Depalma, 1970, p. 240.

15. *Curso de Direito Privado da navegação — Direito Marítimo*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 3.^a ed., 1984, v. I/167.

REDUÇÃO DOS CUSTOS DE CAPTAÇÃO NO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS*

NELSON EIZIRIK

1. Observações preliminares — 2. Custos da regulação — 3. Custos de intermediação.

1. OBSERVAÇÕES PRELIMINARES

Abordaremos, na presente exposição, a questão referente aos custos envolvidos no processo de capitalização das companhias no Mercado de Valores Mobiliários.

Trata-se de aspecto bastante relevante no contexto da regulação do mercado de capitais, particularmente em momento de crise econômica, como a que temos vivido nos últimos anos, em que a questão da redução dos custos associados ao processo de captação de recurso no mercado assume crescente importância.

Parce haver certo consenso no sentido de que os custos de captação de recursos no Mercado de Valores Mobiliários e de manutenção do *status* de companhia aberta são bastante elevados, eventualmente maiores do que os benefícios.

Nesse caso, é conveniente uma análise da questão tendo em vista os objetivos da regulação das companhias abertas, para que se possa verificar se não estão eles eventualmente sendo alcançados a um custo excessivo, não correspondente aos benefícios gerados para as companhias abertas.

Os objetivos da regulação do mercado de capitais, conforme já tivemos a oportunidade de analisar,¹ podem ser divididos em dois grupos: 1.º) a proteção aos investidores, que são os consumidores dos "produtos" (ações, debêntures, etc.) transacionados no mercado; 2.º) o au-

mento da eficiência econômica do mercado, de tal forma que os recursos nele alocados obtenham o máximo retorno e que o processo de alocação dos recursos se dê ao custo mais baixo. A intervenção governamental no Mercado de Valores Mobiliários, como em qualquer outro, justifica-se, em princípio, quando os custos da regulação forem mais baixos do que as perdas causadas pela situação de ineficiência verificada no mercado. O grau ótimo de regulação significa a máxima proteção ao investidor ao menor custo para o mercado.

Podemos identificar, para fins de análise, dois grandes "focos" de custos para as companhias abertas: aqueles decorrentes da regulação governamental; e aqueles decorrentes do processo de intermediação de valores mobiliários. Trataremos, em seguida, de analisá-los separadamente, bem como de propor medidas que possam eventualmente eliminar ou, pelo menos, minimizar tais custos.

2. CUSTOS DA REGULAÇÃO

Uma imperfeição do sistema de regulação das companhias que captam recursos no Mercado de Valores Mobiliários decorre, a nosso ver, do próprio conceito de companhia aberta.

* Conferência proferida no IV congresso das Companhias Abertas, em 10.11.92.

Nos termos do art. 4.º da Lei das S/A, uma companhia é considerada “aberta” quando os valores mobiliários de sua emissão estão admitidos à cotação em Bolsa de valores ou no Mercado de balcão. O parágrafo único do art. 4.º dispõe expressamente que somente os valores mobiliários de companhia registrada na Comissão de Valores Mobiliários podem ser distribuídos no mercado e negociados em Bolsa ou no Mercado de balcão. Já o art. 2.º da Lei 6.385/76 considera como valores mobiliários: 1) as ações, partes beneficiárias e debêntures, os cupões desses títulos e os bônus de subscrição; 2) os certificados de depósito de valores mobiliários; 3) outros títulos criados ou emitidos pelas sociedades anônimas, a critério do Conselho Monetário Nacional. Também constituem valores mobiliários, sujeitos ao regime da Lei 6.385/76: os índices representativos de carteira de ações e as opções de compra e venda de valores mobiliários (art. 3.º do Dec.-lei 2.286/86); as notas promissórias emitidas por sociedades anônimas destinadas à oferta pública (“commercial papers”), nos termos da Res. 1.723/90, do Conselho Monetário Nacional, regulamentando o disposto no art. 2.º, III, da Lei 6.385/76.

O conceito de companhia aberta, assim, abrange toda e qualquer companhia que realize emissão pública de qualquer dos valores mobiliários acima enumerados. Ou seja, nos termos da Lei é aberta tanto a companhia que tem suas ações altamente negociadas em Bolsa de valores como a companhia que realiza uma única emissão pública de debêntures ou de “commercial papers”.

O “status” de companhia aberta acarreta uma série de custos à sociedade relativos à auditoria externa obrigatória, prestação permanente de informações ao Mercado, submissão ao poder disciplinar da CVM, pagamento de taxas à CVM, etc. Nos termos de nosso sistema legal, a companhia aberta está obrigada a manter uma permanente “transparên-

cia” de seus negócios; com efeito, o “disclosure” constitui um dos elementos básicos no sistema de proteção aos investidores e acionistas minoritários.

A sistemática legal de proteção permanente aos investidores justifica-se quando são eles aplicadores de recursos em títulos de participação, como são as ações. Com efeito, o objetivo básico da política de “disclosure” é assegurar aos investidores que o processo de formação de preços dos papéis é fidedigno, ou seja, as cotações refletem o conjunto das informações disponíveis acerca de determinada companhia.

A nosso ver, portanto, deveria ser alterado o conceito de companhia aberta, para abranger apenas as sociedades que tivessem admitidos à negociação pública os seguintes valores mobiliários: ações; debêntures conversíveis em ações; e bônus de subscrição. Ademais, deveria ser permitida a emissão pública de debêntures simples e de “commercial papers” às companhias fechadas. Para tanto, seria instituído um registro simplificado, apenas da emissão, sem que fosse necessário que a companhia se registrasse na CVM, como companhia aberta, com todos os ônus decorrentes de tal *status* legal.

A proposta, para sua implementação, dependeria de alteração no conceito de companhia aberta, tal como estabelecido na Lei das S/A e na Lei 6.385/76, assim como da criação de um sistema de registro simplificado de emissão pública de debêntures não conversíveis e de “commercial papers”.

Outro componente significativo dos custos para as companhias abertas relaciona-se às publicações exigidas pela Lei das S/A.

O objetivo básico da prestação de informações (“disclosure”) é prover os investidores dos dados necessários a uma tomada consciente de riscos; ademais, o “disclosure”, conforme antes referido, aumenta a eficiência do Mer-

cado na determinação do valor dos títulos negociados. Eficiência, nesse sentido, significa a capacidade de reação das cotações dos papéis às novas informações; quanto mais rápida for esta reação, mais eficiente será o mercado.

A produção e a divulgação das informações, porém, tem um custo. Em muitos casos, como tipicamente ocorre com as companhias que são legalmente definidas como abertas por terem realizado emissões públicas de debêntures simples, tal custo é seguramente maior do que os benefícios, posto que, tratando-se de títulos de dívida, as informações não são relevantes para o processo de formação de preços de tais papéis. A redefinição da companhia aberta, conforme antes sugerido, eliminaria tais custos para as companhias que apenas emitiram publicamente debêntures simples e "commercial papers".

Mesmo no caso das companhias que são abertas por terem emitido publicamente ações, debêntures conversíveis ou bônus de subscrição, caberia uma reavaliação dos custos associados à divulgação de informações.

Conforme dados levantados pela própria ABRASCA, os gastos anuais das companhias abertas com publicações legais, chegam, na média, a atingir cerca de 95 mil dólares, ou seja, são bastante elevados.

Entendemos ser plenamente razoável a proposta da CVM, contida no Projeto de Lei das S/A que colocou em audiência pública (que consideramos, no geral, repleto de defeitos e incorreções) no sentido de se alterar o art. 289, § 2.º, para permitir que as publicações legais sejam substituídas por: a) envio da íntegra dos documentos aos acionistas; ou b) arquivamento dos documentos não publicados na Junta Comercial; ou c) publicação, em jornal de grande circulação, de aviso colocando à disposição dos interessados as informações. Com efeito, o essencial é que as informações

estejam disponíveis aos investidores, por qualquer meio, não necessariamente mediante a utilização da imprensa; não há, portanto, razões legítimas que possam impedir a redução de tais custos de publicações legais.

Vale mencionar, ainda, os custos referentes às taxas de fiscalização pagas à CVM, nos termos da Lei 7.940, de 20.12.89. Em princípio, consideramos plenamente razoável a cobrança da taxa de fiscalização, cujo fato gerador é o exercício do poder de polícia atribuído à CVM, posto que justifica-se, socialmente, que os usuários do mercado (intermediários, companhias abertas, etc.) arquem com parte dos custos da regulação.

Por outro lado, tais taxas devem ser proporcionais aos custos efetivamente incorridos pela CVM no exercício do seu poder de polícia. Com relação às taxas cobradas pelo registro da emissão pública de valores mobiliários, não se verifica tal adequação; com efeito, nos termos da tabela "D", anexa à Lei 7.940/89, é cobrada uma *taxa fixa*, à alíquota de 0,30% do valor do registro. Ora, o serviço prestado pela CVM no registro da emissão pública é rigorosamente o mesmo para uma emissão de cem ou de um milhão de dólares, não sendo justificável, portanto, uma alíquota fixa. Assim, deveria ser alterada a sistemática vigente, modificando-se a tabela acima mencionada, para estabelecer-se alíquotas decrescentes (mantido o teto máximo de 0,30%) em função do valor da emissão pública.

3. CUSTOS DE INTERMEDIAÇÃO

Os custos de colocação pública de valores mobiliários são também consideráveis, alguns decorrentes da estrutura do sistema de intermediação, outros de imperfeições da legislação.

Vale notar, inicialmente, que os custos de "underwriting" são relativamente

altos. Levantamento realizado junto à CVM, relativo a treze emissões públicas realizadas no corrente ano, nas quais houve, por parte do intermediário, garantia firme de subscrição, revelou que, na média, o custo de "underwriting" esteve em 5.12%, no caso de ações; e em 1.8% no caso de debêntures.

Há ainda custos, menos visíveis, associados à subavaliação das ações, verificada com maior frequência quando a companhia está abrindo seu capital, inexistindo, no caso, parâmetros concretos para a fixação do preço de emissão de suas ações.

Ocorre, no caso, um conflito de interesses entre o "underwriter" e a empresa emissora. À companhia interessa um preço de emissão tão alto quanto possível, o que lhe permite obter recursos a um custo menor e minimizar eventuais reclamações, por parte de acionistas minoritários, quanto à diluição de sua participação no patrimônio da companhia. Já ao "underwriter", quando dá a sua garantia firme, interessa subscrever ao menor preço possível, abaixo daquele que o mercado está disposto a pagar, com o que minimiza seus riscos e maximiza seus ganhos com a posterior valorização das ações.

A tendência de "underpricing" tem sido objeto de incontáveis estudos, particularmente nos Estados Unidos,² demonstrando que usualmente ocorre uma subavaliação do preço de emissão das ações de companhias ainda não negociadas em Bolsas de Valores. Assim, na média, aqueles que compram ao preço de emissão obtêm altas taxas de retorno nas semanas seguintes, cerca de 13% no primeiro mês e de 8% no segundo.

Estudos realizados entre nós igualmente sugerem que há uma tendência dos "underwriters" de "forçar" para baixo os preços de emissão de ações, visando manter os papéis em carteira ou vendê-los a clientes preferenciais. Pesquisa realizada no período entre 1978 e 1987

constatou que o retorno médio no primeiro dia de negociação em Bolsa para ações de companhias que estão abrindo o capital chega a 58%. Verificou-se ainda que quando mais de 20% das ações emitidas chegam de fato até o público, trata-se de papéis de menor rentabilidade, que valorizam cerca de 23% no primeiro dia de negociação em Bolsa. Já no caso em que menos de 20% das ações emitidas "sobram" para o público, o retorno médio chega a 90% no primeiro após a colocação pública.³

A subavaliação das ações é estimulada pelo fato de não existir entre nós qualquer vedação legal ou regulamentar à colocação realizada unicamente a "insiders" da companhia e a clientes preferenciais do "underwriter". A "Securities and Exchange Commission" norte-americana vem considerando, há quase trinta anos, que constitui violação à legislação federal sobre títulos a venda de títulos apenas a "insiders" quando existe efetiva demanda dos papéis por parte do Mercado. O número de ações reservadas aos "insiders" deve ser reduzido, não ultrapassando 10% do total da emissão, no sistema de regulação do mercado de capitais dos Estados Unidos.⁴

Visando evitar, ou pelo menos reduzir a prática da subavaliação das ações, entendemos que deveria a CVM regulamentar a matéria, estabelecendo norma que limitasse, mesmo no caso do chamado "procedimento diferenciado" (no qual não há garantia de acesso aos investidores) o percentual de ações que poderiam ser subscritas por "insiders" da companhia e dos intermediários financeiros.

Caberia também ser estudada a conveniência de se tornar facultativa a interveniência do "underwriter" na emissão pública, pelo menos no caso de colocações de menor valor, com o que aumentar-se-ia a concorrência, com a provável diminuição das comissões de "underwriting".

Poderia igualmente ser introduzida, entre nós, a prática de colocações públicas diretamente em Bolsa, com mecanismo de leilão, a exemplo do que ocorre no Reino Unido, de tal sorte que o preço de lançamento das ações seria fixado pelo próprio Mercado.

NOTAS

1. Nelson Eizirik, *Questões de Direito Societário e Mercado de Capitais*, Rio de Janeiro, Forensc, 1987, p. 123 e ss.

2. George Stigler, "Public Regulation of the Securities Markets", in *Journal of Business*, v. 37, n. 2, abr./1964; Irving Friend, *Investment Banking and the New Issues Market*, New York, 1987, p. 492 e ss.; Richard Brealey & Stewart Myers, *Principles of Corporate Finance*, McGraw-Hill, 1981, p. 299 e ss.

3. Cf. pesquisa desenvolvida no Instituto de Administração e Gerência da PUC do Rio de Janeiro, coordenado pelo Prof. Ricardo Pereira Câmara Leal.

4. Nelson Eizirik, *Aspectos Modernos do Direito Societário*, Rio de Janeiro Renovar, 1992, p. 48 e ss.

RISCOS DA ATIVIDADE EMPRESARIAL NO ÂMBITO PENAL

JOAQUIM SIMÕES BARBOSA

1. Introdução — 2. Responsabilidade pelos atos criminosos praticados em nome da pessoa jurídica — 3. Obtenção de recursos junto ao público investidor e instituições financeiras.

1. INTRODUÇÃO

Toda empresa, no exercício de sua atividade econômica, se relaciona com um universo variado de pessoas e outras empresas.

Ela obtém parte dos recursos de que necessita junto ao público investidor e a instituições financeiras. Concede empréstimos. Contrai débitos para com credores das mais variadas origens. Contrata empregados. Utiliza bens de terceiros. Concorre com as demais empresas por uma fatia maior do mercado em que atua. Vende seus produtos e serviços a clientes e consumidores. Paga impostos. Interfere com toda a comunidade ao atuar sobre o meio ambiente.

Nesses vários relacionamentos, a empresa muitas vezes se depara com bens jurídicos que o legislador considerou de especial importância, a ponto de conferir-lhes a proteção da lei penal.

Além disso, certas empresas atuam em áreas especiais, mais sensíveis, que justificam uma proteção também mais rigorosa do Poder Público. Assim é, principalmente, com as empresas que lidam com poupanças de terceiros, como as instituições financeiras, empreendedoras imobiliárias e entidades de previdência privada.

Mais adiante trataremos dos principais tipos penais que podem ocorrer em cada um dos vários relacionamentos que a empresa estabelece no exercício de sua atividade. Também trataremos da proteção penal conferida aos detentores de poupança privada, alcançados pelas áreas especiais de atuação das empresas acima referidas.

Antes, contudo, convém discutir uma questão mais genérica, que está sempre presente na aplicação do direito penal no âmbito empresarial. Trata-se da questão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

2. RESPONSABILIDADE PELOS ATOS CRIMINOSOS PRATICADOS EM NOME DA PESSOA JURÍDICA

Pode-se dizer que, no mundo moderno, a atividade empresarial é sempre exercida através de uma pessoa jurídica. Quem atua é a pessoa jurídica, que tem personalidade jurídica própria, autônoma e independente da de seus sócios e administradores.

Ocorre que, por não ter existência material, a pessoa jurídica não pode ir para a cadeia. Também não é possível pensar na responsabilização penal das pessoas jurídicas, com a penalização recaindo sobre seu representante legal,

independentemente de sua participação pessoal para a prática do delito.

Somente o ser humano é capaz de delinquir, e, em consequência, responder penalmente por seus atos. Todavia, conforme esclarece Celso Delmanto: “embora a pessoa jurídica não pratique crimes, estes, muitas vezes, são cometidos em seu nome. Evidentemente, não se pode punir as pessoas físicas que a compõem por dela participarem, mas só pelos crimes que — em nome da pessoa jurídica — elas praticaram ou determinaram fossem cometidos”.¹

O mesmo Celso Delmanto chama a atenção para as dificuldades envolvidas na identificação dos indivíduos que são os verdadeiros responsáveis pelos delitos praticados em nome da pessoa jurídica. Ele atribui essas dificuldades à constatação de que “o acusador, por via de regra, desconhece as deliberações tomadas pelos diretores”.² Muitas vezes, se tem a certeza moral de que a prática do delito foi determinada pela diretoria mas nada se pode fazer contra seus membros por falta de uma evidência concreta desse fato.

Parece existir uma tendência jurisprudencial de abrandar o rigor com que se exigia a comprovação da participação individual de cada diretor. Conquanto continue sendo exigida, para a *condenação* do diretor, a comprovação da sua responsabilidade pessoal, o STF já admite que se *instaura o processo penal* contra todos os diretores mesmo na ausência de uma descrição da participação criminosa de cada um deles. O diretor só poderá evitar a instauração do processo se demonstrar que não teve participação nos atos delituosos.³

Alguns países, por outro lado, têm tentado soluções legislativas que, sem ferir o princípio segundo o qual não há crime sem culpa, procuram facilitar a penalização dos representantes legais de pessoas jurídicas envolvidas em práticas criminosas.

Segundo informa Luiz Regis Prado, o Direito Alemão, por exemplo, em diploma de 1975, introduziu, com esse claro propósito, o seguinte dispositivo: “Quem, como proprietário ou titular de uma empresa, dolosa ou culposamente, omite-se em adotar as medidas de vigilância necessárias para evitar a realização de infrações cominadas com pena ou multa administrativa e vinculadas à atividade da empresa, será punível por contravenção, quando se praticar uma contravenção ou delito, no caso em que o exercício da vigilância devida pudesse evitar a contravenção ou o delito”.⁴

Com esse dispositivo, não é preciso provar a participação específica do “proprietário ou titular” da empresa na prática do ato para penalizá-lo. Basta provar que ele não adotou as medidas de vigilância necessária para evitar tal prática. Trata-se de uma hipótese clássica de crime omissivo, onde o ilícito está na quebra do dever jurídico de agir para evitar o resultado.

No Brasil alguns dispositivos da legislação de proteção ao meio ambiente, que serão comentadas mais adiante, também procuraram facilitar a penalização dos principais responsáveis pela pessoa jurídica. Mas, ao contrário do que fez o Direito Alemão, o legislador brasileiro não se limitou a criar uma hipótese de crime omissivo, tendo optado por introduzir no ordenamento jurídico uma espécie de responsabilidade penal objetiva, que é incompatível com a sistemática tradicional do Direito pátrio e tem constitucionalidade duvidosa.

3. OBTENÇÃO DE RECURSOS JUNTO AO PÚBLICO INVESTIDOR E INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

O diploma básico nesse campo é a Lei 7.492, de 16.6.86, que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (que ficaram popularmente conhecidos como “crimes do colarinho branco”).

Essa lei visa a reprimir uma série de condutas indesejadas que podem ser praticadas por todos os que participam do sistema financeiro, captando, aplicando ou intermediando recursos. Por ora, estaremos interessados naqueles tipos penais que envolvem a obtenção de recursos e outras transações feitas pelas empresas em geral junto ao público investidor e instituições financeiras. Mais adiante, examinaremos os que se aplicam especificamente à atuação das instituições financeiras.

Antes de entrar no exame dos tipos específicos, convém mencionar que a Lei 7.492/86 contém algumas regras processuais especialmente rigorosas. A prisão preventiva de um acusado de prática de um dos crimes nela previstos, por exemplo, pode ser decretada “em razão da magnitude da lesão causada” (art. 30). De acordo com as regras ordinárias de processo penal, a prisão preventiva somente cabe em situações extraordinárias, como quando o acusado não tenha domicílio certo, esteja ameaçando testemunhas, etc..

Além disso, também quando a lesão causada for considerada de grande magnitude, o réu acusado de um crime punível com pena de reclusão (qualquer que seja a duração da pena mínima prevista) não tem direito a fiança e só pode apelar após ter sido recolhido à prisão, ainda que seja ele primário e de bons antecedentes (art. 31).

