


Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tulio 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.

Edição e distribuição da

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Rua Conde do Pinhal, 78 — Caixa Postal 678

Tel. (011) 607-2433 — Fax (011) 607-5802

CEP 01501-060 - São Paulo, SP, Brasil

Serviços gráficos: Digitação e diagramação eletrônica: CHC INFORMÁTICA S/C LTDA., Rua Tabatinguera, 140, Térreo, Loja 2 — Tel. (011) 607-2297 — Fax (011) 606-3772 — CEP 01020-901 - São Paulo, SP, Brasil.
— *Impressão e acabamento:* Editora Parma Ltda., — Av. Antonio Bardella, 280 — Tel. (011) 912-7822
CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

SUMÁRIO

DOCTRINA

— A contribuição do Prof. João Eunápio Borges para as instituições do direito comercial brasileiro — Theóphilo de Azeredo Santos.....	5
— Inconstitucionalidade de punições permanentes — Geraldo Ataliba	15
— A proteção jurídica ao nome comercial, ao título de estabelecimento e à insígnia no Brasil — Regime jurídico e novos desenvolvimentos na jurisprudência — Gabriel F. Leonardos	26
— Abuso do poder econômico e (i)legitimidade — Luis Fernando Schuartz	57
— Tratados de bitributação brasileiros e suas características fundamentais — Eduardo Salomão Neto	64
— O direito de recesso nas hipóteses de incorporação, fusão, cisão e participação em grupos de sociedades. Exclusão acarretada pela Lei 7.958 de 20.12.89 — Waldirio Bulgarelli	71

ATUALIDADES

— A problemática dos saldos devedores nas operações de “leasing” — Waldirio Bulgarelli	81
— O conceito de preço dos serviços e a base de cálculo do ISS — João Luiz Coelho da Rocha	85

JURISPRUDÊNCIA

— Opressão fiscal inaceitável — ISS — Município de São Paulo — Cooperativa de médicos — Associação sem finalidade lucrativa, que não se confunde com “empresa” — Inteligência do art. 8.º do DL n. 406/68 — Atividade que nem mesmo figura na lista de serviços — Tributação indevida — Decisão mantida. — Waldirio Bulgarelli	89
— Liquidação de sentença por cálculo — Matéria de prova — Compra de controle acionário em sociedade dependente de autorização — Acordo de herdeiros sócios — Ilegitimidade de inventariante em transações contra o espólio — Inteligência do art. 57 do Código Civil — Exegese do artigo 255 da Lei n. 6.404/76 — Calixto Salomão Filho	91

NOTAS E COMENTÁRIOS

— O acordo sobre TRIPs — Elisabeth Kasznar Fekete	105
---	-----

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

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO

CALIXTO SALOMÃO FILHO

Doutor em Direito Comercial Comparado pela Universidade de Roma — Itália.

EDUARDO SALOMÃO NETO

Advogado especialista em Direito Empresarial; Mestre em Direito Comercial e Tributário pela Universidade de Londres; Doutorando em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo.

ELISABETH KASZNAR FEKETE

Advogada em São Paulo.

GABRIEL FRANCISCO LEONARDOS

Advogado no Rio de Janeiro e em São Paulo; pós-graduado pela Universidade Ludwig-Maximilian, de Munique.

GERALDO ATALIBA

Professor das Faculdades de Direito da Universidade de São Paulo e Universidade Católica de São Paulo.

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Advogado no Rio de Janeiro.

LUIS FERNANDO SCHUARTZ

Advogado; Mestre em Direito pela Universidade de Frankfurt e Monitor da Cadeira de Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

THEOPHILO DE AZEREDO SANTOS

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro e da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

WALDIRIO BULGARELLI

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

DOCTRINA

À CONTRIBUIÇÃO DO PROF. JOÃO EUNÁPIO BORGES PARA AS INSTITUIÇÕES DO DIREITO COMERCIAL BRASILEIRO*

THEOPHILO DE AZEREDO SANTOS

1. É natural a minha emoção ao lhes falar sobre o Prof. João Eunápio Borges, um dos maiores comercialistas brasileiros, que se destacou pela cultura, inteligência, dedicação à carreira universitária e amplo conhecimento de outros ramos do direito, inclusive o romano, que também ensinou, acumulando as duas cadeiras com igual eficiência. Tive o privilégio de tê-lo como professor de direito comercial e romano, além de — fato extremamente incomum, especialmente nos dias de hoje — fui seu único aluno no 2.º ano do Curso de Doutorado de Direito privado, à noite, não tendo o Mestre faltado a uma aula sequer.

Recordo-me, ainda, que após as preleções, continuávamos a conversar em sua casa, na Av. Álvares Cabral, ou em bar na Rua da Bahia, para tomar café, comer pão de queijo e ainda resolver dúvidas que eu, com interesse, preparava.

Recebi marcante influência profissional desse excepcional jurista, que integrou a Banca que examinou a minha tese sobre *A Nacionalidade das Sociedades Comerciais*, prefaciou meu livro — editado pela Forense — sobre o *Aceite*, além de ter sido meu chefe no Departamento Jurídico do Banco Nacional, meu 1.º emprego no setor bancário.

Escolhi o meu padrinho de casamento e tive a honraria de ser padrinho de sua filha Amélia, nome que nos protege, pois temos, ambos, mulher e filha com esse

nome. Um dia poderemos dizer, “para tão longo amor, tão curta vida”.

Se hoje sou professor de direito comercial na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro muito devo a esse mineiro que dá, diariamente, testemunho pessoal de sua grandeza moral e espiritual, civismo, espírito público e idealismo.

A contribuição do Prof. João Eunápio para as instituições de direito comercial brasileiro será resumidamente analisada em seus renomados estudos: “Do Aval”, “Curso de Direito Comercial” e “Títulos de Crédito”, que serão reeditados e atualizados pelo Prof. João Batista Villela, desta Faculdade, o que assegura, desde já, absoluta certeza da continuidade da qualidade e do enorme sucesso editorial anterior.

Basta lembrar que suas obras são recomendadas em todas as Faculdades, constando nas bibliografias básicas indicadas para concursos públicos para ingresso nas carreiras de defensor público, promotor, juiz cível e do trabalho, advogado de órgãos públicos ou acesso ao Instituto Rio Branco do Ministério das Relações Exteriores.

A clareza, simplicidade, bom-senso, profunda acuidade jurídica sempre esti-

* Conferência pronunciada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Estado de Minas Gerais, em 16.11.93

veram irmanados nos pronunciamentos do professor e advogado.

Daí encontrarmos em todas as obras de direito mercantil, referências às suas posições jurídicas sobre temas os mais diversos, além de contínua citação em sentenças, acórdãos e memoriais.

A história do direito comercial brasileiro já está, de há muito, marcada pela participação substancial do Mestre que hoje homenageamos e que conseguiu praticar, com rara facilidade, o dito de Boileau: "tout ce que l'on conçoit bien s'enonce clairement; et les mots pour le dire arrivent aisément".

2. Em 1942, jovem advogado apresentou, opulenta tese de concurso para a conquista da cátedra de Direito Comercial na Faculdade de Direito na Universidade Federal de Minas Gerais — "Do Aval" — que desde logo despertou controvérsias, mas o reconhecimento de que o tema impunha reflexão e revisão de conceitos tradicionais, que não se ajustavam à melhor interpretação.

Ao contrário do que afirmou, não se aplica ao seu trabalho a referência de Fernando Ruggeri, no prefácio de sua obra sobre a Lei Uniforme em relação aos mestres do direito cambiário italiano: "... tutto quello che il diritto cambiario italiano esige in materia di esegesi, è stato detto dai sommi maestri, Bolaffio, Bonelli, Marghieri, Navarrini, Supino, Vidari e Vivante; e, chiunque avesse la pretesa di essere incluso nella lista, anche se di più grande ingegno, non potrebbe che ripetere, con altre parole, lo stesso pensiero".

Trata-se da mais completa e profunda obra até hoje editada entre nós, sistematizando todas as questões e problemas que envolvem esse tema.

Como veremos, o Prof. João Eunápio manteve, em aspectos fundamentais, pontos de vista que acabaram acolhidos pela maioria da doutrina e da jurisprudência, além de comentar, com constante preocupação didática, questões peculia-

res à nossa legislação, algumas até desconhecidas entre nós.

Vejamos apenas alguns pontos que merecem destaque:

I — Não é fácil contestar Saraiva e Carvalho de Mendonça, dois pilares de nossa doutrina, e ter razão.

Pois o Prof. João Eunápio está certo: "O avalista não precisa ser necessariamente um terceiro, estranho ao nexo cambial: pode avalizar qualquer dos coobrigados, um endossador, o próprio aceitante da letra ou emitente da nota promissória".¹

Realmente: o coobrigado não pode restringir agravar sua responsabilidade além dos limites fixados por lei (Saraiva), mas a autonomia e independência das obrigações cambiais (especialmente no caso de homonímia) autorizam qualquer coobrigado a assumir outra obrigação, independente da primeira, cuja responsabilidade nem se restringe, nem se agrava.

Também, não será inútil esse aval (Carvalho de Mendonça): basta lembrar que o sacador que avaliza, equiparando-se ao aceitante, como obrigado direto, melhora a posição do portador do título, que não será forçado a levá-lo a protesto para exigir o pagamento do sacador.

O Prof. João Eunápio apresenta outras razões que legitimam sua manifestação: os casos em que o sacado, que apenas aceitou parcialmente e avaliza o sacador ou um endossador; falsa a firma do aceitante, o sacado resolve obrigar-se como avalista.²

II — Diverge de grande parte da doutrina e da jurisprudência a posição do professor em questão de grande interesse prático — dos efeitos em relação a terceiros, das restrições contratuais ou estatutárias aos poderes de diretores e gerentes.

Considera inadmissível, em nosso direito, a prevalência *erga omnes*, valendo

1. *Do Aval*. Forense, 1975, n. 29, p. 48.

2. *Ob. cit.*, p. 50.

contra terceiros, dessas restrições, pois não se justifica, nem ao menos se explica,³ “a posição mais radical dos que, colocando-se em extremo absolutamente indefensável, invertem os termos da questão, erigindo a cláusula contratual ou estatutária proibitiva de fiança ou aval em norma de ordem pública que nem os próprios sócios, unanimemente, poderiam modificar”.

Filiou-se à lição de Soares de Faria:⁴ “O administrador é a própria pessoa jurídica. Não lhe podem ser aplicadas as regras do mandato. Todos os atos que a lei não lhe vedar, pode o administrador praticar, circunscrito apenas ao círculo do objeto social”, e “sob pena de deter a marcha dos negócios, não se pode obrigar todos os terceiros que tratam com a sociedade a verificarem minuciosamente, para cada operação, se o gerente age no círculo do mandato”, seguindo, assim, Carvalho de Mendonça para quem, “entre o terceiro de boa-fé que não tem o direito de fiscalizar ou intervir na sociedade e os sócios vítimas de sua própria imprevidência ou negligência na escolha do gerente infiel, mais equitativo é que sofram o prejuízo os que para ele concorreram diretamente ou indiretamente”.⁵

Em Congresso de Desembargadores, realizado no Rio, defendemos essa doutrina, que, após larga discussão, foi derrotada pela maioria, mas já está acolhida, entre outros por Tavares Paes,⁶ Eduardo

de Sousa Carmo,⁷ Osmar Brina Corrêa Lima.⁸

III — Avais simultâneos ou sucessivos: correntes inconciliáveis debateram sob vários ângulos esse tema, mas em 1931 Jair Lins⁹ registrava que durante 20 anos nossos tribunais foram fiéis à doutrina dos avais simultâneos — dois ou mais avais em branco e superpostos reputam-se dados conjuntamente pelo obrigado, abaixo de cuja assinatura se colocam (sacador, endossador, accitante, intervenientes) e são de co-avalistas as relações existentes entre tais avalistas.

Mas a teoria dos avais sucessivos foi prestigiada pelo Tribunal de Justiça do antigo Distrito Federal, arrastando nessa corrente a grande maioria de nossos juízes e tribunais, além, de juristas lutarem pela sua prevalência: Magarinos Torres¹⁰, José Maria Whitaker¹¹ e Pontes de Miranda.¹²

O então jovem jurista mineiro Antônio Gonçalves de Oliveira, em artigo repetidamente citado,¹³ em julho de 1941, foi defensor que liderou essa tese.

Dissertou o nosso homenageado, de forma magistral esse tema, procurando deixar inequívoco que a referência à lei

7. *Relações Jurídicas na Administração da S/A*, Aide Ed. 1988, pp. 151-152: “A força obrigatória do estatuto está para a legalidade assim como a força obrigatória da lei está para a constitucionalidade”.

8. *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedade Anônima*, Aide Ed., 1989, n. 6, pp. 63-64: “Admitir consequência diferente seria “atribuir à companhia a faculdade de autolimitar a sua capacidade, o que é impossível, pois toda incapacidade é legal”. E só a lei, e não a própria pessoa-física ou jurídica-interessada, pode limitar a capacidade de alguém”.

9. *RF* 57/363 e ss.

10. *Nota Promissória*, 4.ª ed., n. 120, nota 32-A, p. 178.

11. *Letra de Câmbio*, 4.ª ed., n. 109, nota 279.

12. *A Cambial*, n. 9, p. 235.

13. *RF* 7/441 e ss. e 87/547 e ss., este transcrito, na íntegra, no livro do Prof. João Eunápio, cit., apêndice ao cap. VI, pp. 141 a 150.

3. Ob. cit., n. 35, p. 65.

4. *Do Abuso da razão social*, ns. 112 e 119, pp. 221-228.

5. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, v. 3/163, n. 172. No mesmo sentido — Paul Pic et Jean Khéner, in *Des Sociétés Commerciales*, n. 461, p. 502. Des. Francisco Pereira Bulhões de Carvalho, in *RDM* 2/147, Rio.

6. *Responsabilidade dos Administradores de Sociedade*, Ed. RT, 1978, p. 40: “Relativamente às restrições estatutárias (p. ex., aval, fiança), entendemos que sempre a responsabilidade será da sociedade, a que vincularão sempre, cabendo o regresso”.

italiana, fonte de inspiração de nossa Lei Cambial, na parte referente ao aval, não admite a conclusão de que os avais são sucessivos, baseando-se nos mais renomados tratadistas, na jurisprudência e na própria norma apontada pelo Min. Gonçalves de Oliveira — art. 276 — que não suporta o seu ponto de vista.

Também destaca a improcedência da invocação do art. 24, parágrafo único, que dispõe: “O endossador ou o avalista que paga ao endossatário ou ao avalista posterior, pode riscar o próprio endosso ou aval e os dos endossadores ou avalistas posteriores”.

Realmente: o avalista que pagar, cancelando seu aval e os dos companheiros posteriores (na ordem das assinaturas), poderá sempre exercer contra os anteriores seus direitos cambiais.

O último argumento — uma citação de Bonelli, sobre a lei brasileira — é apenas um erro de tradução, pois a expressão “é equiparado” não corresponde, evidentemente, à *è messo nello stesso rango*.

Agasalharam a posição do Prof. João Eunápio, entre outros, João Arruda,¹⁴ Castro Magalhães,¹⁵ Des. Barcelos Correia,¹⁶ Lacerda,¹⁷, Orozimbo Nonato,¹⁸ Romão Cortes de Lacerda,¹⁹ Fábio de Oliveira Penna²⁰ e Paulo José da Silva Pinto.²¹

Outro professor desta Casa — Des. Amílcar de Castro — que me ensinou não apenas Direito Internacional Privado, mas, também, princípios fundamentais dos vários ramos da ciência jurídica e que me

honrou com o prefácio de meu primeiro livro, em sentença que alcançou enorme repercussão, quando juiz de direito de Juiz de Fora, proferida em 10.11.35, contestou a jurisprudência dominante.²²

A vitória do Prof. João Eunápio foi consagrada na Súmula 189, do STF, segundo a qual “Avais em branco e superpostos consideram-se simultâneos e não sucessivos”.

IV — Contra quem é feito o protesto? “Protesto Cambial. Abusos e Preconceitos”: seu parecer sob esse título foi ampliado e incluído no seu livro,²³ onde reclama do excesso em que incidem os oficiais de protesto, numa prática ilegal e inveterada, quanto à intimação para pagar ou aceitar a exclusão de determinado signatário do título.

Revolta-se, com justa razão, duplamente:

1) o erro grave, pelo qual o oficial pode ser responsabilizado pelos danos a que der causa, de fazer a intimação para pagar por meio de editais publicados pela imprensa, a todos os coobrigados no título cambial, quando ele só deve e pode intimar o sacado, aceitante ou emitente; e

2) o erro, ainda comum, de darem os portadores instruções ao oficial no sentido de ser feito o protesto apenas contra certos coobrigados, excluindo esse ou aquele.

No correto magistério de nosso Mestre,²⁴ “são recomendações inúteis e supérfluas. O protesto não se faz, em rigor, contra ninguém. Ele é feito contra a falta de pagamento ou de aceite e tem por fim documentar, de modo inequívoco e solene, que deixou de ser cumprida, no dia e lugar determinados, a ordem contida na letra”.

22. RF 66/295, 1936.

23. *Do Aval*, apêndice ao Cap. IX, pp. 213-223.

24. Ob. cit., pp. 214-215. Note-se que até Whitaker chegou a asseverar que o “protesto é tirado contra o sacado e só ao sacado se intima, tendo ou não aceite a letra” (ob. cit., p. 229, n. 158).

14. “Dec. 2.044, anotado”, S. Paulo, 1914, p. 68, nota 1.

15. RF 39/341, 1922.

16. RF 54/270, 1930.

17. Paulo de Lacerda, *A Cambial no Direito Brasileiro*, 3.ª ed., 134.

18. RF 66/295, 1936.

19. Artigos no *Minas Gerais*, de 8, 11 e 15.2.36.

20. RF 57/350 e ss., 1938.

21. *Direito Cambiário*, cd. RF, 1948, n. 244 e RF 98/584 — que merece destaque especial.

Pensávamos que a matéria já não comportava mais dúvida quando, em 2.4.84, o Corregedor-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Des. Décio Cretton, ao despachar o Proc. 11.749, declarou: "Autorizo o solicitante a requerer ao Oficial competente o protesto do título também contra o avalista, que, contudo, deve estar devidamente identificado, indicando-se número de CPF e endereço atualizados" (os grifos são nossos).

Verifica-se, assim, que nem todos conseguem assimilar as lições do Prof. João Eunápio, pois a muitos falta o conhecimento dos princípios que norteiam os institutos do direito comercial.

3. Em 1959, a Revista Forense publica o "Curso de Direito Comercial", obra de tal repercussão positiva que saíram 5 edições, sendo a última seguida de 4 tiragens sucessivas, só não tendo havido novas em decorrência do estado de saúde do Prof. João Eunápio, pois os meios jurídicos constantemente pressionam a editora a atualizá-la, o que já está sendo, agora, felizmente realizado.

O objetivo do Mestre foi ultrapassado, pois pretendia — segundo assevera — ser útil aos seus alunos, mas tornou-se obra obrigatória para todos os que querem entender, de forma adequada, a parte geral do direito comercial e, especialmente, as sociedades comerciais, explicando e esclarecendo de maneira inequívoca, com acentuado bom-senso.

Em notas, onde deixa transparente a sua cultura, o seu desejo de alargar os conhecimentos dos seus variados leitores, faz observações que não são encontradas em outros estudos.

Vejamos algumas:

I — Se o intuito lucrativo, a condição de ganho fosse a verdadeira característica do comércio, todos os homens seriam comerciantes, Santo Agostinho²⁵ em uma

de suas obras mais sérias, o *De Trinitate*, para mostrar como é natural ao homem a procura de seu interesse, a vontade de lucrar, narra um episódio pitoresco e ilustrativo. Um mágico prometera revelar, a todas as pessoas que viessem ao teatro, um pensamento secreto, guardado no mais recôndito de seus corações, o qual seria comum a todos eles. No dia marcado pelo advinho, o teatro foi pequeno para conter a multidão de curiosos. E a todos, ansiosos pela grande revelação, foi dito pelo mágico: o pensamento secreto, a ambição comum a todos vós é a de comprar barato e vender caro: *vili multis emere et caro vendere*. Acrescentando Santo Agostinho que todos deram razão ao cômico. "Encontraram-se todos com a sua própria consciência".

Em outra nota,²⁶ identifica os conhecimentos de matemática, do ex-estudante de engenharia de Ouro Preto, ao observar: "uma coisa é a taxa nominal e outra a taxa real dos juros, que nunca coincidem nas épocas de grande e continuada inflação".

Esta simples verdade é desconhecida por muitos políticos e até por empresários que têm a obrigação de reconhecê-la sem dificuldades.

Não deixou escapar errônea do consagrado Teixeira de Freitas, para quem o art. 1.º do CCom. teria empregado mal o "podem comerciar", quando devia e queria dizer "podem ser comerciantes", como indicam a epígrafe do tít. I e os arts. 37, n. 1 e 484 do Código, assim como o art. 470 do regulamento n. 737, explicando:²⁷ "Ser comerciante é ter essa qualificação pessoal; comerciar é exercer atos de comércio".

Critica-o o Prof. João Eunápio:²⁸ "Se, porém, não apenas na intenção do nosso legislador de 1850, como na técnica e no

26. Ob. cit., nota n. 25, p. 91.

27. *Aditamentos ao Código de Comércio*, v. 1.º/295-296.

28. Ob. cit., nota 1 à p. 121.

25. Ob. cit., pp. 9-10, nota n. 7.

sistema do Código, que, como vimos nos 2 capítulos anteriores, não cogitou de atos de comércio isolado, mas de sua prática profissional, isto é, da mercancia, assim como em seu sentido profissional do comércio, é de todo improcedente, nesta parte, a crítica de Teixeira de Freitas. Coerente com o sistema que adotou — e do qual se esqueceram os comentadores — o Código podia e devia ter como sinônimas as expressões comerciar e ser comerciante”.

Volta o ex-professor de direito romano a nos ensinar a origem da palavra *quorum* derivada de uma velha fórmula da administração inglesa da Idade Média, que falava ainda o latim. Eram designados para juízes certo número de homens dos quais (*quorum*, *genitivo plural de qui, quae, quod*) alguns eram indispensáveis para deliberar sobre determinados assuntos: estes — os mais instruídos — eram denominados de *quorum judges*, “juízes *quorum*”, isto é, juízes dos quais a presença era necessária e indispensável para certas deliberações. Daí a palavra *quorum* passou para a linguagem parlamentar inglesa e desta para a de todos os parlamentos e assembléias do mundo”.²⁹

E conclui: “Numa sociedade anônima a palavra *quorum* se refere, pois, ao número de acionistas, ou melhor, de ações cuja presença (cuja, isto é, *quorum*, das quais) é indispensável para a instalação e funcionamento da assembléia”.

O Eg. STF não ficou imune à crítica do mestre mineiro ao decidir, em acórdão de que foi relator o Min. Lafaiete de Andrada, que “o subscritor de ações não é ainda acionista senão quando integraliza a compra de suas ações. Enquanto não paga todas as prestações, nenhum direito tem na sociedade e assim o estatuto não pode obrigá-lo; é de fato um terceiro”.³⁰

Esclarece o professor: “Tudo, porém, não há de passar de um grande equívoco e de uma grave inadvertência: o que o acórdão quis dizer com certeza é aquilo que tem sido decidido, reiteradamente e com grande acerto, isto é, que sem o pagamento da entrada inicial o subscritor não se tornará acionista, não tendo nem os direitos nem as obrigações de acionista”.

E conclui: “Afirmar, porém, que só é acionista, que só tem direitos e deveres na sociedade aquele “que paga todas as prestações”, isto é, que integraliza as ações, é *data venia* cochilo que nem os de Homero poderão justificar”.³¹

Com ironia, arma que sabia usar, sem dela abusar, o Prof. João Eunápio Borges cita artigo que escreveu para a revista “Sociedades Anônimas”³² cujo título, por si só, antecipa a crítica — “A Sumoc, a Lei de sociedade por ações e... o Pirolito de Belo Horizonte”.

Comentando a lei das sociedades por ações anterior, ele pergunta e responde: Estará o diretor de uma sociedade anônima impedido de representar na assembléia geral desta sociedade os seus filhos menores ou outras sociedades de que ele seja o representante legal? Ou outra, abrangerá a proibição do § 1.º do art. 91, segundo o qual o diretor não pode ser “procurador ou representante dos acionistas na assembléia geral, o exercício pelo diretor de sua função de representante legal de outras pessoas físicas, ou jurídicas nessa assembléia?”

Com acerto, dilucida: “o que a lei veda ao diretor, no § 1.º do art. 91, é somente a representação convencional resultante de mandato que lhe seja outorgado. Falando ao referido parágrafo em “procurador ou representante”, empregou as duas palavras como sinônimas, uma vez que todo procurador é representante, porque “o que caracteriza o mandato é a re-

29. Salomon Reinach, *Cornelie ou le latin sans Pleurs*, p. 45. Ob. cit., nota I a p. 404.

30. RF 152/161.

31. Nota 2, às pp. 405-406.

32. Out./58, p. 11.

apresentação...”, e “a idéia de mandato envolve a de representação”.³³

Sua censura ao Conselho Fiscal e à exigência, no Dec.-lei 2.627, de 26.9.40 da caução dos Diretores foram acolhidas na atual Lei das sociedades por ações: “O conselho fiscal transformou-se entre nós em órgão meramente decorativo. De fato, é a diretoria, pelo absoluto controle que exerce sobre a assembléia, que escolhe os seus próprios fiscais. E é natural que a criatura seja feita, como o homem, à imagem e semelhança de seu criador”.

Dai poder-se afirmar, com igual razão, do conselho fiscal, o mesmo que dissemos sobre a caução dos diretores. Tal como existe e como funciona, é órgão supérfluo ou absolutamente inútil e inoperante.

“Se os diretores são honestos, capazes, cumpridores de seus deveres, com ou sem fiscalização, tudo correrá bem para a sociedade. Se, porém, forem maus administradores, desidiosos, sem escrúpulos, saberão escolher fiscais que não os molestem...”³⁴

Waldemar Ferreira, todos sabem, comercialista paulista de prestígio, não conseguiu responder ao erro apontado pelo Prof. João Eunápio, ao examinar a classificação das sociedades por quotas de responsabilidade limitada:³⁵ “Reafirmando, pois a inatualidade e a inutilidade prática dessa classificação, incluímos a sociedade por cotas de responsabilidade limitada, ao lado das sociedades anônimas, entre as sociedades de capital”.

“Isso, porém, não importa em conceituá-la como simples modalidade de sociedade anônima sem ações. Seria erro igual ao dos que, por considerá-la sociedade de pessoas, reduzem-na, como o faz Waldemar Ferreira,³⁶ a uma sociedade

em nome coletivo de responsabilidade limitada, ou a uma comandita sem comanditados”.

4. Títulos de Crédito — Trata-se de obra editada em 1971, também com sucessivas edições e tiragens, de leitura obrigatória por todos que desejarem identificar corretamente os princípios que informam estas matérias. Consagrada na literatura jurídica nacional, como veremos, mais uma vez deixa à mostra que o nosso homenageado nunca renunciou às suas responsabilidades de denunciar erros, omissões e controvérsias.

O título dessa publicação foi alterado, num gesto de humildade e delicadeza do Prof. João Eunápio Borges para comigo, mas que só chegou ao meu conhecimento muito tempo depois.

Ao saber que, por coincidência, à época, estava no prelo livro de minha autoria, *Manual dos Títulos de Crédito*,³⁷ o então Diretor da RF, Mário Santos comunicou o fato ao Mestre que mudou o título de seu livro para *Títulos de Crédito*. Essa simplicidade e delicadeza de sentimentos é outra marca da personalidade do nosso homenageado.

Novamente usa sua fina ironia, na introdução,³⁸ quando diz: “Ficarei plenamente satisfeito se os estudantes, para quem é feito, encontrarem neste manual, como sua única qualidade, o maior e mais grave defeito que o eminente Professor, já falecido, da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, descobriu e censurou em meu primeiro trabalho jurídico *Do Aval*: “o livro é claro demais, dando penosa impressão de grande superficialidade”.

Conclui: “Se o mesmo acontecer com este livro, isto é, se à sua visível e transparente superficialidade aliar-se a mesma

33. Ob. cit., pp. 477-478.

34. Ob. cit., n. 496, p. 499.

35. Ob. cit., pp. 339-341.

36. A favor da tese do Prof. João Eunápio, entre outros, Júlio Santos Filho, *Sociedade Limitada*, p. 80 e Francisco Campos, *RF* 160/75 e ss.

37. *Manual dos Títulos de Crédito*, Ed. Pallas, RJ, 1991.

38. *Introdução*, p. 5.

clareza censurada no primeiro, não me arrependerei de o haver escrito, com o mesmo único objetivo de sempre: ser útil aos meus alunos e a todos quantos se iniciam no estudo deste ramo de direito”.

Os aplausos recebidos da comunidade jurídica brasileira revelam a qualidade desta obra, onde não podia ser mais amplo, nem mais completo, o espectro dos temas versados, com verdadeira paixão pelo rigor dos conceitos.

5. Algumas lições merecem destaque pela importância e alcance.

Esclarece que não se pode confundir endosso com transferência, pois “o endosso, mesmo reduzido à simples assinatura do endossante, está completo; o que se completa pela entrega do título, pela tradição, é a sua transferência; antes dessa tradição, embora completo, pode ser cancelado”.³⁹

Ataca, com carradas de razão, “erro grave — embora prestigiado às vezes por venerandos acórdãos — dizer-se que, sem o aceite do sacado, não existe letra de câmbio. Não. A letra pode prescindir do aceite e até, quando sacada à vista, normalmente, não o comporta e deve, neste caso, ser apresentada ao sacado para o pagamento; e não para o aceite”.⁴⁰

Embora aprovado por juristas de renome — Min. Orosimbo Nonato, Profs. Sylvio Marcondes Machado e Nehemias Gueiros, atacam o art. 496, do Projeto de Código de Obrigações, dizendo: “A Lei Uniforme, extirpando quaisquer dúvidas que pudessem resultar do conceito civilista da palavra sub-rogação, dispôs sabiamente em seu art. 32 que, pagando a letra o avalista adquire os direitos que dela resultam contra o avalizado e contra aqueles que são responsáveis para com este, em virtude da letra de câmbio”. Esse disposi-

tivo da Lei Uniforme acolhido com boa redação no Ante-Projeto Theofilo A. Santos (art. 50), foi modificado para pior no art. 496 do Projeto de Código das Obrigações: “O avalista que paga se sub-roga nos direitos contra a pessoa em favor de quem foi dado o aval e ainda contra os demais coobrigados”. “Sub-roga-se nos direitos de quem?” — pergunta o Mestre, que conclui: “Faltou dizer (como está no Ante Projeto Theofilo) que a sub-rogação é nos direitos derivados da propriedade do título, e não nos direitos pessoais de quem quer que seja”.⁴²

Para o Prof. João Eunápio, “em face do texto claríssimo de nossa Lei Cambial, o interveniente que paga pelo emitente não tem direito cambial contra ninguém. Poderá, conforme o caso, o motivo da intervenção ou suas relações com aquele por quem pagou, reaver dele a importância paga; nunca, porém, por uma ação de natureza cambial. Aliás, a redação do § 1.º do art. 35 é idêntica à do art. 24: como, em face deste não é cambial a ação do avalista contra o avalizado, não o é também a do interveniente contra aquele cuja firma ele honrou”.⁴³

Entretanto, com sua probidade intelectual, cita acórdão unânime da 3.ª Câmara Civil do TJMG, na Ap. Cív. 33.351, de que foi relator o então Des. Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, que reconheceu o direito do interveniente de agir cambialmente contra aquele cuja firma foi por ele honrada.

Zeloso quanto ao respeito às normas cambiais, lembra que “nos impressos de notas promissórias é comum encontrar-se a menção expressa: “Por esta única via de nota promissória etc...”, declaração “desnecessária e supérflua”, uma vez que a nota promissória não comporta duplicatas e só pode ser emitida em uma única via”.⁴⁴

42. Idem, ibidem.

43. Ob. cit., n. 135, pp. 106-107 e nota 2, à p. 107.

44. Ob. cit., nota 1 à p. 136.

39. Ob. cit., n. 31, p. 34.

40. Ob. cit., n. 58, p. 63.

41. Ob. cit., n. 113, p. 94.

Todo o país acompanhou a discussão sobre os chamados, inadequadamente de cheques pré-datados, especialmente após a Carta-Circular 2.387, de 30.7.93, do Banco Central do Brasil, baseada na LC 77, de 13.7.93, quando foram devolvidos cerca de 3 milhões de cheques pós-datados.

Jornais e revistas publicaram manifestações de juristas, magistrados, empresários e políticos que consideraram, erradamente, que tais cheques são ilegais ou constituem usos ainda não assentados. Entre outros mencionemos o Juiz Paulo Salles de Toledo, do 1.º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo,⁴⁵ o professor de direito comercial da UFRJ, Luiz Felizardo Barroso,⁴⁶ o Min. Edson Vidigal, do STJ,⁴⁷ os Deps. Federais Saulo Coelho e Chico Vigilante,⁴⁸ o ex-Presidente do Banco Central do Brasil, economista Paulo Cesar Ximenes⁴⁹ e o Pres. Jorge Hamuche, do Sindicato do Comércio de Tecidos e Confecções do Estado de São Paulo.⁵⁰

Pois falando, há 22 anos, sobre o tema, o Prof. João Eunápio, ainda na vigência da lei anterior, já ensinava: “É esta, aliás, a solução a que, em nosso direito, se inclina a melhor doutrina: o cheque, embora pós-datado, deverá ser pago quando apresentado”,⁵¹ no mesmo sentido de Pontes de Miranda: “O cheque pós-datado existe, vale e é eficaz”.⁵²

A Lei 7.357, de 2.9.85, já resolveu o problema em dois artigos:

a) no art. 4.º, § 1.º, ao dizer que a existência de fundos disponíveis deve ser

verificada no momento da apresentação do cheque para pagamento. Neste momento e não no dia da emissão, a provisão deve existir; e

b) no art. 42 e seu parágrafo único, ao enunciar que o “cheque apresentado para pagamento antes do dia indicado como data de emissão é pagável no dia da apresentação”.⁵³

Convém lembrar que coube ao Prof. João Eunápio esclarecer nebuloso dispositivo da Lei 1.102, de 21.11.03, “em torno do qual todos os nossos comerciantes, a começar de Carvalho de Mendonça, autor do anteprojeto que se baseou a lei, mantém absoluto e inexplicável silêncio o art. 27, § 7.º, que reza:

“O portador do *warrant* que, em tempo útil, não interpuser o protesto por falta de pagamento, ou que, dentro de 10 dias, contados da data do instrumento do protesto, não promover a venda da mercadoria, conservará tão-somente ação contra o primeiro endossador do *warrant* e contra os endossadores do conhecimento de depósito”.

Indaga o Mestre — “que misteriosa e esdrúxula ação será esta que o portador do *warrant* tem contra os endossadores do conhecimento de depósito e contra eles conserva, sem embargo da falta de protesto?”⁵⁴

Entre nós, só ele encontrou a resposta, pesquisando e encontrando dispositivo idêntico no Código Comercial Italiano de

53. Assiste razão a Werter R. Faria: “Na prática, é irrelevante verificar se havia provisão ao tempo da criação do cheque. Somente importa a existência de fundos disponíveis no ato da apresentação do cheque ao sacado” (*Cheque*. Sérgio Antônio Fabris Ed., Porto Alegre, 1978, p. 56).

Até no direito francês, registra recente livro de Yves Chaput — *Effets de Commerce, Chèques et instruments de paiement*. Presses Universitaires de France, Paris, 1992, n. 188, p. 126, n. 249, p. 168 — “un chèque sans provision garde son efficacité juridique”.

54. Ob. cit., n. 267, pp. 255-258.

45. Artigo no *O Estado de São Paulo*, de 16.8.93, p. 2.

46. *O Globo*, de 13.8.93, p. 17.

47. *Jornal do Brasil*, de 9.8.93, p. 15.

48. *O Estado de São Paulo*, de 12.8.93, p. 5 e *O Globo*, de 10.8.93, p. 17.

49. *Jornal do Commercio*, RJ, 4.8.93, p. 8.

50. *Folha de São Paulo*, de 5.8.93, p. 4.

51. Ob. cit., pp. 166-167.

52. *Tratado de Direito Cambiário*, Max Limonad, SP, 1955, v. IV/65-66, ns. 35 e 36. Há, portanto, 38 anos!

1882, mantido no Codice Civile unificado de 1942: “para exigir qualquer coisa além do preço da mercadoria depositada — só existe e, pois, só se conserva contra o endossador do conhecimento de depósito que seja de fato devedor por haver embolsado efetivamente a soma empenhada”, explicação encontrada também por Luigi Lordi.⁵⁵

Finalmente, qual a natureza jurídica do conhecimento de transporte não à ordem que não pode ser endossado? Sua transferência é possível por instrumento — público ou particular — de cessão, à qual se aplicam as normas de direito comum.

55. *Istituzioni di Diritto Commerciale*, v. 2./ 352-353. J. C. Sampaio de Lacerda, em seu *Dos Armazéns Gerais — Seus Títulos de Crédito*, Forense, RJ, n. 75, pp. 142-143, apenas afirma: “Aplicável também, na espécie, a ação de locupletamento indevido, prevista para a cambial (art. 48 da Lei 2.044) proposta pelo portador do *warrant* contra o devedor principal (primeiro endossante) ou contra os endossantes do conhecimento de depósito, posteriores à emissão do *warrant*, pois o primeiro endossante, ao endossar o *warrant*, obteve certa soma e por essa forma terá se enriquecido indevidamente em detrimento de outrem. Pela mesma razão contra os endossantes do conhecimento de depósito, posteriores à emissão do *warrant*, desde que teriam obtido a importância correspondente ao vínculo”. E cita Michelle Battista, in *il Digesto Italiano*, UTET, Turim, v. XVI.

Para o Prof. Waldemar Ferreira, a cláusula “não à ordem” desqualifica o conhecimento, “retirando-o do comércio por retirar-lhe o elemento essencial do título de crédito, o pressuposto da cláusula à ordem implícita ou explícita”.⁵⁶

A severa crítica do Prof. João Eunápio⁵⁷ acolhe a interpretação correta: “Ser à ordem, ser endossável não constitui a essência do título de crédito que, sem desnaturar-se, tanto possa ser “não à ordem” como “ao portador”. E lembra: “Aliás, a Lei Uniforme, para a própria letra de câmbio, admite a cláusula “não à ordem” ou expressão equivalente, por força da qual “a letra só é transmissível pela forma e com os efeitos de cessão ordinária de crédito” (art. 11 da Lei Uniforme)”.

Eis, senhoras e senhores, em *vol d'oiseau*, minhas observações sobre a valiosíssima contribuição do Mestre João Eunápio Borges para o aperfeiçoamento e progresso das instituições do direito comercial brasileiro.

Verdadeiro Varão de Plutarco, será sempre distinguido também por sua enorme dimensão humana, pois, com fé, sempre acreditou que é muito mais importante ser do que ter.

56. *Tratado de Direito Comercial*, v. 19/291, n. 2.225.

57. Ob. cit., n. 264, p. 242.

DOCTRINA

INCONSTITUCIONALIDADE DE PUNIÇÕES PERMANENTES

GERALDO ATALIBA

1. Punição permanente

1.1 A questão

Os órgãos da política monetária (Bacen e CMN) impõe pena de inabilitação permanente para o exercício de cargos de direção de instituições financeiras, aplicando a lei.

Cabe indagar se é juridicamente aceitável, no sistema da Constituição, a persistência desse tipo de punição.

Muitas pessoas têm sido vítimas de sumários procedimentos administrativos, ao cabo dos quais aplica-se-lhes pena de inabilitação permanente para o exercício de certas funções.

Fica a questão de se saber se pode ser superada essa *capitis diminutio*, recorrendo-se o direito ao exercício de suas habilidades profissionais.

Põe-se, assim, o problema de saber-se se, no direito brasileiro há punições perpétuas.

1.2 Rarefação doutrinária

Não há elaboração doutrinária mais desenvolvida e profunda, na nossa doutrina de direito administrativo sobre esse tópico. Por motivos que não cabe aqui discutir, nossos estudiosos não se aprofundaram no tema (até porque, tão despropositado, não preocupou os doutrinadores).

Isso não é de admirar, dado que, mesmo na Espanha — onde os estudos da especialidade mais se desenvolveram, alcançando elevados padrões — o mes-

mo é o panorama, como o testemunham Garcia de Enterría e Tomás Ramon (*Curso de derecho administrativo*, Ed. Civitas, 2.^a ed., II/152 e ss.).

A escassez de meditações e a rarefação dos pronunciamentos jurisprudenciais e doutrinários sobre o direito administrativo punitivo — até porque a legislação é omissa, incompleta, tumultuária e fragmentária — não nos deixam, entretanto, sem diretrizes.

Os nossos administrativistas — na linha da orientação dominante no direito comparado — propõem sejam adotados como padrões de pensamento os resultados das elaborações desenvolvidas pelos teóricos do direito penal, já que, essencialmente, é do *ius puniendi* estatal que se está cuidando.

É assente na doutrina da teoria geral do direito, bem como entre os administrativistas e penalistas que o direito de punir — de que se investiu “monopolisticamente” o estado — é um só, emanação da soberania que é, conhecendo maior ou menor intensidade neste ou naquele campo.

De tal modo foi sendo elaborada a teoria geral do direito punitivo, que torna lícito afirmar que os princípios, as técnicas, as categorias hermenêuticas e as diretrizes sólida e amplamente firmadas no direito penal são parâmetros e, certamente, limites para o direito administrativo punitivo.

Daí que os raciocínios exegéticos *a fortiori* do direito penal, como regra geral, sejam plenamente aplicáveis ao direito administrativo punitivo.

1.3 Vedação constitucional

A Constituição brasileira de 1988 é explícita e peremptória ao preceituar:

"Art. 5.º, LXVII — Não haverá penas:

...

b) de caráter perpétuo"

Tão claro, inequívoco e categórico é o preceito que os comentários que mereceu foram breves, sintéticos, áticos e sumários. O mesmo se diga do preceito homólogo da Constituição de 1946 (art. 141, § 31).

Se na repressão aos crimes exerce-se de modo mais intenso e exacerbado o *ius puniendi*, e se nessa hipótese a reação da ordem jurídica é mais severa, parece rigorosamente lícito afirmar que as expressões mais brandas — como as concernentes a infrações meramente administrativas — têm, no mínimo, iguais limites.

Proibindo a Constituição penas perpétuas, é evidente que às demais sanções — necessariamente correspondentes a infrações menos graves — aplica-se a mesma limitação.

Neste estudo busca-se contribuir para o encaminhamento de uma meditação sobre o tema.

2. A lei e o ato administrativo

Em processos administrativos decide o Bacen aplicar a "pena" de inabilitação permanente, com base no art. 44, IV da Lei 4.595.

Oportuno transcrever, da Lei 4.595, de 31.12.64 (cuja ementa reza: "Dispõe sobre a Política e as Instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências"), o preceito do seu:

"Art. 44. As infrações aos objetivos desta Lei sujeitam as instituições financeiras, seus diretores, membros de conselhos administrativos, fiscais e semelhantes e gerentes, às seguintes penalidades, sem prejuízo de outras estabelecidas na legislação vigente:

I — advertência;

II — multa pecuniária variável;

III — suspensão do exercício de cargos;

IV — inabilitação temporária ou permanente para o exercício de cargos de direção na administração ou gerência em instituições financeiras;

V — cassação da autorização de funcionamento das instituições financeiras públicas, exceto as federais ou privadas;

VI — detenção, nos termos do § 7.º deste artigo;

VII — reclusão, nos termos dos arts. 34 e 38 desta Lei;

..."

3. Teoria da punição administrativa

A "pena" imposta caracteriza-se claramente como punição administrativa, pelo seu teor e principalmente por ter sido imposta no bojo de um processo administrativo, por órgãos administrativos.

Não há uma teoria geral do ilícito administrativo com perfil próprio, que tenha levado à elaboração de princípios específicos a que se recorra para apoiar estudo sistemático do tema nessa particular seara. Nisso, nosso panorama não discrepa muito do existente no direito comparado.

Os notáveis Enterria e Tomás Ramon, falando sobre a teoria geral do direito escrevem: "... el Derecho Administrativo desconoce una creación semejante sobre la infracción legal determinante de una sanción administrativa, así como sobre esta misma, desconocimiento que es extensible a la legislación especial que define los poderes sancionatorios de la Administración" (*Curso de Derecho Administrativo*, t. II, Ed. Civitas, 2.ª ed., Madrid, 1983, p. 161).

E contrastam o direito administrativo com o penal: "... el derecho sancionatorio administrativo ha aparecido durante mucho tiempo como un derecho represivo primario y arcaico, donde seguían

teniendo cabida las antiguas y groseras técnicas de la responsabilidad objetiva, del versare *in re illicita*, de supuestos estimativos y no tipificados legalmente de las infracciones sancionables, de las pruebas por presunciones, con desplazamiento al reo de la carga de probar su inocencia, de los procedimientos sancionatorios no contradictorios, de recursos en justicia condicionados a la previa efectividad de la sanción, o de los que puede resultar la sorpresa de una *reformatio in pejus*, de la persistencia imprescindible de la responsabilidad, de la ilimitación o indeterminación de las penas o sanciones, de inaplicación de técnicas correctivas, como la del concurso de delitos, o de causas de exclusión de atenuantes, de condenas condicionales, de rehabilitación del culpable etc.” (p. 161).

Culminam com comentário cáustico e incisivo, perfeitamente aplicável ao direito brasileiro: “Sin hipérbole, puede decirse que el Derecho Administrativo sancionatorio ha sido hasta la fecha un derecho represivo prebeccariano” (p. 161).

Não pode ser menos duro, ácido e crítico o expositor do direito brasileiro.

4. Diferença entre direito administrativo sancionatório e direito penal

No melhor estudo sobre o tema, no Brasil, o Prof. Régis Fernandes de Oliveira sustenta: “Não há diferença de conteúdo entre crime, contravenção e infração administrativa. Advém ela da lei, exclusivamente. Inexiste diferença de substância entre pena e sanção administrativa”. (*Infrações e Sanções Administrativas*, Ed. RT, 1985, p. 32).

Deveras, a diferença entre a sanção penal e a administrativa “está nos meios (processo judicial) e autoridades que as aplicam (juízes)” (Régis F. Oliveira, *Infrações e Sanções Administrativas*). É a postura dos melhores publicistas. Por isso Régis Oliveira invoca Adolf Merkl (*Teoría general del derecho administra-*

tivo, México, 1975), expondo sua posição:

“Finaliza o autor afirmando, diante de todos os esforços de diferenciação, o seguinte: O Direito Penal Administrativo diferencia-se, conceitualmente, do Direito Penal Criminal unicamente em razão da competência, que neste é judicial e naquele administrativa” (p. 30).

O notável Nelson Hungria já assinalava: “A ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, é o dever jurídico. Dizia Bentham que as leis são divididas apenas por comodidade de distribuição: todas podiam ser, por sua *identidade substancial*, dispostas ‘sobre um mesmo plano, sobre um só mapa-múndi’” (*Novas questões jurídico-penais*, Ed. Nacional de Direito, Rio, 1945, p. 265).

E sublinhava: “Assim, não há falar-se de um ilícito administrativo *ontologicamente distinto* de um ilícito penal. A separação entre um e outro atende apenas a critérios de conveniência ou de oportunidade, afeiçoados à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço” (p. 265).

Aventa Hungria um critério não decisivo: “Conforme acentua Beling, a única diferença que pode ser reconhecida entre as duas espécies de ilicitude é de quantidade ou de grau: está na maior ou menor gravidade ou imoralidade de uma em cotejo com outra.” (p. 265).

Mas, prossegue, deixando ver que não se resume a isso a questão: “O ilícito administrativo, à semelhança do ilícito penal, é lesão efetiva ou potencial de um bem jurídico, pois, de outro modo, não se compreenderia a existência de um direito penal administrativo” (p. 267).

E prossegue: “Se nada existe de substancialmente diverso entre ilícito administrativo e ilícito penal, é de negar-se igualmente que haja uma pena administrativa *essencialmente distinta* da pena criminal” (p. 267).

O eminente juiz do Supremo e mestre acatado do direito penal não deixa de

salientar a substancial identidade entre os institutos:

"Há também uma *fundamental identidade* entre uma e outra, posto que pena seja, de um lado, o mal infligido por lei como consequência de um ilícito e, por outro lado, um meio de intimidação ou coação psicológica na prevenção contra o ilícito" (p. 267).

Mas reconhece que o critério verdadeiro é do meio (processo judicial) e órgão de aplicação das sanções (Judiciário): "A substancial *coincidência* entre ilícito administrativo e ilícito penal é confirmada pelo fato de que há perplexidade toda vez que a lei, ao cominar uma sanção comum ao direito administrativo e ao direito penal (como, p. ex., a multa), não indica o poder competente para aplicá-la. O único meio de dirimir a incerteza será invocar o *in dubio pro reo*, para reconhecer-se que se trata de pena administrativa, de consequências menos graves que a criminal" (pp. 271/272).

Régis F. Oliveira já havia exposto com largueza o resultado de suas pesquisas e meditações: "Vittorio Ottaviano afirma que entre a pena 'e as outras sanções impostas por órgãos jurisdicionais *não existe diferença* de ordem substancial', enquanto Zanobini diz que a discussão 'se mostra das mais infrutíferas que temos jamais discutido na Ciência do Direito Público' (*sic*).

Laubadère acompanha a orientação e assevera que 'a despeito de sua semelhança com as sanções penais, as sanções administrativas constituem decisões administrativas, e não atos de jurisdição penal'" (p. 30).

E invoca um mestre universal de indisputada autoridade:

"Zanobini, com propriedade, sustenta que 'a aplicação da pena vem imposta pelos órgãos do Poder Judiciário, órgãos jurisdicionais por excelência; mas — o que mais conta — tal aplicação vem feita não através de um procedimento admi-

nistrativo, mas através de um procedimento jurisdicional..." (pp. 30-31).

Prossegue expondo a melhor doutrina: "A propósito da discussão, Sayagués Laso pondera *inexistir diferença de natureza* entre os fatos constitutivos de infrações penais e administrativas, e o que as distancia é o regime jurídico das sanções aplicáveis. Assim, a distinção entre as sanções penais e administrativas radica em diversos elementos: 'aquelas impõem-se por ato jurisdicional, enquanto que estas se aplicam mediante atos administrativos; daí deriva que no primeiro caso o pronunciamento faça coisa julgada, enquanto que no segundo está sujeito à controle jurisdicional posterior'" (op. cit., p. 31).

Daí a simplicidade das verdades óbvias — reproduzidas por Régis F. Oliveira — sobre o direito italiano, mas perfeitamente aplicáveis ao nosso: "Tulio Chiossone afirma que, 'até o momento, a diferença', pelo menos no que respeita a nosso Direito Positivo, fundamenta-se na qualidade do funcionário que as aplica" (p. 32).

Por tudo isso, a melhor doutrina espanhola atual aportou à conclusão: "A diferença entre o poder sancionatório e o penal... é praticamente impossível" (Enterria-Tomás Ramon, cit., p. 152).

5. Limitações ao poder sancionatório da administração

As lacunas legais, a falta de sistematidade da legislação administrativa e a escassez da doutrina administrativa, no que concerne às manifestações punitivas por essa via, não significam ausência de critérios, nem inexistência de severos parâmetros, num "estado de direito", como o é o Brasil, por força do solene preceito do art. 1.º da CF/88.

Escreveu o Prof. Régis F. de Oliveira: "Não se pode atribuir à Administração o descomedimento sancionatório. Nem mesmo a lei pode estipular gravame in-

compatível com a falta que se pretende punir" (op. cit., p. 71).

As limitações, nessa matéria, decorrem da Constituição e impõem-se ao legislador e, *a fortiori*, ao administrador.

Tal é, igualmente, a orientação da mais autorizada doutrina espanhola, apoiada na sua jurisprudência: "Esta doutrina jurisprudencial ha establecido que esa vasta ausencia en la legislación de una 'parte general' de las infracciones y sanciones administrativas no puede interpretarse como una habilitación a la Administración para una *aplicación arbitraria y grosera* de sus facultades represivas, sino que se trata de una laguna que ha de integrarse necesariamente con las técnicas propias del *Derecho Penal ordinario*" (Enterria-Tomas Ramon, *Curso...* cit., p. 162).

As lacunas do direito positivo preenchem-se mediante analogia com o direito penal, guiando-se o intérprete pelos princípios constitucionais, em qualquer sistema onde prevaleçam os padrões do constitucionalismo.

"Parece claro, tras lo expuesto, que el capítulo de la *actividad sancionatoria de la Administración* es aún de los más imperfectos de nuestro atual Derecho público. La incidencia de la Constitución ha de ser aqui decisiva" (Enterria-Ramon Fernandes, op. cit., p. 186).

6. Proporcionalidade das punições

As punições aplicadas pelo Estado — sejam administrativas, sejam penais — sujeitam-se a princípios supremos e, por isso, insuperáveis, postos no sistema constitucional. É nossa melhor doutrina: "... as sanções devem ser: a) adequadas à defesa social e à política econômica do Estado; b) dosadas criteriosamente, de acordo com a gravidade da infração; c) ajustadas à personalidade dos destinatários, pessoas físicas ou jurídicas; d) aplicadas e executadas com certeza e firmeza, a fim de que não fique desmoralizado

o sistema repressivo" (Manoel Pedro Pimentel, *Direito Penal Econômico*, Ed. RT, S. Paulo, 1973, p. 95).

Da retributividade da pena decorre sua proporcionalidade, exigida pela Constituição: "A idéia retributiva, que constitui o núcleo da pena, promana do próprio bem comum, pois que este não poderia justificar, em nome de um hipertrofiado interesse social, que a tutela dos valores essenciais à comunhão se realizasse em detrimento da pessoa humana e com respeito à sua dignidade moral" (José Frederico Marques, *Tratado de Direito Penal*, v. III/95, 2.^a ed., Saraiva, 1966).

É enfático Frederico Marques ao sublinhar que "a pena tem que ser *absolutamente proporcional*, qualitativa e quantitativamente, ao mal causado..." (p. 97).

É que "O Estado, como o ensinava Finger, 'não deve adotar a conduta de um ressentido, nem excitar os complexos inferiores do sadismo', quando exerce o magistério punitivo" (José Frederico Marques, op. cit., p. 101).

Deveras, "Do sentido retributivo da pena, deriva o princípio da *proporcionalidade*. Se a pena encontra seu fundamento em um princípio ético de justiça — diz Battaglini — nesse mesmo princípio deve conter seus *limites*" (p. 105).

Já Fritz Fleiner afirmava o inarredável cunho de "proporcionalidade, isto é, a autoridade administrativa não pode empregar meio de coação mais severo do que seja necessário para conseguir o fim proposto" (*Instituciones de Derecho Administrativo*, Barcelona, Ed. Labor, 1933, p. 71).

Acentua Régis Fernandes Oliveira, apoiado em Enterria: "Sustenta o autor espanhol a inadmissibilidade e a ilegalidade de qualquer *sanção que ultrapasse o mínimo* desejado para evitar o dano ou o perigo que resulta da infração" (p. 72).

E amplia suas citações: "Do mesmo teor da lição de Montoro Puerto, ao dizer que 'de essência no conceito da pena é sua adequação ao ato, a *proporcionalida-*

de entre delito e pena. Quando falta a proporcionalidade ao ato ou ao autor ficará desvirtuado o conceito de pena'” (op. cit., p. 72).

Essa firme orientação doutrinária é refletida nas lições de René Dotti: “A proporcionalidade é um dos caracteres da pena que deve traduzir os interesses da defesa social e a garantia individual consubstanciada no direito do condenado de não sofrer uma *punição que exceda a medida do mal causado pela infração*” (*O novo sistema de penas*, p. 92).

Este conceituado jurista arremata sua exposição, deduzindo suas conclusões dos princípios mais gerais do direito que, exatamente, têm acatamento provento e universal: “A proporcionalidade é um desdobramento da exigência da retribuição, em obediência até mesmo ao antigo aforismo *suum cuique tribuere*” (p. 93).

Frederico Marques — salientando que o *jus puniendi* exerce-se para a conservação e progresso da sociedade — assinala ser absurdo que a pena atinja “outros valores indispensáveis à consecução do bem comum”, enfatizando: “Se o Estado pune para salvaguardar interesses ligados à conservação e progresso da sociedade — seria um absurdo que nessa atividade defensiva fosse atingir outros valores indispensáveis à consecução do bem comum. É por isso que o Estado pode punir, em nome das necessidades sociais, tão-só *nos limites* condizentes com a justa retribuição do mal praticado pelo delinqüente” (*Tratado...*, cit., p. 95).

Ora, entre esses limites está — categórico, peremptório — o Texto Supremo a impedir punições “de caráter perpétuo”.

7. Critério do legislador e do aplicador

Os princípios gerais do direito — acolhidos pela Constituição de modo amplo e generoso — tal como expostos pela melhor doutrina nacional e comparada, postulam moderação e prudência: a) ao legislador, ao formular as normas puni-

tivas; e b) ao aplicador, na delicada tarefa de *ascertainment*.

Daí a razoabilidade da norma e dos atos de sua aplicação, preconizada por Régis F. Oliveira: “Referindo-se os julgamentos mencionados a hipóteses de *desvio de poder*, é pacífica a idéia de que o legislador não pode ultrapassar os limites do “razoável” para estipular sanções. É princípio do Direito brasileiro a individualização da pena (§ 13, parte final, do art. 153 da CF)” (op. cit., pp. 72-73).

Vê-se aí que a atividade aplicativa tangencia delicadamente o desvio de poder, com risco próximo de resvalar para o arbítrio, supremamente vedado pelo Estado de Direito.

Toda sabedoria humanística e acervo cultural que funda o constitucionalismo do estado ocidental civilizado moderno é sintetizado — com o abono da melhor doutrina (Manoel Pedro Pimentel, *Direito penal econômico*, Ed. RT, SP, 1973) — na advertência do autorizado Aftalion: “Sabido es, también, que el respecto por la personalidad humana impone un principio de mínima suficiencia en la penalidad, con arreglo al cual las limitaciones a los derechos humanos, que importan las penas, deben *reducirse a lo absolutamente indispensable*, so pena de incurrir en descrédito, ridículo, o de quedar como letra muerta” (Enrique Aftalion, *Derecho Penal Económico*, p. 33).

Não podem juiz e legislador olvidar as conseqüências individuais e sociais da pena: “A pena tem índole retributiva, porém, objetiva os fins de reeducação do criminoso e intimidação geral. Afirma, pois, o caráter de *retribuição* da pena, mas aceita sua função utilitária” (E. Magalhães Noronha, *Direito Penal*, Ed. Saraiva, 1977, p. 227).

É que: “... o Estado... tem como finalidade a consecução do bem coletivo, que não pode ser alcançado sem a preservação do direito dos elementos integrantes da sociedade, e, portanto, quando se acham em jogo *direitos relevantes e fun-*

damentais para o indivíduo, como para ele próprio, Estado, e as outras sanções são insuficientes ou falhas, intervém ele com o *jus puniendi*, com a pena, que é a sanção mais enérgica que existe, pois..." (E. Magalhães Noronha, op. cit., p. 228).

Entretanto: "Punindo não olvida... o Estado a *dignidade da criatura humana*... Consequentemente, a pena, sobre ser *proporcional* ao mal que ele praticou, deve tê-lo sempre em consideração. Como escreve Mezger, proporcionada ao ato, ela cai, consoante seu conceito, sob o *dogma do ato*, porém, não apenas isso, pois tem que ser adequada à personalidade do agente, caindo, então, sob o *dogma do autor*" (E. Magalhães Noronha, op. cit., p. 228).

8. Proibição das penas perpétuas

A Constituição de 1988 — vale repetir — é categórica:

"Art. 5.º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...
XLVII — não haverá penas:

...
b) de carácter perpétuo".

O preceito reitera norma igualmente categórica da Constituição de 1946 (art. 141, § 31), que ficou implícita nos textos constitucionais do período autoritário (Carta Constitucional de 1967 e Emenda 1/69).

A lei não pode estabelecer sanções permanentes. Nenhuma sanção punitiva. Pela mesma razão, as leis não podem ser interpretadas de modo a gerar esse efeito. É categoricamente proibida a perpetuidade das penalidades, sejam elas quais forem.

É a lei das leis que o proíbe. Assim, inconstitucional a lei que prescreve pe-

nas permanentes. Inconstitucional o ato de aplicação que a estabeleça, num caso concreto.

O direito punitivo é estritamente submetido ao princípio da legalidade; diz a doutrina: "É a garantia suprema do indivíduo contra o *jus puniendi* estatal. Não somente garantia, pois, se se assinala à pena o fim intimidativo, é mister ser *cominada em lei*, é necessário seja conhecida. Sem isso não poderá eficazmente intimidar os indecisos e vacilantes. A legalidade não diz respeito, portanto, somente ao indivíduo, mas relaciona-se à prevenção geral, já apontada" (Magalhães Noronha, op. cit., p. 229).

Lei por excelência, a Constituição é a primeira pauta de legalidade. O alcance e sentido da legalidade penal são amplos. Por um lado a superlegalidade constitucional tolhe a perpetuidade de toda sanção punitiva. Isso corresponde a uma tendência ético-política universal.

"Todas as *sanções permanentes* devem ser proscritas dos ordenamentos jurídico-penais comprometidos com a defesa dos valores do homem" (René Ariel Dotti, *O novo sistema de penas*", p. 77).

Daí observar, agudamente, René Dotti: "Se a culpa é fundamento e limite da pena, a prisão eterna não pode fundar-se na culpabilidade posto ser inconciliável ao sentido espiritual do homem uma *culpa irremissível*, 'para todo o sempre'" (p. 79).

O cidadão infrator é punido segundo a *law of the land*, princípio que se põe na base do constitucionalismo, como refracção do *rule of law*, excludente do arbítrio e de todo subjetivismo. É a concepção clássica de Carrara: "Não deve ser ilegal; quer dizer, não se irroga legitimamente se de antemão a lei não a cominou. Quem pune deve ser a lei, não o homem. Veja-se a doutíssima dissertação de Knigswarter. *Nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenali*, Amsterdã, 135" (Francesco Carrara, *Programa do Curso*

de *Direito Criminal, Parte Geral*, v. II/93, Ed. Saraiva, 1977).

Este mesmo mestre mostra — mesmo escrevendo sobre um sistema que não tem regra constitucional explicitamente proibitiva, como o nosso — os fundamentos científicos da moderação da pena: “A fórmula *pena excessiva* oferece um duplice ponto de vista: num deles, o preceito que proíbe a *excessividade das penas* é ditado ao legislador pela ciência, por um supremo princípio de justiça; e é este, principalmente, o sentido em que procede a regra aqui ensinada. No outro ponto de vista, o preceito da não-excessividade é ditado ao juiz: e foi nesse sentido que consideraram a regra os velhos criminalistas” (op. cit., p. 95).

Por isso o nosso Cernicchiaro, com a autoridade de doutrinador e magistrado disse: “A *pena perpétua* também contradiz o princípio humanitário e o princípio do interesse público. Não faz sentido, em nossa quadra cultural, *privar alguém do exercício do direito de liberdade* para o resto da vida. Além de contrariar anseio de todo homem, abonado no mundo civilizado, nenhuma utilidade social é extraída. Ao contrário, apenas efeitos negativos, manutenção da ociosidade e transformação do ser humano em pária” (Luiz Vicente Cernicchiaro, *Direito Penal na Constituição*, RT, 2.^a ed., 1990, p. 112).

Outro não é o comentário do publicista e juiz da corte suprema que tão bem expôs a Constituição de 1946: “As penas de caráter perpétuo. É outra conquista do direito penal moderno — *toda pena é temporária*. Nenhum crime exige uma repressão e um *castigo perpétuo*. Para cada infração existe uma pena, correspondente e *proporcional* a sua gravidade.

Nas medidas de repressão, o legislador criou uma expressão simbólica na sua natureza e na sua severidade e que corresponde ao crime ou infração porventura praticadas” (Themistocles Brandão

Cavalcanti, *A Constituição Federal Comentada*, 2.^a ed., v. III/246, 1952, José Konfino Ed.).

E expõe seus fundamentos: “A *limitação* legal dos prazos da condenação, é uma conquista da civilização, que não nega, ao maior criminoso as oportunidades para uma regeneração, a sua volta ao convívio social, uma vez cumprida a pena que lhe foi imposta” (Themistocles Brandão Cavalcanti, *A Constituição...*, cit., p. 246).

Só a própria Constituição pode excepcionar o princípio que tão peremptoriamente pôs. Testemunha-o Antonio Carlos Mendes, tratando com proficiência do direito eleitoral: “Há uma única hipótese de *privação definitiva* ou de perda do *ius suffragii*: a perda da nacionalidade brasileira. Isto é, ser brasileiro, nato ou naturalizado é requisito constitucional da aquisição dos direitos políticos. Perdendo-se essa condição, perdem-se os direitos políticos” (*Introdução à Teoria das Inelegibilidades*, 1994, p. 81).

Comentando proficientemente preceito constitucional (de 1946) homólogo, o inesquecível e pranteado Basileu Garcia — mostrando o amplo alcance do princípio — escreveu: “Entretanto, a Constituição Federal, no art. 141, § 31, proíbe, indiscriminadamente, as *penas perpétuas*. Embora se esteja a ver que o legislador constituinte deve ter pensado unicamente na privação de liberdade, cuja interminabilidade contraria as tendências à humanização dos meios repressivos, é certo que alcançou, com o ilimitado preceito, *todos os tipos de penas* e, assim, *impedindo a perpetuidade das interdições de direitos...*” (*Instituições de Direito Penal*, v. I/684, t. II, 4.^a ed., Max Limonad.)

A invocação do administrativista Régis F. Oliveira completa a compreensão da questão: “É que a individualização da pena alcança *toda e qualquer infração*. É decorrência da interpretação lógica do

todo sistemático do Direito" (*Infrações...*, cit., p. 73).

Esse panorama doutrinário — sumário, mas eloqüente — faz ver que repugna ao espírito do nosso sistema jurídico e agride a letra das normas maiores nele inscritas, a perpetuidade das punições.

Não pode a lei estabelecê-la. Não pode o aplicador entender a lei de modo diverso.

9. Interdição de direitos

Tratando das interdições de direitos, René Dotti não vacila em qualificá-las a todas de "temporárias". Descreve didaticamente o nosso sistema: "As interdições *temporárias* de direitos consistem: a) na proibição de exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; b) na *proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício* que dependam de habilitação especial, de licença ou *autorização* do poder público; e c) na suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo (CP, art. 47)" (*O novo sistema de penas*, p. 110).

Esse subconjunto deve ser estudado à luz das teorias justificadoras e explicadoras do *jus puniendi*, como conspícua categoria constitucional. Estas são excelentemente expostas por Anibal Bruno:

"É verdade, como faz notar Binding, que todas as teorias, mesmo as absolutas, atribuem um fim à pena. Mas nas teorias absolutas o crime é não só um pressuposto, mas a própria razão de ser da punição. *Punitur quia peccatum*. Porque se praticou o crime, impõe-se a aplicação da pena. A idéia de qualquer fim, prevenção geral ou prevenção especial, é acessória.

Nas teorias relativas, o crime é apenas um pressuposto; a razão de ser da pena está no fim que se lhe atribua — prevenção geral, pela intimidação; prevenção especial, pela emenda ou segregação do condenado. *Punitur ne peccetur*" (Anibal Bruno, *Direito Penal*, Forense, t. 3.º, pp. 34-35).

No quadro de nosso sistema positivo — tal como delineado pelos doutrinadores que rapidamente citamos — vê-se ser abrangente e amplo o alcance da proibição terminante que a Constituição estabelece quanto à perpetuidade das punições.

Por isso Basileu Garcia acentua: "A incapacidade para profissão ou atividade cujo exercício depende de habilitação especial ou de licença ou autorização do poder público é imposta, sempre, por 2 a 10 anos, quando o crime constitua abuso no exercício da profissão ou atividade, ou infração de dever a ela inerente" (*Instituições...*, cit., p. 455).

E agrega — formulando diretriz orientadora do aplicador: "Aliás, o entendimento consagrado no Código é o mais liberal, e as restrições a direitos se aplicam parcimoniosamente, com exegese preferentemente favorável" (op. cit., p. 457).

E mais adiante — reconhecendo a irresistível expansividade do preceito constitucional proibitivo — tratando de interdições "permanentes" (por sua natureza), Basileu adverte enfaticamente: "Convém esclarecer, todavia, que não é absoluto esse caráter permanente. Ao réu é facultado mais tarde reabilitar-se, isto é isentar-se da interdição, nas circunstâncias previstas pelos arts. 119 e 120 do CP, após o decurso de tempo, indicado na lei..." (op. cit., pp. 457-458).

E arremata, mostrando a universal abrangência da categórica vedação constitucional: "Terá o legislador constituinte pensado tão-só na privação da liberdade, mas o dispositivo que redigiu é ilimitado. Deve-se entender que em todos os casos de interdições de direitos há lugar para a reabilitação, preenchidos os rigorosos requisitos legais" (p. 458).

Isso significa que a lei — e à sua falta as normas inferiores, aplicadas prudentemente pelo Judiciário — deve prever meios e modos de recuperação de direitos, pelo infrator, sendo, mais que lícito, exigível o emprego da analogia, exata-

mente para não se deixar sem eficácia o princípio constitucional.

Enterria e Tomás Ramon, comentando leis espanholas prescritoras de penalidades perenes escreveram: “Estos preceptos plantean un verdadero reto al jurista, porque resulta bastante obvio que tal técnica de ilimitación de las sanciones es absolutamente contradictoria con exigencias elementales del Estado de Derecho” (*Curso...*, p. 178).

E cuidando de leis que não põem teto a multas punitivas — o que na Espanha parece possível, em contraste com o Brasil — advertem: “Por el juego combinado y sistemático de esos principios constitucionales no puede admitirse, pues, una interpretación simplista de esas Leyes que facultan multas ilimitadas” (p. 179).

Suas lições são tanto mais aplicáveis ao Brasil quanto mais estrito é o nosso regime constitucional de proteção à personalidade humana.

10. Desdobramento

Na aplicação da lei administrativa punitiva, os agentes punidores ignoraram o espírito do nosso direito e a tônica informativa do sistema de sanções.

Não deixam de aplicar-se ao caso as ponderações de Magalhães Noronha: “A personalidade impõe-se pela finalidade retributiva. Se a pena é o mal da sanção oposto ao mal do crime, se é retribuição de um mal por outro, é evidente que deve recair sobre quem praticou aquele mal e somente sobre ele. Daí a abolição do confisco, pena iníqua, que se projetava à descendência do criminoso. Privado este de seus bens patrimoniais, a família também vinha a sofrer as conseqüências” (op. cit., p. 229).

Sua invocação aqui é oportuna e apropriada. Não pode perpetuar-se inibição que atinge tão fundamentadamente a família do punido. O mesmo autor mostra que o confisco foi banido do direito brasileiro, como pena, exatamente por

causa desse perverso efeito. Da pena de confisco diz: “... não capitulada em nosso Código, não é freqüentemente encontrada nas legislações, pois é iníqua, já que atinge outras pessoas, violando, assim, o princípio da personalidade da sanção” (op. cit., p. 231).

É exatamente essa a situação conseqüente à aplicação da punição em causa. Esse raciocínio deve aplicar-se ao caso sob exame, por idênticas razões.

Os aplicadores não atentaram para as advertências de Régis F. Oliveira: “As sanções que comprometem a atividade profissional do contribuinte, ainda que em débito com o Estado, são inconstitucionais” (p. 72).

Nessa passagem, reproduzia acórdão do STF, aplicador do princípio de preservação da atividade profissional do infrator (Rel. Min. Thompson Flores, *RDA* 95/57). Os fundamentos que o inspiraram são adequados a este caso.

Aprofundando a meditação sobre as exigências do nosso sistema jurídico a este respeito, Régis Oliveira oferece solução para a questão, pondo-a na correção judicial dos deslizes praticados pelo Bacen e pelo CMN: “Em síntese, as sanções devem guardar proporção com a finalidade buscada. O *excesso* deve ser evitado e, em caso de exacerbação, o Judiciário reconhecerá a ilegalidade ou inconstitucionalidade da punição. O contraste do desvio de poder será apurado pela análise dos direitos individuais previstos na Constituição Federal” (*Infrações...* cit., p. 73).

11. Conclusão

Infrações administrativas jamais poderiam ter como conseqüência inabilitação permanente para o exercício de habilitações profissionais.

Como se trata de atuação do *ius puniendi*, abusivamente desempenhado, cabe invocar os princípios de direito penal aqui lembrados, para — mediante

decisão judicial corretiva — restituir nos seus direitos os atingidos.

Manifestamos certeza de que os órgãos do Judiciário não terão decisão diversa da que o STJ adotou no MS 1.119-DF (91.0014769-9), 1.ª Sec., Rel. Min. Peçanha Martins, decisão unânime):

“Ementa: Constitucional — Mandado de Segurança — Diretor de Instituição Financeira — Pena de inabilitação permanente — Impossibilidade. Art. 5.º

LXXVII, § 2.º e LXVI, letra *e* da CF. Deferimento — Os direitos e garantias expressamente previstos na Constituição Federal não excluem outros tantos decorrentes do regime e dos princípios nela adotados (art. 5.º, LXXVII, § 2.º). A vedação às penas de caráter perpétuo não pode ser interpretada restritivamente, estendendo-se às penalidades de suspensão e interdição de direitos capitulados no n. LXVI, letra *e*, do mesmo art. Segurança Concedida.”

A PROTEÇÃO JURÍDICA AO NOME COMERCIAL, AO TÍTULO DE ESTABELECIMENTO E À INSÍGNIA NO BRASIL — REGIME JURÍDICO E NOVOS DESENVOLVIMENTOS NA JURISPRUDÊNCIA

GABRIEL F. LEONARDOS

1. Introdução: 1.1. Considerações Preliminares; 1.2. Conceitos de Nome Comercial, Título de Estabelecimento e Insígnia, e Demais Conceitos Aplicáveis ao Tema — 2. Desenvolvimento Histórico da Legislação: 2.1. Código Comercial Brasileiro (Lei 556, de 25.6.1850); 2.2. Convenção da União de Paris — CUP; 2.2.1 Aplicação da CUP no Brasil; 2.2.2 O Princípio do Tratamento Nacional; 2.2.3 Conteúdo da Proteção ao Nome Comercial na CUP; 2.2.4 Requisito de Proteção no País de Origem; 2.3. Decreto — com força de Lei 916, de 24.10.1890; 2.4. Decreto — com força de Lei 3.708, de 10.1.19; 2.5. Decreto — com força de lei 24.507, de 29.6.34; 2.6. Primeira Lei das Sociedades por Ações (Dec.-lei 2.627, de 26.9.40); 2.7. Código Penal (Dec.-lei 2.848, de 7.12.40); 2.8. Código da Propriedade Industrial (CPI) de 1945 (Dec.-lei 7.903, de 27.8.45 cf. alt. pelo Dec.-lei 8.481, de 27.12.45); 2.9. Lei do Registro do Comércio (Lei 4.726, de 13.7.65); 2.10. Código da Propriedade Industrial (CPI) de 1967 (Dec.-lei 254, de 28.2.67); 2.11. Código da Propriedade Industrial (CPI) de 1969 (Dec.-lei 1.005, de 21.10.69); 2.12. Código da Propriedade Industrial (CPI) vigente, de 1971 (Lei 5.772, de 21.12.71); 2.13. Lei das Sociedades por Ações vigente, de 1976 (LSA — Lei 6.404, de 15.12.76); 2.14. Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC — Lei 8.078, de 11.9.90) — 3. Conteúdo do Direito ao Nome Comercial, ao Título de Estabelecimento e à Insígnia — 4. Questões Especiais: 4.1. Alienabilidade do Nome Comercial, do Título de Estabelecimento e da Insígnia; 4.2 A Proteção do Nome das Sociedades Civis; 4.3 A Prescrição da Ação de Violação e da Ação de Indenização; 4.4. A Proteção do Nome Comercial vis-à-vis uma Marca Registrada e o âmbito de Proteção do Nome Comercial — 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

1.1. Considerações preliminares

Qual o motivo para se assegurar proteção jurídica, seja através de um direito pessoal ou real, aos institutos do nome comercial, do título de estabelecimento e da insígnia? Por que se deve proteger tais atributos do comerciante, quando já lhe são asseguradas a propriedade das marcas de indústria e comércio e das paten-

tes de invenção, a repressão às falsas indicações de procedência e à concorrência desleal?¹

A proteção ao nome comercial e demais sinais distintivos do comerciante é mais um capítulo da propriedade industrial, ao lado de todos os acima expostos,

1. Todas essas matérias são tratadas no Código da Propriedade Industrial em vigor (Lei 5.772, de 21.12.71), além de tratados e convenções internacionais e leis extravagantes.

destinado a proteger os esforços do comerciante na formação da reputação de sua empresa, conquistando a confiança do consumidor nos produtos que fabrica ou vende e que, portanto, passa a integrar seu fundo de comércio e, como tal, possui relevante valor patrimonial.

O direito à “exclusividade” do nome comercial constava das Constituições brasileiras como um dos direitos e garantias individuais desde a Constituição de 1934,² tendo sido tal expressão substituída pela “proteção” consagrada no art. 5.º, XXIX da CF/88, que determina: “A lei assegurará (...) proteção (...) aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.”

O presente estudo destina-se a analisar o sistema jurídico e os recentes desenvolvimentos na jurisprudência brasileira a respeito da proteção ao nome comercial, ao título de estabelecimento e à insígnia.

Nossa preocupação com a matéria deve-se, entre outras razões, a decisões de alguns juízos que — equivocadamente — negaram proteção ao nome comercial em conflito com marca registrada de terceiro, em casos em que esta era *posterior* àquele. Tais decisões baseiam-se em alguns argumentos que serão aqui analisados, nenhum deles, porém, convincente.

Esse entendimento de alguns juízos, em nossa opinião, além de equivocado juridicamente, é danoso ao desenvolvimento econômico e social do país, pois incentiva as práticas de concorrência desleal e desestimula os esforços de industriais e comerciantes legitimamente estabelecidos, a par de, no campo internacional, contrariar compromissos internacionais assumidos pelo país através da Convenção da União de Paris.

2. CF/34: art. 114, 19; CF/37: não tratou da matéria, CF/46: art. 141, § 18; CF/67: art. 150, § 24; EC 1/69: art. 153, § 24.

Felizmente, a recente jurisprudência do STJ sobre a matéria tem corrigido equívocos de outros tribunais, o que demonstra o alto nível dos integrantes daquela Corte e sua importância para a uniformização da aplicação da legislação federal.

Assim, inicia-se o presente artigo com a definição dos conceitos necessários à compreensão da matéria (Cap. I); a seguir, comenta-se a evolução da legislação brasileira a respeito do tema, com a exposição dos principais diplomas legais a respeito da matéria (Cap. II), e faz-se também uma análise do direito positivo em vigor (Cap. III); prosseguindo, são comentados alguns aspectos específicos referentes ao direito ao nome comercial e ao título de estabelecimento (Cap. IV), para, em seguida, apresentarmos as conclusões alcançadas (Cap. V).

1.2 Conceitos de nome comercial, título de estabelecimento e insígnia, e demais conceitos aplicáveis ao tema

O “nome comercial” é o nome sob o qual o comerciante ou industrial, pessoa física ou jurídica, exerce o seu comércio ou indústria³ e o “título de estabelecimento” é o sinal distintivo da loja ou escritório do comerciante ou industrial. Costuma-se definir “insígnia” da mesma forma que “título de estabelecimento”,⁴ não obstante, parece-nos que a definição mais adequada é a restritiva, segundo a qual a “insígnia” é o emblema, consistente em figuras, desenhos, símbolos, conjugados ou não a expressões nominativas (nomes, siglas etc.), que sirva para distinguir externamente a loja ou escritório do comerciante ou industrial. O “título

3. Note-se que “nome comercial ou industrial” já foi também utilizado como sinônimo de marca de indústria e comércio, como no art. 15 do Dec. 916, de 24.10.1890.

4. Cf. João da Gama Cerqueira. *Tratado...*, 1982, pp. 1.187-1.191.

lo de estabelecimento” e a “insígnia” têm, portanto, natureza idêntica, distinguindo-se um do outro apenas pela forma, nominativa do primeiro, e emblemática do segundo.⁵

Não se aplica no direito brasileiro atual a concepção de diversos autores, segundo a qual o conceito de nome comercial compreenderia não apenas as firmas e denominações sociais, mas igualmente os títulos de estabelecimento e as insígnias.⁶ Ocorre que a legislação nacional seguiu sempre entendimento mais restrito, definindo o nome comercial, a partir do Decreto — com força de lei — 916, de 24.10.1890, como o nome sob o qual o comerciante ou a sociedade exerce o comércio e assina-se nos atos a ele referentes.⁷

Parece-nos, porém, que a abrangência do conceito de nome comercial não se restringe ao nome das sociedades ou empresa com personalidade jurídica própria. Ocorre que o nome comercial é o nome pelo qual o comerciante ou prestador de serviços se apresenta ao público. Assim, por exemplo, o comerciante individual tem nome comercial

(que pode, inclusive, ser de fantasia) e goza da proteção respectiva. Da mesma forma, empreendimentos sem personalidade jurídica, decorrentes da associação de duas ou mais pessoas (como a sociedade em conta de participação ou o consórcio, bem como uma simples sociedade de fato ou “irregular”) podem igualmente possuir nome comercial.

Ou seja, contrariamente à percepção comum de que a proteção ao nome comercial nasce com o arquivamento dos atos constitutivos perante o Registro do Comércio, na verdade tal arquivamento é meramente um dos meios de prova do nome comercial. O art. 8.º da Convenção de Paris não permite que se condicione a proteção ao nome comercial a nenhum registro; isto é, a proteção não poderia estar condicionada ao registro especial no DNPI (já extinto), e tampouco pode estar condicionada ao registro de atos empresariais no Registro do Comércio. A proteção ao nome comercial decorre do seu simples uso, ou seja, pelo fato de determinada empresa ou empresário apresentar-se ao público sob aquele nome.⁸

Naturalmente, na inexistência de comprovação através de ato arquivado perante o Registro do Comércio, aquele que alega possuir determinado nome comercial terá o ônus da prova de demonstrar a data na qual começou a utilizar tal nome, bem como a continuidade de seu uso até o presente.

Um exemplo demonstrará a inevitabilidade de se reconhecer a proteção ao nome comercial de empreendimentos sem personalidade jurídica: sabe-se que algumas grandes empresas, dedicadas a diversas atividades industriais e comerciais, subdividem-se para fins gerenciais em “divisões”. Tais divisões não possuem personalidade jurídica própria, e para fins contábeis e fiscais apresentam-

5. Tais definições de título de estabelecimento e insígnia têm apoio no Código da Propriedade Industrial de 1946 (art. 114), já revogado, o que, porém, não tira o valor doutrinário da definição ali contida (cf. Newton Silveira, *Licença...*, 1984, pp. 12 e ss., neste mesmo sentido, Rubens Requião, *Curso...*, 1986, pp. 219 e ss.).

6. Neste sentido era a opinião de Affonso Celso (cf. *Marcas...*, 1988, pp. 101-102); Antônio Bento de Faria (cf. *Das Marcas...*, 1906, pp. 284-285); Thomas Othon Leonardos, que dava tal amplitude ao conceito de nome comercial que compreendia inclusive as marcas de indústria e comércio (cf. *Origem...*, 1934); e João da Gama Cerqueira (*Privilégios...*, 1930, p. 104).

7. Cf. explica Luiz Leonardos (in *A Proteção...*, 1980, pp. 11-14), este era o entendimento de J. X. Carvalho de Mendonça (*Tratado...*, v. V/24-27, parte I).

8. Neste mesmo sentido é a opinião de Gama Cerqueira, cf. *Tratado...*, 1982, p. 1.162.

se simplesmente como uma filial. Entretanto, muitas vezes, trata-se de uma filial com larga autonomia na condução dos negócios. Há filiais dedicadas, por exemplo, exclusivamente à produção de escovas de dente, operando sob um determinado nome comercial, enquanto outras filiais fabricam e vendem apenas lâminas de barbear, sob outro nome, e outras, ainda, dedicam-se à produção de artigos cosméticos, sob um terceiro nome. Ora, todas essas filiais podem ser dirigidas por uma matriz que opera sob um quarto nome, este sim o único constando do nome comercial arquivado perante a Junta Comercial. Neste caso, tal e qual os heterônimos de Fernando Pessoa, uma pessoa jurídica faz conhecer suas personalidades por quatro diferentes nomes comerciais, e a todos eles é devida a proteção legal.

É importante ainda fazer a distinção entre marca e nome comercial. Marca é o sinal distintivo de mercadorias ou serviços.⁹ O *nome comercial*, o título de estabelecimento e a insígnia, enquanto exercerem exclusivamente suas funções, não se confundem com a marca, e não podem ser registrados como tal por faltarem-lhes a vocação para assinalar produtos, mercadorias ou serviços, conforme exigido pelos arts. 59 e 60 do CPI/71.¹⁰ Com efeito, cada um de tais institutos têm funções próprias, que não se misturam com a dos demais.

9. Embora outrora a expressão usual fosse "marca de indústria e comércio", atualmente consagrou-se a expressão "marca de indústria, comércio e serviços", porque ela pode servir tanto ao industrial ou comerciante, que a afixa nas mercadorias que produzem ou comercializam, quanto ao prestador de serviços, que a utiliza nos serviços por si oferecidos.

10. A proibição de registro, portanto, não é a do art. 65, 5, do CPI/71, que vem sendo erroneamente aplicado pelo INPI desde a edição do código. A respeito, v. item 4.4 do presente estudo.

Nada impede, porém, que um nome civil¹¹ ou expressão de fantasia que integre o nome comercial ou o título de estabelecimento, ao destinar-se a distinguir mercadorias daquele industrial ou comerciante, possa igualmente ser registrado como marca.¹²

Com efeito, a empresa pode utilizar a mesma expressão como integrante de seu nome comercial, como título de estabelecimento e como marca. É, inclusive, comum que a "môt-vedette", ou palavra essencial do nome comercial seja também marca registrada da empresa, sendo, por vezes, a sua marca mais importante. Assim, por exemplo, embora não seja admitido o registro, como marca, do nome comercial "Votorantim S/A", a palavra "Votorantim" pode ser registrada e usada como marca.

Outrossim, deve-se, desde logo, distinguir os conceitos de "firma" e "empresa". A confusão é comum, inclusive porque em outros sistemas jurídicos, como o alemão, a palavra "firma" significa "empresa". No direito brasileiro, porém, *firma* é uma espécie do gênero "nome comercial", quando este for composto pelo nome de um ou mais sócios, seguido, quando for o caso, dos complementos determinados por lei (v.g. "e companhia", "Sociedade em comandita por ações", "Ltda."). "Firma" pode significar também simplesmente "nome" ou "assinatura".

11. A respeito do registro de nomes civis como marca sob o regime do Código da Propriedade Industrial atualmente em vigor, v. Luiz Leonardos, *Marcas...*, 1981, pp. 16-18.

12. Assim, por exemplo, a sociedade que tenha por nome comercial "Madeira Marabá S/A" pode utilizar como título de estabelecimento "Madeira Marabá" e registrar a marca "Marabá" para distinguir os produtos de madeira por ela fabricados. A distinção entre nome comercial, título de estabelecimento, insígnia e marca pode ser encontrada entre outros, no acórdão do STF na RTJ 50/338.

Prosseguindo nas definições, o “nome de empresa”¹³ é sinônimo de “nome comercial”, sendo esta última a expressão consagrada historicamente em nosso direito. O “nome comercial” é o gênero do qual “firma” e “denominação” são as duas espécies. “Firma” e “razão comercial” são sinônimos. A espécie “firma” comporta duas subespécies: “firma individual”, quando tratar-se de comerciante individual, e “firma social” ou “razão social”, quando tratar-se de sociedade.

A expressão “razão social” é também impropriamente utilizada como sinônimo de “denominação”, sendo necessário que o intérprete analise o contexto em que a expressão “razão social” é utilizada para aferir o seu alcance.¹⁴

A “denominação” ou “denominação social” constitui, ao lado da “firma”, a segunda espécie de “nome comercial” no direito brasileiro. A “denominação” é nome comercial que contém um ou mais elementos de fantasia. Conforme será visto adiante, as sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, podem utilizar denominações ou firmas,¹⁵ enquanto que as sociedades anônimas devem obrigatoriamente utilizar denominações.¹⁶

A sociedade por quotas, de responsabilidade limitada, pode utilizar, portanto,

13. “Nome de empresa” era a expressão utilizada pelo Código de Propriedade Industrial de 1967 — Dec.-lei 254, de 28.2.67, já revogado —, e, hoje, pode ser encontrada no art. 119 do CPI em vigor — Lei 5.772, de 21.12.71 e no art. 5.º, XXIX da CF/88.

14. V.g. no art. 281 da LSA, que trata da “firma ou razão social”, no *caput*, para, no parágrafo único, referir-se a “denominação ou firma”.

15. Cf. art. 3.º do Decreto — com força de Lei 3.708, de 10.1.19.

16. Cf. art. 3.º da Lei das Sociedades por Ações — LSA 6.404, de 15.12.76.

um nome comercial misto, que contenha um elemento de fantasia e o nome de sócio.¹⁷ Isso não fará, porém, que o nome do sócio seja tratado como elemento de fantasia, por força do princípio da veracidade do nome comercial, conforme será exposto adiante.