Dito isso, vamos aos tipos específicos.

Alguns desses tipos consubstanciam condutas de imoralidade evidente, como emitir certificados de valores mobiliários não autorizados pela companhia ou negociar títulos falsos ou falsificados, ou fraudar a fiscalização ou o investidor, inserindo declaração falsa em documento comprobatório de investimento.

Outros tipos, porém, consubstanciam desvios de conduta que são usuais mesmo entre empresas sérias. Outros, ainda, podem ocorrer por simples descuido ou erro de interpretação.

É crime, por exemplo, emitir, oferecer ou negociar títulos ou valores mobiliários “sem registro prévio de emissão junto à autoridade competente, em condições divergentes das constantes do registro ou irregularmente registrados” (art. 7.º).

Como se sabe, o registro prévio na CVM somente é exigido nas emissões públicas. As emissões particulares podem ser feitas sem qualquer registro. Em certas circunstâncias, porém, a determinação do caráter público ou privado da emissão é controvertido.

Imagine-se que, em uma situação dessas, certa companhia entenda que uma determinada emissão por ela pretendida é privada e a efetive sem registro prévio na CVM. Imagine-se ainda que a CVM acabe firmando entendimento oposto. Nesse caso, terão os administradores dessa companhia cometido um crime, punível com 2 a 8 anos de reclusão?

Parece-me que, nesse caso, a existência de uma dúvida razoável sobre a ilicitude do ato, poderia afastar a culpabilidade penal. Ainda assim, a simples existência desse tipo penal recomenda redobrado cuidado quando da análise da natureza pública ou privada de uma determinada emissão.

É crime, por outro lado, “manter ou movimentar recurso ou valor paralelamente à contabilidade exigida pela legislação”, punível com reclusão de 1 a 5 anos (art. 11). Trata-se da famosa “caixa 2”, que está presente, pelos mais variados motivos, na maioria das empresas.

Outros crimes tipificados na Lei 7.492/86 que freqüentam os usos e costumes de nosso meio empresarial, e até mesmo privado, são aqueles relativos a operações de câmbio. É crime “efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País” (art. 22). Pratica o mesmo crime quem promover, “sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não

declarados à repartição federal competente" (parágrafo único).

O tipo "manter depósitos não declarados à repartição federal competente" não gera maiores polêmicas. Conquanto o art. 17 da Lei 4.131/62, e o art. 1.º do Dec.-lei 1.060/69, que previam a obrigatoriedade de declaração ao Banco Central dos bens e valores mantidos no exterior por pessoas físicas ou jurídicas, dependessem de regulamentação do Conselho Monetário Nacional, que nunca chegou a ser expedida, a regulamentação do Imposto de Renda prevê a obrigatoria inclusão dessa informação na declaração anual de rendimentos e bens.

Já os tipos "efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas" e promover a saída de moeda ou divisa para o exterior "sem autorização legal", são mais problemáticos.

É preciso, inicialmente, distinguir entre o ato de adquirir moeda estrangeira e o de promover a sua saída para o exterior. A aquisição de moeda estrangeira se faz através de uma operação de câmbio, que, por força da Lei 4.131/62, somente pode ser realizada por estabelecimentos devidamente autorizados e está sujeita a um rígido regime estabelecido pelo Banco Central. É a operação realizada com infração a esse regime que se aplica o *caput* do art. 22.

Outra situação é a da pessoa que dispõe legitimamente da moeda estrangeira e promove sua saída do território nacional. Essa pessoa estaria incurso no parágrafo único do art. 22, caso essa saída tenha sido feita "sem autorização legal".

Ocorre que o art. 17 do Dec. 42.817/57 dispõe (ou dispunha) que é "livre o ingresso e a saída de papel-moeda nacional e estrangeiro (...)" do território nacional. Não é certo que esse dispositivo ainda esteja em vigor, pois a Lei 4.131/62 regulou de forma exaustiva a mesma matéria. Não pude localizar, porém, qualquer dispositivo legal que

proibisse a saída do papel-moeda estrangeiro em certas circunstâncias. Na ausência desse dispositivo, e tendo em vista a garantia constitucional de que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (art. 5.º, II), penso que continua livre a saída do papel-moeda estrangeiro do território nacional. Com isso, a regra do parágrafo único do art. 22, que é uma espécie de norma penal em branco, não teria aplicação no momento.

Ainda quanto ao tipo previsto no *caput* do art. 22, vale mencionar que, para que o crime se configure, é preciso que a operação de câmbio não autorizada tenha sido feita *com o fim* de promover *evasão* de divisas do País. A simples compra da moeda estrangeira no mercado paralelo, com a guarda da moeda comprada em um cofre de Banco, por exemplo, será um ato irregular mas não criminoso. O mesmo não se pode dizer da *intermediação profissional da compra e venda* de moeda estrangeira, *com habitualidade*, nas mesmas circunstâncias. Existe, para esse caso, um tipo específico (art. 16).

Outros tipos previstos na Lei 7.492/86 que merecem menção são: indução ou manutenção de sócio, investidor ou repartição pública competente em erro relativamente a operação ou situação financeira, sonegando informação ou prestando-a falsamente (art. 6.º), obtenção, mediante fraude, de financiamento em instituição financeira (art. 19), e aplicação de recursos provenientes de financiamento concedido por instituição financeira oficial em finalidade diversa da prevista em lei ou contrato (art. 20).

Concessão de empréstimos

No curso normal de suas operações, a empresa, muitas vezes, concede crédito a seus clientes ou outros terceiros. Não poderá, porém, fazê-lo de tal forma e com tal habitualidade que sua atuação

possa ser caracterizada como uma intermediação de recursos privativa de instituição financeira. Se o fizer, estará incidindo no tipo penal previsto no já mencionado art. 16 da Lei 7.492/86.

Não poderá, também, exigir, nessas operações, juro, comissão ou qualquer tipo de remuneração que esteja em desacordo com a legislação, o que é crime tipificado no art. 8.º da mesma lei, punível com pena de reclusão de 1 a 4 anos. Como se sabe, empresas que não sejam instituições financeiras somente podem cobrar juros de, no máximo, 12% ao ano, por força da chamada Lei de Usura.

Há quem sustente, inclusive, que até mesmo as instituições financeiras estariam sujeitas a esse limite máximo de juros, por força do § 3.º do art. 192 da Constituição de 1988, conquanto já existam decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça⁵ entendendo que esse dispositivo, que estabelece o referido limite, não é auto-aplicável, necessitando para tanto de regulamentação do Congresso, a qual nunca foi expedida. Apesar desses pronunciamentos, muitas decisões de tribunais inferiores (algumas, inclusive, posteriores aos referidos acórdãos do STF e STJ) têm sido proferidas em sentido contrário.⁶

Relacionamento com credores

Em matéria de relacionamento com credores, os problemas de natureza criminal aparecem principalmente quando a empresa entra em estado de insolvência. Nesse momento, é comum que os sócios e administradores da empresa procurem desviar bens e receitas que pertencem à empresa, colocando-os a salvo dos efeitos de uma possível falência. Ou, no esforço desesperado de salvar a empresa, tomem medidas que favorecem determinado credor, que continua lhes prestando apoio, em de-

trimento dos demais. Ou, ainda, procurem ocultar o estado de insolvência, para continuar obtendo crédito.

Pode-se dizer que, de um modo geral, é crime qualquer ato praticado com alguma dessas finalidades. O Dec.-lei 7.661/45, lista, nos seus arts. 186 a 189, uma série de atos que para tanto costumam ser praticados. As penas variam de detenção de seis meses a reclusão de 4 anos.

Relacionamento com empregados

Existem deveres das empresas para com seus empregados, dos empregados para com a empresa e de terceiros (como sindicatos) para com a empresa e os empregados, cuja quebra pode gerar responsabilização penal.

Nos interessam, principalmente, os tipos penais que dizem respeito a situações de greve ou *lockout*. Os demais tipos consubstanciam condutas de imoralidade evidente, como aliciar trabalhadores para o fim de imigração ou de levá-los para localidades remotas do território nacional, ou a manutenção de trabalho escravo.

A Lei 4.330/64, que listava uma série de crimes relativos ao que classificava como exercício abusivo do direito de greve, foi revogada pela Lei 7.783/89. Não foram revogados, porém, os arts. 197 a 200 e 202 do CP que tratam de matéria correlata. Entende Celso Delmanto, não ter sido recepcionado pela Constituição de 1988, o art. 201, que tratava da greve nos serviços de interesse coletivo.⁷

Permanecem tipificados como crime, entre outros menos relevantes:

- (i) constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a trabalhar ou não trabalhar durante certo período (art. 197, I), a abrir ou fechar seu estabelecimento ou a participar de paralisação de atividade econômica (art. 197, II);
- (ii) participar de suspensão ou abandono coletivo de trabalho praticando

violência contra pessoa ou contra coisa (art. 200);

(iii) invadir ou ocupar estabelecimento industrial, comercial ou agrícola, com o intuito de impedir ou embaraçar o curso normal do trabalho, ou com o mesmo fim danificar o estabelecimento ou as coisas nele existentes (art. 202); e

(iv) constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a participar ou deixar de participar de determinado sindicato ou associação profissional (art. 199).

Vale mencionar que qualquer pessoa, inclusive o empregador, e não apenas o empregado, pode praticar os crimes acima tipificados. Também o empregador, muitas vezes como forma de pressão para que sejam autorizados aumentos de preços ou tarifas, promove paralisações de atividade. Se o fizer com a prática de violências e ameaças repudiadas pelo Código Penal poderá ser enquadrado na prática de um crime.

Também é crime frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho. Segundo Celso Delmanto, fraude "é o ardil, engodo, artifício que leva o enganado à aparência falsa da realidade".⁸ Utilizaria um desses artifícios, o empregador que trata como trabalhador autônomo aquele que, em realidade, é seu empregado, e, com isso, deixa de pagar alguns benefícios a que somente o empregado faz jus, tais como FGTS, 13.º, férias, aviso prévio, etc.?

Utilização de bens de terceiros

No exercício de sua atividade, a empresa utiliza, muitas vezes, bens pertencentes a terceiros. São imóveis, maquinários, veículos, etc., mas são também bens imateriais, como marcas, patentes, criações artísticas, etc..

Da mesma forma como a empresa não pode esbulhar a propriedade imobiliária de um terceiro, também não pode se apropriar indevidamente da

propriedade intelectual de outros. A quebra desse dever é, em ambos os casos, crime.

Com efeito, o art. 184 do CP considera crime violar direito autoral. Os arts. 169 a 171 do Dec.-lei 7.903/45 (parte do antigo Código da Propriedade Industrial mantida em vigor pelo novo Código) tipificam como crime as várias formas de violação de privilégio de invenção e de patente de modelo de utilidade. O art. 175 do mesmo diploma penaliza com detenção de 3 meses a um ano a violação de direito de marca. Os arts. 176 e 177 tratam, respectivamente, dos crimes contra o nome comercial e contra a expressão ou sinal de propaganda. O art. 35 da Lei 7.646/87 considera crime "violar direitos de autor de programas de computador".

Também é crime exercer como privilegiada, indústria que não o seja, ou depois de anulado, suspenso ou caduco o privilégio. Da mesma forma, é crime usar em modelo de utilidade ou em desenho ou modelo industrial, expressão que o dê, falsamente, como depositado ou patenteado, ou mencioná-lo, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, sem o ser.

Concorrência: concorrência desleal e liberdade de concorrência

Conforme já mencionado, as empresas concorrem com as demais por uma fatia maior do mercado em que atuam. Isso é saudável e estimulado, como o meio mais eficiente de suprir o mercado com os bens e serviços que ele deseja, em quantidades adequadas, aos preços mais baixos e com a melhor qualidade.

Nesse processo de concorrência entre empresas, porém, existem desvios de conduta que são nocivos à coletividade e que, por isso mesmo, são reprimidos pelo Poder Público.

Esses desvios de conduta podem ser classificados em dois grandes grupos: aqueles que caracterizam concorrência

desleal e os que atentam contra a liberdade de concorrência.

O princípio maior é o de que a concorrência deve ser livre e intensa. Qualquer ato que procure limitar ou reduzir, artificialmente, a liberdade ou intensidade da concorrência é antijurídico.

Naturalmente, “concorrer” significa procurar “eliminar o concorrente”. Se a empresa, dentro das regras do jogo de mercado, consegue, por sua insuperável eficiência, eliminar os demais concorrentes e impedir o acesso ao mercado de novos, terá alcançado, de forma legítima e louvável, o sucesso a que todos almejam. Poderá gozar as glórias de seu feito, sem nada dever ao direito ou à justiça. Essa empresa terá estabelecido o que se chama de monopólio natural.

Monopólio natural é aquele conseguido ou exclusivamente às custas dos méritos da empresa, ou porque somente ela tem a tecnologia necessária para fabricar determinado produto, ou, ainda, por sempre ter-lhe pertencido a única fonte de insumos necessários à fabricação do produto. Em todos esses casos a ausência da concorrência é um fato natural, que, em princípio, nada tem de ilícito. Nesse casos, o ilícito que pode surgir diz respeito ao exercício abusivo do extraordinário poder que essas empresas passam a ter quando conseguem uma posição monopolística. Sem enfrentar concorrência, a empresa pode, por exemplo, promover aumentos abusivos de preços.

Idealmente, as empresas devem gozar de total liberdade para fixar seus preços, ainda que ao fazê-lo, consigam margens extraordinárias de lucro. Em um mercado competitivo, grandes margens de lucro representam um incentivo a que outras empresas direcionem seus recursos para o suprimento do produto ou serviço em questão, aumentando sua oferta e, em conseqüência, forçando a queda natural dos preços e margens de

lucros. É assim que funciona a famosa “mão invisível” a que se refere Adam Smith. Esse sistema, porém, só funciona, insista-se, quando existem concorrentes ou, ao menos, a possibilidade de ingresso desses no mercado.

Como visto, a simples conquista do monopólio natural não constitui ilícito penal ou de qualquer outra espécie. O que é crime é conseguir ou tentar a eliminação da concorrência e o monopólio mediante o emprego de métodos espúrios, artificiais, que nada têm a ver com eficiência ou méritos empresariais.

Diz-se que o ato atenta contra a liberdade de concorrência, quando os métodos espúrios empregados procuram afastar a participação competitiva dos concorrentes.

São exemplos de atos que estão nessa categoria a aquisição do controle ou a incorporação da maioria das empresas concorrentes, a celebração com essas empresas de ajustes de preços ou de divisão de mercado, o impedimento de acesso dos concorrentes a fontes de insumos, a exigência de compromissos de exclusividades de clientes e fornecedores, o condicionamento da venda de produtos de grande aceitação no mercado à aquisição de outros bens ou serviços, a venda de produtos abaixo do custo para forçar a quebra de concorrentes, etc..

Quando o emprego de métodos espúrios simplesmente procura prejudicar indevidamente o concorrente, no contexto da própria competição, diz-se que é um ato de concorrência desleal. Ao mencionado princípio de que a concorrência deve ser livre e intensa, junta-se o de que ela deve ser conduzida de forma leal.

Os exemplos são: difamar o concorrente e seus produtos, aliciar diretores e empregados do concorrente para desviarem em seu favor oportunidades de negócio, realizar espionagem industrial, etc..

Os Diplomas Legais sobre a Matéria

No Brasil, essas duas categorias de desvios de conduta empresarial são tratadas com alguma confusão conceitual. São diversos os diplomas que tratam do assunto, reproduzindo os tipos penais uns dos outros, muitas vezes integralmente, outras, apenas com pequenas diferenças.

Esses diplomas classificam a matéria, com pouca consistência doutrinária, entre abuso do poder econômico (Lei 4.137/62), crimes contra a economia popular (Lei 1.521/51), crimes contra a ordem econômica (Lei 8.137/90) e concorrência desleal (art. 178 do Dec.-lei 7.903/45).

Para piorar as coisas, muitos deles contêm dispositivos de proteção ao consumidor e de intervenção estatal na economia (como tabelamento de preços e salários, estabelecimento de critérios obrigatórios de reajustamento, etc.) que pertencem a disciplinas distintas, com pressupostos muito diferentes e, algumas vezes, até mesmo antagônicos.

Os diplomas antes referidos, permitem ao Poder Público desfazer, quando possível, os atos, acordos e ajustes ilegais, penalizando os agentes que deles participam com multas e, em alguns casos, com a privação da liberdade. Na repressão das condutas consideradas ilegais nesse campo, o Poder Executivo conta com uma Secretaria Nacional de Defesa Econômica — SNDE, e com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE.

Condutas ilegais de “per se” e a “regra da razão”

Em matéria de proteção à liberdade de concorrência, existem dois tipos distintos de condutas que podem gerar penalização: (i) condutas que, para serem consideradas ilegais, dependem do objetivo visado pelos agentes ou dos efeitos que delas podem advir, e (ii)

condutas que são ilegais independentemente dos objetivos visados e dos efeitos possivelmente produzidos.

O primeiro tipo de conduta inclui atos de integração de atividades das empresas que são rotineiramente praticados e que, na grande maioria das vezes, representam um esforço legítimo de aumento de eficiência da atuação das empresas envolvidas.

Em certas circunstâncias, porém, esses atos de integração podem ser usados como forma de se obter o domínio do mercado ou a eliminação, total ou parcial, da concorrência ou o aumento abusivo de preços. Nessas circunstâncias esses atos são ilegais. O método desenvolvido pela doutrina e jurisprudência para determinar se tais circunstâncias estão presentes, é chamado de “regra da razão”, expressão que vem do original inglês “rule of reason” (voltaremos a esse método, em maior detalhe, mais adiante).

Como é muitas vezes impossível provar a intenção dos agentes ao praticarem determinado ato, a Lei presume o propósito ilícito (para certos efeitos muito limitados, que serão mais adiante comentados) quando o resultado que normalmente decorreria desse ato seja o domínio do mercado, a eliminação da concorrência ou o aumento abusivo de preços.

O exemplo típico dessa categoria de conduta é a incorporação de uma empresa pela outra. Uma operação desse tipo nada tem, normalmente, de irregular. Quando, porém, as duas empresas que participam de operação detêm em conjunto uma grande parcela do mercado em que atuam, a integração total de suas atividades, que é o resultado inevitável de uma incorporação, pode criar uma superempresa, dona de uma faixa de mercado tão ampla que lhe será possível dominá-lo. Nesse caso, a operação será considerada ilegal.

Note-se que, no exemplo dado, seria, na prática, impossível provar que as

empresas em questão estariam movidas pelo desejo de dominar o mercado. Muitas outras razões legítimas e sustentáveis poderiam ser invocadas. A operação, no entanto, é, ainda assim, ilegal, já que a legislação não exige a prova do objetivo visado, bastando que se produza evidência de que o resultado provável da operação é o domínio do mercado.

Sobre essa conclusão, porém, é preciso dizer uma palavra. Ela vale para efeito de anulação do ato praticado (por força da nova redação dada ao art. 74 da Lei 4.137/62 pela Lei 8.158/91, que agora fala em acordos, ajustes, etc. que *possam* reduzir ou eliminar a concorrência ...), mas não para a tipificação do crime ou, mesmo, para ensejar a aplicação de sanções administrativas. Para esses efeitos, é preciso provar que o fim visado era "inibir a livre concorrência" (na aplicação das sanções administrativas, art. 2.º, "f", da Lei 8.158/91) ou que o resultado efetivamente alcançado foi o domínio do mercado ou a eliminação da concorrência (na tipificação do crime, art. 4.º, I, da Lei 8.137/90). Naturalmente, o alcance desses requisitos depende em grande parte do rigor com que eles forem aplicados pela Jurisprudência.

Mesmo a conclusão de que basta a prova de que o resultado provável da operação é o domínio do mercado para a anulação do ato, está sujeita a controvérsia. Não conheço ainda qualquer comentário doutrinário feito após a adoção da nova redação do art. 74 da Lei 4.137/62, mas imagino que ainda haverá quem sustente a necessidade da prova do dolo ou, ao menos, da ocorrência dos efeitos indesejados para que se possa anular o ato.

A categoria das condutas que são ilegais independentemente dos objetivos visados e dos efeitos possivelmente produzidos (chamada pela doutrina *infrações de per se*), é formada por con-

duitas que têm um caráter abusivo inerte e que, por isso mesmo, não integram as práticas normais de comércio.

Um fabricante, por exemplo, que detenha um monopólio natural de algum produto e que se aproveite do poder que advém desse monopólio para condicionar a venda do produto que só ele fabrica à compra pelo cliente de um outro produto, está praticando um ato que atenta contra a livre competição. A determinação do caráter abusivo dessa prática independe de considerações quanto a objetivos ou resultados. Seria o que os criminalistas chamam de "crime de mera conduta" ou "simples atividade".

Dificuldades na aplicação da legislação antitruste

São muitas as dificuldades de aplicação no Brasil de uma legislação antitruste (como a legislação de repressão aos atos contrários à liberdade de concorrência também é conhecida).

O primeiro diploma legal sobre a matéria, a Lei 4.137, é de 1962 (para não falar na Lei 1.521/51, que já continha alguns dispositivos pertinentes). No entanto, nesses mais de trinta anos de existência, a legislação antitruste brasileira não se fez sentir na prática. Os poucos casos de condenações administrativas não têm qualquer representatividade e, na esfera penal, simplesmente não existem precedentes.

Reformas dessa legislação foram tentadas em 1990 e 1991, em um esforço para torná-la mais efetiva, sem, contudo, alcançar êxito. Uma nova reforma encontra-se presentemente em estudo, sob a forma de um projeto de lei de iniciativa do Poder Executivo.

Por que esse quadro? Certamente, não será por falta de infratores. Os economistas são unânimes em identificar o Brasil como um país fechado, com alta concentração econômica e grande número de setores oligopolizados, onde

poucas empresas atuam de forma concertada, pondo-se a salvo dos riscos da competição. Exatamente o ambiente onde uma legislação antitruste efetiva teria um importante papel a desempenhar.

Como dito, várias são as razões para o insucesso das tentativas que vêm sendo feitas nessa área. Talvez a mais importante seja a existência de uma certa incompatibilidade entre a natureza da legislação antitruste e nossa tradição jurídica.

Tomemos um exemplo. O art. 4.º, I, "c", da Lei 8.137/90 tipifica como crime contra a ordem econômica "abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante incorporação de empresas".

Vamos nos deter à hipótese de eliminação total ou parcial da concorrência mediante incorporação de empresas. Essa hipótese, interpretada literalmente, levaria à conclusão de qualquer operação onde uma empresa incorpore outra do mesmo ramo de atuação seria ilegal, já que um efeito inevitável da incorporação é o desaparecimento da empresa incorporada, no caso, uma concorrente.

Essa conclusão, porém, levaria a uma situação desastrosa, pois, no curso normal dos negócios, incorporações desse tipo ocorrem aos milhares e, na grande maioria das vezes, representam um ato legítimo de integração de atividades, conforme já mencionado. Muitas vezes, duas empresas que, sozinhas, não teriam escala para competir com eficiência no Mercado, juntas, passam a ter. Isso é saudável e faz parte do jogo capitalista.

Por isso mesmo, todos os comentaristas e intérpretes dessa matéria entendem que a incorporação de uma empresa por seu concorrente somente será ilegal dependendo da aplicação ao caso concreto da já comentada "regra da razão".

A aplicação dessa regra passa por várias e sofisticadas etapas. Primeiro é preciso delimitar o mercado em que atuam as

empresas envolvidas. Parece fácil, mas, em muitas situações, não é. O mercado de um fabricante de papel celofane, por exemplo, é composto somente por esse específico papel ou nele se deve considerar também todos os demais materiais flexíveis para embalagem? Uma famosa decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, se debateu com esse problema, tendo sido tomada por uma maioria apertada de votos.⁹

Em segundo lugar é preciso dimensionar esse mercado e estabelecer a posição relativa de cada uma das empresas envolvidas e aquela que terá a empresa resultante da cisão. Tarefa também complicada, que depende da disponibilidade de estatísticas detalhadas e confiáveis, artigo raro no nosso País. Em uma caso recente, por exemplo, o departamento especializado do Ministério da Fazenda, a pedido da SNDE, informou que a participação de uma determinada empresa no mercado relevante era uma, quando as avaliações internas daquela empresa indicavam outra totalmente diferente.

Feito isso, é preciso determinar a partir de que ponto a participação do concorrente é relevante o suficiente para que sua eliminação, pela incorporação, passe a constituir um ato ilícito. A lei não especifica qualquer percentual, ficando essa determinação a cargo da opinião dominante dos economistas.

Ora, em um país com a tradição jurídica do Brasil, colocar alguém na cadeia (ou mesmo impor-lhe uma punição pecuniária ou de outra natureza) com base na aplicação de um método desses, que depende de tantos elementos subjetivos, é muito difícil. Basta lembrar um dos corolários do princípio da legalidade, assim comentado por Celso Delmanto:

"As leis que definem crimes devem ser precisas, marcando exatamente a conduta que objetivam punir. Assim, em nome do princípio da legalidade, não

podem ser aceitas *leis vagas* ou *imprecisas*, que não deixam perfeitamente delimitado o comportamento que pretendem incriminar. (...) As eventuais falhas da lei *incriminadora* não podem ser preenchidas pelo juiz, pois é vedado a este completar o trabalho do legislador, para punir alguém".¹⁰

Além disso, existe a questão, muito debatida na doutrina, da necessidade de se provar o dolo, ou seja, no caso, a intenção de eliminar a concorrência, o que tornaria virtualmente impossível a aplicação prática do dispositivo. Pessoalmente, entendo que esse crime deveria admitir a modalidade culposa. Segundo Celso Delmanto, "a culpa não cuida da finalidade da conduta (que quase sempre é ilícita), mas da não-observância do dever de cuidado pelo sujeito, causando o resultado e tornando punível o seu comportamento".¹¹

Ora, o dispositivo comentado quer que não existam incorporações de que resultem a eliminação da concorrência. Os administradores e controladores da empresa, sabendo disso, têm o dever de ter o cuidado de se certificarem de que uma determinada operação que estejam planejando não terá esse efeito. Se não observarem esse dever e a incorporação realizada acabar resultando na eliminação da concorrência, terão cometido, por culpa, o crime.

Para isso, porém, seria necessário, aparentemente, que a lei admitisse, textualmente, a prática do crime na modalidade culposa, o que não ocorre. Segundo ensina Celso Delmanto, "a punição por dolo é a regra, enquanto a sanção por culpa é excepcional. Ela só é admissível quando a lei textualmente a prevê".¹² É verdade que o mesmo Autor menciona alguns tipos do Código Penal que não trazem essa previsão textual e que, no entanto, admitem, segundo a maioria da doutrina nacional, a punição por culpa.¹³

Muitas outras razões ainda poderiam ser apontadas para o insucesso da legislação antitruste brasileira, como a falta de uma estrutura governamental ágil e especializada encarregada da sua aplicação (o que vem sendo tentado com a reformulação do CADE e da SNDE) e a inadequabilidade de se punir com a privação da liberdade atos dessa natureza (muitos sustentam que para esse tipo de ilícito, as punições deveriam ser eminentemente pecuniárias).

O Projeto de Lei ora em exame

O projeto de lei antes referido, procura, basicamente, reestruturar o CADE, a SNDE e o processo administrativo, com vistas a dar-lhes maior eficácia de atuação.

Cria também, a extraterritorialidade da aplicação da legislação antitruste brasileira. De acordo com o projeto, os atos praticados no exterior seriam alcançados por essa legislação sempre que possam produzir efeitos no território nacional. Trata-se de uma regra importada dos Estados Unidos, onde vigora há muitos anos.

O projeto também cria um novo tipo penal, que é "aumentar abusivamente o preço de bem ou serviço". Esse tipo incorre, ainda com mais razão, no problema já mencionado das leis penais vagas ou imprecisas, que os tribunais, em nome do princípio da legalidade, acabam negando aplicação. Além disso, peca por não fazer uma distinção fundamental.

Conforme já comentado, é da essência do modelo capitalista a ampla liberdade para a fixação dos preços. Se, por qualquer motivo, verifica-se, em determinado momento, uma carência aguda de certo produto, devem os seus produtores ter liberdade para promover o aumento de preços que essa circunstância especial permitir, ainda que em proporções extraordinárias e sem guardar qualquer rela-

ção com majoração de custos. Esse aumento, que poderia ser taxado de abusivo, é, no entanto, saudável, pois estimula a injeção de novos recursos no setor que terá por efeito normalizar o abastecimento do produto e recolocar os preços em níveis adequados.

O aumento abusivo que é antijurídico e que merece ser penalizado é aquele promovido por quem possui uma situação monopolística. Isso, porque nessa situação o aumento de preços não tem por efeito o estímulo à injeção de novos recursos no setor, já que o monopólio detido pelo produtor impede o acesso de novos concorrentes ao mercado.

O legislador, porém, não fez essa indispensável distinção, com o que o dispositivo acaba afrontando uma lei econômica e, por isso mesmo, perdendo eficácia.

Vale ainda mencionar uma importante alteração pretendida no já referido art. 74 da Lei 4.137/62. Esse artigo prevê a obrigatoria apresentação prévia à SNDE para aprovação de todos os acordos, ajustes e contratos que possam limitar a concorrência. Até o momento, a única penalidade para o descumprimento dessa obrigação legal era a nulidade do correspondente ato. Agora, o projeto prevê multa de 50.000 UFIRs para quem descumprir o dispositivo.

Intervenção do Estado na Economia

Como dito, muitos dos diplomas que regulam a questão da concorrência contêm dispositivos de proteção ao consumidor e de intervenção estatal na economia. Os dispositivos relativos à proteção do consumidor serão tratados em capítulo próprio mais adiante.

Na parte da intervenção estatal na economia, é de se destacar o disposto no art. 6.º da Lei 8.137/90, que trata como crime contra a ordem econômica as seguintes condutas:

(i) vender ou oferecer à venda mercadoria, ou contratar ou oferecer serviço, por preço superior ao oficialmente tabe-

lado, ao fixado ou controlado por órgão ou entidade governamental, e ao estabelecido em regime legal de controle;

(ii) aplicar fórmula de reajustamento de preços ou indexação de contrato proibida, ou diversa daquela que for legalmente estabelecida, ou fixada por autoridade competente; e

(iii) exigir, cobrar ou receber qualquer vantagem ou importância adicional de preço tabelado, congelado, administrado, fixado ou controlado pelo Poder Público, inclusive, por meio da adoção ou de aumento de taxa ou outro percentual, incidente sobre qualquer contratação.

Defesa do Consumidor

Nas suas relações com os consumidores, a empresa está sujeita a deveres especiais, cuja quebra pode gerar responsabilização penal dos administradores.

Os correspondentes tipos penais estão previstos principalmente nos arts. 61 a 80 do Código de Defesa do Consumidor — CDC e no art. 7.º da Lei 8.137/90.

Há quem veja no art. 75 do CDC uma tentativa de criação de uma espécie de “responsabilidade objetiva em matéria penal” dos administradores das pessoas jurídicas por crimes contra as relações de consumo. O entendimento dominante, porém, parece ser o de que permanece em vigor a regra aqui já comentada de que somente pode ser criminalmente penalizado aquele cuja responsabilidade individual na prática do ato criminoso tenha sido comprovada.¹⁴

Uma inovação introduzida pelo Código de Defesa do Consumidor — CDC foi a criação da pena de “contrapropaganda” que pode ser imposta cumulativa ou alternativamente às penas de privação da liberdade e de multa (art. 78, II). Trata-se da obrigação de publicação em órgãos de comunicação de grande circulação ou audiência, às expensas do condenado, de notícia sobre os fatos e a condenação.

O art. 78 prevê também a aplicação das penas de interdição temporária de direitos e de prestação de serviços à comunidade, que já eram admitidas, em circunstâncias diferentes, nos arts. 44 a 47 do CP. Os direitos que podem ser temporariamente interditados são: (i) ao exercício de cargo, função ou atividade pública, e de mandato eletivo, e (ii) ao exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, licença ou autorização do Poder Público.

Os tipos penais previstos no Código de Defesa do Consumidor dizem respeito, principalmente, ao desrespeito a deveres especiais ligados (i) à segurança e saúde do consumidor, (ii) à publicidade, que não pode ser enganosa ou abusiva e que deve ser embasada em dados fáticos, técnicos e científicos devidamente organizados, (iii) à cobrança de dívidas, (iv) à manutenção de cadastros do tipo Serviço de Proteção ao Crédito, (v) à entrega de termo de garantia adequado e (vi) ao emprego, na reparação de produtos, de peças ou componentes de reposição novos.

Alguns desses tipos são especialmente problemáticos. Esse é o caso do art. 67 que tipifica como crime "fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva". Quer me parecer que esse é mais um caso de lei penal vaga, que os tribunais terão grande relutância em aplicar.

O conceito de publicidade enganosa e abusiva está enunciado nos vários parágrafos do art. 37. O § 2.º, diz ser abusiva a publicidade, por exemplo, que "se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança". Em maior ou menor grau, porém, esse abuso parece estar presente em qualquer publicidade dirigida ao público infantil. Onde se coloca a linha a partir da qual o abuso constitui crime? Ou se vai colocar todos os produtores de brinquedos na cadeia?

Os tipos penais previstos na Lei 8.137/90, são, resumidamente, os seguintes:

favorecimento de comprador ou freguês, venda de mercadoria sem indicação do tipo, especificação, peso e composição, venda de mercadorias misturadas, várias espécies de fraude de preços, exigência de comissão ou taxa de juros ilegais, soncação de insumos ou bens, indução do consumidor a erro principalmente na divulgação publicitária, destruição de matéria-prima ou mercadoria com o fim de provocar alta de preços, e venda de matéria-prima ou mercadoria imprópria ao consumo.

Os arts. 43 e 44 da Lei 8.245/91, que regula as locações de imóveis urbanos, descrevem alguns tipos de contravenções e crimes que também poderiam ser tidos como de proteção ao consumidor. De todos esses tipos vale mencionar apenas o do art. 43, III, segundo o qual é contravenção cobrar antecipadamente o aluguel (as chamadas "luvas").

A Lei 1.521/51 também relaciona vários tipos penais que podem ser classificados como de proteção ao consumidor. São, porém, em essência, os mesmos tipos hoje previstos no CDC e na Lei 8.137/90 antes comentados. Além disso, alguns diplomas esparsos prevêm crimes nas áreas de incorporação de imóveis, loteamento e sistema financeiro que também podem ser classificados como de proteção ao consumidor e que serão abordadas mais adiante.

Relacionamento com o Fisco

Deixar de pagar os tributos devidos, não é crime. É crime, porém, entre outros:

(i) deixar de recolher o tributo devido por terceiro descontado na fonte pelo pagador do rendimento (art. 11 da Lei 4.357/64);

(ii) deixar de declarar o rendimento ou receita recebida (art. 2.º do Dec.-lei 326/67 e art. 2.º, I, da Lei 8.137/90);

(iii) registrar uma despesa com base em uma nota fiscal "fria" (art. 1.º, IV, da Lei 8.137/90);

(iv) emitir nota fiscal "fria" (art. 1.º, III e IV da Lei 8.137/90);

(v) realizar vendas sem emissão da correspondente nota fiscal (art. 1.º, VI, da Lei 8.137/90);

(vi) fraudar a fiscalização pela manipulação de documentos ou livros fiscais (art. 1.º, II, da Lei 8.137/90);

(vii) prestar informação falsa às autoridades fazendárias (art. 1.º, I, da Lei 8.137/90);

(viii) aplicar incentivo fiscal em fim diverso do previsto na legislação (Lei 7.134/83 e art. 2.º, IV, da Lei 8.137/90); e, ainda,

(ix) abrir conta bancária e movimentar recursos sob nome falso, de pessoa física ou jurídica inexistente ou de pessoa jurídica liquidada de fato ou sem representação regular (art. 64 da Lei 8.383/91).

Uma questão interessante é a da extinção da punibilidade no crime de sonegação fiscal pelo pagamento do imposto e correspondentes penalidades.

O art. 2.º da Lei 4.729/65 previa a extinção da punibilidade se o pagamento fosse feito antes de iniciado o procedimento administrativo para cobrança do débito. O art. 18 do Dec.-lei 157/67 estabeleceu que "nos casos de que trata a Lei 4.729, de 14.7.65, também extinguirá a punibilidade dos crimes nela previstos se, mesmo iniciada a ação fiscal, o agente promover o recolhimento dos tributos e multas devidos ...".

Foi editada, então, a Lei 8.137/90 que trata, basicamente, dos mesmos tipos penais criados pela Lei 4.729/69, com algumas adaptações. Essa nova lei, porém, não mais previu qualquer hipótese de extinção de punibilidade. Como o diploma de 1990 tratava de forma exaustiva da mesma matéria objeto da Lei de 1969, poder-se-ia imaginar que aquela teria revogado essa, com o que o pagamento dos tributos e multas não mais extinguiria a punibilidade.

Porém, talvez para dar maior certeza jurídica a essa conclusão, o legislador entendeu necessário revogar expressa-

mente o art. 2.º da Lei 4.729/69, o que foi feito através do art. 98 da Lei 8.383/91. Essa providência, contudo, pode ter surtido efeito inverso, ou seja, aumentado a incerteza. Isso porque o já referido art. 18 do Dec.-lei 157/67, que também tratava da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo e multas, não foi igualmente revogado pela Lei 8.383/91.

Mesmo diante dessa fala, porém, a conclusão parece ser a de que a hipótese de extinção de punibilidade em questão não mais existe, seja porque foi implicitamente revogada pela Lei 8.137/90, seja porque a revogação do art. 2.º da Lei 4.729/69 implicou na revogação também do art. 18 do Dec.-lei 157/67. Segundo Carvalho Santos, "a revogação de uma disposição de lei importa sempre na revogação de todas as outras disposições que não são senão corolários, aplicações ou desenvolvimentos do preceito nela contido".¹⁵

Quando da conversão da Medida Provisória 335, de 27.7.93, na Lei 8.696, de 26.8.93, o Congresso Nacional fez introduzir dispositivo que previa, novamente, a extinção da punibilidade dos crimes de sonegação fiscal com o pagamento do tributo lançado antes do encerramento do procedimento administrativo. Esse dispositivo, porém, foi vetado pelo Presidente da República.

Meio Ambiente

São muitos os diplomas e tipos penais nessa área: Lei 7.802/89 (Agrotóxicos), Lei 6.453/77 (Atividades Nucleares), Lei 5.197/67 (Caça e Pesca), Lei 4.771/65 (Contravenções Florestais), Lei 7.804/89 (Poluição), Dec.-lei 221/67, Lei 7.643/87 e Lei 7.679/88 (Pesca).

Uma peculiaridade que está presente nas Leis 4.771/65 e 5.197/67 merece ser destacada. Ambos os diplomas procuram criar uma espécie de responsabilidade penal objetiva para os arrendatários, parceiros, posseiros, gerentes, admi-

nistradores, diretores, promitentes compradores e proprietários das áreas em que a agressão ao meio ambiente se verificar.

Segundo os pertinentes dispositivos desses diplomas (arts. 29 e 30, respectivamente), para que as pessoas acima mencionadas sejam criminalmente responsabilizadas basta que os atos criminosos tenham sido praticados por seus prepostos ou subordinados e no seu interesse. Não seria necessário, assim, demonstrar a sua participação individual na prática do ato seja com dolo ou com culpa. É uma hipótese de responsabilidade sem culpa na esfera do direito penal.

Essa regra, por certo, contraria a tradição jurídica brasileira. Tenho dúvidas, inclusive, se não seria considerada inconstitucional, por violar o princípio de que "nenhuma pena passará da pessoa do condenado" (art. 5.º, XLV, da CF).

Note-se que não se trata de uma hipótese de crime omissivo, onde o ilícito está na quebra do dever jurídico de agir para evitar o resultado (o que é admitido pelo direito ordinário). Nesse caso, o responsável pela área poderia se defender fazendo prova de que o ato foi praticado apesar de terem sido tomados todos os cuidados razoáveis para evitá-lo, o que a letra dos dispositivos em questão não possibilita.

Empresas que lidam com poupança de terceiros

Conforme já mencionado, as instituições financeiras estão sujeitas a deveres especiais além daqueles aplicáveis a todas as empresas. Os tipos penais que resultam desses deveres especiais estão previstos nas Leis 4.595/64 e 7.492/88 e são, resumidamente, os seguintes:

(i) gerir fraudulentamente instituição financeira;

(ii) apropriar-se ou desviar em proveito próprio ou alheio de dinheiro, títulos ou valores de que tem a posse;

(iii) falsear ou omitir elemento exigido em demonstrativos contábeis;

(iv) tomar empréstimos ou adiantamento junto a instituição financeira de que é controlador ou administrador; e

(v) violar sigilo de operação ou de serviço prestado por instituição financeira.

Os arts. 12, 13 e 14, por outro lado, prevêem alguns outros tipos relacionados com a intervenção, liquidação ou falência da instituição financeira.