As sociedades anônimas, por sua vez, terão sempre denominação, ainda que utilizem nome de fundador acionista, ou pessoa que, por qualquer modo, tenha concorrido para o êxito da empresa.¹⁸ A inclusão de nome civil depende da autorização do seu titular, se vivo, ou de seus herdeiros, se morto.¹⁹ Para as companhias, uma vez legitimamente incorporado à denominação, o nome civil será tratado como elemento de fantasia, ou seja, cessam os direitos do titular ou seus herdeiros sobre o nome civil e não se poderá exigir a alteração do nome comercial da companhia sob a alegação de ofensa ao princípio da veracidade. Não obstante, a denominação assim composta está sujeita às limitações determinadas pelo § 2.º do art. 3.º da LSA.²⁰

17. V.g. “Ao Violão de Ouro — Pereira da Silva Instrumentos Musicais Ltda.”

18. Cf. permite o art. 3.º, § 1.º da LSA.

19. Cf. Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, v. 1/17, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1977, p. 17.

20. Dispõe o art. 3.º, § 2.º da LSA: “Se a denominação foi idêntica ou semelhante à de companhia já existente, assistirá à prejudicada o direito de requerer a modificação, por via administrativa (art. 97) ou em juízo, e demandar as perdas e danos resultantes.”

Conforme será posteriormente analisado, o dever de respeitar nomes comerciais previamente protegidos existe não apenas quanto às “companhias” (i.e. sociedades anônimas) já existentes, mas igualmente quanto às firmas e denominações dos comerciantes individuais e demais tipos de sociedade.

2. DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO

2.1 Código Comercial Brasileiro (Lei 556, de 25.6.1850)

O Código Comercial de 1850, cuja maior parte está ainda hoje em vigor, não contém disposições a respeito da proteção ao nome comercial. Não obstante, trata da firma pela qual as sociedades comerciais seriam conhecidas (art. 302, 2 e 3), enunciando as normas que deveriam reger os diversos tipos de sociedades, dividindo-as entre sociedades com firma e sem firma.

As companhias ou sociedades anônimas eram designadas exclusivamente pelo objeto ou empresa a que se destinavam e não tinham firma social (art. 295).²¹ Isso se explicava na época porque as sociedades anônimas eram o veículo jurídico imaginado apenas para empreendimentos de grande porte, que exigiam uma concentração fora do comum de capitais. Assim, a empresa poderia ser perfeitamente definida por seu objeto, como, por exemplo, “Companhia Paulista de Estradas de Ferro”. Na época, não se imaginava que poderia haver duas ou mais sociedades anônimas explorando o mesmo negócio.

Entre as sociedades sem firma encontrava-se ainda a sociedade em comandita simples (arts. 311 a 314) a qual, por conseguinte, era conhecida exclusivamente pelo nome do sócio ou sócios comanditados. Na mesma situação estava a

sociedade em conta de participação (arts. 325 a 328), que era conhecida exclusivamente pelo nome do sócio ou sócios ostensivos.

A sociedade de capital e indústria (arts. 317 e 324) tinha um regime híbrido, pois poderia, se assim desejassem os sócios, formar-se sob uma firma social (art. 318), mas isso não era obrigatório; caso fosse criada a firma, esta deveria seguir os ditames estabelecidos para a sociedade em nome coletivo, ou seja, o sócio que não fosse comerciante, fosse ele de capital ou indústria, não poderia ter seu nome incluído na firma social.

Finalmente, as sociedades em nome coletivo ou com firma (arts. 315 e 316) tinham obrigatoriamente firma social, da qual não podia constar os nomes dos sócios que não fossem comerciantes.

Embora carente de um maior detalhamento quanto à composição do nome comercial, pois dispositivos a este respeito somente viriam a surgir com o Dec. 916/1890, era evidente na legislação comercial brasileira o princípio de que os sócios cujos nomes integram a firma social respondem solidária e ilimitadamente pelos débitos sociais. Isso não significava, porém, que os sócios cujos nomes não constavam da firma social tinham responsabilidade limitada. Ocorre que o Código Comercial foi elaborado em torno da figura do “comerciante”, e este era o conceito relevante para se aferir a possibilidade do nome do sócio constar da firma social (cf. visto acima, com relação à sociedade de capital e indústria e a sociedade em nome coletivo).

Para fins de aferimento da limitação de responsabilidade, porém, o Código Comercial tratava cada sociedade de forma diferente, independentemente de os sócios serem ou não comerciantes. Assim, os sócios comanditários, participantes e os de indústria tinham responsabilidade limitada, e os sócios das sociedades em nome coletivo tinham responsabilidade solidária e ilimitada.

21. As companhias dependiam de autorização governamental para funcionar, e somente podiam funcionar por tempo determinado. A plena liberdade de constituição de sociedades anônimas foi instituída no Brasil pelo Decreto — com força de lei — 8.821, de 30.12.1882, tendo a legislação referente a tais sociedades sido compilada pelo Decreto — com força de lei 434, de 4.7.1891, o qual vigorou até a edição do Dec.-lei 2.627, de 26.12.40 (cf. Rubens Requião, *Curso...*, v. 2/8 e ss., 1986).

2.2 Convenção da União de Paris — CUP

O Brasil foi um dos 11 países signatários da primeira versão da CUP, elaborada em Paris, em 1883, e promulgada entre nós pelo Dec. 9.233, de 28.6.1884.²² A CUP instituiu uma união entre os países contratantes para a proteção da propriedade industrial e dedica um artigo à proteção do nome comercial.

A redação original da CUP já continha o art. 8.º (transcrito abaixo), que prevê a proteção ao nome comercial. Percebe-se, assim, que desde 1884 o Brasil se comprometeu a proteger os nomes comerciais de comerciantes e sociedades estrangeiras. Naquela época, as sociedades nacionais não contavam com tal proteção no Brasil, mas, por força da CUP, passaram a contar com proteção nos demais países contratantes.

A CUP foi revista pela primeira vez em 1900, em Bruxelas, tendo o texto respectivo sido aprovado no Brasil pelo Dec. 984, de 9.1.03. O art. 8.º, que trata da proteção ao nome comercial não foi alterado.

A segunda revisão da CUP ocorreu em 1911, em Washington, cujo texto foi aprovado no Brasil pelo Dec. 11.385, de 16.12.14. Também dessa vez foi mantido inalterado o art. 8.º, que trata da proteção ao nome comercial.

22. Quanto aos arts. 1.º a 12, que contêm normas de direito material, vigorou entre nós, até 1992, o texto da revisão de Haia (de 1925), aprovado pelo Dec. 5.685, de 30.7.29. Com relação aos arts. 13 a 30, que dispõem normas procedimentais sobre a União, já vigorava o texto da revisão de Estocolmo (de 1967), aprovado pelo Dec. 75.572, de 8.4.75.

Em 24.8.92 entrou em vigor no Brasil a redação dos arts. 1.º a 12 da revisão de Estocolmo, através da publicação do Dec. 635, de 21.8.92, que promulgou a adesão do Brasil ao inteiro teor da revisão de Estocolmo.

Até recentemente, a última revisão a que o Brasil havia aderido por inteiro era a de Haia, realizada em 1925, e que havia sido aprovada no Brasil pelo Dec. 5.685, de 30.7.29, que republicou novamente o inteiro teor da CUP, tendo, também aqui, permanecido inalterado o teor do art. 8.º.

A adesão ao Brasil à CUP foi reiterada por ocasião da aprovação parcial do texto da revisão de Estocolmo, de 1967, através do Dec. 75.572, de 8.4.75, que dispôs expressamente que o texto de Haia para os arts. 1.º a 12 continuava em vigor no Brasil.

Finalmente, o Dec. 635, de 21.8.92 promulgou a adesão do Brasil aos arts. 1.º a 12 da revisão de Estocolmo. A revisão de Estocolmo também não trouxe alterações ao art. 8.º, que tem, portanto, a seguinte redação: "O nome comercial será protegido em todos os países da União sem obrigação de depósito ou de registro, quer faça ou não parte de uma marca de fábrica ou de comércio."

2.2.1 Aplicação da CUP no Brasil

Cumprido, agora, analisar a delicada questão da aplicação da CUP no Brasil, sob o aspecto de sua prevalência sobre eventuais leis internas que lhe sejam contrárias. Essa questão não foi relevante no passado, pois historicamente a doutrina e a jurisprudência consideravam que os tratados internacionais eram hierarquicamente superiores às leis ordinárias.

Ocorre, porém, que no julgamento do Recurso Extraordinário 80.004-SE, que iniciou-se em 3.9.75 e terminou em 1.6.77, o STF decidiu que os tratados internacionais têm hierarquia igual a das leis internas, vigorando, portanto, com relação aos tratados internacionais, o princípio geral de que *lex posterior*

derogat priori.²³ Tais noções são relevantes para que se compreenda o desenrolar do sistema brasileiro de proteção ao nome comercial.

Situação curiosa era a da vigência da CUP no Brasil entre 1974 e 1992, pois o Dec. 78, de 31.10.74, havia aprovado *in totum* o texto da revisão de Estocolmo,

23. V. inteiro teor do acórdão in RTJ 83/809-848 (jan./78). A interpretação deste acórdão exige uma leitura cuidadosa, pois diversos foram os pontos de vista adotados. De 11 Ministros, apenas 9 votaram. Não participaram do julgamento o Min. Djaci Falcão, presidente à época em que iniciou-se o julgamento, bem como o Min. Moreira Alves, que havia proferido parecer no caso, ainda na qualidade de Procurador Geral da República.

A seguinte foi a posição dos 9 Ministros que votaram: Min. Cunha Peixoto (relator para o acórdão), Min. Cordeiro Guerra, Min. Rodrigues Alckmin, e Min. Thompson Flores: o tratado é equivalente à lei interna e prevalece o que for posterior; Min. Xavier de Albuquerque (relator) e Min. Eloy da Rocha: o tratado é hierarquicamente superior à lei (embora a conclusão do voto do segundo tenha sido diferente da do primeiro, por força de uma particularidade do caso concreto); Min. Leitão de Abreu: o tratado e a lei interna têm hierarquia equivalente, mas, à falta de previsão constitucional, não se pode aplicar o princípio de que *lex posterior derogat priori*, por isso, a lei interna posterior, enquanto em vigor, apenas suspenderia a eficácia do tratado, naquilo em que fossem conflitantes; Min. Antonio Nader: entendeu que não havia conflito no caso concreto e não examinou a questão da prevalência entre tratado e lei interna; e Min. Bilac Pinto: não há voto transcrito.

Percebe-se, portanto, que de 11 Ministros apenas 4 votaram inequivocamente a favor da tese de que o tratado é equivalente à lei; não obstante, desconhecemos pronunciamento posterior do plenário do STF a respeito da matéria, modificando tal entendimento, com exceção de questões tributárias, que não servem de paradigma, tendo em vista a norma especial do art. 98 do CTN (Lei 5.172, de 25.10.66), que tem hierarquia de lei complementar. V. comentários ao acórdão no RE 80.004-SE in José Inácio G. Franceschini, *Conflitos...*, 1982.

de 1967, sem fazer qualquer ressalva. A ressalva aos arts. 1.º a 12, para os quais permanecia em vigor no Brasil o texto da revisão de Haia, de 1925, somente aparecia no Decreto do Executivo que promulgou o novo texto da CUP (Dec. 75.572, de 8.4.75). Como salientaram Miguel Reale²⁴ e Luiz Leonards,²⁵ poder-se-ia questionar se a ressalva feita *a posteriori* pelo Executivo era válida, em face da competência exclusiva do Congresso Nacional para a aprovação de convenções internacionais (art. 44, I da CF/67-69 e art. 49, I da CF/88). A irregularidade foi sanada com a promulgação do texto de Estocolmo através do Dec. 635, de 21.8.92.

2.2.2 O princípio do tratamento nacional

O princípio basilar da CUP é o do tratamento nacional, consagrado na 1.ª parte do art. 2.º da seguinte forma (texto da revisão de Estocolmo): “Os nacionais de cada um dos países da União gozarão em todos os outros países da União, no que se refere à proteção da propriedade industrial, das vantagens que as leis respectivas concedem atualmente ou venham a conceder no futuro aos nacionais, sem prejuízo dos direitos especialmente previstos na presente Convenção. Em consequência, terão a mesma proteção que estes e os mesmos recursos legais contra qualquer atentado dos seus direitos, desde que observem as condições e formalidades impostas aos nacionais.”

Deve-se ressaltar que o princípio do tratamento nacional tem como elemento de conexão não apenas a nacionalidade, mas também, por força do art. 3.º da CUP, o domicílio ou local de estabelecimento do industrial ou comerciante. Dispõe o art. 3.º (texto da revisão de Estocolmo): “São equiparados aos nacionais

24. V. *Aplicação...*, 1982.

25. In *A Natureza...*, p. 159.

dos países da União os nacionais dos países não participantes da União domiciliados ou que possuem estabelecimentos industriais ou comerciais efetivos e reais no território de um dos países da União.”

O princípio do tratamento nacional isoladamente considerado não constitui garantia de que direitos de propriedade industrial estrangeiros sejam válidos em qualquer dos países-membros da União. Para tanto, é necessário que a lei interna deste país outorgue o mesmo direito aos seus nacionais.²⁶ Trata-se, não obstante, de um dispositivo que consta da CUP desde sua primeira versão e assegura o tratamento não-discriminatório de estrangeiros.

O tratamento nacional e a reciprocidade não se confundem. Pelo contrário, excluem-se mutuamente. Exigir reciprocidade de tratamento pelo país de origem do estrangeiro significa fazer letra morta do princípio do tratamento nacional. Isso, para não mencionar a impossibilidade prática de cada escritório de patentes nacional manter um repertório legislativo atualizado referente à propriedade industrial em todos os países signatários da CUP — cerca de uma centena. Esse problema poderia ser resolvido através da obrigatoriedade de o estrangeiro fazer prova da legislação em seu país de origem, mas isso aumentaria enormemente

o tempo e os custos envolvidos na obtenção de proteção à propriedade industrial, prejudicando o desenvolvimento da indústria e o comércio internacional de bens e serviços.²⁷

Assim, os países-membros da União devem assegurar aos nacionais e residentes dos demais países-membros, no mínimo, as mesmas vantagens de seus nacionais ou residentes.²⁸ Ademais, é lícita, perante a CUP, a disposição legal de um dado país-membro que outorgue maior proteção aos estrangeiros que aos seus próprios nacionais, bem como a que estabeleça a condição de reciprocidade para a proteção à propriedade industrial desde que esta se aplique unicamente aos nacionais e residentes de países que não sejam membros da União.

2.2.3 Conteúdo da proteção ao nome comercial na CUP

Conforme informam Beier e Kunz-Hallstein,²⁹ a jurisprudência e doutrina dominantes em diversos países entendem que o art. 8.º da CUP é por demais genérico para, por si só, assegurar a proteção ao nome comercial em todos os países da União. A CUP é suficiente para assegurar direitos nos casos em que ela trata de forma completa e definitiva,

26. “The principle of equal protection says nothing about the actual degree or value of the protection; this depends entirely on what protection provided for nationals consist of. If that protection is, so to say sub-standard, the protection given to foreigners will be sub-standard — and consequently of little value — too. For example, should the patent law of a country provide, in spite of the standard 15 to 20 years of protection for patents, a protection that lasts only seven years, the practical value of the protection would be very little, if any, and it would be little consolation to the foreigner that the nationals suffer from the same situation” (Arpad Bogsch, *The first...*, p. 196).

27. “The question of whether the Paris Convention should allow reciprocity, at least in some specific cases, is a question which has been repeatedly discussed in various conferences of the Paris Convention. The answer to the question has always been in the negative” (Arpad Bogsch, *ob. cit.*, p. 197).

28. “The advantages which the nationals of the countries of the Union may claim in any other country consist in the application, without any discrimination, of the national law as applied to nationals of the country itself. (...) this means that no reciprocity of protection can be required by the States party to the Convention.” (Bodenhausen, *Guide...*, p. 29).

29. V. Friedrich-Karl Beier e Hans Peter Kunz-Hallstein, *Zu den Voraussetzungen...*

mas, nos demais casos, ela constitui unicamente uma recomendação aos países-membros de assegurar tal proteção em suas leis nacionais. Caso essa recomendação não seja cumprida, cabe aos demais países iniciar o procedimento contencioso próprio.³⁰

Assim, segundo tais autores, o art. 8.º da CUP, conjugado ao art. 1.º, que inclui a proteção ao nome comercial como um dos objetivos visados pela proteção à propriedade industrial, teria por efeito unicamente criar a obrigação para os países-contratantes de proteger o nome comercial. Essa proteção existiria tão-somente, e na medida em que houvesse lei interna estabelecendo a proteção ao nome comercial. Uma vez existindo tal proteção, por força do art. 8.º (o qual teria plena executividade nesse particular), os nomes comerciais estrangeiros seriam dispensados de qualquer registro que porventura fosse exigido dos nacionais.

Entretanto — podemos aduzir —, caso houvesse lei interna posterior à CUP determinando de forma genérica que seja efetuado tal registro, a dispensa do registro para nomes comerciais estrangeiros somente permaneceria se o sistema jurí-

dico do país em questão consagrasse a tese da prevalência dos tratados internacionais sobre a lei interna (o chamado “monismo internacionalista”), ou a tese de que a CUP aplica-se para os nomes dos estrangeiros e a lei interna aplica-se aos nomes dos nacionais (o chamado “dualismo”).

Em alguns países, discute-se a possibilidade de aplicação da CUP em favor das sociedades nacionais. Há países que consideram que a CUP outorga direitos às sociedades estrangeiras, fazendo com que estas possam pleitear direitos que podem, inclusive, de acordo com sua legislação interna, ser negados às sociedades nacionais. Assim ocorre, por exemplo, na República Federal da Alemanha, onde a CUP aproveita apenas às sociedades estrangeiras enquanto que as sociedades alemãs somente podem pleitear a proteção que sua lei interna lhes outorga.

No campo da propriedade industrial, ao menos, essa discussão não mais existe entre nós desde o CPI de 1946, que admitia a invocação da regra internacional mais vantajosa (art. 218); tal dispositivo foi mantido no CPI de 1967 (art. 3.º), e no CPI de 1969 (art. 3.º). Atualmente, o art. 4.º do CPI em vigor estabelece: “Toda pessoa física ou jurídica domiciliada no Brasil com legítimo interesse poderá, administrativa ou judicialmente, solicitar a aplicação em igualdade de condições de qualquer dispositivo de tratados ou convenções a que o Brasil aderir.”

Pode-se concluir que a proteção ao nome comercial, é assegurada na CUP pelo princípio do tratamento nacional, previsto em seu art. 2.º, e, portanto, dependente da existência de lei interna estabelecendo tal proteção; tal proteção é complementada pelo dispositivo de seu art. 8.º.

Não obstante, como se verá adiante, considera-se no Brasil que o art. 8.º da CUP, ao contrário do que ocorre em outros países, é uma norma auto-aplicá-

30. O art. 28, 1 da CUP (texto de Estocolmo) estabelece a sistemática de resolução de conflitos perante o Tribunal Internacional de Justiça. Entretanto, ao aderir à revisão de Estocolmo, o Brasil ressaltou que também com relação a este dispositivo não se considerava vinculado (cf. permitido pelo Art. 28,2). Assim, o mecanismo previsto na CUP de sanção a países inadimplentes em suas obrigações revelou-se ineficaz, tendo sido este o principal motivo de os países industrializados, liderados pelos Estados Unidos, terem incluído o comércio de propriedade intelectual nas discussões do General Agreement on Tariffs and Trade — GATT, que dispõe de regras mais rígidas para o caso de violações por parte de países-contratantes (a respeito, v. Hans Ballreich, *Enthält...*), através da aprovação de um acordo paralelo ao GATT que foi denominado de Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Including Trade in Counteifit Goods — TRIPS.

vel, incorporada ao direito interno e que assegura de forma autônoma a proteção ao nome comercial. Ou seja, a jurisprudência, em litígios iniciados por sociedades estrangeiras, muitas vezes, baseia-se apenas no art. 8.º e não na legislação interna, aplicável por força do princípio do tratamento nacional. Não obstante, na prática, entre nós, não haveria qualquer diferença se o Judiciário mitigasse o alcance do art. 8.º e passasse a julgar com base na legislação ordinária interna, pois esta tradicionalmente assegura uma forte proteção ao nome comercial.

2.2.4 Requisito de proteção no país de origem

Muito se discute, ainda hoje, sobre a eventual necessidade de que, para gozar de proteção em determinado país-contratante, o titular do nome comercial tenha assegurada tal proteção em seu país de origem. A hipótese é rara atualmente, pois a maioria das legislações internas de países-membros da CUP garantem a proteção ao nome comercial. Não obstante a questão pode tornar-se relevante e, ao examinar a matéria, Beier e Kunz-Hallstein³¹ concluíram que tal exigência seria incompatível com o princípio do tratamento nacional, pois o demandante (ou demandado) estrangeiro seria obrigado a provar, em Juízo, não apenas que preenche os requisitos para a proteção previstos nas leis internas desse país, mas também que goza de tal proteção em seu país de origem, o que o colocaria em situação mais desfavorável que a dos residentes desse país.

2.3 Decreto — com força de lei — 916, de 24.10.1890

O Dec. 916/1890 criou o registro de firmas ou razões comerciais e ditou as

seguintes normas para a formação de firmas:

a) art. 4.º: as sociedades anônimas seriam designadas por uma denominação particular ou pela indicação de seu objeto, não lhes sendo permitido ter firma ou razão social, nem incluir na designação o nome por extenso ou abreviado de um acionista;

b) art. 3.º, § 2.º: Admitiu-se o uso de firma social pela sociedade em comandita simples e em comandita por ações,³² a qual deveria conter o nome de um ou mais sócios pessoal e solidariamente responsáveis, com o complemento “e companhia” ou “e cia.”, sem que se incluísse o nome completo ou abreviado de qualquer comanditário; previa-se, ainda, que a sociedade que tivesse o capital dividido em ações seria qualificada por denominação especial ou pela designação de seu objeto seguida das palavras “Sociedade em comandita por ações” e da firma;³³

32. Conforme leciona Rubens Requião (in *Curso...*, v. 2/250 e ss.), as sociedades em comandita por ações - que não eram previstas pelo Código Comercial - foram introduzidas em nosso país por influência do direito francês. A despeito da falta de previsão legal, diversas sociedades desse tipo foram criadas, até que foi baixado o Dec. 1.487 do Governo Imperial, de 13.12.1854, proibindo o registro de contrato de sociedades em comandita cujo capital estivesse dividido em ações, ficando sem nenhum efeito os registros dos contratos que tivessem sido feitos. Apenas com a Lei 3.150/1882, foi disciplinado esse tipo de sociedade. Atualmente, elas estão sujeitas aos arts. 280 a 284 da LSA.

33. O dispositivo está derogado com relação às sociedades em comandita por ações, às quais se aplica atualmente o art. 281 da LSA, conforme exposto adiante. Note-se que a “denominação especial” prevista nesse dispositivo do Dec. 916/1890 não dispensava o uso da firma. Essa “denominação especial” consistia em elemento de fantasia que podia ser utilizado alternativamente ao objeto social (v.g. “Céu de Estrelas — Sociedade em Comandita por Ações Pereira da Silva” ou “Fogos de Artifício — Sociedade em Comandita por Ações Pereira da Silva”).

31. In *Zu den Voraussetzungen...*, pp. 364-366.

c) art. 3.º, § 3.º: foi igualmente admitido o uso de firma social pela sociedade de capital e indústria, a qual não poderia conter o nome por extenso ou abreviado do sócio de indústria³⁴;

d) art. 3.º, § 4.º: a sociedade e conta de participação não poderia ter firma que indicasse a existência de sociedade; e

e) art. 3.º, § 1.º: a firma da sociedade em nome coletivo deveria, se não individualizasse todos os sócios, conter pelo menos o nome de um deles com o complemento "e companhia" ou "e cia.", não podendo dela constar nome de pessoa não comerciante.³⁵

Percebe-se que, com respeito à sociedade em comandita e à sociedade de capital e indústria, o Dec. 916/1890 utilizou como parâmetro para a inclusão do nome de sócio na firma social o fato de ser ele solidária e ilimitadamente responsável pelos débitos sociais. Ou seja, o sócio comanditário ou de indústria cujo nome integrasse a firma social não faria jus à limitação de responsabilidade, o que de resto, é expressamente determinado pelo parágrafo único do art. 8.º do Dec. 916/1890.³⁶

34. Com isso, a sociedade de capital e indústria passou a ter firma, sem que tenha sido determinado qualquer complemento. Assim, uma sociedade desse tipo pode ter por firma apenas os nomes dos sócios de capital (v.g. "Paulo da Silva & Mário dos Santos").

35. A firma da sociedade em nome coletivo poderia, portanto, deixar de conter o complemento "e companhia" ou "e cia." caso os nomes de todos os sócios integrassem a firma social (a sociedade poderia se chamar, por exemplo, "Marcos Santos & João Dias" ou "Marcos Santos & Cia.").

36. Estabelece o dispositivo mencionado:

"Art. 8.º. (*omissis*)

Parágrafo único — A pessoa que emprestar o nome como sócio, ainda que não tenha interesse nos lucros da sociedade, será responsável por todas as obrigações da mesma sociedade, que forem contraídas sob a firma social."

Isso se justifica pela circunstância de que terceiro de boa-fé, ao contratar com a sociedade,

Além disso, o Dec. 916/1890 criou o registro das firmas ou razões comerciais nas Juntas Comerciais (art. 1.º), o qual seria, em teoria, facultativo (art. 11), mas, na prática, obrigatório, pois somente seriam autenticados os livros comerciais das sociedades cuja firma estivesse inscrita (art. 14).

O Dec. 916/1890 previu, ainda, que toda firma nova deveria se distinguir de qualquer outra que existisse inscrita no registro do lugar (arts. 6.º e 10.º). A fim de resguardar seu direito ao nome, o comerciante poderia inscrever sua firma também no registro dos estabelecimentos filiais (art. 5.º); na falta de previsão legal, não poderia inscrevê-la, porém, no registro de locais onde ele não possuísse filial. A denominação das sociedades anônimas não era inscrita (art. 13) e, portanto, não gozava de proteção.

As disposições do Dec. 916/1890 referentes ao registro da firma social e sua proteção foram superadas por diversos diplomas posteriores que trataram da matéria e que serão analisados a seguir. Não obstante, as normas do Dec. 916/1890 referente à composição da firma social das sociedades em comandita simples, sociedades de capital e indústria, sociedades em conta de participação e sociedades em nome coletivo permanecem, ainda hoje, em vigor.

Percebe-se que a obrigatoriedade do registro violava o art. 8.º da CUP, aprova-

poderia fazê-lo induzido pela idéia de que o sócio abastado cujo nome conste da firma social seria um garantidor dos débitos sociais. O dispositivo em questão fornece segurança às relações jurídicas, mesmo porque não seria razoável que se exigisse que qualquer contratante com a sociedade examinasse seu contrato social antes de realizar qualquer negócio. Saliente-se, ainda, que essa norma aplica-se apenas às sociedades exclusivamente de pessoas, e não às sociedades de capitais (anônimas), ou às sociedades mistas (por quotas, de responsabilidade limitada).

do pelo Dec. 9.233/1884. Naquela época, a questão não era relevante, pois entendia-se que um tratado internacional não era afetado pelas leis internas. E, ainda que assim não fosse, a republicação do inteiro teor da CUP, com o Dec. 11.385/14 teria, então, derogado para as sociedades estrangeiras a obrigatoriedade do registro.

Não obstante, leis posteriores ao Dec. 5.685/1925 (que aprovou a revisão de Haia da CUP) trataram igualmente do registro do nome comercial, até que este fosse definitivamente abolido pelo Código da Propriedade Industrial de 1969. Então, por força do entendimento de que a lei interna posterior revoga o tratado internacional anterior, e do princípio segundo o qual a repristinação não se presume, mas deve ser expressamente prevista em lei, chegar-se-ia à conclusão de que o art. 8.º da revisão de Haia da CUP fora derogado, em desrespeito aos compromissos assumidos pelo Brasil junto à União.

Ainda que se considerasse o art. 8.º derogado no que toca a dispensa do registro, isso não teria maiores consequências atualmente, em vista do fato de que nossa lei interna dispensa tal registro.³⁷ Ocorre, porém, que o Dec. 75.572,

de 8.4.75, que promulgou parte do texto da revisão de Estocolmo (arts. 13 a 30), dispôs expressamente que continuava "em vigor no Brasil a revisão de Haia, de 1925". Ora, como não foi feita qualquer ressalva, foi revigorado o texto de Haia em sua totalidade, podendo se considerar o art. 8.º repristinado em sua totalidade desde 1975. Em 1992 a vigência do art. 8.º foi reafirmada com a promulgação da revisão de Estocolmo da CUP através do Dec. 635, de 21.8.92.

Um último comentário é necessário a respeito do Dec. 916/1890. Embora ainda hoje em vigor e muito comentado pelos estudiosos do regime jurídico da formação e da proteção do nome comercial, na realidade a importância prática de suas regras a respeito da formação do nome das sociedades de pessoas (e, sob este aspecto, também a importância das normas do Código Comercial sobre o assunto) é extremamente reduzida, tendo em vista o desuso das sociedades exclusivamente de pessoas na prática comercial brasileira. A larga maioria dos empreendimentos empresariais atualmente se organiza sob a forma de uma sociedade por quotas, de responsabilidade limitada, ou uma sociedade anônima.

O anonimato pode ser entendido do ponto de vista do nome comercial como a autorização para usar denominação. Ao mesmo tempo, do ponto de vista da responsabilidade dos sócios, o anonimato significa a responsabilidade limitada dos sócios pelos débitos sociais até o limite do capital social. Ora, o desuso das sociedades de pessoas e a clara preferência das sociedades por quotas (que podem optar) por usar denominações (e não firmas) são, ao nosso ver, evidentes demonstrações do desejo do comerciante moderno de exercer suas atividades de forma profissional, sem misturá-las à sua vida pessoal, evitando, assim, abalar seu crédito pessoal com o eventual infortúnio de sua empresa.

37. Em conformidade com o CPI de 1969 e o de 1972, atualmente em vigor, o registro do nome comercial na Junta Comercial da sede ou da filial decorre do mero arquivamento dos atos constitutivos (cf. reconhecem as Instruções Normativas do Departamento Nacional do Registro do Comércio — DNRC 5, de 16.9.86, e 28, de 10.4.91). Não obstante, o registro dúplice foi reintroduzido pelo DNRC nas Juntas Comerciais onde o comerciante não tenha sede ou filial através da Portaria DNRC/GDG 1, de 12.2.74 (posteriormente substituída pelas Instruções Normativas DNRC 5/86 e 28/91). Este registro, embora não seja ilegal, porque previsto na Lei do Registro do Comércio (Lei 4.726, de 13.7.65), e sendo inclusive útil para apuração de colidências, não pode ter — por falta de previsão legal —, e de fato não tem, o efeito de deixar o nome comercial desprotegido na falta de sua realização, conforme se verá adiante.

2.4 Decreto — com força de lei — 3.708, de 10.1.19

O Dec. 3.708/19 regula, até hoje, a constituição de sociedades por quotas de responsabilidade limitada. No que interessa ao presente estudo, o art. 3.º do referido decreto tratava da composição do nome comercial de tais sociedades.

“Art. 3.º As sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, adotarão uma firma ou denominação particular.

§ 1.º A firma, quando não individualiza todos os sócios, deve conter o nome ou firma de um deles, devendo a denominação, quando possível, dar a conhecer o objetivo da sociedade.

§ 2.º A firma ou denominação social deve ser sempre seguida da palavra — limitada.³⁸ Omitida esta declaração, serão havidos como solidária e ilimitadamente responsáveis os sócios-gerentes e os que fizerem uso da firma social.”

Portanto, conforme já se adiantou acima,³⁹ as sociedades por quotas poderão ter firma ou denominação, devendo esta última dar a conhecer o objeto social, ainda que de forma genérica.⁴⁰

Extremamente importante é o dispositivo do art. 18 do Dec. 3.708/1919, segundo o qual as sociedades por quotas

são regidas pelo seu estatuto social⁴¹ e, na parte aplicável, pelas disposições da lei das sociedades anônimas. Pergunta-se se, por força de tal dispositivo, e uma vez que lhe é permitido utilizar denominação, a sociedade por quotas pode se valer do permissivo do art. 3.º, § 1.º da LSA, segundo o qual “o nome do fundador, acionista, ou pessoa que, por qualquer outro modo tenha concorrido para o êxito da empresa, poderá figurar na denominação”.

A resposta à pergunta acima é negativa. Exatamente porque a sociedade por quotas pode optar por utilizar firma ou denominação, é que, caso utilize nome de pessoa na denominação, dará a terceiros a impressão de que optou por utilizar firma, e que o nome civil integrante de seu nome comercial é de um sócio da empresa. Para evitar que o nome comercial seja deceptivo, deve lhe ser vedado valer-se do art. 3.º, § 2.º da LSA, que, por estas razões, é inaplicável às sociedades por quotas.⁴²

2.5 Decreto — com força de lei — 24.507, de 29.6.34

A confusão que começou por ser criada com o registro dúplice criado pelo Dec. 916/1890, segundo o qual não bastava a constituição da empresa, mas era igualmente necessário o registro da firma

38. A despeito do teor desse dispositivo, a Portaria DNRC 30, de 12.11.68, determinou que ao final da firma ou denominação das sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, deve constar a expressão “Ltda” (isto é, a forma abreviada de “limitada”). Devido à mencionada Portaria, e em flagrante violação à lei, desde então diversas Juntas Comerciais recusam-se a arquivar atos de sociedades que aponham a palavra “limitada” por extenso ao final de sua firma ou denominação.

39. In I.2.

40. A sociedade pode chamar-se, por exemplo, “Alves dos Santos Ltda.”, caso utilize firma, ou “Fogão de Lenha Restaurante Ltda.”, caso prefira usar denominação.

41. A expressão “estatuto social” é usada indistintamente com relação às sociedades por quotas e às sociedades anônimas. Já a expressão “contrato social” é utilizada apenas com referência às sociedades por quotas.

42. Rubens Requião (in *Curso...*, 1986, pp. 176-179) analisa os três sistemas existentes com relação à composição do nome comercial: o da veracidade, ou autenticidade, que é o brasileiro; o da liberdade plena, adotado pela Grã-Bretanha e Estados Unidos; e o eclético ou misto, em vigor na Rep. Fed. da Alemanha e na Suíça. A respeito do sistema da veracidade, v. o acórdão proferido no RE 99.574-RJ, mencionado infra in 3.

comercial, prosseguiu com a edição do Dec. 24.507/34, que reformulou grande parte da legislação referente à propriedade industrial, e que, com relação ao nome comercial e ao título de estabelecimento — e implementando Decreto anterior 22.989, de 26.7.33 —, transferiu das Juntas Comerciais para o Departamento Nacional da Propriedade Industrial — DNPI — a incumbência de efetuar tal registro (arts. 24 a 38).⁴³

Prevvia-se, ainda, que o registro do nome comercial teria proteção nacional, enquanto o do título de estabelecimento e da insígnia teria eficácia restrita ao município em que fosse domiciliado o requerente (art. 28). O Decreto 24.507/34 seria substituído pelo CPI de 1945, que manteve praticamente inalterado o registro do nome comercial no DNPI.

2.6 Primeira Lei das Sociedades por Ações (Dec.-lei 2.627, de 26.9.40)

O art. 3.º do Dec.-lei 2.627/40 era virtualmente idêntico ao art. 3.º atual Lei das Sociedades por Ações (Lei 6.404, de 15.12.76), e, por isso, comenta-se o referido dispositivo ao ter examinada a lei mais recente.⁴⁴ A única diferença entre as duas versões do art. 3.º consiste em que o Dec.-lei 2.627/40 exigia que a denominação da sociedade anônima indicasse os seus fins. Tal exigência foi suprimida pela Lei 6.404/76.

2.7 Código Penal (Dec.-lei 2.848, de 7.12.40)

O Código Penal tipificou como um dos crimes de concorrência desleal, puníveis com pena de detenção, de 3 meses a 1 ano, ou multa, o uso indevido de nome

comercial ou título de estabelecimento alheio (art. 196, VII). Embora o Código Penal esteja ainda hoje em vigor, as disposições referentes à propriedade industrial foram tacitamente revogadas pelo CPI de 1945, que dispunha também sobre matéria penal.

2.8 Código da Propriedade Industrial (CPI) de 1945 (Dec.-lei 7.903, de 27.8.45 CF. Alt. pelo Dec.-lei 8.481, de 27.12.45)

O CPI de 1945⁴⁵ dedicou um capítulo ao nome comercial (arts. 104 a 113) e outro ao título de estabelecimento e à insígnia (arts. 114 a 120), determinando o registro desses três sinais distintivos junto ao DNPI, praticamente repetindo o Dec. 24.507/34. O CPI de 1945 previa que apenas o registro no DNPI assegurava a proteção do nome comercial em todo território nacional (art. 105), enquanto que o registro dos atos constitutivos junto à Junta Comercial ou ao Registro Civil de Pessoas Jurídicas asseguravam o uso exclusivo do nome somente nos limites do domicílio de seu titular (art. 106). Podiam ser inscritas no DNPI tanto as firmas individuais ou coletivas quanto as denominações, bem como o nome das sociedades civis ou fundações (art. 109).

Quanto ao título de estabelecimento e a insígnia, o CPI de 1945 determinou que a proteção dos mesmos, uma vez efetuado o registro no DNPI, era limitada ao município em que estivesse situado o estabelecimento (art. 114).

As disposições penais, referentes aos crimes contra o nome comercial, o título de estabelecimento e a insígnia (art. 176) revogaram o Código Penal de 1940 nesta matéria, e permanecem ainda hoje em

43. V. as críticas ao sistema do Dec. 916/1890, seguido pelo Dec. 24.507/1934 e pelo CPI de 1945, in João da Gama Cerqueira, *Tratado...*, 1982, pp. 1.199-1.204, 1.218 e ss..

44. V. infra 2.13.

45. V. "Comentários ao sistema de registro do nome comercial perante o CPI/45" in João da Gama Cerqueira, *Tratado...*, 1982, pp. 1.205-1.237.

vigor, por força de expressa remissão do CPI de 1971 (art. 128). Assim estabelece o art. 176 do CPI de 1945:

“Art. 176. Violar direito relativo ao nome comercial, o título de estabelecimento e a insígnia:

I — usando indevidamente o nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios;

II — vendendo, expondo à venda ou tendo em depósito artigo ou produto revestido de nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios.

Pena — detenção de 3 meses a 1 ano, ou multa de mil a 10 mil cruzeiros.”

2.9 Lei do Registro do Comércio (Lei 4.726, de 13.7.65)

A Lei 4.726/65 reorganizou os serviços de registro do comércio e inseriu dentro de seu âmbito o registro das declarações de firmas individuais e de nomes comerciais das sociedades mercantis, exceto das sociedades anônimas (art. 37, III, 6.º e 7.º), bem como a anotação das respectivas alterações e seu cancelamento, em virtude de liquidação (art. 37, IV e VI). Tal registro, automático — decorre do arquivamento dos atos constitutivos — e efetuado para fins de controle interno de colidências, era independente do registro de propriedade industrial.

Este era, na verdade, o único “registro” com real utilidade (embora nem mesmo este seja obrigatório ou necessário segundo a Convenção de Paris). O registro adicional, seja na Junta Comercial (sob o Dec. 916/1890) ou no DNPI (a partir do Dec. 24.507/34) era uma duplicidade dispensável (e, *a fortiori*, contrário à Convenção de Paris). A proteção nacional ao nome comercial foi reiterada pela Lei 4.726/65, ao dispor que não podem ser arquivados “os contratos de sociedades mercantis sob firma ou denominação idêntica ou semelhante

a outra já existente” (art. 38, IX).⁴⁶ Percebe-se que a vedação aplica-se igualmente às sociedades anônimas, de onde não se explica a exclusão da denominação de tais sociedades do registro previsto no art. 37.

Assim, as Juntas Comerciais passaram a ter atribuições de investigação da possibilidade de confusão entre nomes comerciais, bem como da prioridade do direito ao uso a determinado nome. Isso, porém, unicamente quanto à colidência de um nome comercial com outro.⁴⁷ Pois, conforme estabelece o art. 49 da Lei 4.726/65, no caso de a denominação conter expressão que a Junta Comercial tenha dúvida se a mesma “reproduza ou limite nome comercial”⁴⁸ ou marca já depositada ou registrada” em nome de terceiro, a Junta pode suspender o registro até que se junte certidão negativa do INPI ou que se resolva judicialmente a dúvida.⁴⁹

46. Embora a Lei 4.726/65 não se refira à possibilidade de confusão entre uma firma individual, de um lado, com o nome de uma sociedade, de outro, também nesse caso não pode ser arquivada a declaração de firma individual, que deverá ser revestida de suficiente caráter distintivo, sob pena de ofensa ao art. 176 do CPI de 1945.

47. Na prática, porém, até hoje, passados quase 30 anos da promulgação da Lei do Registro do Comércio, a maioria das Juntas Comerciais ainda não está aparelhada para realizar tal exame com proficiência. Pior ainda, nos casos (raros) em que o titular de nome comercial colidente apresenta recurso contra o registro dos atos constitutivos de determinada empresa com nome semelhante ao seu, a maior parte das Juntas Comerciais abdica de sua competência legal e indefere de plano o pleito do prejudicado.

48. A referência ao nome comercial se explica porque a Lei do Registro do Comércio é de 1965, quando ainda existia o registro de nomes comerciais no DNPI. Tal referência perdeu sua razão de quando o CPI de 1969 aboliu tal registro.

49. Percebe-se que a consulta ao INPI ou a espera da decisão judicial aplicam-se aos casos em que a Junta tiver “dúvida”. No caso, porém,

Devemos ressaltar que a jurisprudência do STJ não reconhece o poder-dever das Juntas Comerciais de efetuar o exame de colidência de nomes submetidas a registro com nomes ou marcas anteriores, cf. o ac. un. da 3.^a T. do STJ, de 11.2.92, no REsp. 14.018-MG. V. o seguinte trecho do parecer do Sub-Procurador Geral da República, José Bonifácio Borges de Andrada (transcrito como razão de decidir pelo relator do REsp. 14.018-MG, Min. Cláudio Santos):

“A questão toda resume-se a, decidir se na hipótese as Juntas Comerciais deveriam ser incluídas como parte na ação.

Parece-nos que não. Não é cabível a invocação dos casos envolvendo o INPI como sendo paradigmas.

É que o INPI é o órgão tendente a dar unidade ao registro de marcas e patentes em todo o território nacional, possui poder de polícia e, antes de deferir o registro de marca ou patente faz verdadeiro trabalho de pesquisa científica, para verificar a inexistência de invento semelhante, contrafação ou violação de privilégio de invenção ou patente industrial. O INPI tem inclusive autorização legal para estar em juízo pleiteando a anulação de seus próprios atos registraes. É, portanto, instituição *sui generis*.

As Juntas Comerciais estão muito distantes dessa atividade *data venia*; de início verifica-se que são de âmbito es-

tadual e não têm o poder de polícia que é conferido ao INPI.

De resto, como no caso, funcionam como verdadeiros cartórios de registro, que fazem uma leve e rápida fiscalização prévia antes de efetuarem o registro do documento que lhe é apresentado, com a faculdade de suscitarem o processo de dúvida no nível administrativo, tal é também o que ocorre com a Junta Comercial”.

Discordamos, porém, de tal entendimento. Se é verdade que as Juntas Comerciais ainda estão “muito distantes” das atividades do INPI, o fato é que não deveriam estar. O cadastro nacional de empresas (que deveria ser organizado pelo DNRC) não disponibiliza para o público em geral um sistema de consulta eficiente (computadorizada) a respeito de nomes comerciais em uso no país. Não obstante, de forma simples e rápida, com acesso ao sistema “aruanda-marcas” viabilizado pela SERPRO a qualquer interessado já há muito anos, as Juntas Comerciais poderiam consultar o banco de marcas do INPI via computador/modem a fim de verificar possíveis colidências.

Outra possibilidade seria as Juntas (ou o DNRC) determinarem que todo pedido de arquivamento dos atos de nova sociedade (ou de alteração de nome de empresa já existente) deva ser acompanhado de busca realizada no sistema “aruanda-marcas” do INPI e da análise de tal busca por advogado (assim como já se exige — por determinação legal — o visto de advogado em documentos societários). Tal busca auxiliaria os vogais que examinassem os pedidos de registro, que poderiam acatar a análise do advogado ou dela discordar, desde que fundamentadamente.