Os deveres especiais a que estão sujeitas as empresas que realizam incorporações imobiliárias e loteamentos estão regulados, respectivamente, nas Leis 4.591/64 e 6.766/79. Os das empresas de previdência privada estão na Lei 6.435/77.

Rio de Janeiro, setembro/1993.

LEGISLAÇÃO

1) Concorrência Desleal — art. 178 do Dec.-Lei 7.903/45 e Lei 1.521, de 26.12.51.

2) Crimes contra a Propriedade Intelectual: 2.1) Direitos Autorais — art. 184 do Código Penal;

2.2) Patentes — arts. 169 a 174 do Dec.-Lei 7.903, de 27.8.45;

2.3) Marcas — art. 175 do Dec.-Lei 7.903/45;

2.4) Nome Comercial — art. 176 do Dec.-Lei 7.903/45;

2.5) Sinal de Propaganda — art. 177 do Dec.-Lei 7.903/45;

2.6) "Software" — Lei 7.646/87.

3) Defesa do Consumidor — Lei 1.521/51; Lei 8.078, de 11.9.90; art. 7.º da Lei 8.137/90; Lei 4.591/64 (Incorporações Imobiliárias); Dec.-Lei 73/66 (Seguros); Lei 6.766/79 (Loteamento).

4) Falência — Dec.-Lei 7.661, de 21.6.45.

5) Intervenção Estatal na Economia — art. 6.º da Lei 8.137/90; art. 4.º da Lei 8.030/90.

6) Livre Concorrência — Lei 1.521/51; Lei 4.137/62; arts. 4.º e 5.º da Lei 8.137/90.

7) Locações — arts. 43 e 44 da Lei 8.245, de 18.10.91.

8) Meio Ambiente — Lei 7.802/89 (Agrotóxicos); Lei 6.453/77 (Atividades Nucleares); Lei 5.197/67 (Caça e Pesca); Lei 4.771/65 (Contravenções Florestais); Lei 7.804/89 (Poluição); Decreto-Lei 221/67; Lei 7.643/87; e Lei 7.679/88 (Pesca).

9) Previdência Privada — Lei 6.435/77.

10) Sistema Financeiro — Lei 7.492/86; Lei 4.595/64; Lei 4.728/65.

11) Trabalhista — arts. 197 a 202 do Código Penal.

12) Tributos — art. 64 da Lei 8.383, de 30.12.91; arts. 1.º a 3.º da Lei 8.137, de 27.12.90; Lei 7.505, de 2.7.86; Lei 7.134, de 26.10.83; Lei 6.910, de 27.5.81; Dec.-lei 1.060, de 21.10.69; Dec.-lei 756, de 11.8.69; Dec.-lei 326, de 8.5.67; Dec.-lei 15, de 29.7.66; Lei 4.729, de 14.7.65; Lei 4.357, de 16.7.64.

NOTAS

1 a 3. Celso Delmanto, *Código Penal Comentado*, Renovar, 1991, p. 55.

4. Citado por Luiz Regis Prado, *Direito Penal Ambiental (Problemas Fundamentais)*, Ed. RT 1992, pp. 88-89.

5. Acórdãos: RE 154.238-1/SP, unân., Supremo Tribunal Federal, 1.ª Turma. DJU 19.3.93, seção I, p. 4.284; e RS 6.297-C/MS,

unân. Superior Tribunal de Justiça, 3.ª Turma, DJ 1.6.92, seção I, p. 8.044.

6. Entre outros: Ag. 45.9067-4, 1.º TACivSP, 8.ª Câ., BJA/91-132498; ACV 115.947-3. TAMG, 3.ª Câ., BJA/93-137.492, E 191122019, TARS, 1.º Grupo de Câms. Cíveis, BJA/93-138720, e ACV 5560/89, TJRJ, 1.ª Câ. Cível, BJA/91-131090.

7. Celso Delmanto, ob. cit., p. 339.

8. Idem, ob. cit., p. 341.

9. United States vs. E.I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377 (1956), citado por Benjamin M. Shieber, *Abusos do Poder Econômico*, Ed. RT, 1966, p. 47.

10. Celso Delmanto, ob. cit., p. 4.

11. Idem, ob. cit., p. 30.

12 e 13. Idem, ob. cit., p. 31.

14. Cf. José Geraldo Brito Filomeno, *Manual de Direitos do Consumidor*, Ed. Atlas, 1991, pp. 165/166.

15. J. M. Carvalho Santos, *Código Civil Interpretado*, Freitas Bastos, 1950, v. 1/66.

COMÉRCIO EXTERIOR BRASILEIRO: “ANTIDUMPING” MERCOSUL*

PEDRO PAULO CRISTOFARO

1. O “dumping” no comércio internacional — 2. As quatro diferentes fases do comércio exterior brasileiro: 2.1 Da Monarquia à República; 2.2 Da proclamação da República (1889) até o término da 2ª Guerra Mundial (1945); 2.3 De 1945 a 1980 (período de substituição de importações); 2.4 A partir de 1980 (gradual abertura do Brasil ao mercado externo) — 3. Breve exame da legislação brasileira vigente sobre o “dumping” no comércio exterior — 4. O Mercosul e a legislação “antidumping”.

1. O “DUMPING” NO COMÉRCIO INTERNACIONAL

1.1 O *dumping* no comércio internacional pode ser definido como a forma de discriminação de preço de um produto mediante a qual os produtores o vendem no mercado externo a um preço mais baixo do que aquele praticado no mercado interno.

1.2 O *dumping* é uma manifestação do sistema de preços múltiplos ou discriminados que ocorre quando as unidades de uma mesma mercadoria são vendidas contemporaneamente a preços diversos. Tal sistema pode dar lugar (i) a uma discriminação *pessoal*, quando os preços são diferenciados para diferentes classes de adquirentes; (ii) a uma discriminação *local*, quando os preços diferem em zonas de comércio de um mesmo país e por fim (iii) a uma discriminação *internacional*, quando se caracteriza o “dumping” no comércio internacional.

1.3 O *dumping*, sob o ponto de vista dos motivos que o determinam pode ser dividido em três tipos:

a) o “*dumping direto*”, que decorre da lei da produtividade crescente — verifica-se quando, aumentada a produção com

a finalidade de reduzir o custo unitário, se apresenta a oportunidade de não modificar as condições de venda no mercado interno eis que se presume que uma sensível diminuição do preço não implicará necessariamente em uma expansão adequada da demanda interna; a sobra da produção poderá, assim, ser exportada por preço inferior ao custo unitário uma vez que a perda nas vendas externas será inferior ao acréscimo do lucro apurado no mercado interno em virtude da diminuição do custo de produção;

b) o “*dumping decorrente de diminuição do consumo no mercado interno*” — baseia-se na possibilidade de separar, no que concerne à irredutibilidade de determinadas despesas, os custos do produto destinado ao mercado interno e os do destinado ao mercado externo; quando se verifica diminuição crítica do consumo no mercado interno, o produtor, tendo em vista a diferença acima referida entre o custo de produção para o mercado interno e aquele para exportação, pode vender no exterior a preço

* Exposição apresentada em 23.8.93 no 31.º Congresso Internacional da Associação Internacional de Jovens Advogados. Rio de Janeiro.

menor do que o custo unitário do produto destinado ao mercado interno, com a finalidade de manter íntegra a sua organização produtiva.

c) o “*dumping bélico*” — efetuado com prejuízo e tendo como único propósito o de eliminar a concorrência e conquistar o mercado externo.

1.4 A definição de “*dumping*” no comércio internacional constante do art. VI do GATT e do Código Antidumping que o regulamenta parece não considerar o motivo da venda no mercado externo a preço inferior ao valor normal dos produtos no mercado interno. Afigura-se assim irrelevante, para efeito de caracterização do “*dumping*” como definido no GATT, a distinção que se faz no item 1.3 supra sobre as três diferentes modalidades de “*dumping*”.

2. AS QUATRO DIFERENTES FASES DO COMÉRCIO EXTERIOR BRASILEIRO

Para um adequado exame da matéria objeto da presente exposição, é útil uma referência sucinta às quatro fases distintas do comércio exterior brasileiro.

2.1 *Da Monarquia à República* — Enquanto foi o Brasil colônia portuguesa, o comércio exterior brasileiro era monopolizado por Portugal. Como consequência da proclamação da Independência em 1822, iniciou-se um processo de libertação do comércio externo dos vínculos que o prendiam à antiga metrópole. Esse processo pode dizer-se que se prolongou durante todo o Império (1822/1889). Nesse período, baseavam-se as exportações brasileiras quase que exclusivamente no café, produto do qual o País se tornara o maior produtor mundial desde 1830. As importações de produtos industrializados, que se faziam pelos grandes monopólios coloniais com a utilização de subsídios, inibiam o desenvolvimento da indústria doméstica. A legislação imperial não incorporou regras de proteção da indústria nacional

contra essa situação de desfavorecimento, certamente por não haver o País, então, atingido um grau de independência política e econômica que o permitisse.

2.2 *Da proclamação da República (1889) até o término da 2.ª Guerra Mundial (1945)* — Com a proclamação da República em 1889, inicia-se um penoso caminho de busca do desenvolvimento com base no modelo clássico de exportação de produtos primários. A partir de 1930, acelera-se o processo de modernização e de industrialização do País. Nesse período, porém, não desenvolveu o Brasil mecanismos legais específicos de proteção à indústria nacional e de incentivos às exportações.

2.3 *De 1945 a 1980 (período de substituição de importações)* — Em face do desequilíbrio no balanço de pagamentos e dos encargos decorrentes do endividamento externo, prevaleceram no Brasil, nesse período, fortes restrições às importações e substanciais incentivos às exportações que tornavam desnecessárias regras de proteção contra o “*dumping*” internacional.

2.4 *A partir de 1980 (gradual abertura do Brasil ao mercado externo)* — A partir de 1980, o Brasil abre-se gradualmente para o comércio mundial, diminuindo as restrições de caráter protecionista. Põe-se então a questão da proteção contra o “*dumping*” no comércio exterior, questão esta até então de relevância relativa em face das medidas de forte caráter protecionista que tornavam o “*dumping*” difícil de ocorrer nas importações brasileiras.

2.4.1 Em 1987, pelos Decs. 93.941, de 16.1.87 e 93.962 de 22.1.87, o Brasil incorporou à sua legislação os Códigos antidumping e de subsídios e medidas compensatórias do GATT. A incorporação desses Códigos se deu após a aprovação dos tratados pelo Congresso Brasileiro (Decs. legislativos 20 e 22 de 5.12.86) nos termos do disposto no art. 49-I da Constituição Brasileira.

2.4.2 Em 14.5.87, o Conselho de Política Aduaneira, órgão do Ministério da Fazenda, expediu a Res. 1.227 que disciplina os procedimentos administrativos destinados a investigar a ocorrência de "dumping" e a consequente imposição de direitos "antidumping".

2.4.3 Em 30.1.91 foi sancionada a Lei 8.174 que dispõe sobre os princípios da política agrícola, regulando, entre outras matérias, a tributação compensatória de produtos agrícolas que recebam vantagens, estímulos tributários ou subsídios diretos ou indiretos em seus países de origem. Essa lei foi regulamentada pelo Dec. 174 de 10.7.91.

3. BREVE EXAME DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA VIGENTE SOBRE O "DUMPING" NO COMÉRCIO EXTERIOR

3.1 Como dito, a legislação brasileira sobre "dumping" no comércio externo, compreende os Códigos antidumping e de subsídios do GATT, a Res. 1.227 do Conselho de Política Aduaneira, a Lei 8.174 de 30.1.91 sobre princípios de política agrícola e o Dec. 174 de 10.7.91 que a regulamentou.

3.2 O Código Antidumping rege a aplicação do art. VI do GATT, assim redigido:

"The contracting parties recognize that dumping, by which products of one country are introduced into the commerce of another country at less than the normal value of the products, is to be condemned if it causes or threatens material injury to an established industry in the territory of a contracting party or materially retards the establishment of a domestic industry".

3.3 No Código Antidumping que, como dito, foi incorporado pela legislação brasileira, se define o que vem a ser o valor normal dos produtos ("normal value of the products") e as condições em que se verificam prejuízos ou ameaça de prejuízos aos produtores

locais. A caracterização de uma prática como "dumping" depende da conjugação desses dois requisitos: a venda a preços fora do normal e a ocorrência de prejuízo ou a ameaça de prejuízo aos produtores internos.

3.4 Já a Lei 8.174 de 30.1.91 e o Dec. 174 de 10.7.91 que a regulamentou caracterizam a existência de "dumping" à vista de dois fatores: importação, em quantidades significativas, de produtos agrícolas que recebam estímulos tributários ou subsídios no país de origem e preço do produto importado inferior ao do similar nacional. Desconsidera assim a legislação brasileira, no que concerne aos produtos agrícolas, a comprovação da existência de prejuízo ao produtor nacional como elemento imprescindível à caracterização do "dumping".

3.5 Vigoram, pois, no Direito Brasileiro, dois conceitos de "dumping": o estabelecido pelo GATT (que exige a comprovação de prejuízo ou ameaça de prejuízo ao produtor interno), aplicável aos produtos industriais e o da Lei 8.174/91 e do Dec. 174/91 (que não cogita da comprovação desse prejuízo), aplicável aos produtos agrícolas.

3.6 Admitido que o acordo GATT e o Código Antidumping tenham por objeto também os produtos agrícolas, coloca-se o problema da legitimidade da derrogação parcial, no Brasil, das regras deles constantes pela Lei 8.174/91.

3.7 A questão se resume de fato no velho problema da revogação, por lei superveniente, das normas constantes de tratados. A doutrina brasileira oscila entre os que entendem que a regra de tratado só pode ser revogada após a formal denúncia dele e os que defendem que, sendo as regras dos tratados incorporadas ao Direito Brasileiro por decreto legislativo (de hierarquia igual à das leis ordinárias), podem ser revogadas por lei ordinária superveniente.

3.8 Dentro das limitações impostas à presente exposição, não cabe maior

digressão sobre os fundamentos adotados pelos defensores de cada uma dessas duas posições antagônicas. Não se pode, porém, deixar de consignar que, em um mundo no qual os países cada vez mais estreitam seus laços através de tratados e convenções plurilaterais, fazendo surgir entidades como a Comunidade Econômica Européia, o NAFTA (North America Free Trade Agreement) e o Mercosul, parece anacrônico alicerçar-se a um conceito de soberania próprio de outras épocas para sustentar a possibilidade de a lei ordinária revogar a qualquer tempo norma de tratado incorporada ao direito interno. Os defensores dessa posição sem dúvida não contribuem para facilitar os processos de integração regional.

3.9 O Supremo Tribunal do Brasil, que adotava a posição de prestigiar as normas dos tratados internacionais, considerando-as inderrogáveis pela lei ordinária posterior, modificou no entanto o seu entendimento. Decidindo o Recurso Extraordinário 80.004 consagrou a Corte Suprema, pelo seu Plenário com apenas um voto divergente, a tese de que a lei ordinária posterior pode revogar a norma de tratado ou convenção incorporada à legislação interna. Não se conhecem decisões do Supremo Tribunal posteriores a esta que, datada de 1.º.6.77, foi adotada a propósito do Dec.-lei 427 de 22.1.69 (hoje já não mais em vigor) que estabelecia requisitos de validade para letras de câmbio e notas promissórias não previstos na Lei Uniforme aprovada pelas Convenções de Genebra, incorporadas ao Direito Brasileiro pelo Dec. Leg. 54/64 e pelo Dec. 57.663 de 24.1.66.

3.10 Decorridos 16 anos dessa decisão do Supremo Tribunal Federal, é de esperar-se que a mais alta Corte de Justiça do Brasil reexamine o seu entendimento — sobretudo quando estamos às vésperas da vigência do Mercosul — para prestigiar e dar força às normas dos

tratados e convenções internacionais que o Brasil firma, tornando-as imunes aos efeitos das leis ordinárias posteriores à aprovação desses atos internacionais pelo Congresso Brasileiro.

4. O MERCOSUL E A LEGISLAÇÃO “ANTIDUMPING”

4.1 O Tratado de Assunção, firmado em 26.3.91 pela Argentina, pelo Brasil, pelo Paraguai e pelo Uruguai pretende instituir um mercado comum que deverá estar estabelecido em 31.12.94. A instituição de um mercado comum envolve necessariamente a questão da proteção contra as práticas comerciais desleais, dentre elas o “dumping”.

4.2 O Tratado de Assunção traça, em seu art. 4.º as linhas gerais que devem orientar os países signatários no que se refere à defesa contra práticas comerciais desleais de empresas estrangeiras ou de terceiros estados. Assim dispõe o referido art. 4.º: “Nas relações com terceiros países, os Estados Partes assegurarão condições equitativas de comércio. Para tal fim, aplicarão suas legislações nacionais para inibir importações cujos preços estejam influenciados por subsídios “dumping” ou qualquer outra prática desleal. Paralelamente, os Estados Partes coordenarão suas respectivas políticas nacionais com o objetivo de elaborar normas comuns sobre concorrência desleal.”

4.3 Essa regra tem caráter programático especial, similar a uma diretiva imposta pelos Estados Partes a si próprios. O primeiro dever que dela desflui para os Estados signatários é o de aplicar as suas respectivas legislações nacionais para coibir as práticas desleais, dentre elas o “dumping”.

4.4 Tem-se pois que o Brasil, também em cumprimento a obrigação assumida no Tratado de Assunção, deve zelar pela aplicação de sua legislação interna *anti-dumping*, já antes referida. Essa legisla-

ção, em atendimento ao disposto no final do art. 4.º do Tratado, deverá, paulatinamente, harmonizar-se com as legislações internas dos demais países signatários.

4.5 É sabido que a colaboração internacional em matéria de práticas comerciais desleais é de difícil execução. Já foi observado ser axiomático que “em matéria antitruste, a política de um país consiste em defender aquilo que a política de outro país busca atacar”. O dito pode se estendido às demais práticas comerciais desleais. Por outro lado, ainda que se tenha uma visão menos pessimista sobre a possibilidade de cooperação internacional no combate às práticas comerciais desleais, é certo que a implantação de um sistema uniforme de proteção da concorrência em países que buscam integrar-se economicamente é processo lento por natureza e é tanto mais eficiente quanto mais se baseia em um aprendizado a partir da experiência real e das situações concretas que se põem no comércio internacional. Aliás, com sua universalmente reconhecida sabedoria já advertia o grande Justice Holmes que o comércio internacional “is not a technical legal conception but a practical one, drawn from the course of business”.

4.6 Um exemplo extraído da legislação brasileira serve para evidenciar as dificuldades que deverão ser enfrentadas para que se consiga elaborar normas comuns sobre concorrência desleal para os países signatários do tratado do “Mercosul”. O art. 181 da Constituição Brasileira consagra norma que se caracteriza como um “blocking statute” ou norma de defesa interna contra o assédio de agências estrangeiras, dispondo que: “o atendimento de requisição de documento ou informação de natureza comercial, feita por autoridade administrativa ou judiciária estrangeira a pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no País, dependerá de autorização do Poder competente.”

4.7 Quando se tratar de harmonizar as legislações que protegem a concorrência nos países do Mercosul, será imprescindível definir com precisão a autoridade nacional ou supranacional que tenha competência para determinar o atendimento a pedidos de informação em matéria de práticas comerciais desleais para que os pedidos sejam respondidos pelo Brasil. É este um exemplo das muitas dificuldades a vencer na harmonização das legislações dos países do Mercosul.

4.8 De qualquer sorte, a uniformização nos países integrantes do Mercosul das legislações sobre práticas comerciais desleais (dentre elas o “dumping”) certamente se deverá fazer tendo como ponto de partida as normas do GATT. Estas já são adotadas pelo Brasil, Argentina e Uruguai, partes contratantes do GATT e estão em vias de sê-lo pelo Paraguai que negocia no momento seu ingresso naquele organismo multilateral. Não poderá deixar de ser levada em conta a diretriz que prevalece desde a denominada Rodada Tóquio (*Tokyo Round*) que reconhece a importância de medidas diferenciadas para assegurar aos países em desenvolvimento um tratamento especial e mais favorável no seu relacionamento com os países mais ricos.

4.9 Essa harmonização legislativa apresenta sem dúvida um dos grandes desafios que se apresentam aos países membros do Mercosul na busca de uma integração regional que, tudo indica, representa uma imposição dos tempos atuais. A busca da integração exige persistência e humildade. Persistência pois as dificuldades a vencer são muito grandes. Humildade para reconhecer que o caminho a percorrer é longo e difícil e que os latino-americanos não se podem considerar mais eficientes do que os europeus na luta contra os obstáculos políticos, sociais e culturais que têm de ser vencidos para atingir-se a meta da integração. A Europa busca há mais de trinta

anos uma integração que se tem revelado tanto mais difícil quanto promissora. Advertidos por esse exemplo, os países latino-americanos terão de — na busca de integração — munir-se de paciência e constância que não parecem constituir as características mais marcantes dos temperamentos de seus povos.

Bibliografia

- Celso Albuquerque Mello — *Curso de Direito Internacional Público*, ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro.
- Felix Peña — "Mercosul: Pré-requisitos políticos e econômicos da integração", in *Política Externa*, v. 1/112 e ss., n. 2, set./1992.
- Guy Feuer et Hervé Cassan — *Droit International du Développement*, Dalloz, 1985.
- J. A. Guilhon Albuquerque — "Mercosul: A Integração Pós Guerra Fria" in *Política Externa*, v. 1/112 e ss., n. 2, set./1992, Ed. Paz e Terra.
- João Geraldo Piquet Carneiro — "A Compatibilização Institucional e Jurídica no Mercosul — A Experiência da CEE". in *Boletim de Integração Latino-Americana*, n. 7/14 e ss., out.-dez./1992, Ministério das Relações Exteriores, Secretaria-Geral das Relações Exteriores, Subsecretaria-Geral de Assuntos de Integração, Econômicos e de Comércio Exterior, Brasília, 1992.
- João Paulo dos Reis Velloso e outros — *O Brasil e o Plano Bush — Oportunidades e riscos numa futura integração das Américas*, Ed. Nobel, 1991.
- José Angelo Estrella Faria — "O Mercosul: princípios, finalidade e alcance do Tratado de Assunção", Ministério das Relações Exteriores, Secretaria-Geral de Assuntos de Integração, Econômicos e de Comércio Exterior, Brasília, 1993.
- José Inácio Gonzaga Franceschini — "Legislação de Defesa da Concorrência Comparada: Brasil-Argentina — Contribuição ao Tratado Mercosul", in *Boletim de Integração Latino-Americana*, n.7/26 e ss.
- Luiz Carlos Bresser Pereira e Vera Thorstensen — "Do Mercosul à integração americana", in *Política Externa*, 1/112 e ss, n. 3, dez.-fev./1992/1993.
- Mário Gerbino — "Dumping" in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè Editore, v. XIV/110 e ss.
- Ministério das Relações Exteriores, Departamento de Integração Latino-Americana — *Mercosul — Origem, Legislação, Textos Básicos*, Brasília, 1992.
- RTJ — *Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, 83/809 e ss. mar./1978, p. 809 e ss.
- Rubens Antônio Barbosa — "A Integração Regional e o Mercosul", in *Política Externa*, v. 1/132 e ss., n. 2, set./1992.
- Silvia Martins Pinheiro — "Legislação Brasileira Anti-dumping e de Subsídios: um estudo comparativo, tese de mestrado apresentada em 1992 ao Instituto de Relações Internacionais da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, no prelo.

A RESPONSABILIDADE ESPECIAL DOS EMPREITEIROS PRESCRITA NO ART. 1.245 DO CÓDIGO CIVIL

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

A regra do art. 1.245 do Código Civil Brasileiro tem proporcionado, ao longo dos tempos, algumas dúvidas quanto ao seu efetivo alcance.

Muito se discute a compreensão dos conceitos de "edifício e outras construções consideráveis", já que apenas a esse tipo de empreitada se dedica a norma legal.

Também se tem questionado o quão abrangente será a expressão "solidez e segurança do trabalho", da qual faz uso o dispositivo para declarar até onde responde o empreiteiro diante da obra feita.

E, finalmente, argüi-se quanto ao caráter do prazo quinquenal ali adotado para a responsabilização, se seria ele taxativo, ou de ordem privada, neste último caso eventualmente superável por acordo entre as partes. Mais que isto, debate-se ainda sobre a natureza própria dessa responsabilização, se de ordem pública ou se eventualmente renunciável por acordo entre as partes.

As dúvidas acima, longe de serem meras especulações teóricas, dogmáticas, são todas elas originadas da intensa aplicação prática daquela norma que, incorporada no nosso Direito legislado nos tempos anciãos do Código Civil, teve que se defrontar com a extrema complexidade moderna das obras de maior ou menor vulto e as seqüelas dali derivadas quanto a defeitos ou falhas.

Aparentemente, essa especial responsabilidade teve origem no Direito Romano, na Lex oito dos Imperadores

Gratiano, Valentiniano e Theodósio, pela qual os contratantes de obras públicas e seus herdeiros eram responsáveis pelo reparo de quaisquer defeitos nas obras surgidos durante 15 anos.

Posteriormente, esse prazo foi reduzido para 10 anos e a responsabilidade estendida às obras privadas.

A esse propósito fala Carvalho de Mendonça (in *Obrigações no Direito Civil Brasileiro*, v. II/108).

O Código Civil Brasileiro absorveu essa responsabilização, repetindo de um modo geral no seu art. 1.245 o art. 1.792 do Código Civil Francês, reduzindo o prazo decenário, por este cometido, aos cinco anos aqui estipulados.

Naturalmente que, com o passar dos tempos, nesse quase século decorrido desde a edição do Código, aquela disposição específica, falando de perto a questões ligadas a falhas e defeitos em obras perante quem os encomendou, foi sendo mais e mais invocada e aplicada, à força da proliferação da atividade industriosa no país, e também questionada a toda hora quanto a seu alcance e dimensão, já à causa dos valores consideráveis ali envolvidos, já em função do que se repercute no prestígio pessoal e empresarial dos que são chamados a responder.

De início, ao se reportar a "contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis" e falar em "solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo...."

o art. 1.245 já deixou margem a discussões quanto às atividades de *projeto* dessas construções.

A nós parece que o projeto daquelas obras se inclui no espectro legal, entendendo-se que um erro ou falha na *concepção* do que se pretende construir autoriza a imputação daquela responsabilidade específica.

Neste sentido ensina o clássico Hely Lopes Meirelles: “Embora o Código Civil não se refira expressamente aos vícios de concepção da obra, nem por isso ficam liberados de responsabilidade os que a projetaram e calcularam as cargas e resistências.

É nunca se entendeu de outro modo, pois a lei civil é omissa a respeito, tal responsabilidade é imanente ao exercício profissional e derivou das normas regulamentadoras de engenharia e da arquitetura como atividades técnicas vinculadas à construção, motivo pelo qual é uma responsabilidade legal e não contratual, como supõem alguns autores menos familiarizados com normas administrativas e com os preceitos ético-profissionais que regem a matéria.” (*Direito de Construir*, 3.ª ed., 1979, Ed. RT).

Talvez pela estrita expressão legal, talvez pela sua concepção de que essa responsabilidade do art. 1.245 do Código Civil há de ser sempre restritivamente considerada, civilistas de nomeada como Caio Mário Pereira (*Responsabilidade Civil*, Forense, p. 214 e ss.) calam-se a respeito da inserção dos erros e projetos dentre os compreendidos naquela norma.

Contudo, naquela linha mais clara esposada por Hely Lopes Meirelles seguem especialistas como Miranda de Carvalho (*Contrato de Empreitada*, 1.ª ed., p. 244), que referem-se igualmente, com assento jurisprudencial, ao “plano defeituoso” da obra, que ocasionou esses defeitos.

E, realmente, não poderia ser de outra forma, como se pudéssemos abstrair do

contexto da obra feita, e nesse caso específico, da grave responsabilização pelas suas eventuais seqüelas danosas, o responsável pela sua concepção, pelo seu plano, pela sua idealização, pelo seu projeto.

Acórdão da 1.ª Câmara Civil do TJSC, em 12.5.83 (*Jurisprudência Brasileira*, p. 137), assim decidiu:

“Portanto, a regra do art. 1.245 do Código Civil não se aplica somente ao empreiteiro, estendendo-se a todo construtor de edifícios, como também ao arquiteto ou engenheiro, quando tenha elaborado o projeto ou finalizado a obra, uma vez que, em qualquer caso, é sempre responsabilidade legal do profissional habilitado a projetar ou a construir, ou da empresa construtora, que há de garantir a solidez e segurança da obra, sem a menor influência da modalidade contratual adotada para a execução dos trabalhos.”

Admitindo-se assim que os erros e falhas reportados no art. 1.245 do CC abangem os erros na concepção das obras ali referidas, enfrenta-se o questionamento sobre o conceito de “edifícios e outras construções consideráveis”.

Miranda de Carvalho (ob. cit., 232 e ss.), observa que: “... o Código Civil Brasileiro, a exemplo de seus congêneres invocados, é omissos sobre o critério para a determinação do que sejam obras consideráveis ... a conclusão é que ficou ao prudente arbítrio do Juiz a determinação daquele critério.”

No passo dessa razoável indefinição e, à época da sua obra (1953), da ainda tênue manifestação da jurisprudência brasileira, o mestre civilista se vale do reforço de Vitalvi, Coberand e Delvaux para informar:

“Neste pressuposto, a jurisprudência estrangeira tem qualificado de “consideráveis” a construção de pontes, de estradas de ferro, de muralhas de sustentação, de reservatórios d’água, a insta-

lação de encanamentos d'água nos edifícios, a pavimentação de estradas de rodagem, etc."

Caio Mário, acima visto mais contido no tocante à extensão do gravame aos projetistas, parece entender bem largo o conceito das obras consideráveis (*Responsabilidade Civil*, Forense, p. 220).

Lembra como exemplo, "pontes, viadutos, edifícios de toda espécie". E, adiante, cita Hely Lopes Meirelles para lembrar que "a alusão a obras de grande vulto não se aplica restritivamente a edifícios porque para estes não se exige a vultuosidade".

Vê-se assim o mestre civilista mineiro a concluir que, em regra, edifícios, quaisquer deles, estarão compreendidos na regra do art. 1.245, e quanto a demais obras, aquelas padeceriam de ser capituladas como vultosas ou consideráveis. Assim sendo, será vasta e ampla a abrangência da expressão do art. 1.245, se adotarmos o largo conceito de edifícios que a melhor doutrina emprega, como Alfredo de Almeida Paiva (*Aspectos do Contrato de Empreitada*, 1.^a ed., p. 88): "Todas as construções, destinadas à habitação ou a quaisquer outro fim que com ela se relacione"; ou como Franzen de Lima: "construções consideráveis, destinadas à moradia do homem, ao estabelecimento de suas atividades, como o comércio e a indústria; às habitações coletivas, como colégios, hospitais, quartéis ou outros ...".

Então, já porque edifícios serão, por natureza, obras consideráveis, a compreensão do que dispõe o art. 1.245 será bem ampla, incluindo a grande parte das obras públicas ou privadas que sejam enfim destinadas a durar.

Sim, porque talvez Costa Senna (*Da Empreitada no Direito Civil*, 1.^a ed., 1935, p. 8) tenha especificado o grande elemento diferenciador: "Distintivo mais preciso é o da durabilidade, porque ninguém se abalança a erigir obras consideráveis por pouco tempo".

Na mesma precisa observação sobre a durabilidade da obra coloca-se Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, v. 44/378, Borsoi, Rio de Janeiro).

Em recente e valioso trabalho monográfico sobre a *Responsabilidade Civil do Construtor* (Forense, Rio de Janeiro, 1990, p. 68) a Dra. Ann Helen Wainer pesquisa a questão da doutrina brasileira e estrangeira, concluindo ainda aí pelo elemento distintivo da durabilidade da construção para qualificar se a obra sujeitará ou não seu empreiteiro à responsabilidade do art. 1.245 do CC.

Admitindo-se uma certa obra como "considerável" para fins da norma em questão, surge outro dos pontos de consideração sobre o preceito do art. 1.245, no que apenas os defeitos que digam respeito à "solidez e segurança" da obra ali são contemplados.

Temos aqui, em doutrina, uma forte inclinação em ver com abrangência essa expressão, no sentido de ali se incluir aqueles defeitos que tornem a obra *imprópria* ou *inadequada* a seu uso.

Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, v. 44/378, Borsoi, Rio de Janeiro), explica que:

"O conceito de solidez não apresenta dificuldades para a apreciação das espécies.

Quanto a segurança, não se pode entender que só se refira a ausência de possíveis danos provindos de desabamento, ou rompimento de paredes ou tetos ou assoalhos, ou arrebentamento de escadas. Há os perigos de incêndio, de umidade grave, de anti-higiene, e de gases. O conceito de segurança não pode ser restringido ao de indanificabilidade atinente à estabilidade da construção, o que se prende à "segurança". A solidez liga-se conceitualmente ao que se construiu, ao objeto. A segurança alude ao sujeito, embora a causa haja de estar na construção."

Já se percebe como o grande mestre alagoano entende a expressão do art.

1.245 como abrangente de todos os prejuízos de natureza grave que os danos acarretam à obra, não apenas aos que digam respeito à estabilidade, de que cuida o termo "solidez".

No seu excelente trabalho monográfico, a Dra. Ann Helen Wainer (ob. cit., p. 70) refere-se ao estudo de Mário Moacyr Porto (RT 623/87) onde se explica de modo bem claro que: "Todo defeito que compromete a destinação do imóvel, se inclui na garantia quinquenal, pois "segurança" também significa garantia de que a construção serve, a contento, o fim para que foi construída ou destinada".

Esse entendimento também coincide com o de Aguiar Dias (*Da Responsabilidade Civil*, v. 1.º Forense, p. 356).

"A obrigação que o empreiteiro de construções assume é uma obrigação de resultados. Assim, deve ele garantir ao dono da obra, nos termos do contrato, a solidez da obra e a sua capacidade para servir ao destino para que foi encomendada".

De igual maneira, Sobral Pinto no seu artigo "Responsabilidade das Construções" (in RF 88/535) fala em "solidez e segurança indispensáveis a seu uso normal".

O que nos parece então é que para os fins daquela norma legal, de se obter a cobertura da responsabilidade extra ali criada, defeito ou danos que afetem a *solidez e a segurança da obra* dizem respeito a seqüelas que tornem a construção inadequada ou imprópria à sua destinação.

Não se considerariam assim danos que não disserem respeito ou não restringirem em nada a utilização do objeto construído. Mas todo e qualquer defeito que importar em diminuição, redução ou qualquer impedimento ou perda na capacidade e na qualidade de uso da obra feita estará ali compreendido.

Em Acórdão de 1981 o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (in *Jurisprudência Brasileira*, n. 128) decidiu

que simples infiltração de água e umidade no apartamento apresenta dano coberto pelo art. 1.245, por afetar a solidez da obra, no que seu pretendido uso fica prejudicado.

No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro há um Acórdão de 16.4.86, em grau de Embargos Infringentes, do 2.º Grupo de Câmaras Cíveis (ADCOAS, 1986, n. 110.174), onde se afirma que: "A disposição legal não se restringe àqueles danos que importem na ruína e desabamento de toda a obra, mas aplica-se a cada detalhe em particular. Em um caso como em outro, o dono da obra, que não é técnico, não tem meios de divisar os defeitos parciais, sempre ocultados pelo construtor mediante recursos conhecidos, de massa e de pintura".

Fica quase isolado, neste particular, o opinamento de Caio Mário, que, como vimos, é quase sempre mais estrito na análise dessa especial responsabilidade (ob. cit., p. 12): "Somente estão em risco a solidez e segurança do edifício ou da construção quando surge defeito que, por sua natureza, importe ruína, esboroamento, destruição, perecimento, sejam efetivamente já verificados ou que ameacem ocorrer."

Nesse primeiro plano dos civilistas brasileiros só encontramos com ele Silvío Rodrigues (*Direito Civil Aplicado*, S. Paulo, Saraiva, 1981, p. 288) também abordando a tese de que a "solidez e segurança" como citados no art. 1.245, hão de ser conceitos de estrita interpretação.

Por mais extensamente debatidas em tese, e na prática jurisprudencial, que sejam essas questões ligadas ao tipo normativo do art. 1.245 do CC, maior peso tem ainda o questionamento sobre a natureza própria dessa responsabilidade ali criada, se de ordem pública, ou não, já que, na primeira hipótese, o contrato, a convenção das partes, não poderia suprimi-la, ou mesmo modificá-la, e na segunda alternativa essa mudança convencional seria aceitável e válida.

Carvalho Santos (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, v. 17/352) reputa a responsabilidade como extracontratual, de interesse e ordem pública: "Em verdade, todos os cidadãos são interessados na construção de edifícios e obras, com os quais vêm a ter contato por força das circunstâncias, pois só assim serão evitados desastres irreparáveis."

Já Aguiar Dias (*Da Responsabilidade Civil*, v. 1/360) afirma: "Que as relações entre o empreiteiro e o dono da obra, são indubitavelmente, de ordem contratual."

Como Aguiar Dias alinham-se Costa Sena (*Da Empreitada no Direito Civil*, 1.ª ed., 1935, p. 68) e Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, v. 44/405).

Miranda Carvalho (ob. cit., p. 222) especialista, e bem analítico dessa característica responsabilização, conclui, com erudita assentada em Aubry & Rau, Gabba, Mário Vella Laurent, e outros, que: "... a responsabilidade quinquenal do empreiteiro é de ordem pública e a convenção das partes pode apenas aumentá-la, e não dispensá-la ou diminuí-la."

Com o mestre Carvalho Santos e Miranda Carvalho, pelo caráter público e extracontratual da norma do art. 1.245 filiam-se também Almeida Paiva (*Aspectos dos Contratos de Empreitada*, 1.ª ed., p. 94) e Serpa Lopes (*Curso de Direito Civil*, v. IV, 3.ª ed., p. 177).

A nós convence essa percepção mais longa, e mais requintada, dessa responsabilidade especial. Para além de um estreito caráter contratual apenas por se encontrar nos capítulos obrigacionais do Código, ressalta a consideração de que esse ônus todo particularizado imposto aos empreiteiros objetivou certa segurança da comunidade, à qual as obras de maior porte afetam ou podem afetar, interessam ou devem interessar, envolvendo a integridade física e os bens de terceiros, o que, no dizer perfeito de Serpa Lopes, "excede aos limites subjetivos do contrato, restrito às partes contratantes".

Observamos uma sólida tendência jurisprudencial neste sentido. Os seguintes acórdãos foram encontrados lastreando o caráter público, extracontratual, da responsabilidade criada no art. 1.245 do CC:

— Supremo Tribunal Federal, na ação do condomínio do Ed. Morena contra a Construtora Adolpho Lindenberg S/A (*RTJ/76-1985*).

— Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na ação da Cia. Patrimonial de Seguros Gerais, contra Dalmo Lúcio Mendes de Figueiredo (*Jurispr. Bras.* 44/117-1981).

— 1.º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, na ação do Condomínio do Ed. Fiandeiras e outros contra Carraresi Dell'Acqua Engenharia e Construção Ltda. (*Bol. de Jurispr. ADCOAS*, 1979, n. 66.803).

— Tribunal de Justiça de Santa Catarina, na ação de Holpcke Veículos S/A contra Construtora Aliança e outros (*Jurispr. Bras.* 132/117 — 1979).

— Tribunal de Justiça de São Paulo, na ação de Alexandre D. Alessandro contra IPESP (*RT* 464/310 — 1960).

Voltando ao campo doutrinário juntam-se a Carvalho Santos e a Miranda Carvalho ainda San Thiago Dantas (*Programa de Direito Civil* II/307) e Hely Lopes Meirelles (*Direito de Construir*, 3.ª ed., 243).

É ponderável assim o peso do opinamento jurídico brasileiro pelo caráter público, e pois irrenunciável, da responsabilidade inscrita no art. 1.245 do CC.

Daí a conclusão de que as partes, nos contratos de empreitada, ficam limitadas nos seus direitos de livre negociação quanto àquela responsabilidade especial do art. 1.245 do CC. Não a podem reduzir, ou em termos de encurtamento do prazo quinquenal ali consignado, ou a nível de estreitamento do escopo dos riscos cobertos do empreiteiro. Certamente sua alea negocial continua livre e aberta para possíveis agravamentos do espectro da responsabilidade, alongando

o prazo quinquenal ou emprestando mais abrangência os riscos cobertos.

Fixando o dispositivo um prazo de cinco anos e dizendo ele respeito a uma responsabilidade especial do empreiteiro — já vimos, extrapolando, fugindo do cerco contratual para o interesse público — muito se tem discutido, ao longo dos tempos, sobre a natureza jurídica desse prazo quinquenal.

A questão aqui surge e se desenvolve em função e pelo fato de que são distintos os momentos da ocorrência do defeito ou dano na obra, e da propositura da ação indenizatória daí decorrente.

Existe um entendimento de que esse prazo quinquenal do art. 1.245 dirige-se à propositura da ação judicial correspondente, sendo decadencial. Nessa vertente, se o dono da obra não ajuizar o pleito indenizatório naquele período, contado desde a aceitação da obra, perde o direito de postular compensação pelas seqüelas danosas.