Finalizando, ressaltamos que ainda que a inércia das Juntas Comerciais em efetuar o exame de colidências (que a lei determina!) pudesse ser desculpada, não haveria qualquer justificativa para o fato

em que não houver dúvida, mas sim “certe: a”, a Junta deverá negar o registro imediatamente (v.g. se determinada sociedade apresentar-se sob denominação, contra a qual a titular de marca registrada conflitante anterior apresentar recurso, comprovando os seus direitos à marca em questão no Brasil, o sobrestamento do processo de registro até decisão final em Juízo seria fazer letra morta à proteção assegurada às marcas de indústria e comércio: nesse caso, o registro deveria ser indeferido, e a sociedade contrafatora, se assim desejasse, deveria entrar em Juízo para tentar reverter a decisão.

de diversas Juntas corriqueiramente negarem provimento aos recursos apresentados por terceiros interessados que demonstram cabalmente seu direito contra a adoção de determinado nome comercial pela empresa que submeteu seus atos a registro.

2.10 Código da Propriedade Industrial (CPI) de 1967 (Dec.-lei 254, de 28.2.67)

Sem prejuízo das disposições da Lei do Registro do Comércio, o CPI de 1967 manteve o sistema do CPI de 1945 com relação ao registro especial do nome comercial (arts. 90 a 94) e do título de estabelecimento e da insígnia (arts. 95 a 100).

2.11 Código da Propriedade Industrial (CPI) de 1969 (Dec.-lei 1.005, de 21.10.69)

Finalmente, 79 anos após sua criação, quando já nasceu em desconformidade com a Convenção de Paris, foi extinto pelo CPI de 1969 o registro especial de nomes comerciais. Não obstante, este manteve o registro do título do estabelecimento, nos moldes do Código anterior, calando a respeito da insígnia (arts. 86 a 91).

No *caput* do art. 166, foi, então, consagrada a doutrina dominante, segundo a qual "a proteção ao nome comercial ou de empresa, em todo o território nacional, é adquirida através do arquivamento ou registro dos atos constitutivos da firma ou sociedade no Registro do Comércio ou no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, conforme o caso". Este dispositivo era desnecessário porque apenas reiterava o que dispõe a Lei do Registro do Comércio; não obstante, sua supressão no CPI seguinte, de 1971, causou sérias dúvidas a respeito da proteção ao nome comercial, conforme se verá a seguir.

2.12 Código da Propriedade Industrial (CPI) vigente, de 1971 (Lei 5.772, de 21.12.71)

O CPI de 1972 manteve o fim do registro dos nomes comerciais e extinguiu também o registro do título de estabelecimento. Dispõe o art. 119, *caput* do Código atual: "O nome comercial ou de empresa e o título de estabelecimento continuarão a gozar de proteção, através de legislação própria, não se lhes aplicando o disposto neste Código."

A redação do art. 119 do CPI deu margem a um período inicial de perplexidade, em que parte da doutrina⁵⁰ e algumas decisões judiciais consideravam que o nome comercial dependeria de legislação própria, ainda não promulgada, para que sua proteção fosse assegurada. Em pouco tempo, porém, prevaleceu o entendimento correto de que a proteção ao nome comercial independe de novos diplomas legais, pois estes existem e estão em vigor, quais sejam: os arts. 1.º, 2.º e 8.º da CUP (aprovada pelo Dec. 5.685, de 30.7.29 e revigorada pelos Decretos 75.572, de 8.4.75 e n. 635, de 21.8.92); o art. 176 do CPI/45, expressamente reiterado pelo art. 128 do CPI/71; os arts. 37, III, 6.º e 7.º, IV e VI e 38, IX da Lei do Registro do Comércio (Lei 4.726, de 13.7.65); e o próprio art. 119 do CPI/71. A todos estes somam-se, ainda, o art. 3.º da LSA e o art. 5.º, XXIX da CF/88.

2.13 Lei das Sociedades por Ações (LSA) vigente, de 1976 (LSA — Lei 6.404, de 15.12.76)

O quadro da proteção jurídica ao nome comercial no Brasil é ainda integrado pelo art. 3.º da LSA, que dispõe no *caput* que as sociedades anônimas são designadas por denominação acompanhada das

50. V. p. ex., Rubens Requião, *Curso...*, 1986, p. 172.

expressões “companhia” ou “sociedade anônima”, por extenso ou abreviadamente, sendo vedada a utilização da primeira ao final, para que não haja confusão com as sociedades em nome coletivo.

O § 1.º do art. 3.º permite que figure na denominação o nome do fundador, acionista, ou pessoa que, por qualquer outro modo, tenha concorrido para o êxito da empresa.

Finalmente, o § 2.º do mesmo artigo determina que se a denominação for idêntica ou semelhante a de companhia já existente, a prejudicada tem o direito de requerer a modificação, administrativa ou judicialmente, bem como demandar as perdas e danos resultantes.

2.14 Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC — Lei 8.078, de 11.9.90)

O moderno Código de Proteção e Defesa do Consumidor também consagra a proteção ao nome comercial, tendo em vista que a confusão entre empresas pode gerar graves prejuízos ao consumidor. Por exemplo, o consumidor que ingressa em um consórcio de automóveis chamado “Ford Administradora de Consórcios Ltda.” irá naturalmente imaginar que se trata de administradora idônea, associada ao tradicional Grupo Ford, que exerce suas atividades com o “aval” da conhecida fábrica de automóveis. Percebe-se de imediato, portanto, a decepção deste consumidor caso tais representações da realidade, feitas justificadamente por ele, não corresponderem à verdade dos fatos.

Assim, o CDC reconhece a importância da propriedade industrial em geral, e do nome comercial em particular, para que seja assegurada uma eficaz proteção ao consumidor.

“Art. 4.º A Política Nacional de Relações de Consumo, tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus inte-

resses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transferência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

(...)

VI — coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais, das marcas e *nomes comerciais* e signos distintivos, que possam causar prejuízo aos consumidores” (grifamos).

3. CONTEÚDO DO DIREITO AO NOME COMERCIAL, AO TÍTULO DE ESTABELECIMENTO E À INSÍGNIA

O nome comercial possui dupla função. Sob o aspecto subjetivo, ele liga-se à pessoa do comerciante assim como nome civil se liga à personalidade de quem o possui. Trata-se, aqui, de dar o nome pelo qual a empresa é designada. Muito mais importante para o estudo aqui realizado é a função objetiva do nome comercial, ou seja, a sua caracterização ou individualização dentro do universo empresarial.⁵¹

Em sua função subjetiva, o nome comercial é estranho à propriedade industrial. Dela cuidam as regras do Registro do Comércio relativas à formação dos nomes de empresas. Em sua função objetiva, porém, o nome comercial é objeto da propriedade industrial e, como tal, a proteção que lhe é devida decorre da proteção à lealdade do comércio.

A exclusividade assegurada pela CF, pela Convenção de Paris e pelas leis ordinárias aplicáveis enseja tanto o direito positivo de usar o nome quanto o negativo, de impedir que terceiros não autorizados o utilizem. Seria, então, o direito ao nome comercial um direito de

51. Cf. Gama Cerqueira, *Tratado...*, 1982, p. 1.160.

propriedade, tal como o direito sobre as marcas registradas ou as patentes? Ou seria ele um sucedâneo do direito de personalidade, ou melhor, o corolário de um “direito de personalidade comercial”?

Parece-nos que a resposta correta é uma terceira opção. Entendemos que o direito sobre o nome comercial é um direito pessoal, derivado da repressão à concorrência desleal. Não se trata de direito de propriedade porque lhe faltam diversos elementos e atributos da propriedade.⁵² Tampouco se trata de uma projeção da personalidade do comerciante sobre seus negócios, tendo em vista que a proteção ao nome comercial tem fundamento exclusivamente utilitário, que objetiva proteger os investimentos feitos para se formar a reputação de um nome, a par de proteger os consumidores que se habituaram a associar uma determinada qualidade a um dado nome.

Entendemos que todos os ramos da propriedade industrial têm fundamento comum na repressão à concorrência desleal. Ocorre que o legislador optou por

relacionar diversos ilícitos autônomos, de acordo com sua gradação, como a violação a direitos de propriedade (como o direito sobre marca ou patente) em um primeiro plano; a violação a direitos pessoais especiais (como o direito ao nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia) em um segundo plano; e a violação de outros direitos pessoais, através da prática de atos de concorrência desleal *stricto sensu* (art. 178 do Dec.-lei 7.903/45), em um terceiro plano.

Assim, parece-nos que o direito ao nome comercial não constitui uma propriedade autônoma como a marca ou a patente, mas sim incorpora-se ao fundo de comércio da empresa, com todas as consequências daí decorrentes. Não há incoerência em se considerar que um capítulo da propriedade industrial não é, a rigor, “propriedade”. O mesmo ocorre com a concorrência desleal *stricto sensu*. O conceito de propriedade industrial é bastante amplo para nele serem incluídos direitos que não são verdadeiramente “de propriedade”, embora assegurem aos seus titulares a exclusividade de uso de determinados elementos em maior ou menor grau. O STJ, porém, tende a considerar o direito sobre o nome comercial um direito de propriedade, equiparando-o ao direito sobre as marcas de fábrica e de comércio (que é poderíamos aduzir — indubitavelmente um direito de propriedade).⁵³

Quando dissemos que a proteção do nome comercial tem fundamento meramente utilitário, isso não significa que na formação do nome comercial não sejam relevantes aspectos pessoais do comerciante. A natureza híbrida do direito ao nome comercial decorre exatamente na transposição de sua função subjetiva para a função objetiva. Assim, no Brasil o nome comercial deve reger-se pelo princípio da veracidade, segundo o qual a firma individual deve ser constituída pelo

52. Aqui encontramos o dilema de toda definição: até que ponto se pode retirar os elementos constitutivos de determinada coisa, para que esta coisa não se transforme em outra coisa? Com relação ao nome comercial, parece-nos que lhe falta o reconhecimento legal inequívoco de direito de propriedade — embora alguns textos legais façam referência à palavra propriedade, não o fazem de forma convincente, aparentando mais tratar-se de um vício de linguagem do legislador, como ocorre com o art. 10.º do Dec. 916/1890; ademais, lembre-se que o texto constitucional vigente não fala em propriedade nem exclusividade do nome comercial, mas sim apenas que “a lei assegurará proteção”; finalmente, falta ao nome comercial um âmbito geográfico (ou territorial) de proteção claro e inequívoco, que o tornaria no máximo uma propriedade de caráter indeterminado (embora determinável no caso concreto), pois não haveria plena certeza das pessoas que deveriam abster-se de imitar cada nome comercial.

53. V. a respeito, *infra* 4.1.

patronímico do comerciante e a firma social pelo de sócios que a compõem.⁵⁴

O princípio da veracidade implica em que a firma deve sempre indicar a identidade do comerciante individual ou de pelo menos um dos sócios. As sociedades que usam uma denominação não estão sujeitas a tal regra. Neste sentido, os arts. 7.º e 8.º do Dec. 916/1890.

Em decorrência do princípio da veracidade, v.g. uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada (que pode optar entre a firma e a denominação, cf. o art. 3.º *caput* do Dec. 3.708/19), que se chama Machado & Souza Leão — Artigos de Esportes Ltda. deve ter obrigatoriamente entre seus sócios pelo menos um Machado e um Souza Leão. Se qualquer deles se retirar, o nome deve ser alterado. Em nada ajudaria a alegação de que, embora o nome seja formado por patronímicos, a sociedade teria optado, na verdade, por ter uma denominação, e, nesse caso, seria irrelevante a permanência de um sócio Machado e de um Souza Leão para que o nome fosse mantido. Isso porque sendo possível à sociedade por quotas optar entre firma ou denominação, a presença de patronímico no nome indicaria a todos que ela optou por usar firma e, portanto, que ela deveria possuir sócios com aqueles nomes.⁵⁵

Para finalizar esta seção sobre o conteúdo do direito ao nome comercial, devemos examinar se tal direito é absoluto, ou seja, se impede terceiros de utilizarem o mesmo nome para qualquer empreendimento, ou se é relativo, ou seja, se ele se refere exclusivamente ao ramo de indústria, comércio ou serviços de seu titular. Posta a questão de outra

forma, pode-se indagar se aplica-se ao nome comercial o princípio da especialidade, consagrado no art. 59 do CPI/71 no que concerne às marcas.

Como consequência lógica do que expusemos acima, parece-nos que a proteção ao nome comercial sofre as mesmas limitações das marcas. A natureza concorrencial do direito ao nome comercial acarreta com que ele seja protegido apenas com relação a empresas de objetivos sociais idênticos, semelhantes ou afins. Não obstante, é natural que quanto maior for a reputação alcançada por determinado nome comercial, maior será a gama de atividades nas quais ele será protegido, inclusive em decorrência das normas que reprimem o aproveitamento parasitário.

Ainda se encontram, atualmente, acórdãos que, influenciados por antigas concepções de direito da personalidade, entendem que é inaplicável o princípio da especialidade ao nome comercial.⁵⁶ Parece-nos, porém, que a tendência moderna é a de acatar o princípio da especialidade também para o nome comercial, tendo sido esta, inclusive, a orientação do projeto de lei sobre propriedade industrial ora em tramitação no Senado

54. Cf. Rubens Requião, *Curso...*, 1986, p. 176.

55. Neste sentido o acórdão por maioria da 1.ª Turma do STF no *leading case* RE 99.574-RJ, de 21.9.84, Rel. Min. Oscar Dias Correa, no caso "Leonardos" (in *JB* 144/49-57 — 1989, bem como in *RTJ* 112/326-336).

56. Em diversos acórdãos, inclusive, os órgãos julgadores foram naturalmente influenciados pela notoriedade dos nomes em questão, e o resultado deveria ser o mesmo se fosse usado o argumento da repressão ao aproveitamento parasitário. Como exemplo de decisões corretas em que a proteção ao nome comercial foi reconhecida além das fronteiras das atividades de seu titular, v. os casos "Sotheby's" (sentença da 3.ª Vara Civ. de SP no Proc. 308/93, de 24.5.93); "Bordados Lapa" (ac. un. na AC 74.635 da 5.ª CCiv TJSP, de 30.5.55, in *RT* 251/228-235); "Vidrobrás" (ac. un. na AC 115.008 da 6.ª CCiv TJSP, de 15.6.62, in *RT* 334/173-175), "Sul América" (ac. un. na AC 21.792 da 4.ª CCiv TJGB, de 25.6.62, in *RJTJGB* 4/242-244, 1963); e "Balila" (ac. un. na AC 272.803, da 6.ª CCiv TJSP, in *RT* 525/62-66 — jul./79).

brasileiro. Tanto assim que encontramos acórdãos recentes, um do STF (RE 115.820-4-RJ, 1.^a T., de 26.2.91, in RT 696/257-265 — out./93) e um do STJ (REsp. 30.636-3-SC, 4.^a T., de 14.9.93) adotando o princípio da especialidade para a proteção do nome comercial.

4. QUESTÕES ESPECIAIS

4.1 Alienabilidade do nome comercial, do título de estabelecimento e da insígnia

Entendemos que o nome comercial, o título de estabelecimento e a insígnia, enquanto tais, não são disponíveis pela empresa salvo se em conjunto com a alienação do gênero de indústria, comércio ou serviços ao qual estão vinculados (i.e., se em conjunto com o fundo de comércio, o qual eles integram). Com efeito, em se tratando de direitos pessoais, derivados da repressão à concorrência desleal, e não de direitos de propriedade, não cabe falar em livre disposição dos mesmos.

Corroborando este entendimento, dispõe o Dec. 916/1890 (ainda hoje em vigor) a respeito da alienação de firma:

“Art. 7.^o. É proibida a aquisição de firma sem a do estabelecimento a que estiver ligada.

Parágrafo único. O adquirente por ato *inter vivos* ou *mortis causa* poderá continuar a usar da firma antecedendo-a da que usar com a declaração — ‘sucessor de...’

Art. 8.^o. Modificada uma sociedade pela retirada ou morte de sócio, a firma não poderá conservar o nome do sócio que se retirou ou faleceu.

Parágrafo único. (*omissis*)”

Sob este aspecto, não haverá diferenciação entre a firma e a denominação, sendo ambas indisponíveis salvo se acompanhadas do fundo de comércio. Nada impede, porém, que seja feito um acordo pelo qual a empresa A deixa de utilizar

determinado nome comercial e no instante seguinte ele passe a ser utilizado pela empresa B. Ocorre, porém, que, neste caso, não haverá sucessão de direitos, isto é, os direitos de B sobre tal nome não remontarão aos direitos de A, quanto à data de início de uso ou extensão geográfica da proteção.

Tal óbice é relativamente fácil de ser superado caso a empresa A tenha tido o cuidado de registrar seu nome como marca de indústria, comércio ou serviços (naturalmente, desde que isso fosse possível segundo as peculiaridades do caso concreto). Neste caso, a livre acessibilidade das marcas torna possível que o nome seja transferido e a empresa B será a sucessora de A em todos os direitos sobre a marca (embora não sobre o nome comercial).

O eminente jurista Rubens Requião tem opinião com a qual discordamos, mas que deve ser mencionada, não apenas pelo peso de quem a sustenta, mas sim, e principalmente, pelo peso dos argumentos em seu favor. De acordo com Requião,⁵⁷ a inexistência de vedação legal autorizaria a livre cessibilidade das denominações, embora não das firmas. Como premissa de seu argumento. Requião entende que o nome comercial não integra o fundo de comércio, mas sim a própria empresa, ao lado do fundo de comércio e de outros elementos. Para este autor, a firma seria um atributo da personalidade do comerciante e, tal como o nome civil, seria intransferível; ademais, a cessão das firmas violaria o princípio da veracidade (que, como se sabe, não se aplica às denominações). Em consequência, a firma seria um mero direito do comerciante, ao passo que a denominação seria verdadeiro bem imaterial.

Já expusemos acima que não nos parece que a proteção à firma seja devida porque ela seria derivada do direito de personalidade do comerciante. Entende-

57. Cf. *Curso...*, 1986, pp. 182-184.

mos que tanto a proteção à firma quanto à denominação decorrem essencialmente da repressão à concorrência desleal. E parece-nos que não é possível chamar o direito ao nome comercial de propriedade, quando ele traz consigo tantas indeterminações. Assim, sendo um direito vinculado à empresa, somente pode ser com ela alienado.

Não obstante, a 4.^a Turma do STJ, em litígio no qual se discutia o prazo prescricional aplicável à ação de violação de nome comercial, já decidiu (ac. unânime no REsp. 4.055-PR, de 19.3.91, in *RSTJ* 22/290-299) que “o direito sobre o nome comercial, segundo entendimento hoje prevaletente na doutrina e na jurisprudência, constitui uma propriedade, à semelhança do que ocorre com as marcas de fábrica e de comércio”. A seguir-se tal entendimento, ao menos as denominações (para as quais não cabe falar na aplicação do princípio da veracidade) devem ser livremente transferíveis.

4.2 A proteção do nome das sociedades civis

Modernamente, embora se fale sempre em nome comercial, o que se deseja, na realidade, é fazer referência ao nome de empresa (tendo em vista que empresa é um conceito de maior alcance que o de comerciante). Nome de empresa, aliás, é a expressão adotada na CF/88 art. 5.^o, XXIX, embora nome comercial seja de maior tradição em nosso Direito. Entendemos que atualmente já se pode usar as duas expressões como sinônimas. Assim, por nome comercial ou de empresa entende-se o nome que qualquer associação de pessoas dedicadas à indústria, ao comércio ou à prestação de serviços, com ou sem fins lucrativos.

Ocorre que a proteção à lealdade na vida empresarial, bem como a proteção ao consumidor, exigem que também os nomes das sociedades civis em geral, incluindo as associações civis sem fins

lucrativos, mas que prestam serviços aos seus associados ou à comunidade, sejam protegidos. Admitindo a proteção do nome de sociedade civil encontramos o acórdão do caso “Tecnocivil”, ac. un. da 4.^a CCiv TJSP na AC 100.048, de 11.3.60 (in *RT* 300/236-238); assegurando a proteção de associação civil sem fins lucrativos, o recente acórdão do TJSP no caso “Associação Comercial de São Paulo”.

4.3 A prescrição da ação de violação e da ação de indenização

A precisa configuração jurídica da natureza do direito ao nome comercial é de extremo relevo quando se analisam os prazos prescricionais da ação que objetive cessar o uso indevido do nome comercial por terceiro (independentemente de este terceiro estar praticando a infração através do uso de nome comercial alheio como nome comercial, título de estabelecimento ou marca) e da ação que visa o ressarcimento das perdas e danos causados ao legítimo titular de determinado nome comercial. Para fins de simplificação, chamaremos essas duas ações de ação de violação e ação de indenização, sendo certo que elas podem constituir simplesmente dois pedidos de uma mesma ação, que é sujeita ao rito ordinário.

A discussão sobre tais prazos prescricionais vem de longa data, conforme relatam Luiz e Thomas Leonardos.⁵⁸ Não obstante, iremos nos limitar, aqui, a expor a jurisprudência em vigor do STJ. No ac. un. do REsp. 4.055-PR, a 4.^a T. do STJ, em 19.3.91, decidiu que os prazos prescricionais das ações de violação e o da ação de indenização (por violação de nome comercial) deveriam ser idênticos ao das ações correspectivas em defesa de marcas registradas, qual seja, de 5 anos para ambas (fundado no art. 178, § 10.^o, IX do CC, que trata da prescrição da

58. V. *Nome Comercial e Marca...*, 1976, pp. 39-42.

ação por ofensa ou dano a direito de propriedade).

Fixada esta premissa, cumpre esclarecer que a jurisprudência do STF acatava o argumento de que o direito sobre o nome comercial é de propriedade, e, portanto, aplicar-se-ia a prescrição quinquenal às ações em defesa de tal direito (cf. ac. un. da 2.^a T. do STF do AgRg 80.060-SP, de 21.8.1981, in *RTJ* 101/637-646; e ac. por maioria da 2.^a T. do STF no RE 104.497-7, de 8.3.91, in *RT* 672/240-247, out./91, e *RTJ* 131/688-697).

Entretanto, recentemente o STJ passou a admitir uma diferenciação (que havia sido feita no voto vencido do Min. Célio Borja no acórdão do RE 104.497-7) entre a prescrição da ação de violação e a da ação de indenização. Conhecemos apenas acórdãos do STJ que se referem a casos de marcas registradas. Mas tendo em vista a decisão no REsp. 4.055-PR, é de se esperar que elas venham a ser estendidas para os casos de infração a nome comercial.

Segundo o mais recente entendimento do STJ, a ação de violação prescreve em 20 anos (prazo das ações pessoais, segundo o art. 177 do CC), enquanto que a ação de indenização permanece sujeita à prescrição quinquenal. Esta foi a orientação adotada nos acórdãos por maioria da 2.^a Seção do STJ no REsp 19.355-MG, em 23.10.92, e unânime da 4.^a T. do STJ no REsp. 34.983-0-SP, de 13.12.1993 (in *RSTJ* 56/289-292), que dispõe em sua ementa: “A ação para reparação do dano pelo uso indevido de marca prescreve em 5 anos; àquela que visa a cessação do seu uso aplica-se o lapso previsto no art. 177 do CC.”

Deve-se lembrar, ainda, que a orientação do STJ em tais casos tem sido a de considerar prescrita apenas a pretensão às perdas e danos ocorridas há mais de 5 anos da citação. Ou seja, as perdas e danos causadas nos últimos 5 anos antes da citação podem e devem ser indenizadas pelo infrator da marca registrada.

Com base no precedente do REsp. 4.055-PR, pode-se esperar que o STJ irá aplicar idêntica regra às ações de violação e indenização por infração ao nome comercial. Caso, porém, a questão seja reanalisada à luz da natureza do direito sobre o nome comercial, o resultado poderá ser diferente. Com efeito, se admitirmos que o direito ao nome comercial é um direito pessoal, o prazo prescricional aplicável às duas ações será o vintenário.

4.4 A proteção do nome comercial vis-à-vis uma marca registrada e o âmbito de proteção do nome comercial

A proteção do nome comercial quando em conflito com uma marca registrada é matéria relativamente simples, sobre a qual existiu recente polêmica em nossos tribunais, em decorrência — dentre outros fatores — do pretensão âmbito limitado de proteção territorial do nome comercial. A fim de colocar a situação em seus devidos termos, passamos agora a analisar alguns acórdãos representativos desta polêmica, que, parece-nos (e assim esperamos), tende a arrefecer após a exemplar decisão do Superior Tribunal de Justiça no caso “Reset”, abaixo comentada.

A primeira decisão que desejamos comentar é o lapidar acórdão da 7.^a Câmara Civil do TJSP na AC 156.114-1/8, de 12.2.92, unânime e transitado em julgado, em que foi reformada a absurda sentença de primeira instância em que DTK Informática e Tecnologia Ltda. (apelante) tinha sido condenada a alterar seu nome comercial, adotado em 1985, em decorrência do registro para a marca “DTK” obtido a partir de depósito efetuado em 1987 por Microplan Projetos e Sistemas Ltda. (apelada). Veja-se o seguinte trecho do acórdão:

“Com efeito, a marca da autora nem poderia ter sido registrada, por utilizar expressão contida em nome comercial já

existente anteriormente (art. 65, 5, da Lei 5.772/71), máxime se pertencente a empresa sediada na mesma unidade da Federação. Por outro lado, não se pode alegar que a apelante deveria ter registrado seu nome comercial no Instituto Nacional da Propriedade Industrial, para que pudesse ficar protegida de indevida utilização ulterior por terceiro, por não mais subsistir o sistema de registro federal inicialmente criado pelo Dec. 24.507/34 e posteriormente adotado pelo Dec.-lei 7.903/45. A proteção jurídica ao nome comercial independe do cumprimento de formalidades junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial, em face do que dispõe expressamente o art. 119 do CPI. Ela decorre, ao contrário, até de convenções internacionais em vigor no Brasil consoante se infere da boa doutrina (...) e da jurisprudência mais atualizada (STJ, REsp. 6.169-AM, 4.^a T., un. Rel. Min. Athos Carneiro, *DJU* de 12.8.91, p. 10.557).

(...)

Daí decorre a conclusão de que a apelante não pode ser compelida a abster-se do uso de seu próprio nome comercial, anterior ao indevido registro da marca da apelante, nem muito menos poderá ser obrigada a compor perdas e danos em decorrência do exercício regular de um direito que é seu. Assinale-se, é certo, isolada decisão do Pretório excelso em sentido oposto (RE 111.971-3-SP, 2.^a T., Rel. Min. Carlos Madeira, in *DJU* de 24.4.87, p. 7.196). Mas, o que deve ficar claro em conflito com o existente nos autos é que o registro do nome comercial da apelante na Junta Comercial confere-lhe o direito de uso da expressão, constitucionalmente protegida, e até impediria o registro da marca da apelada, em face da anterioridade incontroversa." (cf. cópia de certidão do acórdão em nosso poder; não nos consta que o mesmo tenha sido publicado).

O acórdão que acabamos de citar menciona os dois outros casos que dese-

jamos comentar, por sua importância para a fixação dos limites da proteção ao nome comercial no direito brasileiro. O primeiro, do caso "Rainha", foi proferido pela 2.^a T. do STF, no RE 111.971-3-SP, em 31.3.87 e sua ementa dispõe:

"Nome comercial e marca — Apesar da anterioridade do registro na Junta Comercial, a denominação e a marca usadas pela firma cedem vez às da firma mais nova que as registrou no Instituto Nacional da Propriedade Industrial, que afasta o do órgão local. Recurso não conhecido" (in *RTJ* 122/1148-1150).

Este acórdão do STF é explicável pelo fato de a alegada violação ter ocorrido sob a égide do CPI de 1945, que ainda previa o registro especial de nomes comerciais no DNPI e, no caso concreto, a ré não havia efetuado tal registro. Considerava-se que tal registro no DNPI assegurava a proteção ao nome comercial em âmbito nacional, e que, na ausência do registro, não haveria qualquer proteção ou, no máximo, haveria apenas uma proteção em âmbito estadual, uma vez que as Juntas Comerciais são órgãos estaduais.

Por este aspecto, esta decisão no caso "Rainha" pode ser vista como um caso isolado, tendo em vista que o registro especial dos nomes comerciais no DNPI foi extinto pelo CPI/69 e que o art. 8.^o da Convenção de Paris está em vigor no Brasil em sua totalidade (inclusive na parte em que profbe a exigência de registro para que se outorgue proteção ao nome comercial) desde o Dec. 75.572/75.

Entretanto, um argumento tortuoso utilizado algumas vezes para "justificar" a decisão no caso "Rainha" é inaceitável. Segundo tal linha de raciocínio, o registro de marca no INPI, que é indiscutivelmente de âmbito nacional, se sobreporia à proteção apenas estadual decorrente do arquivamento na Junta Comercial dos atos constitutivos. Consequentemente, o registro de marca depositada posterior-

mente daria direito ao seu titular a pleitear a modificação do nome comercial adotado anteriormente por terceiro.

Este entendimento é equivocado por dois motivos. Em primeiro lugar, o âmbito de proteção ao nome comercial não é apenas estadual. Mas, em segundo lugar, ainda que assim fosse, não há nenhum argumento jurídico que nos permita concluir que a proteção nacional do registro de marca seria mais "poderosa" que a proteção estadual que seria devida ao nome comercial em decorrência do registro dos atos constitutivos na Junta Comercial, inclusive porque o CPI de 1972 (art. 65, 5) permite expressamente que se objete o registro de marca com base na anterioridade de nome comercial.⁵⁹

Aliás, é importante definir qual o alcance exato da norma do art. 65, 5 do CPI/71:

"Art. 65. Não é registrável como marca:

5. título de estabelecimento ou nome comercial."

O INPI vem aplicando tal dispositivo de forma equivocada há anos, como se fosse uma das proibições absolutas ao registro, de que são exemplos os itens 1, 2, 3 e outros, do referido art. 65. Na verdade, porém, tal dispositivo não veda que um nome comercial seja registrável como marca. Tal vedação decorre da natureza da função da marca que é a de assinalar produtos, mercadorias ou servi-

ços, conforme previsto nos arts. 59 e 60 do CPI/71. Ou seja, um nome comercial, enquanto tal, não pode ser registrado como marca, e nem há necessidade que o seja.

Com efeito, o art. 65, 5, ao contrário do que sustenta o INPI em verdadeira interpretação literal do teor do dispositivo (que sucumbe à interpretação sistemática do texto da totalidade da lei), é uma norma de proibição relativa ao registro, tal e qual o item 17 e outros. Ou seja, o que é vedado é o registro como marca do nome comercial ou título de estabelecimento de terceiro.

Isso significa que o próprio titular do nome comercial, se desejar passar a utilizá-lo como marca, pode fazê-lo. Nos casos em que é evidente que a totalidade do nome comercial não se adequaria a servir como marca (v.g. "Indústria e Comércio de Fogos de Artifício Saci Pererê Ltda."), poderá ele registrar a palavra essencial (ou palavras essenciais) do nome comercial para distinguir seus produtos (neste exemplo, a empresa faria um depósito de pedido de registro da marca "Saci Pererê" para assinalar fogos de artifício). Haverá casos, porém, em que até mesmo a totalidade do nome comercial poderá constituir marca (notadamente nomes comerciais estrangeiros, oriundos de países que não possuem rígidas regras para a formação de nomes de sociedade como ocorre no Brasil), principalmente se levarmos em consideração que — conforme explicamos no início deste estudo — "nome comercial" é um conceito com muito maior amplitude que o de "nome de sociedade".

Esse nosso entendimento a respeito do art. 65, 5 do CPI/71 tem apoio ainda no acórdão unânime do caso "Gore-Tex" (AC 90.02.22783-3-RJ) da 3.ª T. do TRF da 2.ª R., de 5.10.93.

Prosseguindo a análise pertinente a este item de nosso estudo, cremos que é possível concluir que há sempre violação de uma marca pelo seu uso em nome

59. No exemplar acórdão unânime da 1.ª C.Civ. TJRJ, proferido na AC 2.893/92 em 17.11.92, foi este o argumento adotado pelos julgadores: se o nome comercial goza de proteção ampla no direito brasileiro, sendo inclusive, possível objetar pedido de marca com base na anterioridade de nome comercial, não seria possível ao titular de registro de marca depositada em 1985 impedir o uso da mesma como nome comercial de terceiro que a utilizava (em seu nome comercial) desde 1946 (caso "Garota de Ipanema").

comercial alheio e vice-versa. Assim entende a jurisprudência dominante, a despeito de decisões isoladas em sentido contrário.⁶⁰

Como resolver, então, o conflito entre marca e nome comercial, caso o titular de direitos anteriores não tome a iniciativa de entrar em juízo contra o detentor de direitos posteriores? Simplesmente pela coexistência da marca de um com o nome comercial de outro. E, como o âmbito de proteção do nome comercial não pode ser restringido a territórios definidos (municipal, estadual, nacional ou internacional), o titular de marca posterior não poderá jamais impedir o titular de nome comercial anterior de expandir suas atividades para outros municípios ou estados (salvo em caso de má-fé, em que for possível se caracterizar um ato de concorrência desleal). Ou seja, o titular da marca terá um direito *erga omnes*, mas inoponível ao dono do nome comercial anterior.

60. Como exemplo de decisões que consideraram inexistente a violação de direitos entre marca e nome comercial semelhantes em decorrência da natureza distinta dos dois institutos, v. os acórdãos unânimes da 2.ª C.Civ do TJMG na AC 84.060-2, de 20.11.90 (RT 670/151-153, ago./91) e da 1.ª C.Civ do TJMG na AC 29.985, de 15.5.79 (JB 144/141-146, 1989). Antes, porém, de se constituir em paradigmas, ambas as decisões são explicáveis pelas peculiaridades dos casos concretos e, dentro das circunstâncias, parece-nos que foram adotadas as decisões acertadas para cada caso. Há também acórdãos de casos criminais que utilizam essa tese (da "impossibilidade" de violação de marca por nome comercial, ou vice-versa) como evidente subterfúgio para simplesmente evitar a condenação criminal do empresário, tendo em vista que a cultura brasileira geralmente não considera as violações à propriedade industrial como delitos de maior gravidade. Ademais, as péssimas condições dos presídios brasileiros têm também como consequência uma maior complacência dos juízes criminais ao decidir crimes contra a propriedade industrial cometidos por empresários.

Com relação ao âmbito territorial de proteção da marca parece-nos que em decorrência das normas legais aplicáveis (Constituição Federal, Convenção de Paris, Lei do Registro do Comércio e demais dispositivos cabíveis) não há outra conclusão possível que não a de que o nome comercial pode ser protegido até mesmo internacionalmente. Não obstante, seria ridículo assegurar-se a proteção, v.g., em Presidente Prudente (no interior do Estado de São Paulo), do nome comercial de uma pequena padaria situada na capital francesa, chamada "Boulangerie Étoile Noir", e vice-versa.

O exemplo acima, acadêmico, faz saltar aos olhos que a proteção ao nome comercial deve existir dentro de um âmbito geográfico razoável, nem menor nem maior que o necessário. Razoável, nesse caso, será o âmbito dentro do qual possa existir uma relação de concorrência. Com isso, mais uma vez, inclinamo-nos a aceitar a justificativa da proteção ao nome comercial nas normas repressoras da concorrência desleal. Inexistindo concorrência desleal sob qualquer de suas formas (incluído, aqui, o aproveitamento parasitário), não caberá falar em proteção ao nome comercial.

Ou seja, entendemos que a proteção ao nome comercial é regional. Mas o significado preciso da palavra regional somente poderá ser aferido diante do caso concreto. A "região" poderá ser o bairro, o município, o estado, o país, o continente, ou até mesmo o mundo inteiro. Assim, p. ex., o afamado magazine paulista "Mappin" faz jus à proteção em todo o Brasil e em diversos países da América Latina e, inclusive, nos Estados Unidos, da mesma forma que as "Galeries Lafayette", do Boulevard Haussmann em Paris. Enquanto isso, o modesto "Bar e Restaurante São Judas Tadeu", do bairro de Vila Isabel, no Rio de Janeiro, terá a proteção limitada aos bairros circunvizinhos.

Se temos tais noções em mente, a maioria das decisões judiciais tratando

do âmbito territorial de proteção do nome comercial estarão corretas, a despeito de perigosas generalizações de suas ementas, limitando a proteção a este ou aquele âmbito territorial de proteção. Assim, encontramos o seguinte julgamento em prol do âmbito estadual de proteção:

“Nome comercial — Confusão — Nome comercial. A existência de uma palavra comum em denominações diversas de sociedades constituídas em Estados diversos, com objetivos diversos, não pode dar margem à concorrência desleal ou desvio de clientela” (Caso “Haupt”, ac. un., 1.^a CCiv TJRJ, de 24.6.86, AC 40.426, reg. em 3.11. 86, Rel. Des. Geraldo Arruda Guerreiro, in DOERJ, P. III, 18.12.86, p. 75).

Corroborando a tese de que a proteção do nome comercial seria meramente municipal, encontramos: a) o ac. un. no RE 80.877-RJ, da 1.^a Turma do STF, de 4.12.79 (in *RTJ* 92/676-680); e b) o ac. un. na AC 30.143-1 da 1.^a CCiv TJSP, de 2.8.83 (in *JB* 144/163-164 — 1989).

A favor do âmbito nacional de proteção ao nome comercial, encontramos as seguintes decisões: a) caso “Engelbase”, ac. por maioria do 1.^o GrCCiv TJRJ, nos EI 40/90, de 28.9.90 (sendo que há voto vencido baseado no lamentável acórdão do STF no caso “Rainha”); b) caso “Veplan”, ac. un. da 2.^a CCiv TJRS, na AC 39.168, de 6.10.82; c) caso “Perfil”, ac. un. da 8.^a CCiv TJSP, na AC 195.356-1/7, de 23.11.93; d) caso “Sorveteria Alaska”, ac. un. da 3.^a T. do STJ no REsp. 11.767-SP, de 29.6.92.

Posseguindo, mencionamos as seguintes decisões, que aceitaram a proteção internacional do nome comercial, com base no art. 8.^o da Convenção de Paris: a) caso “Riedel”, ac. un. do plenário do STF no AgPet 5.481, de 13.1.32 (in *RF* 58/229-231); b) caso “Sotheby’s”, ac. un. da 1.^a T. TRF 2.^a R., na AC 90.02.19566-4/RJ, de 6.2.91; c) caso “Rochas”, ac. un., da 6.^a T. TFR, na AC 78.048-RJ, de 23.5.83; d) caso “Hermes”,

ac. un. da 6.^a CCiv TJSP, na AC 141.472/1/6, de 9.5.91; e) caso “Lee”, ac. un. da 3.^a CCiv TJSP, na AC 247.700, de 24.6.76 (in *RT* 494/46-48 — dez./76); f) caso “Philips”, ac. un. da 4.^a T., TFR, na AC 73.510-PR, de 13.10.82; g) caso “Lacoste”, ac. un. da 5.^a T., TFR, na AC 68.252-SP, de 27.10.82 (in *RDM* 52/75-87), h) caso “Elesse”, ac. un. da 4.^a CCiv TJSP, na AC 82.176-1, de 23.12.86 (in *JB* 132/177-179); i) caso “Burger King”, ac. por maioria da 2.^a C.Civ TJRJ, na AC 1.745/88, de 5.3.91 (in *RDTJRJ* 7/211-212); e j) o ac. un. da 2.^a C.Civ TJSP, na AC 134.976-1, de 5.3.91, no caso “BBC”, cuja ementa, exemplar, reza:

“Convenção da União de Paris — mesmo que o nome não esteja registrado no Brasil, a empresa estrangeira cujo nome é usado por empresa nacional tem ação de abstenção para afastar o respectivo uso.”

Finalmente, encontramos apenas um acórdão que fugiu à tentação de conceituar de forma absoluta o âmbito territorial de proteção ao nome comercial, e adotou a tese aqui por nós defendida, de que a proteção é regional, devendo se aferir em cada caso concreto qual a região apropriada. Trata-se do ac. un. da 4.^a CCiv TJPR, na Ac. 11.854-4, de 7.11.90 (in *RF* 313/183-184), no caso da “Transportadora Centro Norte”. Transcrevemos, a seguir, trecho do voto do relator, Des. Troiano Neto: “No caso dos autos, observa-se que a autora-apelada efetuou o registro na Junta Comercial em 21.2.68, enquanto que a ré só foi constituída bem depois (em 1985).

Daí o direito da autora. Por outro lado, consta que as duas empresas desempenham suas funções na mesma região, o Norte do Paraná, pois a ré tem sua sede em Apucarana e a autora, segundo se registra, tem filial em Maringá.”

Desejamos fazer ainda uma observação quanto ao critério que deve orientar o julgador na aferição da relação de concorrência que autoriza o titular de

determinado nome comercial a pleitear a abstenção de uso por terceiro. Parece-nos que o simples fato do titular entrar em juízo (arcando, portanto, com despesas judiciais e de honorários advocatícios) já constitui forte indício da ocorrência de dano. O abuso de direito, o espírito de emulação, não devem ser presumidos. Conforme dito acima, o simples aproveitamento parasitário da reputação de nome comercial de terceiro já autoriza a ação de abstenção e dá ensejo à obrigação de indenizar.

Finalizando, passamos à análise do acórdão do STJ no *leading case* (perante aquela Corte) com respeito à proteção do nome comercial vis-à-vis uma marca registrada (caso “Reset”); trata-se de decisão que assegurou a proteção comercial, e que faz jus ao alto nível dos julgados daquele Tribunal sobre a proteção ao nome comercial. Este acórdão no REsp. 6.169-AM (4.^a T., un., de 25.5.91) foi também citado no acórdão do TJSP no caso “DTK”, acima mencionado, e os princípios nele expostos vêm felizmente se firmando cada vez mais na jurisprudência brasileira.

Neste caso, “Reset” — Representações, Consignação e Serviços Ltda., sediada em Recife, ajuizou demanda contra “Reset” — Revendas e Serviços Técnicos Ltda., sediada em Manaus, a fim de obrigar a ré a modificar sua denominação social. Ocorre que a autora havia iniciado o uso de seu nome comercial em 1984 e a ré, que passara a adotar o citado nome comercial apenas em 1986, em seguida à adoção do novo nome havia depositado e obtido o registro para a marca “Reset” no INPI.

O acórdão do STJ, do qual foi relator o Min. Athos Carneiro, deu ganho de causa à autora, reformando as decisões dos juízos inferiores, que haviam se baseado na decisão do STF no caso “Rainha”. O relator colocou a discussão nos devidos termos, inclusive explicando a decisão

do STF como baseada no regime anterior, vigente até o CPI/69, no qual havia o registro especial dos nomes comerciais no DNPI.

A seguinte é a ementa do acórdão no REsp. 6.169-AM: “Nome comercial. Direito à exclusividade. Registro na Junta Comercial. Prevalência — O direito de uso exclusivo do nome comercial em todo território nacional não está sujeito a registro no INPI, e surge tão-só com a constituição jurídica da sociedade, através do registro de seus atos constitutivos no Registro do Comércio, devendo prevalecer o registro do nome comercial feito com anterioridade, no caso de firmas com a mesma denominação e objeto social semelhante, que possibilite confusão. Lei 4.726/65, art. 38, IX, Dec.-lei 1.005/69, art. 166, Lei 5.772/71, arts. 65, item 5, e 119, Convenção de Paris, de 1888, adotado no Brasil pelo Dec. 75.572/75. Recurso especial conhecido e provido.”⁶¹

Recentemente, seguindo o caminho retilíneo aberto pelo caso “Reset”, o STJ reafirmou sua jurisprudência sensata e conforme ao melhor direito, primeiro no caso “Sorveteria Alaska” (REsp. 11.767-SP, ac. un. da 3.^a T. de 29.6.92), e, em seguida, protegendo empresa que utilizava título de estabelecimento anterior (casa lotérica “Pé Quente”) contra comerciante individual que havia requerido — e obtido — o registro no INPI da mesma expressão, para os mesmos serviços. Conforme dispõe a ementa do julgado, prevalece o registro anterior, que era, no caso, o efetuado perante a Junta Comercial de Santa Catarina (ac. un. da 4.^a T. do STJ no REsp. 30.636-3-SC, de 14.9.93, in *RSTJ* 53/220-227).

61. Cf. cópia de certidão do acórdão em nosso poder, não nos consta que o inteiro teor deste acórdão já tenha sido publicado; a ementa foi publicada no Ement. AASP 1.709, p. 250.

5. CONCLUSÃO

Em conclusão, parece-nos importante reiterar o relevante papel da proteção ao nome comercial na vida empresarial. O empresário constrói a reputação de sua empresa sobre determinado nome e tais esforços merecem a proteção legal. Há empresas que somente vendem produtos com marcas de terceiros, mas que, nem por isso deixam de construir uma reputação sólida em torno de seu próprio nome. Assim ocorre, de um modo geral, com todos os pontos comerciais de venda direta ao consumidor de gêneros alimentícios, bens de consumo duráveis etc.