Nesta linha se manifestam Cunha Gonçalves (Dos Contratos Especiais, Ed. Ática, Lisboa, p. 159), Caio Mário Pereira (ob. cit., p. 289) e Costa Sena (ob. cit., p. 73).

É admissível que tal ponto de vista encontre assento na norma de direito francês que identifica na sua disposição análoga à nossa o prazo de ocorrência dos defeitos como o prazo para ajuizamento da ação indenizatória, sendo contudo de se notar que ali há um cometimento de 10, e não de 5 anos, para tal fim.

Caio Mário na recente obra *Responsabilidade Civil* (Forense, Rio de Janeiro, 1980, p. 222) volta a sustentar tal percepção quanto ao caráter decadencial do prazo do art. 1.245 suportando-se em Espínola, Cunha Gonçalves e De Page, para afirmar que: "O construtor responde pelos defeitos durante cinco anos."

Já aqui o mestre civilista, que como temos visto, se mostra quase sempre consistentemente alinhado com as posi-

ções mais restritivas, mais redutoras do espectro da responsabilização em tela, reconhece a vertente doutrinária em sentido contrário, representada por Hely Lopes Meirelles, e afirma que, ao elaborar o Projeto do Código de Obrigações em 1965 fez, ele autor, "Constar o prazo de garantia de cinco anos, estabelecendo que a ação deveria ajuizar-se nos seis meses que se seguirem ao aparecimento do defeito", evoluindo o civilista pois ao admitir muito mais sentido no caráter de garantia do prazo, ainda que não se conceba porque foi ele cometer prazo prescricional de apenas seis meses, e tal como se tratasse de vícios redibitórios, e não a tão-somente se conformar com o prazo prescricional comum.

A nós nos ressalta contudo algumas questões que colocam em risco a propriedade lógica e mesmo jurídica desse entendimento subscrito pelo mestre civilista mineiro e que empresta ao prazo do art. 1.245 caráter decadencial ou prescricional.

Se, por exemplo, nos últimos instantes, no último dia daquele prazo quinquenal, onde a responsabilidade do empreiteiro vige com igual validade, ocorresse o defeito, o grave dano na sua obra, quem quer que seja, com legitimidade, afrontado por tal evento, não poderia fazer valer a sua pretensão indenizatória, porque já ali estará acontecendo a decadência do direito ao pleito correspondente.

O que se mostra mais razoável portanto, é mesmo mais consentâneo com o espírito que permeia essa responsabilização e também com os próprios termos da expressão legal específica, é que o prazo cometido nesse art. 1.245 seja um claro prazo de garantia, não havendo ali previsão de prazo prescricional para a ação, em vista do que, como diz Miranda Carvalho (ob. cit., p. 270/272) "... bem é de ver que a (lei) a sujeitou a prescrição comum."

Com muita propriedade, Miranda Carvalho, prosseguindo, mostra como se apercebeu do verdadeiro contra-senso que representa aquela concepção sobre termos decadenciais da responsabilidade em tela:

“Não estatuinto nenhum prazo de prescrição para o caso em apreço o Código Civil afastou uma situação injusta e disparatada, qual fosse a de, igualando o prazo da responsabilidade excepcional do empreiteiro ao da prescrição da ação do empregador para efetivá-la, denegar a este tal ação quando o vício aparecesse no último dia do quinquênio, ou em geral, a de admitir o curso de um prazo de prescrição antes de nascer a ação por ele visada, cujo nascimento depende, em absoluto, da aparição daquele vício em qualquer dia do prazo extintivo.

Almeida Paiva (ob., cit., p. 100) também corrobora a tese de que o termo quinquenal reporta-se ao surgimento dos danos, não ao ajuizamento da ação: “o que a lei toma, portanto, indispensável, é o aparecimento dos vícios ou defeitos da construção dentro dos 5 (cinco) anos estabelecidos a contar da sua respectiva entrega e recebimento, pouco importa se no início ou no último dia.

“Verificada a existência de tais defeitos, começa a correr o prazo de prescrição para o exercício da respectiva ação de indenização, que, à falta de dispositivo legal, terá de reger-se, incontestavelmente, pelo princípio da prescrição comum aos direitos pessoais.”

Nessa mesma orientação escrevem Carvalho de Mendonça (ob. cit., p. 108) Hely Lopes Meirelles (ob. cit., p. 240), Carvalho Santos (ob. cit., p. 317) entre outros.

Também nesta linha se pronunciam Aguiar Dias (ob. cit., p. 330), Pontes de Miranda (ob. cit., p. 405) San Thiago Dantas (ob. cit., p. 307) e muitos outros. A Dr.^a Ann Helen Wainer, nessa sua

preciosa monografia (ob. cit., p. 149) refere-se entre outros, ao julgado na 1.^a Turma do STF na Ap. Cível 10.421 de 25.11.48 (RF 127/433) e da 3.^a Câmara Cível do TJSP, na Ap. Cível 30.019-1, j. 3.5.53, claramente definido pela independência entre os prazos de garantia dessa responsabilidade do empreiteiro, e de prescrição da ação que busque seu atestado judicial.

Já vimos como avaliam essa provisão legal aqueles como Caio Mário, que julgam decadencial o prazo do art. 1.245, compreendendo portanto como definitivamente extinta aquela responsabilidade do empreiteiro findos os cinco anos de entrega da obra.

Os que partilham, contudo, da compreensão diversa, mais judiciosa, a nosso ver, como a Dr.^a Ann Helen Wainer (ob. cit., p. 150), estes esclarecem que o prazo de garantia recomeça a fluir integralmente a contar de cada reparo feito, de tal modo que a segurança e solidez da obra reparada permaneça sob guarda da asseguuração quinquenal, o que é a expressão clara do Acórdão da 9.^a Câmara Cível do TJRJ, j. 19.11.80 (Reg. no TJRJ, j. 19.12.80): “Responsabilidade do construtor. O prazo de cinco anos recomeça, apesar de se tratar de período prestes a se extinguir, se o construtor realiza obras de reparo e estas se revelam insatisfatórias, continuando comprometidas a segurança e solidez da construção”.

Desta pequena análise, um pouco “a vol d’oiseau”, sobre a norma do art. 1.245 do CC, podemos ver a importância da responsabilização ali cometida aos empreiteiros em função de problemas, de defeitos, de seqüelas em determinadas construções, e que falam de perto à coletividade como um todo, ainda que muito especialmente ao dono da obra.

O mais consistente posicionamento doutrinário acima visto sobre a qualificação do prazo quinquenal como termo de mera garantia, não como marco

decadencial ou prescricional, se desdobra ainda na observação, muito importante, de que os defeitos (de solidez e segurança) surgidos após o decurso daquele prazo, não se deparam necessariamente com ausência de responsabilização por parte do construtor.

Naturalmente que, sendo o prazo do art. 1.245 um simples marco de garantia,

os defeitos até ali surgidos induzem culpa presumida do empreiteiro, ao passo que os que se verificam após aquele decurso, vão demandar do interessado a prova devida de culpa, observando-se aí a disposição do prazo (o prazo comum) vintenário para o ajuizamento do necessário pleito.

Rio de Janeiro, junho/1993.

VARIAÇÃO CAMBIAL DE MOEDA NACIONAL

WALDÍRIO BULGARELLI

1.ª TACivSP — Ap. 459.871-8 — São José do Rio Preto — 8.ª Câm. — Rel. Juiz Alexandre Germano — j. 20.5.92 — v.u.

ACÓRDÃO — Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação 459.871-8, da Comarca de São José do Rio Preto, sendo apelante José Carlos Venezian e apelada Adair Medeiros dos Santos: Acordam, em 8.ª Câmara do 1.º Tribunal de Alçada Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

“Cambial — Nota promissória com valor em dólares. Nada impede a emissão de nota promissória em moeda estrangeira. A cambial que contenha valor expresso em dólar não é nula: pode ser objeto de execução, convertido seu valor em moeda nacional, com correção monetária a partir do vencimento”.

Embargos à Execução (nota promissória) julgados improcedentes, com apelo do vencido pedindo a reforma. Sustenta falsidade e nulidade do título por estar expresso em moeda estrangeira.

Recurso bem processado.

É o relatório.

Nega-se provimento.

A execução diz respeito a uma nota promissória emitida pelos devedores, com vencimento para 20.5.88, no valor de “US 857 — oitocentos e cinquenta e sete dólares, ou em cruzados o valor correspondente” (fls. 7 dos autos da execução).

Allega o embargante-apelante a falsidade do título, sustentando que a expressão “ou em cruzados o valor correspondente” foi acrescentada posteriormente ao preenchimento da cambial, aproveitando-se dos espaços em branco.

Todavia, tal acréscimo não ficou provado, pois ao primeiro exame, a olho nu, não se evidenciava diferença de caracteres constantes do título, como se este houvesse sido preenchido em momentos sucessivos, em máquinas datilográficas diversas.

De resto, o embargante não impugnou a autenticidade das assinaturas, que se reputam verdadeiras, bem como as declarações constantes do documento (art. 368 do CPC).

Além disso, de nenhum proveito para quem quer que fosse, notadamente para o credor, a alegada adulteração da cambial, pois os dizeres questionados (“ou em cruzados o valor correspondente”) são supérfluos e nada acrescenta ao direito do credor.

E que não há obstáculo legal à emissão de nota promissória em moeda estrangeira. A cambial que contenha valor expresso em dólar não é nula: pode ser objeto de execução, convertido seu valor em moeda nacional, corrigida a partir do vencimento.

Em nossa legislação, já dispunha o Dec. 2.044, de 31.12.08: “A letra de câmbio deve ser paga na moeda indicada. Designada moeda estrangeira, o pagamento, salvo determinação em contrário, expressa na letra, deve ser efetuado em moeda nacional, ao câmbio à vista do dia do vencimento e do lugar do pagamento; não havendo no lugar curso de câmbio, pelo da praça mais próxima”.

Atualmente, vigindo em nosso ordenamento jurídico a Lei Uniforme de Genebra, dispõe seu art. 41 que “se numa letra se estipular o pagamento em moeda que não tenha curso legal no lugar do pagamento, pode a sua importância ser paga na moeda do País, segundo o seu valor no dia do vencimento. Se o devedor está em atraso, o portador pode, à sua escolha, pedir que o pagamento da importância da letra seja feito na moeda do país ao câmbio do dia do vencimento ou ao câmbio do dia do pagamento. A determinação do valor da moeda estrangeira será feita segundo os usos do lugar de pagamento. O sacador pode, todavia, estipular que a soma a pagar seja calculada segundo um câmbio fixado na letra. As regras acima indicadas não se aplicam ao caso em que o sacador tenha estipulado que o pagamen-

to deverá ser efetuado numa certa moeda especificada (cláusula de pagamento efetivo numa moeda estrangeira). Se a importância da letra for indicada numa moeda que tenha a mesma denominação, mas valor diferente no País de emissão e no de pagamento, presume-se que se fez referência à moeda do lugar de pagamento".

A propósito, em minucioso estudo sobre a questão, conclui Mauro Brandão Lopes: "As notas promissórias com soma cambial expressa em moeda estrangeira são todas, sem exceção, executíveis no Brasil, tenham ou não sido aqui emitidas. A sua licitude decorre, antes de mais nada, de disposição explícita da lei cambiária brasileira vigente, a Lei Uniforme de Genebra, que na primeira alínea do art. 41, aplicável às notas promissórias por força do art. 77, prevê títulos com estipulação de pagamento em moeda "que não tenha curso legal no lugar do pagamento", i.e., que tenham quantia em moeda estrangeira. E a lei brasileira sobre a moeda estrangeira, o Dec.-lei 857/69, não proíbe a cambial em moeda estrangeira, mas tão-somente a cambial com estipulação de efetivo pagamento nessa moeda, estando para tanto autorizada pela reserva que incide sobre a 3.ª alínea do referido art. 41. Ainda: se conflito houvesse entre o art. 41 da Lei Uniforme e o Dec.-lei 857/69, este último, na exata medida do conflito existente, seria inconstitucional, pois as normas da Lei Uniforme são inderrogáveis por leis ordinárias. Afinal, mesmo que o Dec.-lei 857/69 estivesse em conflito com o art. 41 da Lei Uniforme, não seria necessário invocar a sua inconstitucionalidade, pois a nulidade de seu art. 1.º não se aplica às notas promissórias que se incluem entre as exceções do art. 2.º (n. V), situando-se no regime de plena liberdade de estipulação" (*Cambial em Moeda Estrangeira*; Ed. RT, 1978, p. 85).

Em suma, nada impede a estipulação de pagamento em moeda estrangeira, sujeito ao poder liberatório da moeda nacional; para a execução do título expresso em moeda estrangeira, deve ser feita a conversão na moeda do país, segundo o seu valor no dia do vencimento, a partir do qual esse valor será corrigido até a data do pagamento.

Observe-se, por fim, que a nota promissória constitui promessa direta de pagar feita pelo emitente, que é o seu criador e principal devedor; quem a emite se obriga diretamente

pelo pagamento nela prometido (João Eunápio Borges, *Títulos de Crédito*, Forense, 1983, pp. 134/135). Seria contra o direito que o emitente se obrigasse a pagar determinado valor, para depois tentar fugir à obrigação, alegando nulidade do título, porque expresso em moeda estrangeira: *nemo auditur suam turpitudinem allegans* (ninguém será ouvido quando alegar sua própria torpeza).

De resto, o apelante não negou a existência da dívida, não provou o pagamento nem impugnou o resultado da conversão dos dólares em cruzeiros, na forma apresentada pelo credor ao ajuizar a execução.

A questão foi bem examinada e decidida pelo ilustre Magistrado Euclides Leonardi, cuja sentença é confirmada por seus fundamentos.

Nega-se, pois, provimento ao recurso.

Presidiu o julgamento, com voto, o Juiz Toledo Silva e dele participou o Juiz Raphael Salvador (revisor).

São Paulo, 20 de maio de 1992 — ALEXANDRE GERMANO, relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO — Contrato estipulado em moeda estrangeira como parâmetro — Possibilidade jurídica do pedido — Sub-rogação — Legitimidade ativa.

Se a estipulação sem moeda estrangeira serviu apenas como parâmetro, tem-se que o contrato é válido, máxime se resultante do consentimento recíproco e livre das partes. Quem paga dívida de outrem, sub-roga-se nos direitos e ações dos credores satisfeitos, podendo legitimamente executar o devedor primitivo para reaver o que despendeu.

TJDF — Ag. Instr. 3.766-DF — 2.ª T. — Rel. Des. João Mariosa — j. 5.8.92 — v.u.

ACÓRDÃO — Acordam os Desembargadores da 2.ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (João Mariosa, Getúlio Oliveira e Natanael Caetano) em improver o agravo nos termos do voto do Relator, à unanimidade.

Brasília, 5 de agosto de 1992 — NATANAEL CAETANO, pres. — JOÃO MARIOSIA, relator.

RELATÓRIO — O Sr. Des. João Mariosa: M. H. M. ajuizou ação de cobrança contra F.

S. D. M., perante o Juízo de Direito da 8.ª Vara Cível da circunscrição judiciária de Brasília, na condição de sub-rogado.

Citado, o réu ofereceu contestação, suscitando preliminares de impossibilidade jurídica, consistente em estipulação contratual de pagamento em moeda estrangeira, e de ilegitimidade ativa por postular o autor direito alheio como próprio. Requeceu ainda, a realização de perícia contábil e uma série de providências, tais como expedição de ofícios, convite e precatória.

Por ocasião do sancador, assim se manifestou o MM. Juiz processante.

"Processo em ordem. Nada a sancar. Rejeito as preliminares, a uma porque litiga o autor sobre direito próprio, sendo pois parte legítima. A duas porque a referência à moeda estrangeira serve apenas como parâmetro. Defiro a produção de prova exclusivamente testemunhal, uma vez que não há utilidade na perícia contábil requerida e, quanto às demais providências, poderão ser supridas por ato da parte".

Inconformado, interpôs o réu o presente agravo de instrumento, pleiteando, sob pena de cerceio de defesa, a reforma do referido despacho, para que o Magistrado de 1.º grau fundamente adequadamente, na parte em que houve rejeição sumária das preliminares. Postula, ainda, a realização da perícia contábil a expedição de diversas diligências (fls. 02/07).

O recurso foi contrariado, pedindo-se a manutenção do despacho recorrido (fls. 11/12).

A decisão agravada foi mantida (fls. 16). É o relatório.

VOTO — O Sr. Des. João Mariosa (Relator): Conheço do agravo, cabível e tempestivo.

Insurge-se o agravante contra o despacho que rejeitou as preliminares de impossibilidade jurídica do pedido e de ilegitimidade ativa, e que indeferiu a realização da perícia contábil e deixou sob sua iniciativa certas providências.

Em primeiro lugar, não procede a alegada falta de fundamentação do despacho. Fundamentação houve, embora de forma sucinta, posto que as preliminares foram analisadas e rejeitadas de maneira precisa e objetiva.

No tocante às preliminares em si, andou bem o ilustre Magistrado em não as acolher.

O agravante, ao se retirar da firma MM. A.D.L. que mantinha em sociedade com o agravado, assumiu compromisso, mediante

acordo devidamente instrumental, de resgatar os débitos descritos na Cláusula III, do respectivo contrato. Para tanto, recebeu duas salas localizadas no Ed. P. L., nesta Capital.

Como o agravante vendeu as salas e não providenciou o implemento do encargo a que se obrigara e tendo sido ajuizada ação de execução para a cobrança dos débitos, não restou outra alternativa ao agravado se não resgatar os pagamentos reclamados, já que permanecera à frente dos negócios da empresa executada.

Esta forma, tendo pago dívidas de outrem, sub-rogou-se no direito e ação dos credores satisfeitos. É o que dispõe expressamente o art. 988, do CC, *verbis*: "A sub-rogação transfere ao novo credor todos direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida contra o devedor principal e os fiadores".

Evidente, portanto, a legitimidade do agravado para figurar no pólo ativo da relação processual.

Alega, ainda, o agravante, que as dívidas pagas pelo agravado foram contratualmente expressas em dólares americanos, afrontando-se o Dec.-lei 857/69, que em seu art. 1.º inquina de nulidade os contratos estipulados em moeda estrangeira.

Se as partes ajustaram livremente e mediante consentimento recíproco as obrigações do contrato, a recusa em solvê-las, por qualquer uma delas, equivale a transgredir o pacto.

Ora, se o agravante aderiu livremente à cláusula contratual, não pode ele posteriormente invocar a sua ilegalidade para se desonerar, sob pena de se beneficiar da própria torpeza e de enriquecer sem causa.

Por outro lado, a menção à moeda estrangeira serviu apenas de parâmetro, já que as dívidas foram efetivamente pagas em cruzeiro, conforme atestam os recibos juntados às fls. 07/31.

Por último, se há nos autos farta prova documental e foi deferida a produção de prova testemunhal, aptas a esclarecer plenamente os fatos, torna-se desnecessária a realização de perícia contábil.

Quanto às demais providências, relativas a fornecimento de endereços, remessas de ofícios, etc., cabe ao próprio agravante supri-las por conta própria, como acertadamente entendeu o MM. Juiz.

Nego provimento ao agravo.

É o meu voto.

O Sr. Des. Getúlio Oliveira: — Sr. Presidente, acompanho o voto do eminente Relator. A decisão está suficientemente fundamentada. Houve, segundo o noticiário, a sub-rogação e a sub-rogação faz operar a transferência de crédito conseqüentemente, do direito de agir. Por outro lado, a expressão da dívida em moeda estrangeira teria significado se a cobrança se fizesse invocando esse padrão monetário estranho. Não é o que ocorre na espécie, vez que a cobrança se faz em moeda corrente nacional. Por fim, a perícia técnica, como bem demonstrado pelo eminente Desembargador-Relator, não se fazia necessária.

Com estas considerações, nego provimento ao recurso de agravo.

O Sr. Des. Natanael Caetano: De acordo.

Improvido o agravo nos termos do voto do Relator, à unanimidade.

CONTRATO DE COMPRA E VENDA, COM PREÇO FIXADO E INDEXADO EM DÓLARES, PARA PAGAMENTO EM CRUZEIROS, NULIDADE DA CLÁUSULA — Dec.-lei 857/69.

É taxativamente vedada a estipulação, em contratos exequíveis no Brasil, de pagamento em moeda estrangeira, a tanto equivalendo calcular a dívida com indexação no dólar norte-americano, e não a índice oficial ou oficioso de correção monetária, lícito segundo as leis nacionais. Ação de Cobrança da variação cambial, proposta pela vendedora. Nulidade de pleno direito da cláusula ofensiva a norma imperativa e de ordem pública. Recurso Especial conhecido e provido.

STJ — 4.ª T. REsp. 23.707-9-MG — Rel. Min. Athos Carneiro — j. 22.6.93 — v.u. — DJU, 2.8.93, p. 14.250, seção I, ementa.

COMENTÁRIO

1. As três decisões, ora transcritas, tratam diversamente a questão, o que demonstra a divisão que lavra no Poder Judiciário o que não é de estranhar, dada a perplexidade da doutrina perante a pletora de normas a respeito da admissão de contratos ou títulos em moeda estrangeira.

2. Uma certeza ao menos parece haver: a de que nos casos permitidos pelo Dec.-lei 857/69 — exceções ao curso obrigatório da moeda nacional no território brasileiro — é possível a adoção de moeda estrangeira em contratos e títulos de crédito e inclusive o seu pagamento nessa moeda.

3. Pensa-se, entretanto, ser possível também a estipulação em moeda estrangeira, em outros negócios, a qual, porém, deverá ser convertida na moeda nacional, por ocasião do pagamento (daí inclusive a distinção que se tem feito entre moeda de conta e moeda de pagamento). Em relação a tal aspecto, gostaria de apresentar uma primeira distinção, ou seja, quando a fixação em moeda estrangeira decorra do próprio

negócio (p. ex.: a cessão de crédito ou cessão de contrato) ou decorra da intenção de fixar um índice de indexação (p. ex.: negócios comuns em cruzeiros reais mas avaliados em outra moeda). Tudo está a indicar que, na primeira hipótese, mesmo que ocorra a indexação esta não ocorre por intenção das partes pois se trata de negócio em moeda estrangeira. E, justamente, por essa distinção necessária, é que me parece que algumas confusões acontecem tanto por parte da doutrina, como, principalmente, das posições do Judiciário.

4. Como no mundo dos negócios surge uma multiplicidade de situações, tudo indica ser necessária cautela na apreciação dos vários tipos de casos concretos que se apresentam ao operador do direito, parecendo no mínimo exagerada, uma interpretação geral proibitiva que negue validade a muitas operações.

5. De início, parece não haver dúvidas de que a função do Dec.-lei 857/69, foi, na continuidade das normas reguladoras da moeda e do câmbio, manter a vigência obrigatória da moeda

nacional; entretanto, como tal objetivo não poderia acarretar como consequência um verdadeiro fechamento do País aos negócios com o exterior, enumeraram-se as exceções que constam do referido diploma legal. Conceitualmente, é verdade, não fica claro — como ainda hoje não está — de que se tivesse querido evitar que a moeda estrangeira fosse usada como *moeda de conta*, impendendo apenas para a salvaguarda da *moeda de pagamento*.² Principalmente, quando se leva em conta a confusão gerada pela multiplicidade de índices de correção monetária adotados nos últimos anos.³

6. Assim postas as coisas, vejamos as decisões promulgadas. Iniciemos por aquela que recai sobre promissória emitida em moeda estrangeira, conforme seu fundamento exposto na ementa: “nada impede a emissão de nota promissória em moeda estrangeira”. A respeito manifestei-me de acordo, em Parecer oferecido ao Instituto dos Advogados de São Paulo. E em apoio dessa conclusão lembre-se a posição do saudoso Prof. Mauro Brandão Lopes, *Cambial em Moeda Estrangeira*, Ed. RT, 1978, e ainda o meu *Direito Empresarial Moderno*, Forense 1992, p. 371 e ss.

Nesse sentido, verifica-se que as *cambiais* (assim denominadas as Letras de Câmbio e as Notas Promissórias) sempre puderam ser emitidas em moeda estrangeira; é também a doutrina do Código Comercial e da Lei de Falências, além é claro da nossa Lei Cambial e da própria Lei Uniforme de Genebra, aceita pelo Brasil, sem reservas a respeito.

Então estamos perante casos que não correspondem exatamente à pretensão de indexar e se integram à tradição imemorial consagrada expressamente em nossa Lei Cambial. *Quid juris?* Como conciliar a Lei Cambial com as disposições internas do nosso ordenamento? O Egrégio Tribunal houve por bem aceitar uma em relação ao outro.

7. A propósito, havemos de lembrar que o art. 14 do Dec.-lei 857 de 11.9.69 dispõe que são nulos de pleno direito os contratos, *títulos* (grifamos) e qualquer documento bem como as obrigações que, exequíveis no Brasil, estipulem *pagamento* (grifamos) em ouro, em moeda estrangeira ou, por alguma forma restrinjam ou recusem, nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro. Ora, não obstante tudo o que se escreveu em contrário, quando a Lei fala em pagamento certamente não está se referindo à chamada *moeda de conta*. Certo é que se sustenta que as avenças em moeda estrangeira — numa visão geral — além de manifestar desconfiança na moeda nacional também seria uma forma de se subtrair às contingências do valor dessa moeda, negando por isso sua vigência.

Dispensando-me de entrar nessa tormentosa vereda da variação do valor das moedas nacionais — que, volta e meia me parece dispensável — e ficando com a interpretação restrita da Lei, a conclusão é que o Tribunal bem julgou o caso.

8. Vejamos a segunda decisão. Temos pela frente, agora, um dos casos mais interessantes das situações que ocorrem com a utilização de moeda estrangeira em negócios nacionais.

Firmado, no Brasil, entre nacionais, um contrato de ajuste de contas, em moeda estrangeira, conforme se lê na decisão, o devedor invocou para se desobrigar, a invalidade da cláusula de fixação cambial. O Tribunal reagiu, normalmente, com o argumento de que se aceitou o esquema negocial antes, não havia porque vir negá-lo depois, com o intento de se aproveitar da situação. Verdadeira alegação da própria torpeza, conforme se pode ler nas entrelinhas.

Deu, portanto, o Tribunal pela validade da cláusula.

Vê-se, assim, como os casos concretos elucidam a posição do julgador; no primeiro, argumentando a decisão de que o pagamento seria feito em moeda

nacional, devidamente convertida a cambial; no segundo, para evitar uma quebra contratual e possivelmente um enriquecimento indevido.

9. Já a terceira decisão — que é do STJ — envolve um contrato de compra e venda, com a indexação em moeda estrangeira, tendo o Tribunal dado pela nulidade da cláusula. Diz a ementa: “É taxativamente vedada a estipulação em contratos executíveis no Brasil, de pagamento em moeda estrangeira, a tanto equivalendo calcular a dívida com indexação no dólar norte-americano, e não a índice oficial ou oficioso de correção monetária, lícito segundo as leis nacionais. Ação de cobrança da variação cambial, proposta pela vendedora. Nulidade de pleno direito da cláusula ofensiva a norma imperativa e de ordem pública. Recurso especial conhecido e provido”.

A decisão é ampla e incisiva. Entretanto, não estaria confundindo a proibição do Dec.-lei 857/69 com a questão dos índices de indexação? Como se vê dos estudos aqui mencionados sobre esses índices, a sua variação no tempo foi assustadora, e uma forte corrente doutrinária nacional entende que a não ser em casos especiais (inquilinato, por exemplo; cf., Biasi Ruggiero, “Cláusula

de Indexação em Moeda Estrangeira”, in *O Estado de S. Paulo*, 29.6.93), a sua adoção seria livre, pois não está em jogo a moeda nacional que será a do pagamento, não a de conta.

10. Em conclusão, parece-me que a questão está a merecer maiores desdobramentos, mas tendo sempre em vista os julgadores a variedade dos casos concretos, visão atual mais correta para a solução das formas utilizadas na vida negocial.

NOTAS

1. Cf., Haroldo D. Verçosa, “Notas sobre o sistema de controle de câmbio no Brasil”, *RDM* 78/24.

2. Com uma interpretação abrangente cf., Alberto Xavier, *Pareceres*, Forense 1982; Gabriel F. Leonardos, “A validade da cessão de crédito externo a residente no Brasil”, *RDM* 85/101. Com uma visão mais concreta: Carlos Augusto S. Lobo e José R. P. Lira, “Correção Monetária pela Variação Cambial”, *RDM* 85/12; Marcos J. Villela Souto, “Contratos reajustados com base na variação cambial — Um fator de manutenção de equilíbrio dos negócios”, *RDM* 85/...; Luiz G. Paes de Barros Leães, “A validade da cláusula de correção cambial nas obrigações pecuniárias internas”, *RDM* 88/...

3. Cf., Antonio Mendes e Edson B. Nascimento, *RDM* 84/35; Fábio K. Comparato, *RDM* 85/34.

O CRÉDITO DOCUMENTÁRIO E OS USOS E COSTUMES INTERNACIONAIS: SEU PAPEL COMO FATOR DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E DE INTEGRAÇÃO SOCIAL

LUIZ FELIZARDO BARROSO

“O desenvolvimento econômico de um povo mede-se pelo número e pelo grau de sofisticação dos institutos jurídicos postos a seu serviço”.

1. Um país será tão mais desenvolvido política, social e economicamente falando, na medida em que se criem e se aperfeiçoem, e se sofisticuem mesmo, os institutos jurídicos postos à disposição dos agentes econômicos, quer no âmbito da Administração Pública, quer da administração privada, sobretudo destes, grandes desbravadores de novas fronteiras econômicas, com todos os seus bons reflexos nas órbitas política e social.

2. É, pois, sintoma de desenvolvimento econômico a sofisticação dos institutos jurídicos postos a seu serviço. Aliás, todo desenvolvimento econômico esbarra na exaustão do número ou na ineficácia de institutos ou instituições de natureza jurídica capazes de funcionar como instrumento de indução ao progresso de uma comunidade.

3. O Direito Comercial é causa e efeito de sua própria internacionalização. Regulando particularmente as relações entre indivíduos e entidades de diferentes nações, com cultura, língua, costumes, legislação, padrões monetários e de administração diversos, a tendência é, sem dúvida, a da interpenetração, para a adoção recíproca através do direito comercial de novas institui-

ções, novos institutos, novas idéias, novas práticas, novos usos e costumes que vão se tornando, cada vez mais uniformes, para reger interesses aparentemente colidentes mas que, em verdade, buscam, avidamente, uns aos outros na ânsia de consecução dos seus objetivos individuais em prol do desenvolvimento econômico.

4. Não há, pois, porque temer que os usos e práticas uniformes possam derubar as leis de determinados países.

5. Os usos e costumes são uma fonte de direito, como o são a lei e a jurisprudência, com a relevância de que, em direito comercial, determinaram o seu próprio nascimento. Ademais, no campo particular do direito comercial e mesmo do próprio direito econômico, eles têm servido melhor aos anseios de convívio harmonioso e de solução de controvérsias no mundo moderno, do que a própria lei, estática por definição.

6. Sabemos que as leis foram feitas para durar. Todavia, há leis fadadas a um temperamento na hora de sua aplicação, como o são os diplomas legais com fundamentação econômica.

7. Ainda há juízes em nossos tribunais que se dizem escravos da lei na hora de julgar — esquecendo-se de que

os fatos que condicionaram e delimitaram a feitura de determinadas leis, não são mais os mesmos, principalmente em países como o nosso, ainda em busca de sua vocação política, econômica e social —; tais julgadores cometem o pecado da dissociação entre o direito e o fato econômico-social, negando, portanto, *justiça*.

8. Já dizia eminente Jurista das alterosas que o Direito vive eternamente em mora com os fatos. Pois, o direito comercial e o direito econômico — não fossem os temperamentos das demais fontes — ainda estariam mais em mora com os fatos do que qualquer outro ramo da disciplina jurídica.

9. Em matéria de busca de solução de controvérsia e de convívio harmonioso, temos a registrar as decisões dos tribunais das *comunidades econômicas*, como a do *ferro* e do *aço europeia*, a fazerem coisa julgada, sobrepondo-se às decisões dos próprios tribunais dos países dela integrantes.

10. O alerta, para todos nós, pois, não deve ser, com respeito à observância de usos e costumes internacionais por nacionais, ou para a jurisprudência dos tribunais supranacionais.

11. Toda nossa atenção deve ser para a observância rígida, quase messiânica, monástica, sacramental — como o quiserem — dos requisitos indispensáveis à formalização dos documentos que vão constituir o chamado crédito documentado ou documentário, nos negócios intrafronteiras.

12. Instrumento de viabilização da compra e venda mercantil na atividade exportadora e importadora — e mesmo em outros casos o Crédito Documentário é simples porque, para seu funcionamento, não se necessitam de grandes formulações jurídicas ou intrincadas elucubrações de eminentes juristas, a não ser, é claro, quando se tenta explicar sua natureza jurídica, como de resto acontece na maioria dos institutos novos que nasceram premiados pelos fatos

econômicos no afã inexorável de sua realização.

13. É por isso que o Crédito Documentário, enquanto seja de simples operacionalidade, torna-se sofisticado em razão das diferenças antes apontadas de idioma, cultura, costumes, moeda, acrescentando-se, ainda, a distância e a falta de conhecimento pessoal entre as partes contratantes.

14. Requer, assim, o Crédito Documentário:

- *Disciplina* (obediência rígida ao pactuado);

- *Cuidado* (na elaboração documental);

- *Exatidão* (na menção dos dados);

- *Consistência* (fixidez nos termos da negociação acertada);

- *Tempestividade* (o CD só será líquido se for tempestivo);

- *Vigilância* (recíproca com respeito às formalidades de constituição e de aperfeiçoamento); — e por último,

- *Renúncia*.

15. Mas, é de sofisticação mesmo que estamos todos precisando, no Brasil, para atingirmos a excelência que tanto nos faz falta nos contatos com os nossos parceiros de economia mais adiantada, justamente os mais preciosos para todos nós, brasileiros.

16. Para o bom manejo do Crédito Documentário, requer-se, pois, no mínimo para começar, a absorção de sua terminologia e que nos curvamos, humildemente, às suas formalidades sacramentais.

17. Requer, também, espírito de renúncia, pois não adianta embarcar mercadoria fora do prazo, para depois ser obrigado a vendê-la, após angustiante espera e ônus de toda a sorte.

18. Em nosso despretensioso trabalho, não nos ocupamos do caráter do Crédito Documentário, se de mandato ou de caução: se de estipulação em favor do terceiro ou de delegação, “pois a verdade parece estar com todos e com ninguém em particular”, como muito bem acentuou o eminente Prof. Luiz Olavo Batista, em lúcida Conferência perante a AASP.

19. Ocupar-nos-emos mais da função do Crédito Documentário e de suas modalidades, em uma enumeração sem pretensões exaustivas, valendo-nos de excelente monografia editada pela União de Bancos Suíços, se bem que publicada em 1980, aquém, portanto, da publicação de n. 400, da Câmara Comercial Internacional, datada de 1.10.84, quando passou a vigor.

20. Esta enumeração de cunho eminentemente didático e exemplificativo, faz-se indispensável, em nosso modesto entender para conferir ao presente trabalho a abrangência necessária.

NATUREZA E FUNÇÃO DO CRÉDITO DOCUMENTÁRIO — AS MODALIDADES DO CRÉDITO DOCUMENTÁRIO

O extraordinário auge que registrou o comércio internacional nos últimos decênios teria sido inimaginável sem ter recorrido a novas técnicas de pagamento e financiamento que oferecessem a máxima segurança tanto ao vendedor como ao comprador. Com o passar do tempo, a prática criou um instrumento apropriado: o Crédito Documentário. Trata-se de uma modalidade de crédito bancário que se utiliza não só no comércio mundial mas também em operações de crédito internacional que não comportam intercâmbio de mercadorias.

O Crédito Documentário conheceu, sobretudo depois da 2.^a Guerra Mundial, um desenvolvimento tal que se impunha uma regulamentação clara e precisa a respeito.

Para este fim, foram redigidas as “Regras e Usos Uniformes relativos aos Créditos Documentários” denominadas a seguir “RUUCD”. Não obstante, a execução de um Crédito Documentário requer ao mesmo tempo conhecimentos técnicos muito profundos e longa experiência. De fato, para aqueles que não têm muita prática nas operações documentárias podem se apresentar dificuldades proce-

dentes da terminologia utilizada e das formalidades a que se devem ater.

Nosso trabalho expõe as principais formas do Crédito Documentário, sua execução prática e as diversas possibilidades que este oferece no movimento internacional de pagamentos.

As “Regras e Uso Uniformes relativos aos Créditos Documentários” foram estabelecidas pela primeira vez em 1933, no VII Congresso de Câmara de Comércio Internacional, e foram revisados em 1951, 1962 e 1974. As atuais regulamentações, adotadas pela maior parte dos países, estão em vigor desde 1.^o de outubro de 1975.

NATUREZA E FUNÇÃO DO CRÉDITO DOCUMENTÁRIO

O *Crédito Documentário* é um instrumento de crédito em virtude do qual um banco se compromete, por ordem do cliente, a pôr à disposição de um beneficiário uma determinada quantia (creditá-la), geralmente por meio de outro Banco, isto é, de um Banco co-responsável.

Esta situação aparece particularmente na *carta de crédito de viagem*, a qual permite ao beneficiário obter dos Bancos co-responsáveis mencionados em referida carta o pagamento do crédito aberto pelo Banco emissor; em outras palavras, esta carta lhe permite sacar, no limite do crédito acordado, durante uma viagem turística ou negócios.

O *Crédito Documentário* caracteriza-se pelo fato de que o pagamento se efetua somente contra entrega de documentos, principalmente de valores, garantias, compromissos, contratos, certificações e documentos relativos às mercadorias. Hoje em dia, as transações que concernem às mercadorias são de longe as mais frequentes.

O *Crédito Documentário* é um compromisso escrito contraído pelo Banco, por ordem do comprador (ordenador) de efetuar o pagamento de certa importância ao vendedor (beneficiário) num prazo

fixo e contra entrega de determinados documentos que justifiquem o envio de determinada mercadoria.

A venda de uma mercadoria supõe sempre a conclusão de um contrato entre o comprador e vendedor, seja oralmente ou por escrito. Este contrato de venda implica para o vendedor a obrigação de fornecer, no prazo estabelecido, uma mercadoria determinada qualitativa e quantitativamente; o comprador, por seu turno, se compromete a tomar posse da mercadoria e a pagar o preço combinado. Ao lado das diversas modalidades de pagamento direto, como o pagamento adiantado, o pagamento à vista, o pagamento contra entrega de documentos etc., a garantia do pagamento oferecida pelo Crédito Documentário ocupa um lugar importante no comércio internacional, sobretudo devido ao fato de que este meio se adapta particularmente bem às múltiplas exigências da prática.

O vendedor pode solicitar a abertura de um Crédito Documentário por diversas razões: pode-se dar o caso de que apenas conheça o comprador, de que as garantias de solvência seja insuficientes ou de que este último esteja domiciliado num país cuja situação econômica e política seja instável. Nestes casos se recorrerá a um Crédito Documentário irrevogável, confirmado por um banco do país do exportador e pagável neste país. Por outro lado, é possível que as autoridades monetárias de um Estado submetam as importações e as exporta-

ções à abertura de Créditos Documentários a fim de poderem controlar melhor os movimentos do comércio exterior.

O Crédito Documentário apresenta as seguintes vantagens no desenvolvimento financeiro de uma transação comercial:

— O comprador somente pagará uma vez tenha o vendedor justificado, mediante apresentação dos documentos estipulados no crédito, que a mercadoria foi expedida;

— O vendedor pode executar o pedido e expedir a mercadoria a partir do recebimento da notificação de abertura do crédito. Graças ao Crédito Documentário irrevogável, este tem a segurança de ser pago pelo Banco, se apresentar em tempo hábil os documentos conformes;

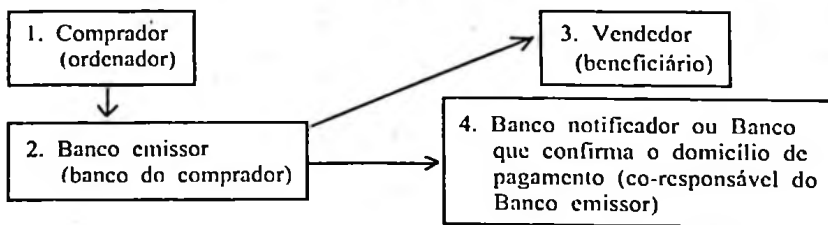
— As RUUCD em vigor na maior parte dos países garantem uma interpretação uniforme das disposições contidas no Crédito Documentário e, portanto, um desenvolvimento regular das transações.

Nas operações de Crédito Documentário participam ao menos três partes, na maioria dos casos quatro:

Quando as partes contratantes acordam garantir o pagamento mediante um Crédito Documentário o comprador ordena a seu Banco a abertura de um crédito a favor do vendedor, sendo este último avisado de referida abertura através do Banco co-responsável domiciliado em país (existe, também, a possibilidade de avisar diretamente o vendedor).