A importância do nome comercial da empresa rivaliza com a das marcas de indústria, comércio ou serviços por ela utilizadas. A marca é a assinatura do fabricante ou comerciante no produto, enquanto que o nome comercial é a assinatura da empresa sobre todos os negócios por ela realizados. A proteção firme e rápida do nome comercial é um imperativo da lealdade no comércio. Daí a importância social e econômica dos precedentes jurisprudenciais nesta questão, reconhecendo a exclusividade de uso de determinado nome comercial segundo os critérios do direito da concorrência desleal.

A vilania dos empresários fraudulentos não conhece fronteiras geográficas. A Convenção de Paris é um corolário da atuação multilateral em favor da ética comercial. A aplicação firma do art. 8.º da Convenção pelas Cortes brasileiras, assegurando a proteção internacional do nome comercial nos casos em que ela é aplicável, destaca o Brasil no concerto das nações civilizadas.

BIBLIOGRAFIA

- ARRUDA, Mauro J. G., "Considerações sobre a Proteção Jurídica do Nome Comercial, em face do Projeto do novo Código Civil", artigo pub. no jornal *O Estado de São Paulo*, ed. de 30.3.85, p. 39.
- BALLREICH, Hans, "Enthält das GATT den Weg aus dem Dilemma der steckengebliebenen PVU-Revision?", artigo in *Grur Int.*, 1987, pp. 747-758.
- BEIER, Friedrich-Karl e Kunz-Hallstein, Hans-Peter, "Zu den Voraussetzungen des Schutzes ausländischer Handelsnamen nach Art. 2 und 8 der Pariser Verbandsübereinkunft", artigo in *Grur Int.*, 1982, pp. 362-366.
- BODENHAUSEN, G.H.C., *Guide to the Application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property as Revised at Stockholm in 1967*, ed. do Birpi, Genebra, 1968.
- BOGSCH, Arpad, "The First Hundred Years of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property", artigo publicado in *Industrial Property* 1983, pp. 187-244 (Jul./Aug./83).
- CELSON, Afonso, *Marcas Industriais e Nome Comercial*, Imprensa Nacional, Rio, 1888.
- CERQUEIRA, João da Gama, *Privilégios de Invenção e Marcas de Fabrica e de Commercio*, v. II/103-106 e 156-163, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1930.
- , *Tratado da Propriedade Industrial*, v. 2/1.147-1.261, Ed. RT, S. Paulo, 1982.
- COSTA, Philomeno J. da, "Nome Comercial", artigo in *RT* 465/45-55 (jul./74).
- , "Proteção do Nome Civil e Comercial", palestra publicada in *Anais do III Seminário Nacional da Propriedade Industrial*, ed. da Associação Brasileira da Propriedade Industrial, ABPI, 1983, pp. 39-54.
- , "A Proteção do Nome Comercial", palestra publicada in *RDM* 81/96-107 (jan.-mar./91).
- DANIEL, Denis, "A Proteção Internacional da Propriedade Industrial", in *Anuário da Propriedade Industrial*, Ed. Previdenciária, S. Paulo, 1980, pp. 40-55.
- FARIA, Antônio Bento de, *Das Marcas de Fabrica e de Commercio e do Nome Comercial*, Ed. J. Ribeiro dos Santos, Rio, 1906.
- FRANCESCHINI, José Inácio G., "Conflitos entre os Tratados Internacionais e as Normas de Direito Interno que lhes forem Posteriores", artigo in *RT* 556/28-36 (fev./82).

- FRÓES, Carlos Henrique de Carvalho, "Da Proteção ao Nome Comercial", palestra publicada in *Anais do Seminário sobre a Execução da Política Tecnológica Brasileira* (promovido pela Confederação Nacional do Comércio), Ed. Papeleria Novo Horizonte, Rio, 1974, pp. 39-43.
- . verbete "Nome Comercial", in *Inciclopédia Saraiva do Direito*, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1980, pp. 312-325.
- KNAACK, Roland, "Das Verhältnis älterer Handelsnamen zur eigetragenen Marke — Eine Untersuchung zum deutschen, französischen, englischen und europäischen Recht", artigo in *Grur Int.*, 1987, pp. 560-571.
- LEONARDOS, Luiz, "A Proteção ao Nome Comercial no Direito Brasileiro", artigo in *RT*, 450-25-31 (ab./73).
- . "A Proteção do Nome Comercial — Âmbito Nacional", artigo in *Anuário da Propriedade Industrial*, Ed. Previdenciária, S. Paulo, 1980, pp. 11-17.
- . "Marcas Formadas por Nomes Civis", artigo publicado in *Anuário da Propriedade Industrial*, Ed. Previdenciária, S. Paulo, 1981, pp. 16-18.
- . *A Natureza do Direito sobre a Invenção Patentada*, dissertação de mestrado perante a Universidade Gama Filho, ed. do autor, Rio de Janeiro, 1983.
- LEONARDOS, Luiz e LEONARDOS, Thomas Othon, "Nome Comercial e Marca de Indústria e Comércio", parecer in *RT* 491/35-48 (set./76).
- LEONARDOS, Thomas Othon, *Origem, Evolução, Natureza e Tutela do Nome Comercial*, Ed. Lutzinger, Rio, 1934.
- MENDONÇA, J. X. Carvalho de, *Tratado de Direito Commercial Brasileiro*, v. II, Ed. Freitas Bastos, 1933 e v. V, parte I, Ed. Freitas Bastos, 1938.
- REALE, Miguel, "Aplicação da Convenção de Paris no Brasil", palestra publicada in *Anais do II Seminário Nacional da Propriedade Industrial*, ed. da Associação Brasileira de Propriedade Industrial, ABPI, 1982, pp. 15-23.
- REQUIÃO, Rubens, *Curso de Direito Commercial*, v. 1, 16.^a ed., Ed. Saraiva, 1986.
- SILVEIRA, Newton, capítulos sobre a proteção ao nome comercial (pp. 55-57) e ao título de estabelecimento e insígnia (pp. 58-59) in *Licença de Uso de Marca e Outros Sinais Distintivos*, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1984.
- SOARES — José Carlos Tinoco, *Nome Commercial*, Ed. Atlas, S. Paulo, 1968.

ABUSO DO PODER ECONÔMICO E (I)LEGITIMIDADE

LUIS FERNANDO SCHUARTZ

"A questão da legitimidade é inerente a todo e qualquer fenômeno de poder, assim como o da justiça em relação às normas jurídicas, por mais que o positivismo insista em enxotar uma e outra do campo científico" (Fábio Konder Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, Forense, 3.^a ed., 1983, p. 391).

Escolhemos o trecho transcrito para funcionar como ponto provisório de referência em um processo reflexivo que pretendemos refazer com os leitores a fim de chegarmos ao seguinte resultado: poder econômico abusivo é, primeira e basicamente, poder que se exerce de modo ilegítimo, e apenas secundariamente, ilícito.

1. A questão do abuso do poder econômico tem suscitado, por parte da dogmática jurídica nacional e particularmente após o advento da Lei 8.158/91, uma série de intervenções em certo sentido tangenciais. Com efeito, os estudiosos têm se debruçado preferencialmente sobre aspectos jurídicos específicos que dizem respeito a exemplos de práticas abusivas, sem se perguntarem, na maior parte das vezes, acerca dos respectivos conceitos de abuso que estão pressupostamente utilizando em suas argumentações.

Essa maneira de proceder não se justifica em face de nossa atual legislação, uma vez que as normas definem formas e ou exemplos de abuso (no singular), e não, como poderia parecer, abusos. Há, pois, remissão normativa a um gênero, de que derivam ramificações e para o que

se deve buscar, cautelosamente, um conceito. Em outros termos, devemos responder à seguinte questão: O que é abuso do poder econômico?

Nesta busca, começemos com uma noção simples e praticamente intuitiva: abusar do poder econômico é usá-lo indevidamente, onde o advérbio encerra um sentido eminentemente deontológico, ou seja, implica desilusão em face de uma expectativa normativa, relativamente a uma dada maneira de uso do poder econômico. A essa desilusão, acrescenta-se, enquanto ligada a uma expectativa normativa, não se segue um aprendizado como condição de adaptação e rendição ao abuso, mas uma reação de negação: o abuso deve ser "endireitado".

De qualquer ângulo que se encare, usar o poder econômico como não se deve implica em abusar dele, devendo tal uso ser corrigido de maneira a resgatar o uso que dele se deve fazer. Neste sentido, de um ponto de vista por assim dizer genético, a idéia de abuso do poder econômico parece pressupor, enquanto negação, a de uso devido do poder econômico, consistindo unicamente esta na idéia "verdadeiramente" positiva. Esta aparência pode ser por nós facilmente experimentada se nos desligarmos de nosso conhecimento jurídico prévio e nos movermos no terreno do senso comum. Aqui, de fato, a repulsa ao indevido praticamente pressupõe uma intuição do devido, que se manifesta por meio de um sentimento de confirmação relativamente ao conteúdo daquilo que se percebe.

2. À medida, porém, que o nosso pensamento ascende em graus de abstração, logo nos damos conta de que as coisas são um pouco mais complexas do que acreditávamos. Seja buscando compreender o nosso sentimento de confirmação, seja tentando justificá-lo perante nossos interlocutores, nos veremos obrigados a encontrar motivos e, provavelmente, argumentos, que sirvam para sustentar a nossa intuição. A direção própria do recurso a motivos e argumentos determina-se, em princípio, a partir do tipo de discurso em que participamos, devendo normalmente submeter-se às suas regras discursivas preestabelecidas. É possível, no entanto, cambiar as regras durante o próprio discurso, bastando, para isso, que o interlocutor aceite a proposta de novas regras (o que, no entanto, pressupõe meta-regras).

No discurso jurídico positivista, motivos e argumentos costumam provir, em última instância, de interpretações de textos normativos postos pela autoridade formalmente competente. Nesse âmbito, argumentos fortes têm comumente atrás de si o peso da interpretação socialmente dominante de uma norma válida. Segundo tal modo de proceder, portanto, o sentimento de confirmação, a repulsa e o discurso que se instaura a partir de ambos cedem passo a um juízo acerca de uma norma ou princípio pressupostos como válidos, i.e., existentes independentemente de nós mesmos. Nesse sentido, o discurso jurídico positivista procede de modo inverso ao discurso do senso comum, posto que este parte normalmente de nós mesmos e aquele, da norma supostamente objetiva.

Ademais, no que diz respeito à gênese do conceito do devido, o discurso jurídico positivista parece admitir, ao contrário do senso comum, a anterioridade do indevido. De fato, acredita-se que as chamadas “liberdades burguesas” têm, em sua maioria, a forma de proibições: define-se — por meio de uma norma

contingente — em primeiro lugar aquilo que não deve ser para, em seguida, concluir que todo o resto pode, devidamente, ser. A atitude de indiferença em relação às condutas não previstas na norma que a permissão “fraca” implica não costuma manifestar-se de forma imediata para o senso comum, pelo menos não normativamente. O senso comum percebe o permitido para um quando ele é negado pela conduta indevida do outro, que por sua vez pressupõe a intuição do contrário devido.

Esta flexibilidade do discurso jurídico positivista, permitindo que o conceito de um desvalor se instaure originariamente a partir de uma proibição, e institucionalizando, para todos os comportamentos não compreendidos na norma proibitiva, uma relação de indiferença entre autoridade normativa e destinatários, nos coloca diante de um problema de percurso.

Com efeito, até agora vimos nos referindo despreocupadamente ao problema da gênese do devido e do indevido a partir de dois pontos de vista distintos. O primeiro destes pontos de vista poderia ser, hipoteticamente, generalizado e referido ao partícipe de uma relação social, contanto que não se submeta às regras do discurso jurídico normalmente aceitas, e defina, sozinho ou mediante uma discussão livre e aberta com outros (caso em que o resultado da discussão deve ser aceito pelos participantes livre e autonomamente), o indevido a partir do seu sentimento ou da sua concepção do devido; de outro lado, temos o sujeito que fala pressupondo tais regras como válidas, em suma, tomando como ponto de partida de seu discurso um dado que o precede objetivamente, i.e., a norma ou o princípio jurídico postos pela autoridade competente. Para os primeiros, o dado qualificado provém deles mesmos, seja como sentimento, seja como resultado de um processo de reflexão; para o segundo, trata-se de um ente normativo que deve ser aceito, pois existe positivamente.

Enquanto uso indevido do poder econômico, o abuso pode ser encarado sob os dois pontos de vista que vimos mencionando. Em primeiro lugar, o abuso pode ser sentido ou pensado como negação do devido positivamente, é dizer, parte-se de um modo intuído ou preestabelecido de acordo com o qual o poder econômico deve ser constituído, bem como de uma finalidade intuída ou preestabelecida que deve determinar a direção em que o poder econômico deve ser usado, na ausência da qual tem-se o uso abusivo ou indevido. Tal é a forma, por assim dizer, mais natural de determinação do abuso. Em segundo lugar, o abuso pode ser definido a partir de uma norma proibitiva pontual, remetendo todas as condutas não-proibidas (manifestações indetermináveis do poder econômico não definidas expressamente como abusivas) para a esfera do permitido, i.e., do juridicamente indiferente.

Esta última forma de compreensão do abuso do poder econômico tem prevalecido como pano de fundo não-explicitado nas discussões dos especialistas, implicando uma opção metajurídica tendente a uma separação radical entre os pontos de vista mencionados, bem como um pseudo-isolamento do discurso jurídico em si mesmo, ou seja, sua aparente não-receptividade a argumentos originários de outras formas de discurso, em especial, do discurso do senso comum e do discurso moral. Esta circunstância torna-se patente ao nos darmos conta de que a concepção do abuso como proibição pontual autônoma não é a única possível, mesmo no interior do discurso jurídico positivista, residindo a sua predileção na aceitação implícita e irrefletida de um paradigma jurídico determinativo (e falível).

3. A concepção do abuso do poder econômico como mero repositório de infrações expressamente previstas em normas jurídicas pressupõe o antigo paradigma

jurídico liberal (v. a descrição e análise dos modernos paradigmas jurídicos em Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, 1993, Capítulo IX) como atualmente válido, pelo menos no que diz respeito ao funcionamento do mercado. Esta assunção irrefletida deriva do reconhecimento, no texto da Constituição Federal, da livre iniciativa como fundamento da Ordem Econômica e da livre concorrência como um de seus princípios.

Restaurou-se, a partir daí, a crença na reinstitucionalização do velho Estado *Gendarme* que, enquanto função de uma sociedade econômica auto-regulativa, estaria autorizado a intervir apenas nos casos em que o processo de auto-regulação sofresse traumas intrínsecos. Este processo econômico auto-regulativo deveria ser instrumentalizado mediante normas de competência contratual (autonomia negocial), bem como uma série de normas de conduta gerais e abstratas, a cujas hipóteses de incidência bem determinadas deveriam conectar-se consequências jurídicas precisas. Acredita-se, pois, que o sentido do ordenamento jurídico econômico seja o de proteger a liberdade individual do sujeito econômico das intervenções indevidas do aparato administrativo, bem como das imperfeições do mercado (concorrência desleal e abuso do poder econômico).

Nesse contexto, interpreta-se, sem fazer força, o art. 173, § 4.º da Constituição Federal, exatamente como está escrito: "A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à eliminação da concorrência, à dominação de mercados e ao aumento arbitrário dos lucros." (Compare-se a interpretação divergente de Tércio Sampaio Ferraz Junior, in *Resilição Unilateral de Relações Comerciais de Prazo Indeterminado e a Lei de Defesa da Concorrência*, RT, Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas, 4, jul.-set./93, pp. 272-275).

Esta interpretação do abuso como intenção abusiva, i.e., como dolo específico

voltado à eliminação da concorrência, ao domínio de mercados e ao aumento arbitrário dos lucros, entretanto, além de satisfazer-se com a mera igualdade formal entre concorrentes, acaba por aprisionar o bem jurídico protegido dentro das estreitas fronteiras de uma sociedade puramente econômica constituída por relações pseudo-simétricas entre seus participantes. De um lado, ignora a dialética entre igualdade formal e desigualdade real entre os agentes no mercado, de outro, exclui a voz da sociedade (econômica e não-econômica) do necessário processo de legitimação do poder econômico.

O ressurgimento do paradigma liberal deve-se ao fracasso de seu sucessor, o chamado "Estado Social". Este, ciente da necessidade de contrabalançar as desigualdades reais com medidas compensatórias de justiça distributiva, acabou sufocando, de modo paternalista, a liberdade daqueles que procurava beneficiar, tendo sido apanhado, adicionalmente, em um diabólico processo de deslegitimação por ineficiência. No entanto, o paradigma do Estado Social trouxe para a consciência de todos conquistas inestimáveis. Mesmo tendo este fracassado, tal conscientização não permite a volta pura e simples do paradigma liberal.

Em primeiro lugar, tomou-se consciência da existência irrecusável do fenômeno do poder social sob a forma de poder econômico, poder este capaz de constituir-se e ser utilizado em sentido inverso ao fluxo oficial de poder comunicativo (Habermas), pressuposto como legítimo no conteúdo normativo fundamental dos Estados Democráticos de Direito, onde indivíduos livres e iguais devem decidir o seu futuro comum. Este fluxo oficial, enquanto idealidade normativa, deve ter sua origem nas comunicações ou atos comunicativos livres e abertos dos membros da sociedade civil, devendo ser apreendidos pelo sistema político a fim de serem racionalizados por meio do debate constitucional-

mente regulado e, eventualmente, transformados em normas jurídicas vinculantes. Tais normas devem, a seguir, ser interpretadas também de forma legítima, mediante *standards* hermenêuticos adequados. Por fim, deve-se cuidar para que a implementação, pelo sistema administrativo, das normas e decisões legítimas, seja eficaz. Ora, se a qualidade do poder que percorre o fluxo oficial é a legitimidade, todo poder que a este se contrapõe é ilegítimo, uma vez que se constitui ou é usado como não se deve.

Em segundo lugar, e complementarmente, a constatação, enquanto resultado de um discurso livre e em princípio aberto a todos os interessados, do uso indevido do poder econômico não pode ser, por definição, um monopólio dos agentes diretamente participantes na relação de poder no mercado, nem muito menos dos operadores jurídicos. Como vimos, esta constatação pressupõe, ao nível do discurso comum (que é o discurso da cidadania), ao menos uma intuição do devido, intuição que deve ser testada por meio de argumentos no discurso livre e aberto. Nesse contexto, as comunicações vão estruturar-se em torno do dever ser do poder econômico. Evidentemente, é possível que a intuição primitiva do dever positivo desemboque, no decurso do processo de racionalização, em uma proibição e, conseqüentemente, em uma permissão "fraca" (apenas tais e tais modos de constituição e usos do poder econômico são proibidos; todos os demais são permitidos). Em tal caso, a legitimidade da norma proibitiva, ou melhor, de sua interpretação, dependeria de sua adequação ao sentido do fluxo oficial de poder comunicativo, mais especificamente, de uma suposta indiferença social ao fenômeno do poder em si, abstração feita da definição pontual dos casos típicos de abuso, o que nos parece extremamente irrazoável.

De fato, a relação de poder econômico, como qualquer relação de subordinação,

não se legitima *de per si*, mas somente torna-se socialmente aceitável em razão de um processo legítimo de formação ou constituição do poder econômico (fundado, p. ex., na maior eficiência do agente em relação a seus competidores), bem como do uso no sentido de um interesse socialmente generalizável desse poder (finalidade positiva atribuída ao poder como critério de sua legitimação *a posteriori*). Nenhum poder é aceito sem mais. Por isso podemos dizer, com o Prof. Comparato, que a todo poder inere a questão da legitimidade, na medida em que identifiquemos legitimidade com aceitabilidade social de uma relação de subordinação.

Note-se que o exposto não implica, de forma alguma, na proibição do poder econômico em si mesmo. A questão que propomos refere-se à possibilidade de seu aproveitamento social, coisa bem diferente. De fato, a Constituição Federal, mandando reprimir o abuso do poder econômico, pressupõe o poder como um dado irrecusável de nossa realidade.

O reconhecimento constitucional do poder econômico não o exime, contudo, de prestar contas perante a sociedade civil no tocante à aceitabilidade de sua constituição e utilização. Em outros termos, a previsão do poder não torna supérflua a questão atinente a sua legitimidade; pelo contrário, a questão da legitimidade condiciona o sentido da previsão institucional do poder econômico enquanto poder lícito.

Estritamente falando, a própria presença da relação de poder econômico em um dado mercado implica uma limitação da esfera de possibilidades econômicas dos menos poderosos em benefício dos "detentores" do poder. É justamente esse rompimento, institucionalmente reconhecido e garantido pelo Estado, da simetria entre os agentes no mercado, que funciona como o outro lado da moeda em relação à necessidade de intervenção do Estado na economia no sentido de defi-

nir, democraticamente, condições de aceitabilidade social desta ruptura.

Nesse sentido, pensamos que o modo legítimo de se encarar o poder econômico deriva de uma espécie de síntese entre o paradigma liberal e o paradigma do Estado Social. O abuso moderno, híbrido, não se define nem a partir de uma pseudo-igualdade formal dos agentes no mercado, nem tampouco em função de um dirigismo econômico puro.

O Estado, de um lado, transfere ao mercado parte da sua função própria de "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social" (art. 170 da CF), reservando, de outro, a si, o poder fiscalizatório, preventivo e corretivo. Nesse sentido, o dever primário do Estado não é o de punir os abusos, mas sim preveni-los e corrigi-los.

4. Tomemos um outro caminho para explicitar este ponto. Muito se tem discutido na doutrina nacional e estrangeira (em especial na alemã), acerca do bem jurídico protegido pela legislação de defesa da concorrência. Alguns dizem que é a liberdade econômica do concorrente individual, outros afirmam tratar-se da concorrência livre mesma. A orientação dominante é no sentido de admitir que o escopo da legislação é proteger a própria concorrência (enquanto luta e *performance* satisfatória do mercado).

Esta nos parece ser a orientação mais correta, mas com uma ressalva. Com efeito, deve-se defender a concorrência porque se pressupõe que o resultado de uma concorrência livre vai beneficiar a totalidade dos membros do corpo social, e não apenas os produtores e consumidores imediatos de bens e serviços. O centro de gravidade desloca-se, assim, do competidor abstrata e individualmente considerado para um certo padrão de funcionamento do mercado, mercado não mais identificado com um sistema autorregulativo de relações sociais, mas entendido como instrumento de produção e

reprodução de valores socialmente generalizáveis.

Neste sentido, e contrariamente ao que normalmente se afirma, a livre concorrência não está em função apenas da defesa do consumidor, mas deve produzir resultados tangíveis e passíveis de gozo pelos membros da sociedade civil (não se confunde com a sociedade de produtores e consumidores), em um espectro em princípio indefinido de papéis.

A concorrência, no entanto, não se dá em um espaço atomizado, onde indivíduos iguais competem com outros utilizando as mesmas armas em busca da opção racional do consumidor soberano: este pressuposto do liberalismo está definitivamente sepultado. No espaço concorrencial as forças estão distribuídas desigualmente. O fenômeno da concentração econômica se fez sentir a partir do final do séc. XIX e começamos a conviver pacificamente com um poder econômico que pode produzir, ou pelo menos contribuir para a produção de, qualidade, eficiência, progresso, riqueza, e portanto mais cultura, educação, informação científica, um meio ambiente saudável etc.

O cerne da questão está, obviamente, na determinação do modo como o poder deve ser aproveitado, mais uma vez: nos critérios de diferenciação do poder devido em relação ao poder indevido. Enquanto poder, ou seja, relação de subordinação, ao poder econômico, como bem notou o Prof. Comparato, inere a questão da legitimidade. Acrescentaríamos que, neste caso, os juízos não devem provir apenas dos subordinados na relação, mas de todos os possíveis interessados nos resultados da concretização do poder econômico no sentido da concorrência. Embora o pressuposto segundo o qual “a concorrência é melhor do que a ausência de concorrência” (a concorrência produz mais valores do que a ausência de concorrência) também seja falível, não se pode negar que ele esteja profundamente enraizado em nosso ambiente cultural.

A exigência normativa dirigida aos centros de movimentação do poder econômico no sentido de o poder ser usado de modo legítimo bifurca-se em três exigências normativas complementares, dirigidas, respectivamente: 1) ao poder político no sentido de forçar normativamente os referidos centros a atuar de acordo com as expectativas dos interessados; 2) ao sistema jurídico no sentido de interpretar adequadamente as normas legítimas que instrumentalizam a primeira exigência; e 3) ao sistema administrativo, no sentido de executar eficazmente as normas e decisões legítimas, isto é, vetorialmente paralelas ao sentido espontâneo do fluxo oficial de poder nos Estados Democráticos de Direito.

Entre os limites constitucionalmente estabelecidos a partir da Constituição de 1988 (liberdade de iniciativa como fundamento da Ordem Econômica, bem como disposto no *caput* do art. 174: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”), a exigência normativa endereçada ao sistema político deve exteriorizar-se mediante um paradoxo pragmático: aos centros movimentadores do poder econômico se lhes deve prescrever a liberdade de concorrência.

5. Recapitulemos. Vimos que o poder econômico somente se legitima em um Estado Democrático de Direito se for utilizado paralelamente ao fluxo oficial de poder pressuposto normativamente, fluxo este que deve originar-se das comunicações livres e abertas entre os membros, livres e iguais, da sociedade civil.

A exigência endereçada ao poder político no sentido de obrigar o poder econômico a ser livre, portanto legítimo, cria uma expectativa normativa em relação

ao poder político, que, ao lado de outros fatores, contribui para medir a sua legitimidade. Com efeito, os cidadãos vão querer saber o que o poder político está fazendo em relação ao poder econômico.

Na medida em que a atividade reguladora do Estado deve submeter-se, também, aos imperativos da liberdade constitucionalmente fixados, o “peso” do dever de atuar de modo legítimo é dividido com o sistema administrativo que, por meio da ação fiscalizadora e compensatória, assume a competência pelo “endireitamento” do poder econômico, seja prevenindo (juízo de admissibilidade nas integrações horizontais e verticais), seja corrigindo, eventuais desvios.

Se o abuso, enquanto uso ilegítimo do poder, significa que o poder econômico não está sendo usado para a produção e reprodução de valores socialmente generalizáveis, o abuso em sentido técnico, i.e., o uso ilícito do poder econômico, é medido em função de instrumentos teóricos e variáveis objetivas dogmaticamente construídas para verificar, na dialética processual, se o poder econômico foi, está sendo ou será constituído ou usado em um sentido que nos autorize a supor que os valores cuja obtenção visamos serão provavelmente obtidos (v., ilustrativamente, o art. 219 da CF: “O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico do país, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do país, nos termos da lei federal”).

Não é de se admirar, pois, que os conceitos próprios do direito de defesa da concorrência, a começar pelo conceito de concorrência mesmo, adquiram uma certa fluidez em função de cada mercado específico. Exemplarmente, uma estrutura de mercado monopolística não autoriza uma conclusão no sentido da inexistência de concorrência, uma vez que o monopolista pode comportar-se como se estivesse competindo efetivamente (luta fictícia). A existência ou não de concorrência passível de ser “defendida” deve ser comprovada pelas autoridades competentes mediante um criterioso exame dos resultados tangíveis e socialmente generalizáveis atribuíveis à *performance* do agente econômico, mensuráveis a partir dos dados concretos do mercado relevante em questão e de critérios valorativos a este adequados.

Poder econômico lícito é poder econômico legítimo, i.e., poder econômico constituído e utilizado tendo em vista os valores socialmente generalizáveis que fundamentam a aceitabilidade da ruptura de simetria no mercado com a constituição da relação de poder; inversamente, poder econômico abusivo é poder econômico constituído e/ou utilizado em desrespeito aos referidos valores. Nesse sentido, a abusividade é propriedade do poder, não se justificando do ponto de vista constitucional a intervenção estatal, no âmbito de aplicação da legislação de defesa da concorrência, no sentido de corrigir ou punir atos de agentes desprovidos de poder econômico.

TRATADOS DE BITRIBUTAÇÃO BRASILEIROS E SUAS CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS

EDUARDO SALOMÃO NETO

O objetivo do presente estudo é reproduzir de forma logicamente articulada os preceitos básicos dos atos internacionais firmados pelo Brasil combatendo a bitributação, bem como os das normas regulamentares que os complementaram, em texto sucinto que possa constituir instrumento básico para o advogado ou estu-
do do Direito ocupado dos muitos e complexos problemas da tributação internacional. Parece-nos oportuno, ao discriminar as características básicas dos referidos tratados, e suas regras comuns, basear a análise no que nos parece ser o ponto fulcral para a compreensão do alcance que têm os tratados analisados: o conceito de residência como elemento básico de conexão para a distribuição de competência impositiva internacional. Feito isso e mostrando a distribuição dos rendimentos para tributação segundo o critério da residência, passaremos a enfocar algumas questões práticas relativas a dividendos, juros e *royalties*, rendimentos em relação aos quais surge o maior número de questões referentes à aplicabilidade dos tratados de bitributação.

1. Modelos de Tratados e a Escolha Brasileira

Dois modelos principais se impõem internacionalmente para regular o problema da bitributação internacional, de há muito percebidos pelos legisladores. O primeiro é a Convenção Modelo da OECD ("Organization for Economic

Cooperation and Development"), organização internacional agrupando países desenvolvidos criada em 1961. Tal organização produziu 3 modelos, nos anos de 1963, 1977 e 1992, que foram sucessivamente adotados por países desenvolvidos e mesmo por países em desenvolvimento. Em tais modelos, como é natural considerando sua origem, são os elementos de conexão que determinam qual jurisdição deverá ter competência impositiva centrados principalmente na residência do contribuinte, em detrimento (relativo, como se verá) do país onde se situa a fonte produtora dos rendimentos. Isso favorece os países exportadores de capital, que têm sociedades residentes em seus territórios em virtude de lá terem sua sede de administração e centro de negócios, sociedades essas com filiais e estabelecimentos pelo mundo, onde se produz parte substancial de seus lucros.

Atentando para a crítica de vários países em desenvolvimento de que os Modelos da OECD não reforçavam suficientemente a fonte dos rendimentos como elemento de conexão, foi em 1980 elaborado modelo de convenção contra a bitributação internacional pela Organização das Nações Unidas (ONU). Em contraste com o modelo da OECD, o modelo da ONU tem a característica de reforçar a competência impositiva dos países onde se situa a fonte dos rendimentos, que são naturalmente aqueles em processo mais atrasado de desenvolvimento, e portanto ainda receptores de capital. Isso faz atri-

buindo competência mais ampla ao país em que tenha o contribuinte estabelecimento permanente, mesmo que lá não se situe a direção geral de seus negócios, e conferindo a tal país maior flexibilidade na fixação de alíquotas do que a existente nos termos do modelo da OECD.

Apesar de tais diferenças, deve ser frisado que o modelo da OECD reconhece também o conceito de estabelecimento permanente, o qual define, no art. 5 da versão de 1992, como “a fixed place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on”.¹ A principal utilidade desse conceito é, aliás, modelar o rigor excessivo do critério de residência, admitindo em casos específicos, como no tocante a lucros de empresas, a tributação no país de fonte em caso de terem sido os lucros produzidos por estabelecimento permanente aí situado.

O Brasil firmou tratados contra a bitributação com os seguintes países: Alemanha, Argentina, Áustria, Bélgica, Canadá, China, Coréia, Dinamarca, Equador, Espanha, Filipinas, Finlândia, França, Hungria, Índia, Itália, Japão, Luxemburgo, Noruega, Portugal, Reino Unido dos Países Baixos (Holanda), Suécia e Tchecoslováquia. Tais tratados seguem o formato da OECD, apegando-se ao último modelo vigente quando da celebração, e portanto privilegiando basicamente o critério da residência como elemento de conexão determinante da competência para tributar.

No texto que se segue, sempre que o modelo da OECD for mencionado sem qualificações, estaremos fazendo menção a sua versão de 1992.

2. Contornos do Conceito de Residência nos Tratados contra a Bitributação

Os termos residência e domicílio são indiferenciadamente empregados nos

modelos da OECD, como sinônimos, ao contrário do que acontece no Direito Brasileiro, em que o Código Civil considera domiciliado apenas o residente com ânimo definitivo (art. 31). Já a residência é o lugar onde uma pessoa habita, com a intenção de permanecer, não se exigindo necessariamente o ânimo definitivo.²

O art. 4.º do modelo da OECD considera residente de um Estado Contratante: “qualquer pessoa que, em virtude da legislação desse Estado, esteja aí sujeita a imposto em razão de seu domicílio, de sua residência, de sua sede de direção ou de qualquer outro critério de natureza análoga.”

Esse dispositivo é complementado por regras mais específicas contidas em seus parágrafos para o caso de duplicidade de residência de pessoas físicas e jurídicas. No caso destas últimas, em caso de ser a sociedade residente em ambos os Estados que sejam parte do tratado, será considerada residência a sede de sua direção efetiva. A necessidade de tais regras impeditivas de existência de mais de uma residência liga-se intimamente aos objetivos dos tratados contra a bitributação. Como almejam eles eliminar na medida do possível a imposição por mais de uma jurisdição sobre a mesma base de cálculo, usando como elemento de conexão para tanto a residência, ficaria esse fim obviamente frustrado pela dualidade de residências. É por isso que o modelo da OECD adotado pelo Brasil não pode acompanhar o art. 32 do CC, o qual admite uma pluralidade de residências.

O conceito de residência adotado acima não se confunde com a residência do Código Civil Brasileiro, por se concentrar em notação diferente da desse. Enquanto o conceito interno de residência se liga à habitação em um determinado local, e por derivação também o de domicílio, o con-

1. Em português, “um local fixo de negócios através do qual a atividade de uma empresa é total ou parcialmente desenvolvida”.

2. Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, S. Paulo, Ed. Saraiva, 1993, p. 108.

ceito fiscal eleito pelos tratados de bitributação brasileiros seguindo o modelo da OECD centra-se no fato de ser ou não uma pessoa física ou jurídica contribuinte de imposto em um dado Estado.

Importante consequência da definição acima é a aplicação do tratado a quaisquer pagamentos em benefício de contribuinte instalado em um país com quem tenha o Brasil assinado tratado de bitributação, ainda que não tenha tal contribuinte personalidade jurídica autônoma em tal país. Esse é o caso por exemplo das filiais não personalizadas de sociedades em geral sediadas em terceiros países não signatários de tratados de bitributação com o Brasil, desde que estejam as filiais sediadas nos países signatários e lá contribuintes tributos. Em nada intervém com tal conclusão o fato de não se ter constituído com personalidade jurídica distinta o residente em uma das jurisdições contratantes, pois esse requisito não é imposto pelos termos dos tratados.³

3. Aplicação Pura do Critério de Residência como Elemento de Conexão

A residência do contribuinte exclusivamente considerada é usada como elemento único de conexão, nos tratados contra a bitributação brasileiros baseados no modelo da OECD, em relação a vários tipos de rendimentos. Nessa categoria caem entre outros os lucros de empresas de navegação, os rendimentos do

exercício de profissões em caráter de dependência desenvolvidas em um dos Estados Contratantes mas pagas a partir do outro e as pensões e anuidades privadas nos termos de alguns dos tratados de bitributação assinados pelo Brasil (com Bélgica, França, Finlândia e Japão).

Outros dois tipos de rendimentos recaem formalmente para a tributação exclusiva pelo Estado de residência do contribuinte: os lucros de empresas em geral e os ganhos derivados de profissões independentes. Neles entretanto o princípio da residência aparece fortemente mitigado porque se abre exceção a lucros derivados de estabelecimento permanente no país de fonte em relação aos lucros de empresas, e a ganhos derivados de instalações fixas em tal país, no caso das profissões independentes, em relação aos quais caberá a tributação ao país de fonte. O conceito de instalação fixa é o reflexo, no campo profissional, do conceito de estabelecimento permanente, tão importante no campo da tributação internacional. Como na maioria dos casos será necessária a existência de tal estabelecimento ou instalação para a produção de lucros ou renda de profissões independentes, a exceção na verdade pode ter dimensão maior do que a regra.

4. Aplicação dos Critérios de Residência e Fonte como Elementos de Conexão

Em virtude da já destacada preponderância do critério de tributação baseado na residência no modelo da OECD adotado pelo Brasil em suas relações internacionais, quando se atribui competência impositiva ao Estado de fonte, isso com frequência é feito cumulativamente com a atribuição de competência ao Estado onde é o contribuinte residente. A atribuição se faz algumas vezes (comumente em relação a dividendos, juros e *royalties*) com limitação da alíquota pela qual o Estado de fonte pode impor tributação.

3. Em contrário, baseando-se no fato de que o art. 1.º do modelo da OECD diz aplicar-se seu texto a pessoas residentes, veja-se o clássico trabalho de Alberto Xavier sobre o assunto, *Direito Tributário Internacional do Brasil* (Rio, Ed. Forense, 2.ª ed., 1993, pp. 106 e ss.). Discordamos de tal posição na medida em que não deixará uma entidade de ser pessoa jurídica por ter sido constituída fora do país signatário do tratado contra bitributação com o Brasil, o que cumpriria o requisito do art. 1.º.

Em relação à maior parte dos casos, entretanto, tal limitação não existe e ambos os Estados, o de residência e o de fonte, poderão exercer sem restrições sua competência impositiva. Incluem-se nesses casos os ganhos de capital, exceto aqueles cobertos pelo Tratado com o Japão (art. 12(3)), que ficam submetidos exclusivamente a tributação no país de residência do beneficiário. Essa categoria abrange também todos os casos residuais, isto é, aqueles não mencionados expressamente na casuística prevista nos tratados de que o Brasil é signatário, com exceção do tratado celebrado com o Canadá, que estabelece a competência exclusiva do país de onde provém os rendimentos não expressamente mencionados (art. 21).

Nessa hipótese poderia parecer à primeira vista desnecessária a existência de tratado contra a bitributação, já que o problema básico que se dirige a resolver estaria mantido. Essa conclusão não é verdadeira entretanto na medida em que é cláusula muito importante no modelo da OECD a permissão de dedução em um Estado do tributo pago em outro, através do sistema de créditos. Essa possibilidade é conferida de maneira geral e não qualificada, beneficiando quaisquer rendimentos incluídos nos modelos. Alternativamente a isso alguns dos tratados de que o Brasil é signatário, celebrados com a Argentina, Países Baixos, Tchecoslováquia, Alemanha, Áustria, Bélgica, França, Hungria, Luxemburgo e Noruega, prevêm a obrigação de tais países de isentar de tributação rendimentos percebidos que nos termos do tratado respectivo sejam tributáveis no Brasil.

5. Observações Específicas sobre o Tratamento de Dividendos, Juros e "Royalties"

O tratamento dado pelos tratados de bitributação firmados pelo Brasil a dividendos, juros e "*royalties*" merece

abordagem algo mais pormenorizada em virtude do pagamento transnacional de rendimentos desse tipo ser bastante frequente em virtude do fluxo internacional de investimentos. De fato, parte preponderante dos casos em que os tratados firmados pelo Brasil terão aplicação prática envolvem rendimentos dessa qualificação. Em virtude disso, deve a questão ser abordada mais demoradamente.

Como já visto acima, os tratados contra a bitributação firmados pelo Brasil consagram limitação da competência impositiva do Estado de fonte tipicamente em relação a dividendos, juros e *royalties*. Em regra, tais rendimentos são na generalidade dos tratados sujeitos a tributação favorecida por alíquota máxima de 15%. Exceções a isso são o tratado com a Argentina, que não prevê reduções de alíquotas, e o tratado com o Japão, que estabelece alíquota máxima de 12,5%. Em relação a *royalties*, em certos casos (e.g. tratados com a Alemanha, Japão, Luxemburgo), aqueles provenientes do uso ou concessão de uso de marcas de indústria e comércio são excluídos dos benefícios.

O conceito de dividendos, juros e *royalties* adotado pelos modelos é mais amplo do que seu conceito no Direito interno brasileiro. Como é com base em tais conceitos definidos pelos tratados que o benefício de redução de alíquotas é concedido, convém certo aprofundamento em relação a sua formulação básica, que é mais ou menos comum em todos os instrumentos de que o Brasil é signatário.

Dividendos são definidos como abrangendo os rendimentos provenientes de ações ou direitos de fruição, ações de empresas mineradoras, partes de fundador, outros direitos de participação em lucros com exceção de créditos, bem como rendimentos de outras participações de capital, assemelhados aos rendimentos de ações pela legislação tributá-

ria do Estado Contratante em que seja residente a sociedade que os distribuir.

O conceito de dividendos é como se pode ver bastante amplo, superando o simples rendimento produzido por ações, e alcançando também o produto de outros títulos emitidos por sociedades anônimas nos termos da Lei 6.404, de 15.12.76, como as partes beneficiárias (também chamadas de fundador), tratadas nos arts. 46 a 51 do referido diploma e expressamente mencionadas na definição. As debêntures em regra não seriam abrangidas pelo conceito de dividendos porque de ordinário conferem a seu titular crédito contra a companhia emissora (art. 52 da Lei 6.404/76). Entretanto, seriam mesmo os rendimentos de debêntures enquadráveis na definição acima na parte em que confirmam ao titular direito a participação nos lucros da companhia, como faculta o art. 56 da Lei 6.404/76, por expressa inclusão de tal tipo de rendimento na definição. Por outro lado, a expressão rendimentos inclui apenas acréscimos patrimoniais de caráter recorrente, e cuja produção não leva ao esgotamento de sua fonte produtora, segundo conceito econômico consagrado. Isso exclui os ganhos de capital do conceito de dividendos expresso acima, na medida em que são auferidos apenas uma vez, através da perda da fonte que os produziu. Tais ganhos não se beneficiam desta forma das regras atinentes a dividendos dos tratados, aplicando-se a eles regime separado.

Juros é termo que designa nos tratados os rendimentos da dívida pública, de títulos ou debêntures, acompanhados ou não de garantia hipotecária ou cláusula de participação nos lucros, e de créditos de qualquer natureza, bem como quaisquer outros rendimentos que pela legislação tributária do Estado de que prove-nham sejam assemelhados aos rendimentos de importâncias emprestadas.

Como se vê da redação acima reproduzida, é nessa rubrica de juros que serão

de ordinário incluídos os rendimentos de debêntures emitidas na forma dos arts. 53 e ss. da Lei 6.404/76, a menos que intitulem seu detentor a participação nos lucros da companhia, caso em que seriam também enquadráveis na definição de dividendos. Incluem-se no conceito de juros as comissões, despesas, taxas remuneratórias e descontos pagos ao exterior para a captação de empréstimos. A razão disso é que tais rendimentos recebem tratamento análogo ao dos juros na legislação brasileira, sendo abrangidos pelo art. 777 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto 1.041, de 11.1.94 (RIR/94), que determina tributação idêntica para “as importâncias pagas a beneficiários residentes ou domiciliados no exterior, por fonte situada no País, a título de juros, comissões, descontos, despesas financeiras e assemelhados”.

Royalties são as remunerações de qualquer natureza pagas pelo uso ou pela concessão do uso de um direito de autor sobre uma obra literária, artística, ou científica (inclusive filmes cinematográficos, filmes ou fitas de gravação de programas de televisão ou radiodifusão), qualquer patente, marcas de indústria ou comércio, desenho ou modelo, plano, fórmula ou processo secreto, bem como pelo uso ou pela concessão do uso de um equipamento industrial, comercial ou científico e por informações correspondentes à experiência adquirida no setor industrial, comercial ou científico. Com base em tal definição consideramos que a consultoria prestada por instituições financeiras em matéria de reorganização de empresas, consultoria financeira e outros serviços de designação semelhante pode ser incluída na definição de *royalties* acima apresentada, já que deriva de cabedal de conhecimentos haurido pelas instituições financeiras no desempenho de atividades que não só fazem parte de seu objeto social, como lhes são reservadas pela Lei 6.404/76, como a

representação assemblear de acionistas (art. 126, § 1.º) e a emissão de certificados de depósitos de ações (art. 43). Tais atividades aproximam os bancos e outras instituições financeiras da vida e realidade societária, permitindo-lhes incidentalmente a aquisição de conhecimentos que podem alienar a terceiros, sob a forma de consultoria.

Três são os requisitos impostos pelos tratados, em relação a dividendos, juros e *royalties* como acima definidos, para aplicação das alíquotas reduzidas: 1) ser o beneficiário residente em um dos países contratantes; 2) prover o rendimento de fonte do outro país contratante; e 3) ser a transferência dos recursos efetuada a título de pagamento.

De tais requisitos derivam importantíssimas conseqüências na análise dos tratados, cujas sutilezas, dada a novidade da matéria, nem sempre são devidamente percebidas em sua aplicação prática.

Quanto ao primeiro requisito deve-se repetir a consideração mais acima apresentada de que o conceito de residência adotado pelos tratados tem configuração específica por eles mesmos conferida, e significa residência fiscal no sentido de ser a pessoa física ou jurídica sujeita a imposto em um dado país em razão de seu domicílio, de sua residência, de sua sede de direção ou de qualquer outro critério de natureza análoga.

Questão muito importante em matéria de tributação, e que amiúde surge em relação a tratados assinados pelo Brasil, é a de saber se os pagamentos feitos a instalações de sociedades residentes em países signatários, fora de tais países signatários, se beneficiam da redução de alíquotas. Essa questão, que é o inverso da questão mais acima tratada referente à aplicabilidade dos tratados a filiais em países signatários de sociedades constituídas em terceiros países, pode ser como a anterior respondida pela análise do conceito de residência acima tratado. Aplicando-o à questão a conclusão deve

ser a de que a filial de sociedade residente em país signatário será beneficiária dos tratados, mesmo que instalada fora de tal país, desde que seja sujeita a tributação no país signatário em virtude de seu domicílio, de sua residência, de sua sede de direção ou de qualquer outro critério semelhante.

Eventualmente excluem os tratados assinados pelo Brasil determinados rendimentos de tais conclusões, determinando expressamente que os pagamentos efetuados a instalações (estabelecimentos permanentes, na linguagem dos tratados) não se beneficiam da redução de alíquotas. Isso ocorre eventualmente em relação a juros, por exemplo nos tratados firmados com a Alemanha, França, Equador e Luxemburgo. Em um caso isolado, o do Japão, ocorre o inverso: os juros pagos a filiais de bancos japoneses no exterior, independentemente de se enquadrarem tais filiais no conceito de residentes fiscais japoneses, beneficiam-se sempre quando pagos do Brasil das alíquotas reduzidas previstas no tratado respectivo, em virtude de favor das autoridades fiscais contido no Ato Declaratório Normativo 2/80.

Merece também observação o último dos requisitos de aplicação acima abordados, a necessidade de existência de pagamento. A questão, embora sutil, é bastante relevante, na medida em que se podem fazer transferências internacionais a procuradores no exterior encarregados de pagar os credores finais. Isso é bastante comum em relação, por exemplo, a juros pagos por recursos captados junto ao mercado internacional através da emissão de títulos (*eurobonds*), os quais precisam, dado o grande número de credores, ser concentrados em agente de pagamento externo, geralmente sociedade financeira internacional para tanto contratada, o qual se encarrega da distribuição dos valores aos credores finais.

Essa simples transferência financeira efetuada pelo devedor brasileiro a seu

próprio representante/procurador no exterior não poderá ser considerada pagamento. Nos termos do Código Civil Brasileiro o pagamento tem caráter necessariamente extintivo da obrigação e deve ser feito necessariamente ao credor ou a procurador do credor. Isso se depreende da leitura do art. 934 de tal diploma: "O pagamento deve ser feito ao credor ou a quem de direito o represente, sob pena de só valer depois de por ele ratificado, ou tanto quanto reverter em seu proveito."

Feita tal consideração, passariam os tratados a se aplicar sempre que o intermediário no exterior, para o recebimento de juros, dividendos ou *royalties*, seja constituído mandatário do devedor.

6. Efeito de Atos Normativos das Autoridades Administrativas

Por último, cabe considerar que o Ministério da Fazenda editou amiúde atos regulamentando os tratados firmados pelo Brasil, sob a forma externa de Portarias. Eventualmente, tais Portarias inovam em relação aos tratados, contendo exigências e requisitos de aplicabilidade não avençados pelos países contratantes. Exemplo disso é a proibição de

aplicação das alíquotas favorecidas a juros pagos a agências de bancos franceses fora da França, mesmo que sejam residentes em tal país para efeitos fiscais, restrição essa contida no item 3 da Portaria 287/72, do Ministério da Fazenda. Outro exemplo é a exigência frequente contida nas Portarias de que os pagamentos de juros, dividendos e *royalties* sejam decorrentes de investimentos e contratos registrados no Banco Central do Brasil, o que excluiria dos benefícios investimentos não assim registrados, *e.g.* aqueles cursados no mercado de taxas flutuantes.

Essas Portarias são em nosso entender desprovidas de efeito jurídico na parte em que introduzem exigências ou impõem proibições não constantes dos tratados firmados pelo Brasil. De fato, ao assim proceder violam o art. 98 do CTN que considera os tratados e convenções internacionais fonte de Direito Tributário em plano igual, senão superior, ao das leis. Assim, não poderiam ser revogados por atos expedidos por órgãos do Poder Executivo, que segundo o art. 100 do CTN têm efeito meramente complementar ao dos referidos tratados e convenções.

DOUTRINA

O DIREITO DE RECESSO NAS HIPÓTESES DE INCORPORAÇÃO, FUSÃO, CISÃO E PARTICIPAÇÃO EM GRUPOS DE SOCIEDADES. EXCLUSÃO ACARRETADA PELA LEI 7.958 DE 20.12.89.

WALDIRIO BULGARELLI

1. Chama a atenção desde logo, a ocorrência, neste caso, de fato com que há já muito tempo, ao longo da minha experiência profissional, não me deparava, consistente em se tentar demonstrar o acerto de uma posição interpretativa com base, não propriamente em meditados estudos doutrinários, em invocações do direito comparado nem em reiterados julgados, e sim, em entrevistas de jornais, artigos opinativos e em afirmações dos trabalhos preparatórios. Trata-se, à toda evidência, de forma retórica que de há muito caiu em desuso, substituídas as opiniões de oportunidade, a maioria de caráter emocional, pelas análises ponderadas, calcadas em estudos profundos e voltadas para a *ratio legis*, não desprezadas as intenções do legislador, mas ajustadas às corporificações da norma, a qual, liberta de sua gênese, passa a existir como corpo autônomo.

É que, como ensina a moderna doutrina da interpretação,¹ se os episódios ocor-

ridos na formação da norma, vale dizer, no processo legislativo, podem orientar o intérprete na reconstrução da vontade do legislador, ou na repulsa à sua iniciativa, certamente que não servem à tarefa de uma exata interpretação da norma.

Por outro lado, essa ampla gama de reproduções de críticas e opiniões emitidas quando da promulgação da Lei 7.958/89, conhecida como Lei Lobão, são reveladoras do aspecto polêmico de que se revestiu, o que parece também ser devido, em parte, à forma com que tramitou no Congresso Nacional, provocando, por esse aspecto, críticas aleivasas e até mesmo desconfiças de que tivesse vindo para atender interesses específicos de certas empresas em particular.

Afora, entretanto, esse ponto episódico,² a verdade é que decorridos quase 4 anos da sua promulgação, a Lei 7.958/89, acabou sendo aceita tranqüilamente, e na prática desconhecem-se maiores conflitos, havendo, ao que consta, na órbita do Poder Judiciário apenas uma decisão a respeito.

1. Francesco Ferrara, de há muito, afirmava em relação aos Trabalhos Preparatórios: "Tudo isto basta para desacreditar suficientemente os Trabalhos Preparatórios, os quais amiúde não nos dizem nada ou são uma caótica mixórdia de teorias opostas em que todo o intérprete pode achar cômoda confirmação para as opiniões próprias. Quando muito, porém, podem valer como *indício* de certa vontade legislativa, mas devem ser utilizados com cautela e circunspeção." — *Interpretação e Aplicação das Leis*, 3.^a ed., Coimbra, 1978.

2. Em que a imprensa nem soube reproduzir com exatidão a opinião dos entrevistados, como foi aliás, o nosso caso, em que ouvidos telefonicamente por um jornal, a transcrição de nossas palavras não foi completa, embora ressalvada nossa posição básica na época em que estávamos *perplexos*, pois que tomados de surpresa, ainda não havíamos estudado a questão.

2. E tudo decorre porque se está perante 2 interesses em jogo: o da sociedade poder flexibilizar sua atuação econômica, através do remanejamento da estrutura de suas empresas, e de outro a ressalva do direito de recesso do minoritário.

O que encaminha a análise para avaliar os institutos jurídicos envolvidos: o da incorporação, fusão e cisão de um lado e o do direito de recesso de outro.

Tendo em vista o aspecto polêmico que envolveu a promulgação da Lei em causa, e levando em conta também a carga emocional com que costuma ser tratado o problema da proteção às minorias, impõe-se mais do que nunca ao intérprete seguir a antiga porém sempre renovada orientação que nos vem desde a retórica romana, ou seja, o emprego da prudência, fazendo jus assim à denominação de jurisprudente.

A essas observações isagógicas aqui lembradas, deve-se acrescentar outra de maior importância, ou seja, a de que se está perante institutos que integram um instituto maior, o das sociedades por ações, o que implica também uma visão mais ampla de conjunto, em que exsurge, desde logo, o aspecto funcional tanto da norma geral — a das sociedades por ações — como a dos institutos da incorporação, fusão e cisão contrapostos no caso ao exercício de direito concedido ao minoritário para protegê-lo contra abusos e evitar-lhe prejuízos,³ o qual deve também ser dotado de funcionalidade específica, mas inserido no sistema geral. Do que decorre, e a norma geral o previu (Cf. art. 137, § 2.º, da Lei 6.404/76) de que se o direito de recesso for excessivamente exercido poderá ser nocivo à companhia e portanto prejudicar, pelo prisma jurídico, a sua funcionalidade. Acrescendo-se também que se o direito de recesso for exercido abu-

sivamente,⁴ sem dúvida, que não terá por si os fundamentos que embasam a sua outorga: o de contrapor-se a desmandos da maioria e o de evitar prejuízos, ocorrendo então o fato conhecido como abusos da minoria.

3. Antes, porém, de avançarmos mais no tema, cabe configurar o quadro geral em que se desenha o conflito de interesses e a diversidade interpretativa.

Este, sem dúvida nenhuma, é o re-presentado pelo instituto das sociedades por ações, configurado o seu modelo atual, pela Lei 6.404/76. Trata-se, sem dúvida nenhuma de um modelo normativo que se caracteriza pela operacionalidade⁵ que intentou dar aos vários institutos específicos que congrega, seguindo a linha moderna dos chamados modelos regulamentários — operacionais, surgindo no seu todo como um microssistema jurídico (na feliz expressão de Orlando Gomes), através dos seus mais de 300 artigos, dotado de uma quase-autonomia, conquanto orbitando em torno do ordenamento jurídico geral.

Como é sabido, a tendência à operacionalidade dos modelos jurídicos no plano do direito e mais especificamente do direito empresarial vem sendo utilizada com frequência⁶ e nesse sentido, colhe-se em Ascarelli⁷ a concepção da sociedade anônima como máquina ou ma-

4. Conforme a doutrina tem acentuado e nós também; cf. Rubens Requião, *Aspectos Modernos do Direito Comercial*, ed. S. Paulo, 1977; e o nosso *O Conselho Fiscal nas Companhias Brasileiras*, ed. S. Paulo, 1988.

5. Ou realizabilidade como concebe Jean Dabin, *Théorie Générale du Droit*, Paris, 1969.

6. É a linha seguida, p. ex., por Miguel Reale, como coord. do Projeto do Código Civil brasileiro (634-B). Cf. *O Projeto do Código Civil — Situação atual e seus Problemas Fundamentais* — ed. S. Paulo, 1986.

7. Cf. *Panorama do Direito Comercial*, ed. S. Paulo, 1947.

3. Cf. o nosso *A Proteção às Minorias nas Sociedades Anônimas*, ed. S. Paulo, 1977.

quinismo jurídico e em G. Ripert, como mecanismo jurídico, chegando este a afirmar: "Uma boa máquina para o regime capitalista, eis o que é a sociedade anônima. Não é preciso pedir-lhe mais nada senão que funcione bem."⁸

E na análise normativa da Lei 6.404/76 verifica-se, sem maior esforço, que ela espelha inúmeras conquistas e avanços da técnica empresarial que foram sendo captadas pela doutrina e referendadas pela jurisprudência ao longo de todos esses anos, bastando imaginar que a lei anterior, o Dec. 2.627, data de 1940.⁹

4. Numa visão mais geral, utilizando-se o método de análise normativa tão bem desenvolvido por Norberto Bobbio,¹⁰ o da estrutura e da função, verifica-se que as relações das partes entre si e entre o todo devem se ajustar harmonicamente, para que seus institutos específicos, no conjunto, sem que haja antinomias, atendam à função da norma, entendida como a sua finalidade.

E, reitera-se que em termos de funcionalidade, pode-se verificar que em vários casos, os institutos específicos se contrapõem, e que portanto, é preciso harmonizá-los para que não se impeça que alcancem os fins desejados.

E é justamente o que ocorre entre os institutos da compenetração societária — chamemos assim os da incorporação, fusão, cisão e participação em grupos, por economia de linguagem — e o do direito de recesso, vendo-se claramente que tal sejam as dimensões e ao alcance dados ao segundo poderão impedir ou dificultar a realização do primeiro.

8. Cf. *Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno*, ed. S. Paulo, 1947.

9. Cf. o nosso *Manual das Sociedades Anônimas*, 7.^a ed., SP, 1993.

10. Dalla *Estrutura alla Funzioni*, *Nuovi Studi di Teoria del Diritto*, Milão, 1977.

5. Em termos, pois, de problematização temática, — novíssima técnica de exame das questões e casos pelos juristas,¹¹ vê-se que o problema maior aqui se coloca nos termos normais com que se costumam apresentar os problemas, não certamente os grandes problemas para resolver até os destinos da humanidade, mas para ensejar uma tomada de posição no plano jurídico.

Já ensinava a velha lógica de Berriat-Saint-Prix revivendo a colocação da retórica de Cícero, de que *une question bien posée est a moitié résolue*, ou seja (numa tradução livre), de que um problema bem colocado já estará resolvido pela metade.

Neste caso, que se pode caracterizar com o conflito entre compenetração societária X direito de recesso, não se pode deixar de lado o aspecto por assim dizer ideológico de que se tem revestido, posto pelos que defendem — ou pretendem defender — os chamados direitos da minoria, e por outro, as necessidades de desenvolvimento da empresa, visão que certamente cega ou pelo menos obnubila, tolda, embacia e deturpa a subjacente clara a cristalina solução que se impõe.

6. Tenha-se presente a propósito que o direito, no panorama atual, visa a resolver conflitos, tendo em conta o papel desempenhado na economia e na sociedade (assimilados os ensinamentos da chamada sociologia dos papéis, ou do *rôle*, como querem os franceses ou do *ruolo* dos italianos) pelos chamados protagonistas¹² e assim privilegia uns em relação a outros, demonstrando claramente a sua posição perante os interesses em jogo.

11. Cf. o nosso *Direito Empresarial Moderno*, ed. Rio, 1992.

12. Cf. novamente Miguel Reale que considera, no Projeto do Código Civil, os protagonistas do mundo jurídico os seguintes: o proprietário; o marido; o testador; o contratante e por fim o principal, o empresário.

No caso ora analisado ou mais do que isso, no conflito que se apresenta, a questão impende para a solução legislativa, que é de ser examinada, com as cautelas que merece, e que a recomenda a prudência a ser seguida pelo jurista, impõem.

7. Ora, no modelo da Lei 6.404/76 o tema do poder de controle foi discutido à exaustão — tanto antes quanto depois da sua promulgação — pretendendo contrapor-se-lhe algumas ou várias garantias e direitos aos minoritários. O resultado foi que o modelo legislativo consagrou plenamente o exercício do poder do controlador procurando-se equilibrar os interesses em jogo, através da outorga de direitos e medidas aos acionistas não controladores.¹³

Trata-se de uma adequação histórica do tema, pois que na vigência dos modelos de inspiração liberal de fins do século passado e do começo deste, não prevendo as leis especificamente direitos de natureza política ou conteúdo econômico, a doutrina se viu obrigada a construir, principalmente na Europa — várias teorias,¹⁴ configurando-se a dos chamados direitos próprios, dos direitos inderrogáveis, e dos direitos essenciais, chegando até à chamada proteção aos minoritários.¹⁵

8. Ao seguir a linha preconizada pela doutrina no plano societário, a Lei 6.404/76 consagrou uma extensa gama de direitos e medidas em favor dos acionistas não-controladores, destacando-se, entre eles, os chamados direitos essenciais,

relacionados no art. 109, previsto no rol desses direitos, o de recesso, conferido ao acionista em várias hipóteses assinadas na própria lei.

Desde logo, afirmaram-se várias opiniões na doutrina, a respeito, entendendo alguns¹⁶ ser insuficientes os direitos dos minoritários enquanto outros achavam excessiva¹⁷ a proteção outorgada, e ainda outros¹⁸ limitavam-se a apontar aspectos isolados de insuficiência ou de demasia.

São fatos notórios e conhecidos que ainda hoje, apenas em menor escala,¹⁹ perturbam a tranquilidade da vigência e eficácia da norma societária.²⁰

9. Nesta análise por assim dizer genérica do modelo da Lei 6.404/76 não devem ficar esquecidos 2 pontos relevantes: a) o de que a Lei tendo se endereçado para vários tipos de sociedades, em termos sistemáticos, deixou de separar as companhias fechadas das abertas, misturando as normas o que dificultou e ainda dificulta o seu perfeito entendimento; b) o de que a Lei veio envolta por muitos aspectos, em um certo ar experimental, o que, aliás, foi posto em destaque pela Exposição de Motivos, ao esclarecer que: (transcreve-se) “g) os institutos novos para a prática brasileira — grupamento de sociedades, oferta pública de aquisição de controle, cisão de companhias e outros — estão disciplinados de forma mais simplificada para facilitar a adoção e no pressuposto de

16. Aliás, grande parte da doutrina; por todos cf. Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, ed. S. Paulo, 1977.

17. Cf. Orlando Gomes, *Direito Econômico*, 1977.

18. Como Egberto Lacerda Teixeira e José Tavares Guerreiro, *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*, ed. S. Paulo, 1979.

19. Como os casos dos direitos das ações preferenciais.

20. Que após 10 anos de vigência, mereceu da doutrina aplausos em geral; Cf. Arnaldo Wald, “Dez Anos de Vigência da Lei das Sociedades Anônimas”, in *RDM* 62/1.986.

13. Que foram por nós enumerados na obra aqui já citada, *A Proteção às Minorias nas Sociedades Anônimas*.

14. Cf. Alain Viandier, *La Notion d'Associé*, ed. Paris, 1978; e Efrain Hugo Richard, *Derechos Patrimoniales de los Accionistas en las Sociedades Anónimas*, ed. B. Aires, 1970.

15. Cf. Dominique Schmidt, *Les droits de la minorité dans la Société Anonyme*, ed. Paris, 1970.

que venham a ser corrigidos se a prática indicar essa conveniência; as leis mercantis, sobretudo numa realidade em transformação, como é a do mundo moderno e especialmente a do Brasil, não podem pretender a perenidade, têm necessariamente vida curta e o legislador deverá estar atento a essa circunstância para não impedir o seu aperfeiçoamento nem deixar em vigor as partes legislativas ressecadas pelo desuso."

Vê-se, assim, como, por este aspecto, a reforma introduzida no direito de recesso pela Lei 7.958/89, ajusta-se à hipótese prevista pela Exposição de Motivos da Lei 6.404/76, e tanto assim é porque: 1) refere-se a institutos novos, como o do ordenamento grupal e o da cisão; 2) acena para a melhor utilização desses institutos, mediante a exclusão da hipótese do direito de recesso nesses casos em que poderia ser impeditivo da sua efetivação; e 3) comprova que o modelo legal está a necessitar de alguns ajustes, conforme, aliás, uma representativa parte da doutrina vem preconizando, inclusive a própria CVM que já elaborou anteprojeto de lei a respeito.²¹

Neste caso, o legislador se antecipou à reforma mais ampla aventada, para tomando partido entre os interesses em jogo, privilegiar o desenvolvimento das empresas, facilitando a efetivação dos institutos que menciona, através da remoção do eventual obstáculo representado pelo direito de recesso.

10. Já afirmava Tulio Ascarelli com a clarividência de sempre que aplicar uma norma é antes de mais nada interpretá-la, sendo, aliás, esse o seu momento culminante.²²

21. Cf. o nosso "Anteprojeto da CVM para a reforma da Lei de Sociedades por Ações brasileira", in *RDM* 86/52.

22. Cf. *Saggi Giuridici*, ed. Milão, 1949; e Massimo Meroni, *La Teoria dell'Interpretazione di Tulio Ascarelli*, ed. Milão, 1989.

Ora, sabe-se que a teoria da hermenêutica ou da interpretação alcançou, nos últimos anos, enormes avanços, trazidos não apenas pela mais exata configuração da Lógica Jurídica,²³ como também pelas contribuições das escolas conhecidas como a da nova retórica,²⁴ e a tópica²⁵ ao que se deve acrescer também as meditações da Escola Realista²⁶ e da Analítica de Austin e Hart, que superaram, todas com êxito, os antigos postulados das conhecidas escolas da Exegese, dos Conceitos, dos Valores e dos Interesses, para se apresentar com uma nova concepção ajustada à realidade da vida e do papel do direito, o que se conhece hoje como a visão da razoabilidade que procura conciliar a visão lógica com a visão social, configurando um modelo eficaz de decidibilidade,²⁷ que se pode descrever com Perelman em resumo, como:²⁸

"Alors, que, en droit, les idées de raison et de rationalité ont été rattachées d'une part à un modèle divin, d'autre part à la logique et à la technique efficace, celles du raisonnable et de son opposé, le déraisonnable, sont liées aux réactions de milieu social et à leurs évolutions. Alors que les notions de *raison* et de *rationalité* se rattachent à des critères bien connus de la tradition philosophique, tels que les idées de vérité, de cohérence et d'efficacité, le raisonnable et le déraisonnable sont liés à une marge d'appréciation admissible et à ce qui, excédant les bornes permises, paraît socialement inacceptable."

23. A qual não obstante negada por Kelsen, é afirmada por G. Kalinowsky, na *Introduction à la Logique Juridique*, e por Perelman.

24. Cf. Ch. Perelman, *La Logica Juridica y la Nueva Retorica*, ed. Madrid, 1979.

25. Cf. Theodor Viehweg, *Tópica e Jurisprudência*, ed. Brasília, 1979.

26. Cf. Alf Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, ed. B. Aires, 1974.

27. Cf. Tércio Sampaio Ferraz Jr., *Introdução à Ciência do Direito*, ed. S. Paulo, 1988.

28. Cf. Chaim Perelman, *Le Raisonnable et le Déraisonnable en Droit*, ed. Paris, 1984.

E, certamente, que essa posição constitui o grande norte que há de orientar o intérprete na tarefa de captar o significado da norma, exercício de interpretação que expressando o pensamento da doutrina brasileira foi precisa e elegantemente definido por Vicente Ráo, como: "Interpretação é a operação lógica que, obedecendo aos princípios e leis científicas ditados pela Hermenêutica e visando integrar o conteúdo orgânico do Direito, apura o sentido e os fins das normas jurídicas, ou apura novos preceitos normativos, para o efeito de sua aplicação às situações de fato incidentes na esfera do direito".²⁹

11. E, por ser assim, é que o problema há de ser submetido a uma análise rigorosa para se captar a *ratio legis*, evitando-se antinomias, ou seja contradições dentro do corpo da própria norma em exame.

Os chamados cânones da hermenêutica³⁰ têm demonstrado suficientemente que captado o sentido teleológico ou finalístico da norma, certamente que as visões gramaticais ou literais a elas se submetem em princípio, devendo o operador do direito, procurar conciliá-las, ajustando-as no ordenamento.

Reitere-se, a propósito, a aqui já citada incontestável posição moderna de Norberto Bobbio, ao predicar o exame da norma, pelas perspectivas da estrutura e da função; aparecendo a primeira como as relações das partes entre si e com o todo e a segunda como a finalidade.

29. Cf. *O Direito e a Vida dos Direitos*, ed. S. Paulo, 1942, 2.º V.

30. Cf. por exemplo, na doutrina brasileira: *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, de Carlos Maximiliano, ed. S. Paulo, 1933; e ainda Mario Franzen de Lima, *Da Interpretação Jurídica*, 2.ª ed., Rio, 1955; quanto às lacunas, presunções e antinomias, Cf. Maria Helena Diniz, *As Lacunas no Direito*; ed. S. Paulo, 1981; Roger Decottignies, *Les Présomptions en Droit Privé*, Ed. Paris, 1950; e Giacomo Gavazzi, *Delle Antinomie*, ed. Turim, 1959.

Nessa linha de pensamento, e não sendo a estrutura neutra como se pensou durante algum tempo, fica claro que as proposições integrantes da norma estão vinculadas estreitamente à função, pois do contrário, poderiam inviabilizar a finalidade pretendida.

12. Mas como adverte o mesmo Bobbio, ao predicar a linguagem como fator científico do direito, a linguagem do legislador nem sempre é correta; ou em suas próprias palavras: (transcreve-se) "a) il linguaggio de legislatore non è necessariamente rigoroso; il primo compito del giurista è quello di renderlo più rigoroso; b) il linguaggio del legislatore non è necessariamente completo; il secondo compito del giurista è completarlo, quanto più possibile; c) il linguaggio del legislatore non è necessariamente ordinato; il terzo compito del giurista è de ridurlo a sistema. La prima fase è de purificazione, la seconda di completamento, la terza di ordinamento del linguaggio giuridico. Nel ciclo di queste tre fasi si svolge e si esaurisce l'opera de ricerca del giurista nel senso tradizionale della parola, per lo meno negli ordinamenti giuridici fondati sulla monopolizzazione del diritto da parte della norma legislativa e dove quindi è ben distinta l'attività del legislatore da quella del giudice e quindi quella del giurista que interpreta le leggi da quella del giudice che le aplica al caso concreto."³¹

Ora, pretender que uma visão gramatical ou meramente formalista se sobreponha àquela da função da norma, seria além de um grave retrocesso recaindo nas críticas feitas à Escola da Exegese ou mesmo à Jurisprudência dos Conceitos correr o risco de invalidar o próprio objetivo da norma posta; há que se entender, pois, que o critério, a técnica ou

31. Cf. *Scienza del Diritto e Analisi del Linguaggio*, na obra conjunta com Umberto Scarpelli, ed. Milão, 1976.

método — ou que outro nome se queira dar — de análise gramatical ou literal é mero auxiliar na compreensão da finalidade da norma.

Por este aspecto, poder-se-ia invocar as apreciações de grandes juristas a respeito, p. ex., de aviso posto no metrô, proibindo o transporte de cachorros, tendo-se constatado que afinal se a palavra cachorro fosse tomada literalmente, então nada obstaría que se viajasse com um urso. Também a proibição, em um parque, de que transitassem veículos, poderia impedir desde os carrinhos de crianças até a de uma ambulância ou táxi em caso de mal súbito sofrido por algum freqüentador,³² ao que se poderia acrescentar outros exemplos trazidos por A. Ross,³³ até chegarmos ao chamado método do *nonsense*, tão bem caracterizado por Felix S. Cohen, através da citação de inúmeros exemplos desse tipo, na jurisprudência americana.

13. Ao excluir o direito de recesso nos casos de compenetração societária, a Lei 7.958, de 20.12.89, dispôs textualmente:

“Art. 1.º. O *caput* do art. 137 da Lei 6.404, de 15.12.76, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 137. A aprovação das matérias previstas nos ns. I, II, IV, V e VII do art. 136 desta Lei dá ao acionista dissidente direito de retirar-se da companhia, mediante reembolso do valor de suas ações (art. 45) se o reclamar à companhia no prazo de 30 dias, contados da publicação da Ata da Assembléia Geral.”

Art. 2.º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3.º. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, em 20 de dezembro de 1989; 168.º da Independência e 101.º da República.”

32. São todos casos citados por Ch. Perelman, ob. cit., sobre a “Lógica Jurídica e a Nova Retórica”.

33. Cf. ob. cit.

A redação original do art. 137, como é sabido, previa a outorga do direito de recesso nos casos dos ns. I, II, e IV a VIII do art. 136, ficando, pois, excluídos, os casos mencionados nos ns. VI e VIII, o primeiro referente à incorporação da companhia em outra, sua fusão ou cisão, e o segundo à participação em grupo de sociedades (art. 265).

14. Fica difícil imaginar, diga-se desde logo, que ao excluir o direito de recesso em ambos os casos, a Lei nova não tenha revogado a Lei anterior, tanto mais que o art. 109 que é a matriz da concessão do referido direito, afirma textualmente: “V — retirar-se da sociedade *nos casos previstos nesta Lei*” (grifamos).

Ora, os casos previstos em lei foram, entre outros, os de incorporação, fusão, cisão e participação em grupo de sociedades. Os 3 primeiros institutos estão regidos especificamente, pelos arts. 223 e ss., e ao acionista dissidente foi conferido o direito de recesso de acordo com o art. 230, o qual — anote-se pois se trata de menção importante — faz remissão ao art. 137.

Não há assim como não se considerar a menção do art. 230 como mera reiteração do que se continha no art. 137, podendo-se desde logo, sem maiores esforços, deduzir que revogado o primeiro certamente não há como ficar em vigor o segundo. Reitere-se que se trata, a menção feita ao direito de recesso no art. 230, de mero desdobramento daquela prerrogativa assegurada no art. 137, o que, aliás, certa doutrina chegou a considerar até como redundância.

15. A propósito não posso deixar de mencionar que nos meus estudos sobre, primeiro, a incorporação nas sociedades anônimas³⁴ e, posteriormente, nos meus comentários aos institutos da incorpora-

34. Cf. *A Incorporação das Sociedades Anônimas*, ed. S. Paulo, 1975.

ção, fusão e cisão³⁵ não deixei de mencionar que o direito de recesso não se constituía na verdadeira garantia ao acionista minoritário, em caso de ameaça de prejuízo ou de abuso do controlador, devendo-se-lhe outorgar, também, outras formas de preservar-se, como aliás, ocorre em outros países que não conferem o direito de recesso nestes casos. Entendeu, contudo, o legislador que não deveria haver oposição para efetivar esses institutos, de um lado, assegurando aos credores não o direito de oposição, mas o de anulação posterior (cf. art. 232) e de outro, ao acionista o direito de recesso (art. 230), admitindo, neste caso, que os controladores pudessem voltar atrás em sua decisão, se o exercício do direito de recesso pudesse vir a prejudicar a operação (Cf. art. 137, § 2.º).

O mesmo ocorreu com a participação dos sócios ou acionistas em convenção de grupo, dando-se aos dissidentes o direito de recesso e o conseqüente reembolso de suas ações, nos termos do art. 137.

16. Insista-se que nos casos mencionados pela lei original, — incorporação, fusão e cisão, e participação em grupo de sociedades, os artigos a eles referentes fazem expressa remissão ao art. 137 (Cf. art. 230 e art. 270, parágrafo único), não cabendo assim dúvida de que foram consignados como meros desdobramentos do referido art. 137, o qual tem a sua base no art. 109, V.

Em termos de ajuste harmonioso das disposições da lei nova não se vê portanto como se possa sustentar que a lei nova não revogou expressamente a lei anterior, excluindo o direito de recesso nos casos em que especificou.

17. Essa linha interpretativa tem por si não só a revogação expressa de um dispo-

sitivo inserido num instituto, como também o adendo de não poder vigorar disposição específica contrária ao dispositivo maior. Neste caso, parte-se do direito de recesso — dispositivo maior inserido no art. 109 que condiciona o seu exercício aos casos previstos em lei —; e dispositivos complementares como o geral do art. 137 registrando os casos previstos em Lei; e ainda os complementares específicos referidos nos arts. 230 e 270, parágrafo único. Harmonizam-se assim os dispositivos, afastada a hipótese de qualquer antinomia, lacuna ou contradição, ao que se casa a função da norma posterior que foi a de alterando o sistema de lei anterior para o exercício de direito de recesso nestes casos, permitir maior agilidade aos institutos que menciona.

18. Conjuga-se, assim, com a Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2.º, § 1.º, que dispõe: A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível, ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

O que é reforçado, no caso pelo emprego da lei nova da expressão revogam-se as disposições em contrário, que não obstante considerada dispensável em casos de revogação expressa, pode como acontece em muitos casos, reforçar o entendimento decorrente do conteúdo e objetivo da lei nova.

Tem-se assim, a nosso ver, caso típico de revogação expressa de preceito de norma vigente, sendo certo que constituindo o dispositivo revogado preceito principal, acarreta, conseqüentemente, a revogação das disposições ligadas, afins e subordinadas.

A doutrina, a propósito, não apresenta qualquer dúvida a respeito, podendo-se citar, por exemplo, Vicente Ráo,³⁶ que assim analisa o tema:

35. Cf. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, ed. S. Paulo, 1978.

36. Cf. ob. cit., v. 1/391.

“Quando a revogação de um determinado preceito afeta o espírito ou a essência da lei. Consequências. Quando, porém, a revogação expressa se refere a uma particular e determinada disposição da lei, preciso é verificar-se se a disposição nominalmente revogada é uma disposição principal, cuja revogação possa atingir as disposições subordinadas porque se assim for, também estas últimas não de se considerar conseqüentemente revogadas.

Disposições subordinadas são todas aquelas que, para sua aplicação, pressupõem a vigência da principal. Assim se uma lei revoga o texto legal que faculta aos testadores instituírem o fideicomisso, todas as demais disposições que em direito das sucessões, disciplinam este instituto, consideram-se por igual, revogadas.”³⁷

Ora, ninguém há de por em dúvida que as menções do direito de recesso dos arts. 230 e 270, parágrafo único estão subordinadas ao art. 137, tendo em vista até a remissão legal expressa pelo número do art. 137 entre parênteses ao fim do art. 230. E como é curial, não se pretendeu revogar genericamente o art. 109 na parte do direito de recesso que continua a vigir em outros casos, deixando de existir nos casos mencionados pela Lei nova.

19. A conclusão é que o legislador não andou mal neste caso; disse o que queria,

37. Cf. também a propósito, expressamente, Carlos Maximiliano, ob. cit., pp. 366 e ss.

sem ambagens, seguindo a fórmula apon-tada pela doutrina da interpretação e a disposição da Lei de Introdução ao Código Civil. E sem que se pretenda ser reducionista pode-se dizer que tomou partido em relação aos interesses em jogo, alterando o regime de direito de recesso para excluí-lo nos casos de com-penetração societária.

20. Verifica-se ainda que as críticas que se fizeram à nova Lei, impenderam mais para julgá-la do que para interpretá-la, afastando-se, assim, da verdadeira tarefa imposta ao operador do direito, que é justamente a de, com prudência e descortínio, interpretá-la corretamente.

Foi, aliás, o que fizeram alguns juristas, como Jorge Lobo³⁸ e Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira³⁹ entre outros, que não tiveram dificuldades em demonstrar a correção formal da lei nova e os seus conseqüentes efeitos, portanto, interpretando-a coerentemente.

21. Temos assim pois a conclusão de que a Lei 7.958 de 20.12.89 derogou o direito de retirada dos acionistas dissidentes nas hipóteses de incorporação, fusão, cisão e participação em grupos de sociedades.

38. Cf. “Direito de Retirada nos casos de fusão, incorporação, cisão e participação em grupos de Sociedades”, in *RT* 664/43 e ss.

39. Cf. *A Lei das S/A.*, ed. Rio, 1992, pp. 514 e ss.

A PROBLEMÁTICA DOS SALDOS DEVEDORES NAS OPERAÇÕES DE "LEASING"*

WALDIRIO BULGARELLI

1. Ao enfatizar a importância do tema a que me incumbe tratar, não devo deixar de lado a complexidade que o envolve, o que implicará uma análise orientada para a problematização dos pontos mais salientes e nem sempre suficientemente claros para a perfeita compreensão do instituto.

2. A primeira observação a ser feita recai obviamente sobre a diversidade de tipos de *leasing* observados na prática e captados pela doutrina, o que às vezes chega a se contrapor a existência de um conceito unitário. A esse propósito, tem-se destacado, na captação dos elementos constitutivos dos vários tipos e a sua reiteração no mundo fático, alguns em especial, como por exemplo;

1. '*Leasing*' operacional entendido como o praticado diretamente com o fabricante, e confundido, de modo geral, com o *renting*;

2. O '*Leasing*' *financeiro*, que envolve uma instituição financiadora, que fornece os recursos para a aquisição do bem;

3. O '*Leasing*' *back*, em que sendo o arrendatário o proprietário do bem, cede-o à instituição financiadora, que o financia, mudando então o título jurídico de proprietário para arrendatário;

4. O *Self 'leasing'* que ocorre entre empresas ligadas ou coligadas;

5. O *Dummy corporation*, ligado ao *trust* e à sociedade de palha (*società de*

comodo dos italianos); intermediária entre investidores e arrendatários; emite títulos, geralmente, debêntures para captar recursos para adquirir os bens a serem oferecidos em *leasing*, sendo que os investidores são representados por um *trust* que dirige a sociedade.

3. A doutrina se esforçou em caracterizar conceitualmente o contrato de *leasing*, tendo como paradigma o *leasing financeiro*, o mais utilizado, entre nós, identificando-o como um contrato de arrendamento, com tríplice opção; continuar o contrato ao seu término ou dar por terminado, ou então adquirir o bem, pelo valor residual.

Nesse sentido, utilizando a técnica tradicional civilista caracteriza-o como: consensual, bilateral, oneroso, de tempo determinado, de execução sucessiva e *intuitu personae*.

4. As discussões então recaíram sobre a sua unidade conceitual, tendo em vista, as várias fases envolvendo o seu procedimento, em que se chegou a ver, ao menos 5 etapas; a da proposta de financiamento, a de aquisição do bem, a do financiamento e a da entrega do bem e a conclusão final do contrato.

* Palestra proferida no II Ciclo de Estudos de Direito Econômico em Angra dos Reis, em 2.6.94; patrocínio do Instituto dos Advogados de São Paulo e da Escola Nacional de Magistratura.

Na verdade, houve e ainda há certa confusão entre a operação financeira que o embasa e a sua caracterização jurídica. Mais, pois, do que um simples contrato, ou mesmo de contrato complexo, pode-se invocar a figura do mecanismo jurídico a que alude Ripert, nos negócios empresariais e que por suas características os distanciam bastante dos tradicionais contratos do plano do direito civil.

5. Assim é que uma certa doutrina, representada, p. ex., por Mauro Brandão Lopes, partindo do fato de que a operação de financiamento é o elemento mais importante, chega a concluir que se trata de um negócio indireto (como o formulou T. Ascarelli) em que as partes querendo o financiamento, utilizam entretanto o contrato de *leasing* para obtê-lo.

6. Do que resulta que pode-se observar:

a) deu-se relevante importância, talvez, até excessiva, ao financiamento;

b) a própria lei reguladora, a primeira, entre nós, Lei 6.099 de 12.9.74 considerou o *leasing* como operação, sendo que a atual Lei 7.132/83, já o considera como negócio jurídico;

c) deu-se também grande importância ao fato de se tratar de operação complexa, neste caso, causando problemas de interpretação. Veja-se, a propósito, a posição de Philomeno J. Costa de que se deve levar em conta na fase do conflito a prestação mais importante; no início, o financiamento; durante o arrendamento, a locação; e no final, a opção de compra, o que foi seguido por R. Mancuso e outros.

Passou-se, ainda, a dar maior ênfase sempre à locação que se considerou ínsita ao contrato. A falha parece se encontrar na falta de caracterização de qual seria o verdadeiro requisito essencial (*essentialia negotii*) do *leasing*; financiamento ou arrendamento com opção de compra.

7. No campo, portanto, da interpretação pode-se observar a influência da visão conceitual, ou a perspectiva do elemento essencial que integra o tipo.

Neste ponto, cabe recorrer à lição atual da técnica interpretativa, visualizando a norma, como quer N. Bobbio, p. ex., pela ótica da estrutura e da função; ao que se acresce a necessidade de se ter uma compreensão diacrônica do instituto, (conforme T. Ascarelli), o que se obtém por uma análise histórica.

Historicamente, tem-se feito remontar o instituto até o Código de Hammurabi (CF. El Moktar Bey), o que parece improvável dado o estágio da economia naquela época; outros contrapõe sua origem no conhecido *Lend and Lease Act*, norte-americano de 1941, ao que outros atribuem, como Oviedo, como aspecto anedótico, a Mr. Boothe Jr., em 1952, também nos Estados Unidos.

Devendo-se ainda acrescentar aqueles que fazem o *leasing* remontar à *locatio conductio* e ao censo reservativo ou renda fundiária medieval que encontraria ressonância na renda sobre imóveis prevista no nosso Código Civil, arts. 749 e 1.424.

Ao encarar esse problema relativo à verdadeira origem histórica do *leasing*, será apropriado lembrar a lição de Tullio Ascarelli, quando apontava a existência de uma ruptura entre as categorias jurídicas tradicionais de longa tradição e as novas realidades emergidas com a Revolução Industrial, parecendo ser certo admitir que se trata de um novo instituto com uma configuração toda própria dos nossos tempos.

8. Independentemente, porém, de sua origem, a verdade é que expandiu-se o *leasing*, no após guerra, por todo o mundo; recebendo, p. ex., na França, o nome de *crédit baissé*; na Itália o de *locazione finanziaria*; no Brasil o de *arrendamento mercantil*; na Alemanha o de *miet*; na Bélgica, o de *location financement* etc.

9. No Brasil, a sua introdução foi bastante discutida pela doutrina, sobretudo, procurando-se então um reconhecimento fiscal, sem o que entendia-se que seria inviável. São deveras interessantes as discussões que se travaram a respeito, até mesmo, na busca de um nome próprio; por este aspecto, nas discussões então travadas, propôs Philomeno J. Costa que fosse chamado de *lisingue* (devidamente aportuguesado); e Ariosvaldo M. Filho optava por arrendamento para, como dizia, batizar esse cristão novo. A legislação então baixada, mais sob o ângulo fiscal, o denominou afinal de *arrendamento mercantil*. Curiosamente, tendo as sociedades criadas especificamente para esse fim intitulado-se de *leasing*, as quais inclusive passaram à jurisdição do Banco Central do Brasil, tiveram que apor ao nome, a expressão arrendamento mercantil, conquanto pudessem crescer o de *leasing*. Tendo a propósito, se generalizado, o uso da expressão negócio lisinguário, como mais uma tentativa de ajuste neológico.

10. A legislação básica, inicial, a Lei 6.099, de 12.9.74, como vimos, considerou o *leasing* como operação, caracterizando alguns elementos, como o prazo, valor da contraprestação, opção de compra ou renovação, como faculdade, mas expressa; o preço pela opção de compra ou o critério para a sua fixação; determinando ainda que os bens destinados ao *leasing* nas sociedades arrendadoras deveriam ser incluídos no ativo imobilizado, e que o valor das contraprestações pagas pelo arrendatário seriam consideradas como despesas operacionais (custos) e em havendo opção de compra, o valor de opção, o saldo a bem dizer, incluído no ativo fixo.

A Lei 7.132 de 26.10.83, trouxe algumas inovações; desde logo permitiu que o *leasing* fosse efetuado também com pessoas físicas; e conceituou-o como: (art. 1.º, parágrafo único), "Considera-se

arrendamento mercantil o negócio jurídico realizado entre pessoa jurídica, na qualidade de arrendadora e pessoa física, na qualidade de arrendatária, e que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, segundo especificações da arrendatária para uso próprio desta".

Como se pode ver, sem esforço, considerou-o um negócio unitário, como a cessão de um bem, por arrendamento, por empresa que o adquiriu para esse fim, segundo especificações do arrendatário, o que confirmou a visão de muitos de nossos autores, como Fran Martins, p. ex., de que se trata de um contrato unitário de natureza *sui generis*, portanto, um novo tipo de contrato. Não se pode deixar de mencionar, que para o *leasing* no plano internacional, permitiu-se que não houvesse opção de compra.

11. Alguns problemas de natureza prática foram evidenciados, tendo vindo até os Tribunais. Podemos arrolar vários, como: cessão de direitos de crédito relativos às contraprestações devidas, pelas sociedades arrendadoras, sem a cessão do próprio contrato, o que acabou sendo permitido expressamente, quando feita a entidade domiciliada no exterior; o preço final, por ocasião do exercício da opção de compra (índices fixados pelo CMN); o vício redibitório do bem entregue; a interpretação de tabelas complexas baixadas através de Resoluções do CMN; e enfim, a posição do arrendatário inadimplente, que é a questão que parece interessar mais de perto, no momento atual, sem esquecer, é claro, a questão sempre presente, da cláusula-mandato, para efeito de garantia.

12. Quanto à questão da inadimplência do arrendatário, durante a vigência do contrato, têm-se, claramente, um manifesto conflito de interesses. E certamente, convém, colocar a pergunta que se impõe; deve o arrendatário todas as con-

traprestações acertadas até o fim do contrato, ou apenas as atrasadas?

Não há que se duvidar que o problema tem lá os seus encantos, o que justifica uma apreciação mais aprofundada.

Em primeiro lugar, observa-se na doutrina e também em certas decisões do Poder Judiciário, uma apreciação do contrato nessa fase, como locação, e em consequência, da contraprestação como aluguel. Pensa-se, assim, em termos comuns de locação, e a seguir que se o inquilino não pagou alguns alugueres, deve apenas esses, ainda que como é também normal, ter de pagar multa contratual e outros encargos; a propósito, tem-se admitido também a exigência da recomposição de eventuais danos ao bem arrendado.