Em nosso esquema se pode observar a trajetória da ordem de abertura da notificação de Crédito Documentário.

Esquema de um Crédito Documentário (abertura)



O art. 8, RUUCD precisa: "Nas operações de Crédito Documentário, todas as partes interessadas devem considerar os documentos e não as mercadorias".

A não interferência entre as operações de crédito e o contrato comercial é um princípio fundamental que se deve ter bem presente.

Um Crédito Documentário constitui, por sua natureza, uma operação independente do contrato de venda ou de outros contratos que podem constituir a base e aos quais os Bancos permanecem totalmente alheios. Uma vez aberto o crédito, o Banco aplicará exclusivamente as condições estipuladas neste.

Este não levará em conta, por exemplo, as reclamações concernente à qualidade insuficiente da mercadoria ou a não execução de certas condições do contrato de venda.

É muito importante que o *comprador* formule sua ordem de abertura de Crédito Documentário de maneira que os requisitos e os documentos estipulados eliminem ao máximo de riscos (art. 14, RUUCD). Por outro lado, este deverá considerar os acordos convencionados no contrato de compra e venda.

A fim de evitar qualquer dificuldade na execução do crédito, o *vendedor* (beneficiário) verificará se as condições mencionadas correspondem aos termos do contrato e se certificará de que os documentos requeridos possam obter-se na forma prescrita. Se o crédito documentário não estiver conforme o contrato ou se este contiver condições irrealizáveis, o vendedor exigirá diretamente do comprador uma modificação do crédito, a qual lhe será transmitida da mesma maneira que a abertura do Crédito Documentário, isto é, por mediação do Banco emissor e do Banco que notifica ou confirma o crédito.

Não obstante suas numerosas vantagens, o Crédito Documentário não pode cobrir todos os riscos. Por isso é aconselhável que o comprador se informe sobre a integridade do vendedor antes de comprometer-se contratualmente.

AS MODALIDADES DO CRÉDITO DOCUMENTÁRIO

- Crédito Documentário Revogável
- Crédito Documentário Irrevogável
- Carta de Crédito Comercial
- *Authority Purchase*
- Crédito Documentário Utilizável com Letra Girada à Vista
- Crédito Documentário Utilizável com Letra Girada a Prazo
- Crédito Documentário com Pagamento Diferido
- Crédito Documentário Rotativo
- Crédito Documentário com *Red Clause*

- Crédito Documentário Transferível
- Crédito Documentário *Back to Back*

O Crédito Documentário pode ser revogável. Dado que os créditos revogáveis são raros, remetemos o Leitor aos arts. 1 e 2 das RUUCD. Levando-se em conta que se pode revogar em qualquer momento, o crédito revogável oferece muito menos segurança que o irrevogável e costuma efetuar-se, geralmente, entre contraentes que são muito bem conhecidos.

CRÉDITO DOCUMENTÁRIO IRREVOGÁVEL

É a forma usual do Crédito Documentário no comércio internacional. Por ordem do comprador, o Banco emissor se compromete, irrevogavelmente, a pagar ao beneficiário a importância estabelecida contra a apresentação dos documentos conformes no período de validade do crédito (art. 3 RUUCD). No crédito documentário se deverá estipular sempre a data de vencimento para a apresentação dos documentos (art. 37 RUUCD). Este tipo de crédito assegura ao vendedor que o Banco emissor efetuará o pagamento contra entrega dos documentos, conforme as disposições do crédito no prazo combinado. Como em geral se trata de uma transação internacional, dificilmente se poderá renunciar o serviço de um Banco intermediário no país do vende-

dor. Resulta difícil imaginar-se vencedor, enviando os documentos diretamente ao exterior, a um Banco a que não conhece, e encarregando o mesmo das consequências dos prováveis atrasos ou perdas na transmissão dos documentos. Por este motivo, o Banco emissor dará ordem de notificar, a pedido do ordenador (comprador), o Crédito Documentário por mediação de um Banco (Banco notificador) domiciliado no país do beneficiário (vendedor) e autorizará em geral a este a efetuar o pagamento, conforme as condições do Crédito (art. 3, RUUCD). Desta maneira, o Crédito Documentário é notificado por um segundo Banco, embora este não assuma nenhuma obrigação. Somente o Banco emissor responde perante o beneficiário. O Banco simplesmente a função de domicílio de pagamento.

Se este tipo de Crédito Documentário, denominado "não confirmado", não satisfizer plenamente ao beneficiário, o Banco emissor, a pedido do comprador, poderia exigir a seu co-responsável não somente que notifique o Crédito Documentário irrevogável a beneficiário, mas também que o confirme. Deste modo, o Banco notificador se compromete a efetuar o pagamento à apresentação dos documentos conformes. O beneficiário goza assim de grande segurança, toda vez que são dois Bancos os que respondem irrevogavelmente pelo pagamento frente a ele.

CARTA DE CRÉDITO COMERCIAL

Denomina-se Carta de Crédito Comercial, *commercial letter of credit*, o documento mediante o qual um Banco avisa diretamente ao beneficiário de um Crédito Documentário. Essa Carta de Crédito pode ser emitida pagável (negociável) por um ou vários co-responsáveis do Banco emissor que se comprometem a aceitar os documentos conformes e a tramitar a importância no Banco que os negociou. Os responsáveis recebem geralmente uma cópia da Carta de Crédito. Salvo disposições contrárias,

a Carta de Crédito é pagável nos guichês do Banco emissor. Este pode pedir a um de seus co-responsáveis a confirmação da Carta de Crédito irrevogável que ele emitiu. O Banco que confirma está obrigado a aceitar o pagamento dos documentos. Ao entregar os documentos, o beneficiário deve igualmente apresentar o original da carta de crédito, a fim de que o Banco (domiciliado de pagamento) possa registrar a utilização do crédito. A comissão de pagamento corre a cargo geralmente do ordenador. Pelo contrário, quando uma Carta de Crédito Comercial é pagável pelo Banco emissor numa moeda nacional, a comissão de pagamento correrá a cargo do beneficiário, se a fizer negociar por outro Banco.

"AUTHORITY TO PURCHASE"

Esta modalidade, *authority to purchase*, só aparece nas operações de pagamento com o Extremo Oriente. Em sua origem não se trata de uma carta de crédito propriamente dita, mas de uma autorização de comprar *authority to purchase* letras de câmbio com direito de recurso contra o sacador. O Banco no país do importador autorizava a seu co-responsável no país do exportador a comprar as letras emitidas por este último, as quais eram giradas a cargo do comprador e acompanhadas dos documentos prescritos, com direito de recurso completo contra o sacador. Esta modalidade de pagamento tomou uma forma similar à da carta de crédito propriamente dita, conservando sua denominação primitiva.

Particularmente depois da 2.^a Guerra Mundial, os vendedores não se contentaram mais com um simples aviso sem compromisso dos Bancos participantes. Como sacadores de letras de câmbio com direito de recurso em caso de omissão de pagamento por parte do comprador, os vendedores se negaram inclusive a assumir este risco. Por conseguinte, as *authorities to purchase*

irrevogáveis começaram a ser emitidas com letras de câmbio sacadas contra o comprador "sem recurso", amiúde confirmadas pelo Banco intermediário por ordem do Banco emissor. Deste modo, o vendedor dispõe de um meio que oferece praticamente a mesma segurança que a Carta de Crédito irrevogável e confirmada. A letra de câmbio, "sem direito a recurso", é sacada ao comprador no caso da Carta de Crédito Comercial, está no geral, sacada no Banco emissor. A *authority to negotiate*, da *authority to purchase*, embora estas sejam raramente utilizadas.

CRÉDITO DOCUMENTÁRIO UTILIZÁVEL COM LETRA GIRADA À VISTA

Sucedem amiúde, sobretudo nos países de fala inglesa, que o Crédito Documentário prescreva, independentemente dos documentos usuais, o envio de uma letra girada à vista. O sacado pode ser o comprador ou o Banco emissor ou o Banco encarregado do pagamento. No continente europeu se renuncia em geral, a prescrever uma letra à vista, posto que esta reveste somente o caráter de recibo. Provido, segundo o uso, da cláusula "sem recurso", não traz nenhuma garantia ou segurança suplementar, e ocasiona trabalho e despesas adicionais.

CRÉDITO DOCUMENTÁRIO UTILIZÁVEL COM LETRA GIRADA A PRAZO

Pode-se apresentar o caso de que o vencedor conceda ou deva conceder ao comprador um prazo de pagamento. No caso de se abrir um Crédito Documentário, este prazo pode ser assegurado mediante a emissão de uma letra girada a prazo. Para poder utilizar o crédito, o vendedor deverá remeter, ao lado dos documentos prescritos, uma letra a 90, 120 ou 180 dias vista por exemplo (ou a partir da data da expedição). A diferença entre este modo de execução e o

crédito documentário pagável à vista é evidente: na hora de utilizar o crédito, o beneficiário que apresenta os documentos recebe uma letra de câmbio aceita a 90, 120 ou 180 dias, por exemplo, enquanto que no caso do Crédito Documentário pagável à vista cobra imediatamente a importância prevista. A letra a prazo costuma sacar-se normalmente sobre o Banco encarregado da execução do crédito (Banco que confirma). Sob a apresentação dos documentos conformes, este Banco aceitará a letra por conta do Banco emissor do crédito. O beneficiário recebe uma letra de câmbio de um Banco conhecido que desconta ou apresenta o pagamento em seu vencimento.

CRÉDITO DOCUMENTÁRIO COM PAGAMENTO DIFERIDO

Tal como no caso precedente (Crédito realizado por aceitação), neste caso se concede ao comprador um prazo de pagamento, o qual está assegurado sem necessidade de sacar nenhuma letra. O Crédito Documentário com pagamento diferido estabelecerá por exemplo: "... utilizável sob a apresentação dos seguintes documentos... mas pagável somente a 90, 120 ou 180 dias depois do envio dos documentos, a partir da data da fatura, da data de expedição etc."

Apresentando os documentos conformes, o beneficiário não receberá nenhuma aceitação bancária, mas se o compromisso escrito do Banco emissor ou do Banco que confirmou o crédito de que o pagamento se efetuará no vencimento. O beneficiário deverá então esperar o vencimento, embora solicitar sua antecipação.

CRÉDITO DOCUMENTÁRIO ROTATIVO ("REVOLVING")

É possível que para obter preços vantajosos o comprador ordene uma quantidade de mercadorias que supere as necessidades do momento. O forne-

cimento se efetuará gradualmente num período determinado. O comprador pode, em tal caso, dar a ordem de emitir um Crédito Documentário rotativo (*revolving*) num montante que cubra o contravalor do fornecimento parcial. O texto poderá estipular por exemplo: "Importância do crédito Frs. 10.000 — rotativo cinco vezes até a quantia máxima de Frs. 60.000". Tão logo se tenham utilizado os primeiros Frs. 10.000 — o crédito entrará automaticamente em vigor para os próximos Frs. 10.000 — e assim sucessivamente até alcançar a importância total de Frs. 60.000. A "cláusula de renovação pode ser formulada de diferentes maneiras segundo as necessidades. Mas o comprador pode solicitar a abertura de vários créditos consecutivos, correspondentes às importâncias parciais (v., também o art. 36, RUUCD, p. 34).

CRÉDITO DOCUMENTÁRIO COM "RED CLAUSE"

A *red clause* é uma vantagem especial que se acorda ao vendedor no limite de um Crédito Documentário. Esta permite ao Banco que confirma o crédito enviar um adiantamento para o beneficiário no momento em que o solicitar. Este é o caso dos exportadores australianos de lã. Esta cláusula se escrevia antigamente com tinta verme-

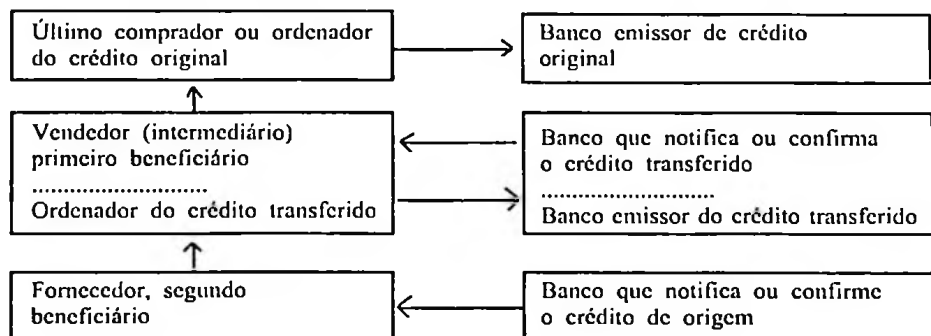
lha — daí seu nome — e pode ser formulada por exemplo como segue: "... *red clause* \$A 50.000 — *permitted*". Isto significa que o Banco australiano pode de fato tornar efetivos 50.000 — dólares australianos antes do envio dos documentos. Este envio se efetua geralmente contra depósito de um recibo por parte de beneficiário, o qual se compromete a remeter em prazo útil os documentos estipulados. O comprador assume o risco inerente a tal adiantamento.

CRÉDITO DOCUMENTÁRIO TRANSFERÍVEL

Às vezes o vendedor só faz o papel de intermediário. No momento da venda não dispõe ainda da mercadoria. Este deverá procurá-la e pagar ao próprio fornecedor. Mas pode-se dar o caso de que não possua nem os fundos necessários para pagar-lhe, nem a cobertura bancária para abrir um Crédito Documentário.

A fim de poder levar a bom termo a transação, o intermediário exigirá de seu cliente (último comprador que dê a ordem de emitir a seu favor um Crédito Documentário irrevogável e transferível). A partir do momento que lhe seja notificado o crédito, pedirá ao Banco notificador ou àquele que conforme o crédito para transferi-lo a favor de seu fornecedor (segundo beneficiário).

Abertura de um crédito documentário transferível



O crédito só pode ser transferido nas condições especificadas no crédito de origem, à exceção da importância, dos preços unitários indicados e do período de validade ou do prazo de expedição, os quais podem reduzir-se conjuntamente ou em separado. A transferência do crédito constitui para o Banco uma nova operação, pela qual se gravam igualmente comissões. Sem o consentimento do intermediário (primeiro beneficiário), não se dará a conhecer ao verdadeiro fornecedor (segundo beneficiário) o nome do último comprador e vice-versa. Isto se aplica também aos preços de compra e venda, bem como às eventuais margens de benefício retidos pelo intermediário.

CRÉDITO DOCUMENTÁRIO "BACK TO BACK"

Tal como no caso precedente, o exportador atua como intermediário e deve sacar para pagar a seu fornecedor. Se é beneficiário de um crédito intransferível, poderá exigir a seu cliente (último comprador) modificá-lo num crédito "transferível". Mas como melhor prefere que seu cliente ignore que é um intermediário.

Pode dar-se, também, que esta modificação seja impossível por falta de

tempo. O intermediário pedirá então ao Banco que lhe notificou ou confirmou o crédito — o qual costuma ser domicílio de pagamento ao mesmo tempo — que emita a favor de seu próprio fornecedor um novo crédito documentário que fixe as mesmas condições contidas no crédito original. Este novo crédito é o denominado *back to back*. Se o intermediário oferece as garantias suficientes que permitem o desenvolvimento sem dificuldades da transação e se apresenta um pedido em condições, o Banco estará de acordo em abrir este novo crédito com certas condições. O Banco estipulará em particular ser o domicílio de pagamento para o novo crédito, porque, contrariamente ao crédito transferível, não tem a concordância do último comprador para transferir o domicílio. Como os documentos relativos ao segundo crédito deverão apresentar-se ao domicílio de pagamento do primeiro crédito, o Banco estará em condições de supervisionar e controlar o conjunto da transação. Quanto ao resto o crédito *back to back* se executa como um crédito transferível.

Os trabalhos de pesquisa científica podem ser profundos e monográficos, ou abrangentes, sem serem superficiais.

Esperamos, de alguma forma, ter alcançado este objetivo.

PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO CONTRATO DE COMPRA E VENDA —

ALBERTO DO AMARAL JÚNIOR

Ed. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor — Ed. RT, 1993, 309 pp.

A obra supracitada com a qual o Autor obteve o título de Doutor em Direito Comercial, pela Faculdade de Direito da USP, constitui uma contribuição significativa para o estudo e a compreensão das questões jurídicas ligadas à proteção e à defesa do consumidor.

Partindo de uma análise do contrato no direito privado moderno, analisa o contrato de compra e venda no direito comparado, dando ênfase ao que chama de a quebra do paradigma que nos vem do Código napolêônico e do nosso Código Civil de 1916, causada pelas mudanças no sistema de produção e o problema da proteção ao consumidor. Passa então a examinar as transformações do direito contratual moderno, analisando os contratos em massa até chegar à proteção do consumidor no contrato de compra e venda. Antes de ingressar no direito positivo brasileiro, o Autor examina a transformação do sistema de garantia e a proteção do consumidor no sistema americano, inglês, germânico e escandinavo e no francês. Em relação ao Brasil, examina em pormenores perante o Código de Defesa do Consumidor questões importantes, como: a tutela jurídica do consentimento, a publicidade e venda ao consumidor, as cláusulas gerais de contrato, o crédito ao consumo e vendas a prestação, a garantia pelos vícios dos produtos e finalmente a garantia individual.

Demasia não será lembrar que se trata de obra realizada com muito esforço, dada inclusive a deficiência físico-visual do Autor, o que pode comprovar tanto como seu professor nos Cursos de graduação, como no pós-graduação e ainda como membro da banca examinadora.

Entretanto, quem resume com a proficiência de sempre, esta obra, é o seu orientador o Prof. Fábio K. Comparato, ao escrever no Prefácio: "A tese de doutoramento de Alberto do Amaral Júnior é uma obra singular, porque contraria duas tendências dominantes em nossa literatura de direito privado. Situa-se, deliberadamente, fora do campo apertado da discussão dos litígios forenses e não circunscreve a sua análise à superfície do direito legislado, como se o alfa e o ômega da proteção ao consumidor pudessem ser encontrados por via de comentário aos artigos da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. É claro que sempre se poderá encontrar aqui alguma citação adequada para ganhar a causa, ou uma boa receita para orientar os negócios. Mas este livro não é um manual de prática forense nem um formulário para empresários preocupados em evitar reclamações da clientela. Ele é muito mais do que isso".

Mais não é preciso aduzir, pois, em favor das qualidades do livro do Dr. Alberto do Amaral Júnior.

WALDIRIO BULGARELLI

ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO

A		Luiz Gastão Paes de Barros Leães —	
Ary Brandão de Oliveira — Artigo sobre: Dos contratos de utilização de navios no Direito Brasileiro (Análise Crítica)	27	Artigo sobre: O “dumping” como forma de abuso do poder econômico	5
C		N	
Comércio exterior brasileiro: “Anti-dumping” Mercosul — Artigo de Pedro Cristofaro	58	Nelson Eizirik — Artigo sobre: Redução dos custos de captação no Mercado de Valores Mobiliários...	37
Contratos de utilização de navios no Direito Brasileiro (Dos) — Artigo de Ary Brandão de Oliveira	27	P	
Crédito documentário e os usos e costumes internacionais: seu papel como fator de desenvolvimento econômico e de integração social (O) — Artigo de Luiz Felizardo Barroso	78	Pedro Paulo Cristofaro — Artigo sobre: Comércio exterior brasileiro. “Antidumping” Mercosul	58
D		Proteção do consumidor no contrato de compra e venda. Alberto do Amaral Júnior — Comentário de Waldírio Bulgarelli	87
“Dumping” como forma do poder econômico (O) — Artigo de Luiz Gastão Paes de Barros Leães	5	R	
J		Redução dos custos de captação no Mercado de Valores Mobiliários — Artigo de Nelson Eizirik	37
João Luiz Coelho da Rocha — Artigo sobre: A responsabilidade especial dos empreiteiros prescrita no art. 1.245 do Código Civil	64	Responsabilidade especial dos empreiteiros prescrita no art. 1.245 do Código Civil (A) — Artigo de João Luiz Coelho da Rocha	64
Joaquim Simões Barbosa — Artigo sobre: Riscos da atividade empresarial no âmbito penal	42	Riscos da atividade empresarial no âmbito penal — Joaquim Simões Barbosa	42
L		V	
Luciano Amaro — Artigo sobre: Variação cambial como indexador de contratos	16	Variação cambial como indexador de contratos — Artigo de Luciano Amaro	16
Luiz Felizardo Barroso — Artigo sobre: O crédito documentário e os usos e costumes internacionais	78	Variação cambial de moeda nacional — Waldírio Bulgarelli	72
		W	
		Waldírio Bulgarelli — Comentário sobre: Variação cambial de moeda nacional	72