13. Posto isto, tem-se a bem dizer na questão da inadimplência durante a fase do arrendamento, duas posições bem nítidas na doutrina: a primeira, que entendendo-o assemelhado à locação, entende as contraprestações como aluguéis, e que portanto, está o arrendatário sujeito apenas ao pagamento das prestações vencidas, além dos encargos próprios do contrato; (Cf. A. Rizado, "*Leasing — Arrendamento Mercantil no Direito Brasileiro*", RT 181, além dos autores já aqui mencionados); a outra em que se alinham, p. ex., Orlando Gomes e Fran Martins, ao entender que se trata basicamente de uma operação financeira e a sociedade arrendadora deve ser reembolsada do valor total do bem, corrente a que se alia Thomas Felsberg que predica que se deve repor as coisas no estado anterior, e ao acenar para várias situações concretas, demonstra, por exemplo,

que se a inadimplência ocorrer no início do contrato, o arrendatário sairá ganhando, e que, ao contrário sairá perdendo, se se verificar no final do contrato; encaminhando, portanto, para soluções de acordo com cada caso concreto.

14. A propósito há que mencionar recente decisão do STJ (RE 16.824-0/SP, 23.3.83), em que há um notável e sobretudo equilibrado relatório do Min. Athos Carneiro, sentindo-se de sua leitura a busca do julgador para tentar conciliar os interesses em jogo e sua preocupação em esclarecer os pontos básicos do conflito; propendeu a decisão como se pode ver da ementa, que considerando o *leasing* um contrato complexo, servem as prestações como pagamento antecipado da maior parte do preço, e em consequência, a retomada do bem, sem a correspondente possibilidade de o comprador adquiri-lo, apresenta-se como leonina e injurídica. Como se vê, abriu o E. relator mais um segmento na já intrincada caracterização do *leasing* e de sua disciplina jurídica.

15. Gostaríamos de examinar ainda nesta oportunidade a questão, ou problema, da cláusula mandato no contrato de *leasing*, sobretudo, tendo em vista a decisão do STJ, 4.^a Turma, (RE 1.641-RJ, DJ 22.4.91); entretanto, a parcimônia do tempo que nos foi concedido, impede-nos de fazê-lo, o que esperamos poder levar a efeito em nova oportunidade.

16. Ficam, aqui, portanto, alguns ou talvez inúmeros problemas que ainda envolvem o *leasing* na sua visão jurídica, entre nós.

ATUALIDADES

O CONCEITO DE PREÇO DOS SERVIÇOS E A BASE DE CÁLCULO DO ISS

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Dispõe o Código Tributário Nacional (art. 72) que a base de cálculo do Imposto sobre Serviços, o ISS, “é o preço do serviço”, definição reiterada no Dec.-lei 406/68 (art. 9.º) que, com força reconhecida em jurisprudência assente, de lei complementar, traçou os balizamentos daquele tributo.

É fácil perceber que o legislador procurou o marco evidente da mensuração econômica viável daquela atividade, prestação de serviços, para fixar a base impositiva do imposto.

No já clássico estudo *Doutrina e Prática do Imposto sobre Serviços* (Ed. RT, S. Paulo, 1978, p. 516) Bernardo Ribeiro de Moraes comenta a respeito: “Trata-se, pois, o preço do serviço, de um elemento adequado para o cálculo do ISS. Reflete ele, perfeitamente, a intensidade ou o valor econômico do serviço prestado, não desnaturando o tributo na sua expressão constitucional.”

Nem na moldura constitucional maior e nem mesmo no trato imediatamente infraconstitucional da lei complementar cuidou-se de traçar os limites do que seria, para fins dessa tributação, o “preço” do serviço.

Os municípios, os entes políticos credores dessa prestação tributária foram, porém, logo se precavendo com a larga expressão de que “preço do serviço” seria tudo aquilo recebido à conta de sua realização.

Não se pode desconhecer aí o cuidado do credor estatal em evitar que, por fáceis

expedientes formais, os contribuintes “esvaziassem” o preço declarado — e como tal faturado — dos seus serviços, recebendo sob outra rubrica, como reembolso de despesas, p. ex., valores que a rigor comporiam o seu preço.

Pode-se imaginar uma empresa de propaganda que desempenhasse serviços de publicidade e propaganda, que estão entre aqueles integrantes da lista taxativa anexa ao Dec.-lei 406, e cujo preço é base de cálculo para a incidência do ISS, e que debitasse ao cliente, a título de reembolso de despesas, vários — ou todos — de seus custos diretos (material de expediente, de arte, subcontratações etc) e mesmo dos indiretos, na porção ali alocada (custo de pessoal fixo utilizado nos serviços, aluguéis de imóveis onde está a agência etc.).

Nesse exemplo figurado, extremo, é verdade, mas que será um registro emblemático do quanto se poderia distorcer o preço real dos serviços, o contribuinte do ISS só iria usar como base de cálculo o valor correspondente à margem líquida, ou talvez ao lucro líquido da agência naquela efetiva aplicação.

Dessa contemplação decerto partiu o severo parâmetro dos legisladores municipais ao definirem *tout court*, para além da regra do CTN — que até aí não vai, como vimos — que preço de cada serviço será tudo que o prestador recebe pela sua prestação.

Temos aqui, contudo, sérias restrições à propriedade jurídica da estrita inter-

pretação que se concede, a nível administrativo, a essa conceituação.

Pois que nem sempre tudo aquilo que o contribuinte recebe em decorrência de sua própria prestação de serviços corresponde a uma correta apropriação da idéia de preço.

Assim, voltando a Bernardo Ribeiro de Moraes (ob. cit., pp. 518 e ss);

“Quem presta serviços (que vende bem imaterial) tem direito de receber de outrem o devido preço, denominado preço do serviço, *que vem a ser a contraprestação em dinheiro correspondente ao mesmo*”.

E adiante: “O preço exigido pela prestação de serviços acha-se ligado à operação normal da atividade desempenhada, *representando a remuneração em retribuição do respectivo serviço*” (grifamos).

Ora o preço daquele mesmo prestador de serviços, acima adotado como parâmetro de análise, aquela empresa de publicidade, será o valor faturado por ela em contraprestação pelos seus serviços de propaganda.

A empresa de propaganda, tal qual o estabelecimento de ensino, ou a oficina de serviços de mecânica, eles apresentam o seu “produto”, o seu “bem imaterial” que é a sua específica atividade em benefício do determinado cliente. Em razão disto cobram um preço pelo desempenho profissional dessa atividade a bem do cliente. Esta é a base de cálculo do ISS nessas hipóteses, e a ela significar realmente tudo aquilo que aqueles prestadores de serviços receberam em decorrência daquela atividade pois que naquele contexto nada terão recebido de seus clientes que não compusesse sua quota remuneratória.

Mas, há determinados serviços como o de certas agências de turismo, p. ex., que envolvem, no trato do agente com o seu cliente, recebimentos que rigorosamente não terão como integrar o conceito de preço, mesmo para fins da incidência do ISS.

Atividades de turismo receptivo costumam envolver a venda de “pacotes turísticos” no exterior para grupos de estrangeiros interessados em visitar o Brasil. O sistema não é estranho para muitos dos brasileiros que experimentaram esse modo de viajar para o exterior: eles compram, no Brasil, por um valor total, todos os benefícios da viagem. A agência brasileira que coloca lá fora esses pacotes, recebe dos turistas estrangeiros os montantes globais concernentes à viagem toda, e abrangendo desde as passagens aéreas, ida e volta, até o transporte aéreo ou terrestre ou marítimo dentro do Brasil, a hospedagem, os shows, os programas turísticos internos (visitas a centros históricos, a balneários etc.) parte das refeições etc.

Ora, a agência de turismo é aquela empresa que, pela própria semântica, e pelo sentido do seu atuar, promove, em nome de outrem, negócios, atividades relativas a turismo. Ela, assim, naquela hipótese acima delineado, promove, no exterior, a venda de facilidades turísticas no Brasil (viagem, estadia, diversão, ilustração cultural, alimentação) para pessoas interessadas, tudo em nome de empresas (as de transporte aéreo ou terrestre, ou marítimo, as de hotelaria, as de casas de espetáculos etc.).

Pois ao receber o montante relativo a esses pacotes turísticos, a agência recebe um valor global que compreende o preço das passagens aéreas, das passagens de ônibus, ou de aviões dentro do país, das diárias dos hotéis a serem utilizados, de *tickets* para espetáculos noturnos etc. E, além disso, estará ali embutido o valor da comissão da própria agência.

Nesse contexto, e diante da estrita interpretação que as Fazendas Municipais, ou pelo menos boa parte delas, emprestam ao conceito de base de cálculo do ISS, não surpreende que pretendam elas — e assim venham agindo — ver o ISS incidindo sobre todos aqueles valores recebidos pela agência de turismo

naquelas operações, e não apenas sobre sua comissão de agente.

E, no entanto, como compatibilizar essa estrita e severa visão que os fiscos têm tido dos preços de serviços prestados, em hipóteses como essas, com as formulações jurídicas básicas sobre o conceito de preço, expressos de novo na acuidade doutrinária de Bernardo Ribeiro de Moraes (ob. cit., p. 518).

“Preço de serviço é, pois, a expressão monetária de valor auferido... pela remuneração ou retribuição do bem imaterial (serviço) oferecido (prestado, vendido).”

É provável que a concepção fazendária se estribe na segurança de que as mesmas fontes doutrinárias afirmam que “o preço do serviço abrange a receita obtida pelo prestador... a receita bruta do contribuinte, proveniente da atividade tributada...” (idem, p. 520).

E, no entanto, logo após o mesmo mestre especialista, esclarece: “Assim, embora a receita da prestação dos serviços seja “bruta” (sem dedução alguma), isso não quer dizer que não haja deduções das entradas que o contribuinte auferir. Evidentemente, tudo aquilo que não constitui “preço bruto do serviço” ou não seja “receita” do contribuinte, pode ser deduzido das entradas financeiras, para que sobrem exclusivamente as parcelas que constituam “preço do serviço”, ou melhor, “preço bruto do serviço” (ob. cit., p. 521).

Pois enfim o que deve ficar bem nítido, bem caracterizado, nesse terreno um tanto movediço, é que nem tudo o que uma determinada empresa recebe em decorrência dos serviços prestados, corresponde ao preço, bruto que seja, de seus serviços, mas apenas aquilo que ela recebe como contraprestação própria desses serviços prestados.

Não haveria grande dificuldade então em perceber a base de cálculo do ISS nos serviços prestados por uma empresa de engenharia consultiva, ou de serviços de geofísica, p. ex., pois que em decorrência

da natureza de seus serviços, tudo aquilo que recebem dos clientes significará contraprestação própria daqueles serviços, por isso que nada ali vai significar valores alocados a terceiros que eventualmente transitam por aqueles prestadores de serviços.

É claro que daquilo que a empresa de engenharia ou de geofísica receber do cliente, algo vai para os salários, algo vai se destinar a eventuais serviços de terceiros prestados à empresa etc., mas isso tudo é o contingenciamento empresarial básico, nada tendo a ver o cliente, o pagador do preço com aqueles terceiros.

Mas, não assim no caso de certos serviços de agenciamento, como aquele da empresa de turismo acima figurada. Ali, o prestador recebe do cliente um dado valor pelos seus serviços de agência. Aí teremos a base de cálculo do ISS na hipótese. Mas recebe ainda valores que serão repassados a hotéis, restaurantes, companhias de transporte etc., não como seu contingenciamento empresarial, mas como razão direta daquela ação de agenciamento, pois que são serviços a serem prestados por aqueles terceiros ao mesmo cliente, pagador do preço.

Credita-se a esse respeito uma tendência jurisprudencial moderna mais atenta a essa diferenciação, amenizando a inclinação anterior em resguardar os prováveis escapes à incidência do ISS pelo meio de considerar preço do serviço, cegamente, tudo o que é recebido do cliente.

“Não se tratando de firma distribuidora de filmes, mas simples agente, a base de cálculo do tributo é a comissão por ela recebida, e não a receita bruta, como ocorre com as distribuidoras” (1.ª TACSP, 2.ª Câm., 5.10.83, RT 589/143).

“ISS Agência de Turismo — Tributo não cumulativo — Base de cálculo constituída por receita bruta, corresponde às comissões pelas intermediações realizadas — Impossibilidade de reclusão de parte de serviços prestados por

terceiros" (1.º TACSP, 2.ª Câmara, 15.8.88, RT 634/109).

"De fato, existem valores que são entregues à embargante por seus clientes para serem repassados a terceiros (despesas de passagem, hospedagem, refeições, publicação de anúncios etc.) e que apenas transitam por seus lançamentos contábeis, não ingressando de forma definitiva em seu patrimônio, destinando-se exclusivamente a remunerar serviços prestados por terceiros, não constituindo, assim, o preço dos serviços que a mesma verdadeiramente presta."

No corpo desse acórdão, lê-se: As receitas e não meras entradas é que se constituem em base de cálculo do ISS, pois tão-só as receitas remuneram o serviço e representam o seu preço, correspondendo ao esforço prestado ao tomador

do serviço e representam o pagamento da prestação contratual específico (1.º TACSP, 8.ª Câmara, DJ 16.5.91).

Pode-se ver como ficam bem distintas as hipóteses onde valores eventualmente destináveis a terceiros (e, na concepção óbvia do ciclo econômico, todos os valores assim o são) se integram na economia interna da empresa (salários, impostos, lucro, pagamentos a terceiros de interesse da própria empresa) e pois se amoldam no preço pelos seus serviços, daqueles outros montantes que apenas pela natureza própria das atividades daquele prestador, transitam, perspassam pelos seus cofres, mas, destinados que são especificamente a prestadores de serviços próprios do cliente, e ali, é claro, sujeitos à tributação cabível do ISS, não se integram nem compõem o preço aqueles serviços.

JURISPRUDÊNCIA

OPRESSÃO FISCAL INACEITÁVEL

WALDÍRIO BULGARELLI

ISS — Município de São Paulo — Cooperativa de médicos — Associação sem finalidade lucrativa, que não se confunde com “empresa” — Inteligência do art. 8.º do Dec.-lei 406/68 — Atividade que nem mesmo figura na lista de serviços — Tributação indevida — Decisão mantida.

1.º TACivSP — Ap. 489.925.0-SP — 8.ª C. — Rel. Juiz Carlos Hernández — j. 14.10.92 — v.u.

ACÓRDÃO — Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação 489.925-0, da Comarca de São Paulo, sendo recorrente Juízo de Ofício, apelante Municipalidade de São Paulo e apelada Cooperativa Paulista de M. Ltda.

Acordam, em 8.ª Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil, por votação unânime, negar provimento aos recursos.

Embargos à execução fiscal que a Prefeitura Municipal de São Paulo move contra Cooperativa de M., cobrando o Imposto sobre Serviços de qualquer natureza. Esses embargos foram opostos sob as alegações de cerceamento de defesa, nulidade da certidão da Dívida Ativa e não incidência do referido tributo, por sua condição de cooperativa.

Impugnados os Embargos, foi proferido julgamento antecipado (fls.), tendo o MM. Juiz concluído pela sua procedência, para o fim de desconstituir a certidão da Dívida Ativa (fls. dos autos de Execução Fiscal) e a penhora (fls. do processo principal, em apenso), condenada a Prefeitura nas custas, em reembolso, despesas processuais e honorários de advogados arbitrados em 10% do valor atualizado do débito fiscal.

Além do recurso de ofício, foi interposta Apelação pela Prefeitura (fls.), recebida, processada e respondida (fls.), subindo a esta instância, que certificou sua regularidade (fls.).

É o relatório.

Nega-se provimento a ambos os recursos.

Apesar de não se vislumbrar a nulidade da Certidão de Dívida Ativa, nem o cerceamento de defesa arguidos pela Cooperativa Paulista de M. Ltda., pois o item omitido naquele documento não é obrigatório (art. 202 do CTN) e a defesa da apelada foi ampla — é de se reconhecer que os embargos são procedentes.

Com efeito, a leitura do estatuto da embargante Apelada, acostado às fls. 21/34 dos autos, comprova tratar-se de uma associação cooperativa e não de uma empresa, apesar de inadequadamente se autodenominar “limitada”: ela “não tem finalidade lucrativa (fls.), é regulada pela Lei 5.764, de 16.12.71 (fls.), e se dedica a intermediar a contratação de terceiros para a prestação de serviços diretamente por seus associados cooperados”.

Em tais condições, é óbvio que inexistente o fato gerador do ISS previsto pelo art. 8.º do Dec.-lei 406, de 31.12.68, que dispõe: “O imposto, de competência dos municípios, sobre serviços de qualquer natureza, tem como fato gerador a prestação, por *empresa* (o grifo é nosso) ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço constante da lista anexa”.

Tanto assim, que a atividade da apelada, de prestação de serviços a médicos cooperados, sequer consta da lista dos serviços tributados anexa ao Dec.-lei 406/68, com a redação determinada pelo Dec.-lei 834/69: - no espaço da Certidão de Dívida Ativa destinado à indicação do item correspondente, consta, simplesmente, “... item da lista de serviço, conforme art. 49 da Lei 6.989/66, com a redação dada pelo art. 1.º, letra f, da Lei 7.410/69” (fls. do processo principal). Esse fato ilide a presunção de liquidez e certeza referida no art. 204 do CTN (Lei 5.172, de 25.10.66).

Por todo o exposto, fica confirmada a respeitável sentença, por seus próprios fundamentos, negando-se provimento aos recursos.

Presidiu o julgamento o Juiz Toledo Silva e dele participaram os Juízes Tércio Negrato e Ademir Benedito.

São Paulo, 14 de outubro de 1992 — CARLOS HERNÁNDEZ relator.

COMENTÁRIO

1. A decisão transcrita da E. Câmara do 1.º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, publicada na recente Revista de Jurisprudência Escolhida, RJE-1, aliás em boa hora, organizada e publicada sob a orientação do Juiz Francisco de Paula Sena Rebouças, referente a não incidência do ISS sobre as Cooperativas Médicas, reitera uma tendência unânime dos nossos Tribunais, inclusive dos Tribunais Superiores, de repelir a abstrusa pretensão da Fazenda Municipal de São Paulo, querendo que as Cooperativas de Médicos paguem o ISS, que os seus associados, os médicos, já pagam individualmente.

2. Ora, a fragilidade dos argumentos de que se serve a Prefeitura de São Paulo, é tão evidente que ultrapassa os lindes conhecidos da extrema ignorância proclamada dos órgãos públicos a respeito das sociedades cooperativas, para atingir os extremos característicos de mau pagador e, na esfera processual, do litigante desleal. Aproveita-se, a Prefeitura de São Paulo, insidiosamente, de todas as vantagens que possui, no plano processual, prazos, no mínimo, triplicados, presunção de veracidade, auditorias próprias, corpo de fiscais treinados etc. para massacrar o contribuinte, no caso, apenas, presumido, pois a legislação e a interpretação do Judiciário revelam que não são contribuintes, as cooperativas, do ISS.

3. E tanto isso é verdade que ainda recentemente o Tribunal de Justiça de São Paulo (18.ª Câmara Cível, Ap. Cív. 187.5222-2/5. Rel. Des. Egas Galbiatti; j. 13.4.92 v.u., in *Boletim AASP* 1.759- pp. 336 e ss.) não titubeou em condenar a Fazenda do Estado por litigância de má-fé, em decisão, cuja ementa é a seguinte:

“Plano Verão — Nega-se provimento ao recurso da Fazenda do Estado contra decisão que homologou cálculo de liquidação em ação de repetição de indébito, em cuja conta foi determinada a inclusão do índice de 70,28%, relativo ao IPC de janeiro de 1989.

Litigância de má-fé — Desfaçatez do comportamento da Fazenda do Estado, sustentando, quando lhe favorece, a inclusão do referido índice e combatendo-a quando não lhe convém — Violação do art. 14 do CPC — Imposição da multa de 1% pela litigância de má-fé, nos termos do art. 17 do mesmo Estatuto”.

4. Sem querer atingir toda a valorosa classe dos procuradores das Fazendas, Federal, Estadual e Municipal que certamente prestam relevantes serviços, pensa-se se não seria de levar em conta, para alguns, em certos casos, o preceito relativo ao dever do advogado-empregado, conforme dispõe o art. 18 da recente Lei 8.906, de 4.7.94, ou seja: “A relação de emprego, na qualidade de advogado, não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerente à advocacia”.

Trata-se de advertência que poderá servir para eventualmente, liberar esses procuradores de orientações e políticas contrárias ao contribuinte e até mesmo a lei, inclusive a conduta processual.

LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA POR CÁLCULO — MATÉRIA DE PROVA — COMPRA DE CONTROLE ACIONÁRIO EM SOCIEDADE DEPENDENTE DE AUTORIZAÇÃO

CALIXTO SALOMÃO FILHO

LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA POR CÁLCULO — Matéria de prova — Compra de controle acionário em sociedade dependente de autorização — Acordo de herdeiros sócios — Ilegitimidade de inventariante em transações contra o espólio — Inteligência do art. 57 do CC — Exegese do art. 255 da lei 6.404/76.

Impõe a liquidação por cálculo do contador quando o *quantum* resulta de simples operação aritmética, utilizando-se de elementos e dados oficiais, e o preço das ações consta do mercado.

Se, na conclusão do *decisum* impugnado, a situação fática teve peso preponderante na solução da lide, esta não pode ser revista em sede de Especial (Súmula 7 — STJ).

Na exegese do art. 255 da Lei 6.404/76, tem-se que, se a compradora do controle acionário da sociedade, que depende de autorização para funcionar, faz essa aquisição visando a uma posterior incorporação, a aquisição do controle já deve ser considerada como uma fase inicial da incorporação.

Ilegitimidade do inventariante para, representando o Espólio, contra este praticar atos de liberalidade e em detrimento dos herdeiros.

Recurso conhecido e improvido.

STJ — *Resp.* 34.834-5-PR-3.^a T — *Rel. Min. Waldemar Zveiter* — j. 14.9.93 — v.u.

ACÓRDÃO — Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros da 3.^a Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial, mas lhe negar provimento. Participaram do julgamento os Srs. Mins. Cláudio Santos, Costa Leite, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

Custas, como de lei.

Brasília, 14 de setembro de 1993 — EDUARDO RIBEIRO, pres. — WALDEMAR ZVEITER, relator.

RELATÓRIO — *O Exmo. Sr. Min. Waldemar Zveiter*: O Banco Bamerindus do Brasil S/A. — nos autos da Ação Ordinária movida contra si pelo Espólio de René Zamlutti e outros — interpõe Recurso Especial contra o acórdão de fls.

A conclusão do Aresto impugnado embasou-se nos seguintes lineamentos: - a intervenção do Banco Central do Brasil desloca o processamento e julgamento da causa para a Justiça Federal; - o inventariante não pode praticar atos de liberalidade porque estes são incompatíveis com seu encargo de preservar os bens até a partilha e, por último; - as ações preferenciais e não apenas as ordinárias são, no processo de incorporação de empresas, sujeitas à oferta pública de aquisição.

Rebatendo os 2 últimos tópicos, o Banco recorrente fundamenta seu apelo nas letras *a* e *c* do permissivo constitucional e sustenta que o aresto, ao decidir como decidiu, vulnerou, no seu entender, as normas dos arts. 604, III, e 608 do CPC; as dos arts. 57; 1.580 e 1.801, do CC; e as dos arts. 255, § 1.^o; 255, IV, e 261, *caput*, da Lei 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas — Direito Comercial).

Pretende ainda que o Julgado teria dissentido de precedentes que anota (fls.).

Submetido a exame de admissibilidade, o apelo foi deferido, atendendo-se a que a matéria foi prequestionada; os fundamentos trazidos à baila pelo Bamerindus são de extrema relevância jurídica; a razoabilidade da Interpretação dada à espécie pelo aresto deve ser examinada

e, enfim, o recurso deve ser apreciado, no que se refere à letra c, posto que preencheu os requisitos do art. 255, e seus parágrafos do RISTJ.

É o relatório.

VOTO — O Exmo. Sr. Min. Waldemar Zveiter (relator): Cuida-se de Ação Ordinária ajuizada pelo Espólio de René Zamlutti e outros (ora recorridos) pretendendo que o Banco Bamerindus do Brasil S/A., ao absorver por incorporação o controle acionário do Banco Financial S/A. do qual o Espólio era acionista minoritário, também deste adquira as ações que detém.

Irresignado com a conclusão do acórdão que lhe é adverso, o Banco Bamerindus apresenta, contra o *decisum*, Especial, apoiando-se nas letras a e c da Constituição Federal.

Pela letra a, e com relação aos arts. 604, III, e 608 do CPC, ditos violados, o apelo não procede.

Isso porque a questão atinente a tais normas teve resolução adequada, eis que era a que mais convinha ao caso da liquidação da sentença.

No aspecto, demonstra o eminente-relator que (fls.):

“A sentença deve ser liquidada por cálculo do contador. O número de ações do Espólio de René Zamlutti é conhecido. Pouco importa qual a participação de Maria Esmeralda Mineu Zamlutti nessa universalidade. O direito discutido é o do espólio, que não se obrigou no ajuste tal como demonstrado. Agora, o prazo para o pagamento das ações se conta a partir do trânsito em julgado da sentença de liquidação, não como equivocadamente está dito no julgado de 1.º grau. É preciso, antes, liquidar o montante da condenação, para que depois inicie o prazo para o respectivo pagamento.

Voto, por isso, no sentido de dar provimento, em parte, à apelação apenas para explicitar que o prazo para o pagamento das ações será contado a partir do trânsito em julgado da sentença de liquidação, mantido o procedimento do cálculo do contador (o número de ações do Espólio de René Zamlutti é conhecido)”.

A liquidação feita por cálculo do contador era de se impor, como de fato foi determinado pelo acórdão, ao verificar que o *quantum* devido resultava de simples operação aritmética, utilizando-se dos elementos e dados oficiais, bem como do preço das ações, estabelecido no mercado financeiro. Afinal, trata-se de matéria de fato, toda essa levantada para o cálculo, de

insuscetível reexame na via estreita do recurso (Súmula 7 do STJ).

Quanto à pretendida negativa de vigência aos arts. 57; 1.580 e 1.801 do CC, ao contrário do que entende o recorrente, o acórdão impugnado ajustou-se ao princípio que emana da norma do art. 57 do CC, sendo certo, ainda, que, para o caso *sub judice*, as demais normas civis são desinfluentes.

O eminente relator, sopesando e avaliando os elementos, provas, documentos e fatos da causa, observando o art. 57 do estatuto civil, apurou caracterizada a ilegitimidade da inventariante, quando, representando o espólio, e em detrimento deste, praticou atos de liberalidade, na promessa irrevogável e irretratável de compra e venda de ações.

Isso está refletido, neste trecho do *decisum* (fls.):

“O Espólio de René Zamlutti, ao tempo em que foi convencionada a alienação do controle acionário do Banco Financial S/A., era titular de 1.810.799 ações ordinárias e 501.413 ações preferenciais representativas do respectivo capital, cada uma das quais cotadas nominalmente em Cr\$ 10,48 (fls.).

Nenhuma dessas ações foi objeto da indigitada promessa de compra e venda. Por outro lado, o espólio de René Zamlutti não teve, ao menos à luz dos autos, qualquer vantagem no negócio. Pelo contrário, sofreu prejuízos, na medida em que o valor de suas ações foi transferido para o daquelas alienadas, cujo preço alcançou Cr\$ 198,76 (fls.).

Esse foi o efeito prático do negócio: parte das ações representativas do capital social do Banco Financial S/A., de propriedade do que se conveniou chamar “Família Zamlutti” foi sobrevalorizada; outra parte foi desvalorizada, nesta última incluídas todas as que pertenciam ao espólio de René Zamlutti.

A desvalorização decorreu, num primeiro momento, de modo expresso, pela renúncia ao exercício do direito de dissidência e, depois, pela exclusão, no edital de oferta pública da compra de ações pelo Banco Bamerindus do Brasil S/A., dos títulos pertencentes ao espólio de René Zamlutti (fls.).

Assim entendida, a participação do espólio de René Zamlutti na “promessa irrevogável e irretratável de compra e venda de ações” constitui um ato de liberalidade, vedado ao inventariante em qualquer hipótese, vale dizer, com ou sem autorização judicial.

Isso decorre da própria natureza da administração vinculada a uma finalidade legal, aqui o da partilha futura sem perda da substância do acerto, incompatível com os atos de disposição gratuita.

Em outras palavras, os atos de administração são da alçada do inventariante; de modo exclusivo, se incluídos no conceito de administração ordinária; com autorização judicial, se disserem respeito aos atos previstos no art. 992 do CPC. Agora, os atos de liberalidade, que se opõem por natureza aos de administração vinculada à finalidade de manter a substância do espólio, não podem ser praticados pelo inventariante, ainda que com autorização judicial, porque ilegal, na medida em que contrariam o que de essencial está disciplinado no Liv. IV, Tít. I, Cap. IX do CPC, que trata do inventário e da partilha: o modo como, preservados, os bens decorrentes da abertura da sucessão devem ser transmitidos.

À base disso, fica claro que o espólio de René Zamlutti não se obrigou aos termos da “promessa irrevogável e irretroatável de compra e venda de ações” ajustada pelo instrumento cuja cópia consta de fls.

Maria Esmeralda Mineu Zamlutti assinou o contrato de promessa irrevogável e irretroatável de compra e venda de ações em nome próprio e como inventariante do espólio de René Zamlutti (fls.). Há um significado evidente nisso: o de que representava dois interesses. No que lhe diz respeito, vale dizer, quanto às ações que titularizava na época, a sua anuência é válida e eficaz. Agora, não no que se refere ao Espólio de René Zamlutti, que na forma do art. 57 do CC é uma universalidade. Se este foi mal representado no ajuste, os efeitos disso se produzem em relação a todos os que concorrem ao respectivo patrimônio, que é juridicamente indivisível até que transite em julgado a sentença de partilha”.

O que se depreende, a partir da leitura do aresto, é que, analisando os termos da promessa irrevogável e irretroatável de compra e venda de ações e coletados os demais elementos concretos da causa, houve, como vislumbrado pelo *decisum*, manobra de interessados no sentido de subestimar as ações do Espólio, desvalorizando-as para que outras detivessem maior valor.

O julgador destacou pontos nos quais concluiu seu entendimento.

Ressaltou que a participação do espólio, aderindo à transação, é ilegítima. Isso é verdade, até porque a inventariante manifestou decla-

ração de vontade em nome do espólio, deferindo, quando às ações da *universitas juris*, liberalidade em detrimento desta mesma universalidade de direitos, o que não é lícito fazê-lo.

Nulo que seja, como de fato restou provado, a transação quanto ao Espólio, um outro ponto que também remanesceu incontroverso é no que se refere a posição das ações do Espólio.

O eminente relator nos dá conta de que as ações da herança eram majoritárias quando controlavam a companhia incorporada, ou seja, o Banco Financial S/A., todavia, na fase inicial do procedimento, mas já transferido o controle para o Bamerindus. Por via reflexa da malsinada transação, ditas ações perderam o poder controlador, quedando-se desvalorizadas e transfiguradas em minoritárias.

Toda essa demonstração foi, pelo acórdão recorrido, deduzida, lastreando-se o ilustre prolator nas provas, nos fatos e na interpretação da transação de venda das ações. o que, por si só, trancaria a revisão do julgado, na via do apelo, a teor das vedações sumulares contidas nos verbetes 5 e 7 do STJ.

Assim, da situação concreta mostrada nos autos outro não poderia ser o direito aplicado que o emanado do art. 255 da Lei 6.404/76, imposto pelo *decisum*.

Esse aspecto foi avaliado pelo julgador, nestes termos (fls.):

“Passa-se, agora, ao exame da questão atinente ao art. 255 da Lei 6.404/76. Observa-se, inicialmente, que as sociedades anônimas, nos termos do art. 4.º da Lei 6.404, de 15.12.76, podem ser de companhia aberta ou fechada, conforme os valores mobiliários de sua emissão estejam ou não admitidos à negociação em bolsa ou no mercado de balcão. As companhias abertas devem ser registradas na Comissão de Valores Mobiliários, a fim de que os eventuais investidores possam avaliar suas condições no momento e as perspectivas futuras.

Para este tipo de companhia a Lei 6.404/76 traçou regramento especial para a alienação do controle, conforme se vê no art. 255. E no § 1.º expressamente exigiu tratamento equitativo aos acionistas minoritários. E no caso, como bem ponderou o representante do Ministério Público Federal (fls.), na espécie até mesmo o § 2.º era de ser observado, pois se tratava de autêntica incorporação por etapas. Imprescindível, portanto, a oferta pública de aquisição das ações preferenciais, como bem decidiu o zeloso Juiz Federal sentenciante (fls.).

Percebe-se, por todos estes fatos e mais pelos que constam do voto do eminente juiz relator, cujas ponderações são adotadas nesta oportunidade, que a Sentença merece ser confirmada. Exceto na parte atinente à execução, onde antecipou-se à necessária liquidação".

Esse entendimento coincide também com lição que Fran Martins tece sobre o tema, quando interpreta o art. 255 em comento.

Diz o Doutrinador: "Tudo indica que, se a compradora do controle acionário da sociedade que depende de autorização para funcionar faz essa aquisição visando a uma posterior incorporação, a aquisição do controle já deve ser considerada como uma fase inicial da incorporação, que é, no fundo, a operação pretendida pela adquirente. Não se trata, em última análise, de uma aquisição de controle mas da incorporação de uma sociedade cujo ato inicial é a aquisição, pela incorporadora, da maioria das ações da companhia a ser incorporada, sendo garantido aos acionistas que não quiserem fazer parte da incorporadora o reembolso de suas ações, não apenas pelo valor patrimonial das mesmas mas incluídos nesse valor os intangíveis da sociedade, o que se obterá calculando o valor de cada ação pelo que a incorporadora pagou, ao adquirir o controle da incorporada, aos acionistas controladores desta" (*Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, Forense, 1985, pp. 351/352).

Ainda com relação a esta norma (art. 255), que no projeto legislativo era o art. 256, a interpretação autêntica orientou-se em que:

"De outro lado, no então art. 256, os autores do projeto, à vista de exemplos pretéritos de operações de venda de controle de instituições financeiras, que apresentam circunstâncias peculiares, e nas quais foram desrespeitados os interesses dos acionistas minoritários, era subordinada, a alienação de controle de companhia sujeita a autorização governamental para funcionar, à prévia autorização da autoridade competente para aprovar seu estatuto, à qual cabe zelar para que os acionistas minoritários não sejam prejudicados.

Esclareça-se que, em tais companhias especiais, existem direitos intangíveis que, embora não contabilizados, pertencem à companhia, e, pois, aos seus acionistas. Como tais intangíveis, na hora em que é negociada a venda do controle, são considerados, de modo preponderante, na fixação do preço da transação, procurou o legislador, com aquele dispositivo, evitar que,

como ocorrera no passado, o valor dos intangíveis fosse indevidamente apropriado pelo acionista controlador, como se aqueles bens intangíveis fossem de sua exclusiva propriedade" (fls.).

Explicita o Autor (fls.).

"Passemos agora a examinar as regras incidentes sobre a alienação do controle da companhia aberta especial, aquela que depende de autorização do governo para funcionar. O Congresso manteve, na íntegra, as normas que constavam do art. 256 do Projeto, renumerando-o como art. 255, assim redigido:

"Art. 255. A alienação do controle de companhia aberta que dependa de autorização do governo para funcionar e cujas ações ordinárias sejam, por força de lei, nominativas ou endossáveis, está sujeita à prévia autorização do órgão competente para aprovar a alteração do seu estatuto.

"§ 1.º — A autoridade competente para autorizar a alienação deve zelar para que seja assegurado tratamento equitativo aos acionistas minoritários, mediante simultânea oferta pública para a aquisição das suas ações, ou o rateio, por todos os acionistas, dos intangíveis da companhia, inclusive autorização para funcionar.

"§ 2.º — Se a compradora pretender incorporar a companhia, ou com ela se fundir, o tratamento equitativo referido no § 1.º será apreciado no conjunto das operações".

O objetivo do legislador, ao estabelecer tais regras, foi o de evitar a repetição de operações realizadas em passado recente, pelas quais o controlador da sociedade especial, que é titular de bens intangíveis não contabilizados, e que considera, de modo preponderante, o valor de tais bens na fixação do preço de venda do controle, se apropriava daquele valor, o qual, na verdade, deve ser rateado entre todos os acionistas da companhia, visto que o bem alienado é de propriedade da companhia".

Assevera mais (fls.): "Acrescente-se, aqui, que a oferta pública deve ser simultânea, de modo a permitir aos acionistas minoritários dela aceitantes a venda, no mesmo instante em que se realiza a operação com o controlador, de suas ações. De outro lado, a moda do pagamento a ser feito aos minoritários deve ser a mesma que o adquirente utilizou para pagar o alienante do controle.

Hipótese bem diversa é aquela em que o adquirente do controle tem em vista, uma vez

consumada a operação, a extinção da sociedade controlada, mediante incorporação, fusão ou cisão integral. Em tal situação, em que a extinção da companhia é uma pré-condição da transferência do controle, o negócio repercute necessária e inevitavelmente na esfera do interesse jurídico e patrimonial de todos os acionistas, e não apenas daqueles que integram a mesma espécie e classe do acionista controlador.

Como assinala Fábio Konder Comparato, em parecer de 1981, "na aquisição do controle com vistas à imediata incorporação da companhia controlada pela controladora, o que ocorre, no conjunto das operações, é uma cessão da empresa. Tudo se passa como se a sociedade incorporadora houvesse adquirido a totalidade do acervo empresarial da incorporada, pagando a esta o preço dessa aquisição. Apenas o resultado é obtido mediante duas operações distintas (aquisição das ações de controle e subsequente incorporação), ou seja, o que a prática norte-americana denomina *two-steps acquisition* ou *two-steps takeover*". Assim sendo, assinala Comparato "é antijurídico que esse preço total da aquisição da empresa (e não o preço de aquisição de controle, simplesmente) seja distribuído aos acionistas da incorporada, desproporcionalmente à sua participação no acerto empresarial. Nem estão as partes no negócio de cessão de controle (primeira etapa do conjunto de operações), isto é, o antigo e o novo controlador, legitimados a determinar, como quiserem, a forma de distribuição aos acionistas não controladores, desse valor da empresa cedida; ou, o que é pior, autorizados a privar tais acionistas de qualquer participação nesse valor" (in *RDM* 59, jul.-set./85, ano XXIV (nova série), *Alienação e Aquisição de Controle*, Luiz Leonardo Cantidiano).

Eis aí lineamentos, onde a doutrina procura, com apoio em lições de Fábio Konder Comparato, estabelecer o sentido da norma (*mens legis*) como enfocada pelo legislador e, no caso, como também aplicada.

Ainda na melhor exegese do art. 255 e seus §§ doutrina Erasmo Mendonça de Boer, em seu artigo publicado na *RT* 570/83 e acostado às fls. dos autos:

"O fundamento da norma (art. 255) contido na lei é o de que não podem os controladores usufruir unicamente em seu benefício, em detrimento do interesse dos minoritários (não controladores), da valorização patrimonial e

dos intangíveis da companhia, que decorrem, evidentemente, da capitalização feita com recursos também de todos os minoritários por meio de sucessivos aumentos de capital".

"Sob outro prisma, é notório que, quando uma grande companhia adquire as ações de outra menor, ela incorpora a pequena, significando o desaparecimento desta; e os clientes e negócios passam a ser tratados diretamente por aquela maior, adquirente. A grande companhia, normalmente, vende a carta patente da matriz incorporada (no caso das instituições financeiras) e as das agências ou são remanejadas para outros locais para a abertura de novas agências da incorporadora, ou são também alienadas. Em suma, a companhia grande se expande e a pequena desaparece. Ora, o princípio normativo que obriga a oferta pública aos minoritários, ou o rateio dos intangíveis, se for o caso, tem por finalidade garantir o direito desses minoritários a não se transformarem, simplesmente, em sócios ainda mais minoritários da sociedade maior que incorporou e aglutinou no seu patrimônio a sociedade menor".

"A exegese que sustenta como obrigatória somente a oferta pública dirigida aos detentores de ações ordinárias, na realidade, conduz a uma burla ao princípio estabelecido pela lei, uma vez que o detentor de ações preferenciais, apenas porque não vota e, por isso mesmo, não pode impedir a extinção da pessoa jurídica da qual pretendeu fazer parte (e efetivamente fazia), ficará, à luz daquela interpretação, obrigado a pertencer, em situação de desvantagem, na qualidade de acionista também sem direito a voto, à sociedade da qual não queria e não quer fazer parte. Assim, a oferta pública, (que é o resultado do tratamento equitativo) deve, necessariamente, abranger a aquisição de todas as ações que não aquelas em poder do acionista controlador, inclusive as preferenciais, permitindo que esses acionistas ou cedam aos incorporadores suas ações, ou se transformem em acionistas desta pessoa jurídica incorporadora, se assim o desejarem: jamais obrigados, na realidade sufocados pelo maior poder econômico da sociedade maior incorporadora".

"O intérprete não pode distinguir o que a lei não distinguiu, ou seja, o minoritário com direito a voto e minoritário sem direito a voto. Essa interpretação, errônea, quer ler ao invés de acionistas minoritários, acionistas minoritários com direito a voto, isto é, aqueles titulares de

ações ordinárias, ou, por outro lado, entender que minoritário é somente o acionista com direito a voto sem o poder de controle. Teríamos, af, nesta tecla, a criação (que a lei não previu) de uma nova espécie de acionista que não é nem minoritário e tampouco majoritário. Seria uma espécie de acionista atípico (se fosse possível), já que não possui os direitos pertinentes aos minoritários e nem as vantagens dos controladores”.

Tenho assim, por tais fundamentos que a tese jurídica acolhida pelo aresto impugnado está correta e corresponde ao direito como constituído pelos fatos da causa.

Por isso que as alegações de que foram violadas as normas legais indicadas inexistem e, na hipótese, havendo discrepância, em tese, com o padrão aferido às fls., conheço do recurso pela letra c, mas nego-lhe provimento.

CERTIDÃO — Certifico que a Eg. 3.ª Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão: “A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial, mas lhe negou provimento”.

Participaram do julgamento os Srs. Mins. Cláudio Santos, Costa Leite, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 14 de setembro de 1993

COMENTÁRIO

A decisão transcrita acima representa uma parcial revisão de conceitos estabelecidos em quase 20 anos de vigência da lei das sociedades anônimas. Jurisprudência, doutrina e CVM sempre foram praticamente unânimes ao afirmar a impossibilidade de estender a oferta pública aos minoritários detentores de ações preferenciais. A razão sempre invocada e de uma lógica aparentemente irrefutável é que sendo o sobrepreço pago pelo controle a contrapartida da aquisição do poder de dirigir os negócios sociais, esse só seria devido àqueles detentores de ações com direito a voto.

Com o referido acórdão o STJ pareceu pôr em dúvida tais conceitos. Especifica-

mente no caso de aquisição de controle de instituição financeira, aquisição esta destinada a posterior incorporação, decidiu-se que o valor do sobrepreço pago aos controladores e aos minoritários detentores de ações ordinárias deveria também ter sido pago aos detentores de ações preferenciais. Duas são portanto as peculiaridades do caso em análise. Em primeiro lugar, o fato de tratar-se de instituição financeira em que misturado e talvez incindível do valor do controle encontrava-se o valor objetivo e mensurável da carta patente. Em segundo lugar o fato de no momento da aquisição já se saber que ela seria seguida de uma incorporação.

Importa verificar se essas duas peculiaridades justificam uma exceção à regra antiga que porém deve ser mantida inalterada ou se na verdade traduzem uma incoerência global daquela máxima, justificando uma revisão total dos conceitos.

Em termos por assim dizer de “política decisória” dos tribunais, o fato de o acórdão ter invocado como razões expressas essas duas peculiaridades nada nos pode informar *a priori*. Como é sabido, as decisões pioneiras apresentam via de regra uma característica comum, que os italianos chamam de *timore della breccia*. Trata-se isto é de uma preocupação de que hipóteses outras, não previstas naquele momento, possam ser influenciadas por decisão cujos resultados práticos e aceitação social ainda se quer observar. Para evitar essa possibilidade utiliza-se técnica, de emprego freqüente na *common law* para escapar à força vinculante dos precedentes, chamada de *distinction on the facts*. Particulariza-se o caso, fazendo diferenças da *fattispecie* analisada relativamente à hipótese genérica, de modo a que o fundamento fático das decisões decorra diretamente das características particulares do caso, impedindo-se assim se aplicação analógica a hipótese semelhantes.

1. Ação preferencial: “debênture de risco” ou “ação ordinária sem voto”

Como já salientado acima, a principal consideração à base da negativa de pagamento de sobrepreço às preferenciais está em sua natureza.

Na época de elaboração e discussão da lei societária de 1976, a ação preferencial chegou a ter negada sua representatividade patrimonial com relação à empresa. Afirmou-se que os preferencialistas, pelo seu interesse econômico aproximar-se-iam na verdade muito mais dos debenturistas do que dos demais acionistas da empresa. Segundo essa corrente, o acionista minoritário detentor de ações preferenciais interessar-se-ia primordialmente pela rentabilidade e não pelo patrimônio da empresa. Ao interesse típico do debenturista acrescentaria apenas o interesse pela sorte da empresa, a co-participação no risco empresarial.¹

Essa afirmação, se do ponto de vista econômico é bastante discutível, do ponto de vista jurídico não se sustenta em absoluto, ao menos à luz do direito positivo brasileiro.² Tanto na legislação anterior (Dec.-lei 2.627, art. 78) como na legislação atual (Lei 6.404, art. 109) inclui-se o direito à participação no acervo social em

caso de liquidação como direito essencial de qualquer acionista, não passível de modificação sequer pelo estatuto. Por outro lado, o art. 111 da vigente lei ao referir-se às ações preferenciais, manda observar expressamente o disposto no art. 109 (direitos essenciais).

As duas características acionárias típicas, quais sejam, a existência de um crédito condicionado contra a sociedade a ser exercido se e quando houver liquidação e o direito à participação nos lucros sociais estão presentes também na ação preferencial.³

A tão propalada substituição de uma vantagem política (o voto) por uma vantagem patrimonial (a preferência na distribuição de dividendos) permaneceu uma mera realidade teórica. Poucas são as companhias que adotam a prática do dividendo fixo. Quanto às que adotam o dividendo mínimo, a vantagem dos preferencialistas é meramente temporal em relação aos detentores de ações ordinárias. É verdade que em épocas de inflação alta, e tendo em vista o inexplicável não reconhecimento judicial da obrigatoriedade de pagamento de correção monetária entre a data da AGO que determinou a distribuição de lucros e o seu efetivo pagamento, há vantagens patrimoniais efetivas aos preferencialistas. Ocorre, no entanto, que os mesmos motivos que levavam à disparada dos preços provocavam profundas crises nas empresas. Tais crises, aliadas à prática perversa e institucionalizada do planejamento fiscal, fazem com que a apuração de elevados lucros contábeis e a conseqüente distribuição de dividendos, ao menos em montante significativo, não possa ser considerada um hábito entre as empresas brasileiras.⁴

1. Cf. a opinião de Mário H. Simonsen relatada por A. Wald, “Em defesa das ações preferenciais” in *RDM* 78/20 e ss. (abr.-jun./90).

2. Na Itália ainda hoje se discute em doutrina se é ou não sócio o titular das *azioni di risparmio*. Autores do porte de P. Spada consideram o direito de voto iminente à condição de sócio, negando-lhes aos titulares daquelas ações essa condição — v. “Le azioni di risparmio” in *Rivista di diritto civile*, v.11/597 e ss., 1974; outros do porte de F. Galgano, invertendo a perspectiva, afirmam que exatamente a existência de tal tipo de ação demonstra que a sociedade pode ser exercitada com participações exclusivamente de risco — v. F. Galgano, *Diritto commerciale, Le società*, 4.^a ed., Bologna, Zanichelli, 1992, p. 387.

3. Cf. A. Lamy Filho, J. L. Bulhões Pedreira, *A lei das S/A. — pressupostos, elaboração e aplicação*, Rio, Renovar, 1992, p. 168.

4. Cf. M. Carvalhosa, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, S. Paulo, Saraiva, 1977, pp. 32 e ss.

De todo modo, representando a distribuição preferencial de dividendos uma real vantagem apenas em situações de inflação alta, ou seja tratando-se de uma vantagem meramente conjuntural, não pode ser oposta a uma vantagem estrutural como é o direito de voto. Desse modo, se a ação preferencial a algo se assemelha juridicamente é a uma “ação ordinária sem voto”, como aliás já tem sido afirmado em doutrina.⁵

Dessas características legais pode-se depreender, com segurança, que a estrutura legal das preferenciais não decorre — aliás não poderia ser de outra forma — de uma verificação anterior e acurada de quais os interesses típicos dos investidores de mercado para posteriormente determinar a conformação interna da companhia. Entendeu-se à época da promulgação da lei ser necessário garantir o controle das empresas nacionais ao empresariado nacional, permitindo a detenção da maioria do poder de voto com pouco emprego de capital. Para isso era necessário excluir grande parte dos acionistas do colegiado votante. Seguiu-se portanto o caminho inverso: da definição de um interesse empresarial-econômico chegou-se à definição do interesse “típico” do investidor de mercado.

Daí o exagero de afirmar que o interesse do preferencialista é um mero interesse na rentabilidade da empresa, colocando a ação preferencial dentro de uma linha evolutiva que tende a eliminar a distinção entre títulos de renda fixa e instrumentos de participação em capital de risco.⁶ Nessa orientação o preferencialista surge como um *sleeping partner*, interessado apenas pelos lucros e excluindo de qualquer co-participação na definição dos interesses da sociedade a médio e longo prazo.

5. Cf. M. Carvalhosa, *Comentários*, loc. cit.

6. Cf. nesse sentido A. Wald, *Em defesa das ações preferenciais*, cit., p. 21.

Contra esse tipo de exagero, decorrente da necessidade de defesa de precisos pressupostos *iurispóliticos*, a decisão transcrita representa, como se verá a seguir, um passo muito relevante.

2. Cessão da organização empresarial X cessão do controle

A decisão em análise é importantíssima e talvez pioneira em se tratando de jurisprudência brasileira no reconhecimento da diferença entre cessão do controle e cessão da organização empresarial. Essa diferença, identificada na doutrina já a algum tempo,⁷ passa agora a ter reconhecimento jurisprudencial.

O acórdão, citando F. K. Comparato, afirma que há cessão da empresa no caso de alienação seguida de incorporação. Diz o acórdão que “tudo se passa como se a sociedade incorporadora houvesse adquirido a totalidade do acervo empresarial da incorporada, pagando a esta o preço dessa aquisição”.

Nesse caso admite o acórdão, ainda citando a doutrina, “ser antijurídico que esse preço total da aquisição da empresa (e não o preço de aquisição do controle, simplesmente) seja distribuído aos acionistas da incorporada desproporcionalmente à sua participação no acervo empresarial”.

É necessário indagar, no entanto, se apenas no caso de transferência do acervo empresarial, com desaparecimento da

7. A expressão “cessão da organização empresarial” foi introduzida por F. K. Comparato, *O poder de controle na sociedade anônima*, Rio, Forense, 1983, p. 250, que a utiliza indiferenciadamente da expressão cessão da empresa e sempre no sentido de alienação seguida de incorporação. Como se tentará demonstrar abaixo, cessão da organização empresarial pode ocorrer em maior número de casos, e não exclusivamente naqueles em que há desaparecimento posterior da personalidade jurídica.

personalidade jurídica, esse tipo de prejuízo pode ocorrer. O simples dado formal, relativo à permanência ou não da personalidade jurídica, não pode ser considerado relevante, como de resto demonstram as tendências atuais de relativização do conceito de personalidade jurídica.⁸

Inserir a sociedade em uma outra estrutura empresarial, ainda que com manutenção da personalidade jurídica, faz supor uma possível alteração da perspectiva de lucro do acionista. Quando essa inserção é acompanhada de uma mudança do direcionamento empresarial, essa perspectiva é ainda mais presente. E os preferencialistas, muito mais que os próprios detentores de ações ordinárias, são capitalistas por excelência. Não é possível alterar a organização empresarial à qual aderiram em função de determinada expectativa de lucro sem atingir gravemente seus interesses. Nesse sentido, eles são titulares não apenas do acervo empresarial, mas também da organização empre-

8. Na doutrina italiana chega-se a considerar a discussão a respeito da personalidade jurídica encerrada para os comercialistas já a partir da metade dos anos 60, com a publicação dos trabalhos de F. Galgano e F. D'Alessandro (respectivamente "Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica" in *Rivista di diritto civile*, v.I, 1965, e "Persone giuridiche e analisi del linguaggio" in *Studi Ascarelli*, Milano, 1963, p. 92), não podendo mais a personalidade jurídica representar uma "una premessa per il discorso operativo del giurista" — v. C. Angelici, "Recenti decisioni in tema di interesse sociale e personalità giuridica" in *Giurisprudenza commerciale*, 1977, I, p. 948. Na Alemanha o mesmo ocorreu já nos anos 50, com a publicação do clássico trabalho de W. Müller — Freienfels, "Zur Lehre vom Sogenannten 'Durchgriff' bei juristischen Personen im Privatrecht" in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1957, p. 522; no Brasil essa tendência crítica é representada principalmente por J. L. Correa de Oliveira, *A dupla crise da personalidade jurídica*, S. Paulo, Saraiva, 1979.

sarial tanto quanto os demais acionistas com direito a voto, devendo receber o co-respectivo pelo seu valor quando da alienação de controle.

Mas em que casos pode-se dizer que ocorre uma cessão da organização empresarial. Para que isso ocorra é necessário que seja possível identificar, por parte do cessionário, a intenção de alterar substancialmente o direcionamento empresarial, de modo a alterar ou deslocar o centro de coordenação da influência recíproca entre os atos societários.⁹

Na verdade, o legislador já previu a maioria dos casos de alteração da organização empresarial nas hipóteses legais que justificam o direito de recesso (art. 136 c/c art. 137, *caput* da lei das sociedades anônimas): alteração do objeto, participação em grupo de direito, fusão, incorporação etc.¹⁰

Mas não todos. Existem hipóteses de cessão da organização empresarial não previstas entre os casos de direito de retirada. Bom exemplo é a inserção da sociedade em grupo de fato, que pela verticalização ou integração de atividade, reduza a empresa a uma mera engrenagem de uma organização maior, direcionadora única das atividades das sociedades componentes do grupo. Note-se nesse caso que o acionista minoritário preferencialista sequer dispõe de proteção posterior através do direito de retirada.

3. Valor do controle

O aspecto talvez mais interessante da decisão transcrita é o relativo ao valor do controle e sua respectiva titularidade no momento da alienação.

9. É a essa coordenação que dá-se o nome de organização na teoria societária — v. P. Ferro Luzzi, *I contratti associativi*, Milano, Giuffrè, 1976, p. 179.

10. Como se verá na letra c o direito de recesso não serve, no entanto, de substituto eficiente à oferta pública aos minoritários.

Para entendê-lo, algumas premissas específicas devem ser esclarecidas. Na década de 70 tornaram-se comuns as aquisições de controle de bancos destinadas a posterior incorporação do banco adquirido. O objetivo do adquirente era aumentar sua rede de agências. Assim sendo, fundamental para ele era além da rede física de agências suas respectivas cartas-patente.

Em função desse objetivo, o valor de transferência do banco era calculado com base nas avaliações de patrimônio líquido da instituição financeira acrescidas do valor das cartas patentes. Esse último valor consistia no valor atribuído ao controle. No momento da incorporação, como os valores de troca entre ações eram feitos com base exclusivamente no patrimônio líquido das duas instituições e como o patrimônio líquido da incorporadora incluía o valor das ações detidas pelo seu custo de aquisição, o que ocorria era que os preferencialistas minoritários da empresa incorporada que não se retirassem antes da incorporação (e não o faziam porque o valor da retirada também não incluía os imateriais) acabavam não só por não receber o valor proporcional da negociação das cartas, como por pagar uma parte do valor da aquisição, já que sofriam prejuízo efetivo no valor de troca das ações ao ver incluído no valor da incorporadora o custo da aquisição do controle.¹¹

É essa prática que justifica a existência do art. 255 da Lei das S/A. Com ele procurou-se evitar o locupletamento ilícito dos controladores sobre os minoritários. É esse artigo o fundamento direto da decisão do STJ. Com efeito, não parece hoje haver dúvidas que os intangíveis devem ser rateados também entre os preferencialistas. O § 1.º do referido artigo fala em rateio “por todos os acionis-

tas” o que não permitiria excluir os preferencialistas. Tal direito é, no entanto, atribuído aos preferencialistas apenas no momento da incorporação (quando da troca das ações) e não no momento da aquisição do controle.¹²

Nesse aspecto, a decisão comentada representa um avanço. O direito à compensação pecuniária pelos imateriais é reconhecido, via oferta pública, já no momento da alienação de controle.

Essa interpretação parece correta, por vários motivos. Em primeiro lugar porque o próprio art. 255, § 1.º da lei das sociedades faculta a compensação patrimonial em qualquer dos momentos: alienação do controle ou incorporação. Ademais, os intangíveis, sobretudo no caso das instituições financeiras, coincidem exatamente com o valor atribuído ao controle. Assim, se o art. 255, § 1.º fala em tratamento equânime dos minoritários através alternativamente de: a) simultânea oferta pública para aquisição de suas ações ou b) rateio dos intangíveis, e na primeira hipótese o preço da oferta é calculado exatamente considerando o valor do controle como sendo o valor dos intangíveis, não parece haver justificativa para a extensão das condições aos minoritários apenas em um caso e não no outro.

A não ser, em presença do já mencionado *timore della breccia*. E a brecha no caso está na indagação da razão da proteção dos preferencialistas nesses casos. É em função dela que se podem admitir analogias.

O motivo parece simples. A deturpação constatada no caso das alienações de controle de instituições financeiras revela um problema muito mais amplo, que uma vez entendido deve levar à proteção dos minoritários preferencialistas no momento da alienação de controle e em todos os casos de cessão da organização

11. V. J. L.. Bulhões Pedreira, “Alienação de controle e incorporação de instituição financeira”, in *A lei das S/A.*, cit., p. 736.

12. Cf. J. L.. Bulhões Pedreira, *Alienação de controle*, cit., p. 764.

empresarial. Toda a vez que na compra do controle, está implícita pelas afirmações prestadas à autoridade administrativa ou pela própria identidade do controlador a intenção de dispor da organização empresarial, destinando-a a fim diverso do até então perseguido — e não apenas nos casos de aquisição seguida de incorporação — o prejuízo é eminente para qualquer minoritário. Iminente talvez em especial para o preferencialista.

Não é a toa que quase todas as hipóteses relativas à disposição da organização empresarial estão relacionadas no art. 137 como justificadoras do recesso. Infelizmente são quase todas e não todas. O direito de retirada, no entanto, não substitui a proteção oferecida pelo pagamento do sobrepreço nas ofertas públicas.

Em primeiro lugar porque, segundo a jurisprudência e doutrina majoritárias, o valor da retirada não inclui os imateriais.¹³

Mas ainda que o direito de retirada se exercesse pelo valor correto, incluindo os valores imateriais, não seria um substituto perfeito da extensão da oferta pública aos preferencialistas. Deixar a proteção dos minoritários centrada exclusivamente no direito de retirada implicaria uma grave distorção: a sociedade e não o adquirente do controle seria onerada diretamente. Esse ônus excessivo imposto à companhia seria incoerente com os princípios da preservação da empresa e da preservação do capital social, que devem presidir a aplicação da lei.

No caso em análise parece ademais injusto onerar a companhia por uma obrigação que incumbia ao controlador, já que a contraprestação (aquisição do controle) a ela tinha favorecido.

Assim sendo, para que o tratamento equânime previsto no art. 255 seja obtido faz-se necessário que em qualquer caso em que haja alienação da organização empresarial, sempre no sentido acima

referido, a oferta pública atinja também os minoritários preferencialistas.

Um privilégio as ações votantes não pode se justificar jamais quando o valor do controle se confunde com o valor dos intangíveis da companhia. Com relação aos intangíveis não há meio termo: ou se nega, como se faz com relação à apuração de haveres, que eles possam ser incluídos entre os ativos da companhia¹⁴ e conseqüentemente possam ser divididos entre todos os acionistas, incluindo os minoritários de qualquer espécie ou então se atribui a todos. O voto não representa qualquer diferença qualitativa em relação aos bens do ativo, materiais ou imateriais.

Poder-se-ia, no máximo e para certos fins específicos, discutir se o controle, na medida em que identifica o empresário, atribui ao controlador alguma ligação especial e pessoal à clientela, que faz com que a ele se liguem alguns direitos e responsabilidades a ela inerentes.¹⁵ Nunca, no entanto, permitiria qualquer diferenciação entre minoritários.

A limitação do sobrepreço pago pelo controle aos acionistas ordinários justificava-se apenas quando este é direta contraprestação do voto. Ou seja, quando o comprador está pagando a mais meramente pelo interesse em eliminar o risco de empregar capitais sob gestão alheia (no sentido da gestão empresarial e não administrativa). Nesse caso o sobrepreço é pura contraprestação do voto. Ora isso ocorre exatamente naqueles casos em que ao novo controlador, não interessa dispor ou redirecionar a organização societária, mas sim mantê-la funcionando e operante,

14. Cf. H. Estrella, ob. e loc. cit.

15. A referência que aqui se faz é obviamente ao problema da não concorrência após a venda da companhia, que incumbindo só ao controlador poderia fazer supor que só a ele a contraprestação seria devida — cf. a respeito do problema F. K. Comparato, *O poder de controle*, cit., p. 230.

13. Cf. H. Estrella, *Apuração dos haveres de sócio*, Rio, Forense, 1992, p. 197.

maximizando tanto quanto possível os lucros. Interessante é notar que nesses casos, normalmente, as avaliações realizadas para venda do controle não se fazem levando em conta diretamente o valor do patrimônio líquido somado aos valores imateriais, mas sim a perspectiva de rentabilidade da empresa, já que o interesse do adquirente não é dispor da organização mas sim o lucro que ela pode gerar. Não há portanto valores imateriais que sejam sonegados aos preferencialistas.

4. A objetivação do controle

As considerações acima sugerem ulterior reflexão. À primeira vista, o sobrepreço pago nas alienações, rigorosamente entendido, é devido apenas ao controlador. O controle, na medida em que representa poder, não é diferente apenas do ponto de vista quantitativo mas também e sobretudo do ponto de vista qualitativo do voto individual.

Assim sendo, a equiparação realizada pela Res. BCB 401 de 22.12.76 representa um passo no sentido da objetivação do controle. Com esse termo procura-se expressar o fato de que o controle passa a não mais ser entendido como parte exclusivamente do patrimônio do controlador. Solução interessante, apesar de muito criticada na doutrina, é a que considera o controle como um *corporate asset*, uma parte do patrimônio da empresa.¹⁶ O inconveniente de ordem prática lembrado, qual seja, o fato de que isso implicaria indiretamente que o controlador se beneficiasse daquilo que está pagando, já que isso incrementaria o valor de suas ações e dos lucros a serem recebidos,¹⁷ poderia na verdade ser visto sob outra ótica.

16. Essa tese é defendida por A. Berle — G. Means no clássico *The modern corporation and private property*. Transaction Publishers, New Brunswick, London, pp. 216-217.

17. As críticas são de F. K. Comparato, *O poder de controle*, cit., p. 234.

Prevalecendo a interpretação sugerida pelos professores norte-americanos, estar-se-ia compelindo o adquirente a fazer, na prática, um aporte de capital forçado à sociedade. Isso seria na verdade uma maneira muito interessante de tornar o mercado secundário útil em via direta para a capitalização das empresas e o fortalecimento da empresa privada nacional, objetivos aliás expressos na própria exposição de motivos da lei das sociedades. Dessa forma o mercado secundário deixaria de ter, como hoje ocorre, utilidade apenas indireta para a capitalização de empresas, na medida em que garante a liquidez necessária das ações, estimulando e tornando possíveis as emissões primárias.

O problema é que tal solução, ainda que potencialmente defensável *de lege ferenda* (com as ressalvas que se farão no item seguinte) não é sustentável *de lege lata*. Tanto a lei das sociedades (arts. 254 e 255) como a Res. 401 são claras ao atribuir o sobrepreço ao controlador e por extensão aos acionistas minoritários detentores de ações com direito a voto (Res. 401, n.I).

Uma extensão só é possível e defensável quando, como visto retro, a objetivação do poder de controle chega a ponto de fazê-lo confundir-se com valores imateriais da empresa e quando há interesse do novo controlador em adquirir a própria organização empresarial, dela dispondo a seu bel-prazer. O acórdão comentado, chega bastante próximo a tal solução ao trazer a obrigação de divisão dos valores imateriais expressamente prevista em lei para as instituições financeiras para o momento da alienação, alterando a prática até então adotada de meramente exigir a sua consideração no patrimônio da empresa incorporada quando da incorporação.

Como já visto, considera-se que essa solução não é aplicável exclusivamente caso a aquisição seja direcionada a posterior incorporação (cessão da empresa),

mas também em outros casos de disposição da organização empresarial (cessão da organização empresarial, no sentido supra definido). De outro lado, não parece haver motivo sistemático para a aplicação dessa solução apenas a instituições financeiras. A não inclusão dos preferencialistas na oferta pública no caso de alienação que contenha os dois requisitos descritos acima (coincidência controle — valores imateriais e alienação da organização empresarial), parece ser totalmente contrária aos objetivos que guiaram a própria elaboração do art. 255 (ainda que repita-se, ele faça referência expressa apenas às alienações de controle de instituições financeiras), qualquer que seja a atividade da companhia aberta. O fato de ser instituição financeira torna essa distorção apenas mais aparente.

5. Análise econômica das soluções prospectadas

Soluções e decisões que envolvam companhias abertas requerem sempre a análise de suas potenciais consequências sobre o mercado de capitais como um todo. Importantíssima é portanto a análise econômica das possíveis soluções jurídicas.

A primeira das soluções a ser analisada é a até hoje adotada, ou seja, a negativa peremptória, em qualquer caso, da extensão da oferta pública aos acionistas minoritários preferencialistas. Essa solução implica um excepcional barateamento do movimento concentracionístico. Ainda que todos os detentores de ações ordinárias se interessem pela alienação de suas ações, é possível ao potencial adquirente conseguir o controle majoritário da empresa pagando no máximo 33% do valor real total do patrimônio da sociedade.¹⁸ As consequências

econômicas sobre o mercado dessa solução jurídica são diretas.

Como revela a doutrina com base na experiência prática é do regime mais ou menos “favorável” à aquisição de controle que depende a escolha entre expansão interna e externa: em presença de uma regulamentação favorável, a tendência natural será a de preferir a expansão externa, feita através de aquisição de outras empresas em detrimento da expansão interna, feita através de investimento e potencialização da própria atividade produtiva. Ora essa última forma é, ao menos à primeira vista, mais eficiente do ponto de vista econômico-concorrencial, já que importa em aumento da capacidade produtiva global.¹⁹

Um dos instrumentos possíveis para minimizar tais efeitos é o jurídico, com destaque especial para as regras societárias de defesa dos acionistas minoritários. Quanto mais presentes são os seus direitos, patrimoniais ou de fato, mais “inconveniente” se torna para o controlador a expansão externa em detrimento da expansão interna.²⁰

decorre do permissivo legal de 2/3 de ações preferenciais. A pior hipótese é, portanto, de que o adquirente tenha comprado todas as ações do controlador, tendo de fazer a oferta aos minoritários sem limite de quantidade — v. n. X, letra a da Res. 401 — podendo a oferta ser, e na prática sendo com frequência, muito inferior a isso — v. n. X, letra b da mesma Resolução.

19. Cf. E. J. Mestmacker, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, München, Beck, 1974, p. 110; U. Immenga, “Der Preis der Konzernierung” in *Festschrift für Böhm*, 1975, p. 253, v. tb. a respeito o trabalho comparatístico de C. Salomão Filho — M. Stella Richter, “Note in tema di offerte pubbliche d’acquisto, ruolo degli amministratori ed interesse sociale” in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, v. I/149, 1993.

20. Como revela U. Immenga, *Der Preis*, cit., p. 256, existe ainda um outro motivo, decorrente desse tipo de análise, para fortalecer os direitos das minorias, i.e. o fato de que exatamente nos casos em que a aquisição se faz

18. Fala-se em valor real total porque se admite, por hipótese que o valor do sobrepreço pago pelo controle equivalha aos imateriais *pro rata* da sociedade. A porcentagem de 33%

A segunda solução possível, aventada para discussão *de lege ferenda* no decorrer do comentário, é a atribuição do sobrepreço diretamente à companhia cujo controle está sendo adquirido. A vantagem aqui seria a utilização do mercado secundário para a capitalização direta das empresas, função que tradicionalmente não tem. A desvantagem, muito séria, seria o desestímulo ao mercado de aquisições na ponta vendedora. Para os detentores do controle a alienação tornasse-se bastante desinteressante e o mercado poderia deprimir-se por falta de oferta, com prejuízo para os próprios potenciais compradores²¹ e para o mercado como um todo.²²

em função da comparação dos “custos” (financeiro e jurídicos) da expansão externa em relação a expansão interna, é mais provável que o controlador venha a utilizar os recursos adquiridos “a baixos custos” a favor de seu interesse empresarial principal (que pode se localizar em outras atividades do grupo) e não no interesse precípuo da empresa alvo da oferta pública e de seus minoritários.

21. Situação muito semelhante ocorreu com a recente reforma da lei do inquilinato que ao estabelecer regras de reajuste da locação favoráveis aos locatários (em especial o reajuste semestral) acabou gerando uma enorme falta de oferta de imóveis residenciais, com a consequência de que o aluguel dos poucos imóveis existentes para locação elevou-se bastante, com prejuízo para os próprios potenciais locatários.

22. É já por demais conhecida a discussão travada na doutrina americana e alemã a respeito dos efeitos do regime jurídico das ofertas públicas sobre a eficiência empresarial. Para uns um regime mais rígido em relação às ofertas

A terceira solução, mais defensável juridicamente, é a que propugna a extensão da oferta pública de aquisição de controle também aos minoritários preferencialistas. Na verdade todas as soluções que tendam a estender hipóteses de alienação de controle a preferencialistas, equivalem, ao menos do ponto de vista econômico e no que tange ao momento inicial (o da concentração) às propostas alterações na proporção de preferenciais. Como elas, visam a tornar mais difícil e mais cara econômica e juridicamente a aquisição. O problema do ponto de vista econômico, é exatamente determinar os limites de tal extensão, para que essa tendência não surta o efeito inverso, desestimulando o mercado de ações por regras excessivamente rígidas para os potenciais adquirentes.

A decisão do STJ parece ser um primeiro e importante passo no sentido da fixação equânime desses limites.

é recomendável na medida em que favorece os investimentos a longo prazo, não obrigando os administradores a produzir lucros a curto prazo para defender-se de potências *raiders*. Para outros isso é nocivo, na medida em que diminui a eficiência administrativa. A transposição desse tipo de análise para a realidade brasileira parece bastante arriscada tendo em vista a própria concentração do controle empresarial que faz com que as decisões do controlar não sejam influenciadas por receio de eventuais aquisições hostis — v. a respeito, com referências bibliográficas C. Salomão Filho — M. Stella Richter, “Interesse social e poderes dos administradores na alienação de controle” in *RDM* 89/75.

NOTAS E COMENTÁRIOS

O ACORDO SOBRE TRIPS

ELISABETH KASZNAR FEKETE

Como amplamente noticiado pela imprensa, os representantes dos governos de 123 países, entre os quais o Brasil, assinaram, no dia 15.4.94, durante conferência realizada em Marrakesh, a Ata Final da Rodada Uruguai do GATT, encerrando sete anos e meio de negociações.

Além da Ata Final, que incorpora os resultados das negociações da Rodada Uruguai, os países aderentes assinaram o Acordo que estabelece a Organização Mundial do Comércio — OMC e diversos anexos, entre os quais destacamos o Acordo sobre os aspectos comerciais dos direitos de propriedade intelectual, incluindo o comércio de bens contrafeitos, conhecido como Anexo 1C ou Acordo sobre TRIPs.

O conjunto de textos assinados na cidade marroquina é considerado o mais amplo acordo comercial internacional da história e sua aplicação pode refletir-se num acréscimo anual de US\$ 235 bilhões à receita mundial, a partir de 2005, segundo prevê um estudo do GATT.

A importância histórica, econômica e política desse acordo leva-nos a complementar a notícia publicada na Revista da ABPI precedente, nesta seção, sob o título GATT — Encerramento bem-sucedido da Rodada Uruguai, apresentando agora, a título informativo, uma retrospectiva e uma tradução condensada dos principais artigos que compõem o Acordo sobre TRIPs. Este acordo, que deve acarretar o fortalecimento da proteção dos direitos de propriedade intelectual em escala mundial, é compatível com os

tratados internacionais já existentes, cujo cumprimento expressamente exige dos signatários.

1. Retrospectiva

O Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio, conhecido como GATT, foi criado em 1947, com as metas prioritárias de liberalização e multilateralização das relações comerciais internacionais. A abrangência das negociações foi sendo ampliada nas rodadas que se sucederam, tendo incorporado o tema da propriedade intelectual, uma das áreas de mais difícil ajuste.

A Rodada Uruguai iniciou-se em Punta del Este em 1986, incluindo negociações para criação da OMC (acima referida), conhecida em inglês como MTO ou WTO, *World Trade Organization*. Tal organização é dotada de personalidade jurídica internacional, ao passo que o GATT caracteriza-se como secretariado interino. Este, aliás, entrou em período de transição no momento da assinatura da Ata Final da Rodada Uruguai, e continuará funcionando até 1.1.95, quando a OMC o sucederá.

Para aderir à OMC, os países devem acatar integralmente os resultados da Rodada Uruguai; mais de 20 países, entre os quais a Rússia e a China, estão na lista de espera para adesão.

Os acordos assinados em Marrakesh revestem-se de natureza de tratados internacionais, cuja aplicação depende ainda da ratificação pelos congressos dos países

signatários; grande parte deles comprometeu-se a fazê-lo até o final deste ano. A União Européia assinou como entidade, a par dos países membros.

As leis internas dos países signatários deverão ser compatibilizadas com os textos da Rodada Uruguai. No que diz respeito ao Acordo sobre TRIPs, o governo brasileiro comprometeu-se, em fevereiro deste ano, a apresentar emendas ao Senado, incorporando o respectivo texto, e considerou ambíguo o art. 27, sobre exploração local da patente, divergindo dos EUA sobre sua interpretação. O Acordo sobre TRIPs não trata da importação paralela.

2. Versão condensada dos principais artigos do TRIPs*

No preâmbulo, os países-membros expressam seu desejo de reduzir as distorções e impedimentos ao comércio internacional e levam em consideração a necessidade de promover a proteção efetiva e adequada dos direitos de propriedade intelectual (DPI) e de assegurar que as medidas destinadas a torná-los exequíveis não se transformem em barreiras ao comércio.

Por outro lado, os signatários reconhecem a necessidade de uma estrutura de princípios regendo o comércio internacional de bens falsificados e enfatizam a importância de reduzir as tensões, por meio de mecanismos multilaterais de solução de disputas.

Parte I: Dispositivos gerais e princípios básicos

O art. 1.º faculta aos membros a possibilidade de implementarem em suas leis internas uma proteção mais extensiva

do que aquela exigida pelo acordo, desde que não contrarie os dispositivos do mesmo, assegurando-lhes liberdade para determinar o método de implementação das regras de acordo com seu próprio sistema legal.

Pelo art. 2.º os membros comprometem-se a cumprir as obrigações já assumidas através da adesão às seguintes convenções internacionais: Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, Convenção de Berna para a Proteção de Obras Literárias e Artísticas, Convenção Internacional de Roma para a Proteção dos Artistas Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiodifusão, e Tratado de Washington sobre a Proteção de Circuitos Integrados.

O princípio do tratamento nacional é estabelecido pelo art. 3.º segundo o qual cada país signatário concederá aos nacionais dos demais membros um tratamento não menos favorável do que o concedido aos seus próprios nacionais, ressalvadas as exceções já fixadas nos tratados pertinentes.

Já o princípio da nação mais favorecida, pelo qual qualquer vantagem ou imunidade concedida por um signatário aos nacionais de qualquer outro país será outorgada imediata e incondicionalmente aos nacionais dos outros membros, e as exceções a este princípio constam do art. 4.º.

Parte II: Padrões relativos à disponibilidade, alcance e uso de direitos de propriedade intelectual

Seção 1: Direitos de autor e conexos

O art. 9.º erige o dever de cumprimento, pelos signatários, dos arts. 1.º a 21 e do Anexo da Convenção de Berna (pelo seu Ato de Paris, de 24.7.71); contudo, o acordo não confere aos países-membros qualquer direito ou obrigação com respeito aos direitos previstos no art. 6.º bis

* Para a tradução sintética aqui apresentada, a organizadora desta seção tomou por base o texto em inglês do Acordo sobre TRIPs publicado in *Aippi Newsletter* n. 6-1/94.

dessa Convenção, o qual protege os direitos morais do autor.

Os programas de computador devem ser protegidos, quer em código fonte, quer em código objeto, como obras literárias, sob a Convenção de Berna (1971), em conformidade com o art. 10, 1 do Acordo sobre TRIPs. Dessa forma, a tutela do *software* segue o regime dos direitos de autor.

Art. 10, 2: as compilações de dados cujo conteúdo esteja selecionado ou organizado de forma a constituir uma criação intelectual serão protegidas como tais; elas passam, portanto, a ter proteção sob o regime dos direitos autorais.

O art. 11 prevê o direito dos autores e de seus sucessores de autorizarem ou proibirem o licenciamento de suas obras, pelo menos no que diz respeito aos programas de computador e às obras cinematográficas.

Para os países que adotaram prazos de proteção dos direitos de autor e conexos calculados com base diversa à da vida da pessoa física, é estipulado, pelo art. 12, o prazo mínimo de 50 anos, contados do final do ano de calendário da publicação autorizada ou, à falta dessa, do final do ano de calendário da criação da obra.

O art. 14 sistematiza a proteção dos artistas intérpretes ou executantes, produtores de fonogramas (gravações de sons) e organizações de radiodifusão.

Seção 2: Marcas

O art. 15, que define os sinais que podem ser registrados como marcas, é transcrito a seguir: "Qualquer sinal, ou qualquer combinação de sinais, capaz de distinguir os bens ou serviços de uma empresa dos de outras, será apto a constituir uma marca. Tais sinais, em particular palavras incluindo nomes civis, letras, números, elementos figurativos e combinações de cores, bem como qualquer combinação de tais sinais, serão elegíveis para registro como marcas. Quanto

aos sinais não inerentemente capazes de distinguir os bens ou serviços pertinentes, os membros podem se submeter a sua registrabilidade ao requisito da distintividade adquirida através do uso. Os membros podem exigir, como uma condição de registrabilidade, que os sinais sejam perceptíveis visualmente."

O acordo especifica os direitos conferidos pelo registro da marca (art. 16) e seu prazo de duração, que não deve ser inferior a 7 anos, prorrogáveis indefinidamente por períodos equivalentes (art. 18).

O art. 16 preceitua, ainda, que o art. 6.^o bis da Convenção da União de Paris, pela Revisão de Estocolmo de 14.7.67 (que protege as marcas notoriamente conhecidas), aplicar-se-á, *mutatis mutandis*, aos serviços, devendo alcançar também o uso da marca para bens ou serviços de campos diversos daqueles cobertos pela marca registrada, de forma que tal uso possa indicar uma conexão e desde que exista o risco de prejudicar os interesses do titular.

Conforme prescreve o art. 19, o registro marcário somente pode ser declarado caduco após o decurso do período mínimo de 3 anos ininterruptos sem uso, a não ser que razões válidas sejam apresentadas pelo titular; circunstâncias tais como restrições à importação ou outras exigências governamentais serão reconhecidas como razões válidas que justifiquem a falta de uso da marca.

O art. 20 declara que o uso de uma marca não será injustificadamente onerado por exigências especiais, tais como o uso com outra marca, ou o uso de uma forma especial ou prejudicial à sua distintividade.

Os membros podem estabelecer, como permite o art. 21, condições para a licença e cessão de marcas, não sendo obrigatória a transferência do fundo de comércio para legitimar a cessão de uma marca. A licença compulsória de marcas, contudo, é expressamente proibida.

Seção 3: Indicações geográficas

O art. 22 consolida as regras de proteção das indicações geográficas, as quais, no caso dos vinhos e bebidas alcoólicas, mereceram proteção adicional pelo art. 23, que inclui previsão no sentido de que o Conselho TRIPs empreenderá negociações com vistas a estabelecer um sistema multilateral de notificação e registro, no que concerne aos vinhos.

Seção 4: Desenhos industriais

Os arts. 25 e 26 preceituam os requisitos e os direitos decorrentes da proteção dos desenhos industriais, cuja duração deve ser de 10 anos, no mínimo.

Seção 5: Patentes

Na esteira do estatuído no art. 27, os inventos patenteáveis ganham grande abrangência: patentes podem ser concedidas para quaisquer inventos, em todos os campos da tecnologia, desde que novos, contenham atividade inventiva e aplicabilidade industrial, não cabendo discriminação quanto à circunstância de serem os produtos importados ou produzidos *in loco*. As exceções à patenteabilidade são limitadas a matérias de ordem pública ou imorais; aos inventos que causem danos sérios ao meio ambiente; aos tratamentos médicos de seres humanos ou animais; às plantas e animais (excetuados os microorganismos) e aos processos essencialmente biológicos para a produção de plantas e animais.

Quanto às variedades vegetais, os membros concederão proteção por meio de patentes ou de um regime *sui generis*, ou ainda, por uma combinação de ambos os regimes.

Como se infere do art. 30, os membros podem prever exceções limitadas aos direitos exclusivos conferidos pela patente, desde que não conflitem com a exploração normal da mesma e não

prejudiquem os interesses legítimos do titular.

Art. 31: para as leis nacionais que permitem formas diversas de uso não autorizado pelo titular (tais como a licença compulsória), o acordo especifica os limites e condições a que deverão se sujeitar.

O prazo de proteção mínimo das patentes, consignado no art. 33, deve ser de 20 anos, contados da data do depósito do pedido.

Seção 6: Topografias de circuitos integrados

Pelo art. 35, os membros concordam em conceder proteção às máscaras topográficas, em conformidade com os arts. 2.º a 7.º, 12 e 16, § 3.º, do Tratado de Washington sobre a Proteção de Circuitos Integrados, de 26.5.89. Artigos complementares convencionam a extensão dos direitos do titular aos produtos que incorporem a máscara reproduzida ilegalmente (art. 36) e o prazo mínimo de 10 anos para a proteção. (art. 38).

Seção 7: Proteção de informações confidenciais

O art. 39 inclui expressamente no escopo do art. 10 bis da Convenção da União de Paris, Revisão de Estocolmo, que assegura a proteção efetiva contra a concorrência desleal, a tutela das informações confidenciais (tanto dos segredos de indústria e de comércio, quanto dos dados submetidos a órgãos governamentais para obtenção da autorização de comercialização de produtos farmacêuticos ou agroquímicos).

Seção 8: Controle de práticas restritivas em contratos de licenciamento

O art. 40 permite aos membros especificarem, em suas leis, as práticas ou condições de licenciamento de tecnolo-

gia que possam, em casos particulares, constituir abusos dos direitos de propriedade intelectual, produzindo efeitos adversos na concorrência do mercado pertinente, facultando-lhes ainda a adoção de medidas de prevenção ou controle de tais práticas, desde que coerentes com os demais dispositivos do acordo.

Parte III: Executibilidade dos direitos de propriedade intelectual

Nesta parte do acordo, os membros se comprometem a assegurar procedimentos que permitam ação efetiva contra a infração dos direitos por ele cobertos, estabelecendo uma série de padrões mínimos de ações judiciais cíveis (inclusive preventivas, cf. art. 50), criminais (art. 61) e administrativas. Entre estas últimas, encontra-se a possibilidade dos titulares de requerer a suspensão, pelas autoridades alfandegárias, da liberação dos produtos importados contendo marca contrafeita ou direitos autorais pirateados (arts. 51 e ss.).

Parte IV: Aquisição e manutenção dos direitos de propriedade intelectual e procedimentos relacionados

Os membros podem exigir procedimentos e formalidades razoáveis para aquisição e manutenção dos DPI.

Parte V: Prevenção e solução de controvérsias

À solução de disputas aplicar-se-ão as regras do GATT (Rodada Uruguai).

Parte VI: Disposições transitórias

Os arts. 65 e 66 fixam os seguintes prazos para a adequação das leis internas dos países membros ao acordo:

- 1 ano, para os países desenvolvidos;
- 5 anos, para os países em desenvolvimento e para aqueles em transição de uma economia centralizada para economia de mercado;
- 11 anos, para os países menos desenvolvidos;
- o prazo adicional de 5 anos é assegurado para os países em desenvolvimento que, na data geral de aplicação do acordo, não concedam patentes em alguma área tecnológica.

O art. 67 convencionou a cooperação técnica e financeira, por parte dos países desenvolvidos, em favor dos demais.

Parte VII: Dispositivos institucionais e finais

O art. 68 designa o Conselho para os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio para monitorar a implementação e o cumprimento do acordo pelos países aderentes.

O § 2.º do art. 70 lembra que todos os direitos de propriedade intelectual existentes antes da entrada em vigor do acordo sujeitam-se às suas regras, mas também aqueles que venham a existir subsequentemente a essa data.

Aos países que não oferecem proteção patentária para os produtos farmacêuticos e agroquímicos, o n. 8 do art. 70 determina o dever de conceder-lhes proteção transitória (*pipeline*), conforme regras específicas, das quais destacamos as seguintes:

- a) tais pedidos de patentes deverão ser admitidos a partir da data de entrada em vigor do acordo estabelecendo a OMC;
- b) deverá ser garantida proteção patentária a partir da concessão da mesma e pelo período de validade remanescente, contado da data de depósito do pedido.

ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO

A

- Abuso do poder econômico e (i)legitimidade — Luis Fernando Schuartz... 57
- Acordo sobre TRIPs (O) — Elisabeth Kasznar Fekete 105

C

- Calixto Salomão Filho — Liquidação de sentença por cálculo — Matéria de prova — Compra de controle acionário em sociedade dependente de autorização — Acordo de herdeiros sócios — Ilegitimidade de inventariante em transações contra o espólio — Inteligência do art. 57 do Código Civil — Exegese do artigo 255 da Lei 6.404/76 91
- Conceito de preço dos serviços e a base de cálculo do ISS (O) — João Luiz Coelho da Rocha 85
- Contribuição do Prof. João Eunápio Borges para as instituições do direito comercial brasileiro (A) — Theóphilo de Azeredo Santos 5

D

- Direito de recesso nas hipóteses de incorporação, fusão, cisão e participação em grupos de sociedades. Exclusão acarretada pela Lei 7.958 de 20.12.89 (O) — Waldirio Bulgarelli 71

E

- Eduardo Salomão Neto — Tratados de tributação brasileiros e suas características fundamentais 64
- Elisabeth Kasznar Fekete — O acordo sobre TRIPs 105

G

- Gabriel F. Leonardos — A proteção jurídica ao nome comercial, ao título de estabelecimento e à insígnia no Brasil — Regime jurídico e novos desenvolvimentos na jurisprudência .. 26
- Geraldo Ataliba — Inconstitucionalidade de punições permanentes 15

I

- Inconstitucionalidade de punições permanentes — Geraldo Ataliba 15

J

- João Luiz Coelho da Rocha — O conceito de preços dos serviços e a base de cálculo do ISS 85

L

- Liquidação de sentença por cálculo — Matéria de prova — Compra de controle acionário em sociedade dependente de autorização — Acordo de herdeiros sócios — Ilegitimidade de inventariante em transações contra o espólio — Inteligência do art. 57 do Código Civil — Exegese do artigo 255 da Lei 6.404/76 — Calixto Salomão Filho 91
- Luiz Fernando Schuartz — Abuso do poder econômico e (i)legitimidade .. 57

O

- Opressão fiscal inaceitável — "ISS" — Município de São Paulo — Cooperativa de médicos — Associação sem finalidade lucrativa, que não se confunde com "empresa" — Inteligência do art. 8.º do DL n. 406/68 — Atividade que nem mesmo figura na lista de serviços — Tributação indevida — Decisão mantida — Waldirio Bulgarelli 89

P

- Problemática dos saldos devedores nas operações de "leasing" (A) — Waldirio Bulgarelli 81
- Proteção jurídica ao nome comercial, ao título de estabelecimento e à insígnia no Brasil — Regime jurídico e novos desenvolvimentos na jurisprudência (A) — Gabriel F. Leonardos 26

T

- Theóphilo de Azeredo Santos — A contribuição do Prof. João Eunápio Borges para as instituições do direito comercial brasileiro 5
- Tratados de tributação brasileiros e suas características fundamentais — Eduardo Salomão Neto 64

W

- Waldirio Bulgarelli — A problemática dos saldos devedores nas operações de "leasing" 81
- O direito de recesso nas hipóteses de incorporação, fusão, cisão e participação em grupos de sociedades. Exclusão acarretada pela Lei 7.958 de 20.12.89 71
- Opressão fiscal inaceitável — "ISS" — Município de São Paulo — Cooperativa de médicos — Associação sem finalidade lucrativa, que não se confunde com "empresa" — Inteligência do art. 8.º do DL 406/86 — Atividade que nem mesmo figura na lista de serviços — Tributação indevida — Decisão mantida 89