

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

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

Edição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.



REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Fundador:

WALDEMAR FERREIRA

Diretor:

PHILOMENO J. DA COSTA

Diretor Executivo:

FABIO KONDER COMPARATO

Coordenador:

WALDÍRIO BULGARELLI

Redatores:

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

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

Edição e distribuição da

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

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

SUMARIO

DOCTRINA

- O dano moral, os seus fundamentos jurídicos e o Código de Defesa do Consumidor — Rosvany Terezinha Cordeiro 5
- Dos contratos futuros de taxa cambial — Arnoldo Wald 37
- Alienação do poder de controle compartilhado — Nelson Cândido Motta 42
- Particularidades da “affectio societatis” no grupo econômico — Vera Helena de Mello Franco 47
- A concorrência entre empresas perante o Mercosul (Enfoque específico sobre Brasil e Argentina face à legislação antitruste) — Mauro Grinberg 56
- Interesse social e poderes dos administradores na alienação de controle — Calixto Salomão Filho e Mario Stella Richter Júnior 65

ATUALIDADES

- A correção monetária no valor de reembolso do recesso societário — Vera Helena de Mello Franco 79

JURISPRUDÊNCIA

- Cartão de crédito — Rosvany Terezinha Cordeiro 86

- ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO 93

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTES NÚMEROS

ARNOLDO WALD

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

CALIXTO SALOMÃO FILHO

Advogado.

MARIO STELLA RICHTER JÚNIOR

Advogado.

MAURO GRINBERG

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Pernambuco — Advogado em Recife.

NELSON CÂNDIDO MOTTA

Advogado.

ROSVANY TEREZINHA CORDEIRO

Advogada.

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

Advogada, Professora Assistente Doutora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

DOUTRINA

O DANO MORAL, OS SEUS FUNDAMENTOS JURÍDICOS E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

ROSVANY TEREZINHA CORDEIRO

*"Os princípios servem para tirar os próprios hábitos, a justificá-los, honrá-los, vituperá-los ou escondê-los, dois homens de princípios iguais desejam alcançar, provavelmente, coisas fundamentalmente diferentes".
(Friedrich Wilhelm Nietzsche).*

Introdução. I — Breves considerações propedêuticas. II — Análise geral sobre o dano: 1. Explicações — 2. Reflexão sobre os conceitos de dano no sentido jurídico — 3. O dano patrimonial — 4. Distinção entre dano patrimonial e dano moral. III — Síntese histórica do dano moral: 1. A reparação do dano moral no Direito Romano — 2. Orientação do Direito Canônico e no Direito Hebraico — 3. Breve relato das Teorias Positivistas e Negativistas. IV — O dano moral na legislação comparada: 1. Direito Francês — 2. Direito Italiano — 3. Direito Espanhol — 4. Direito Português — 5. Direito Argentino — 6. Direito Anglo-Americano. V — As várias normas do dano moral no Direito do Consumidor: 1. A Resolução da Assembléia Geral da ONU — 2. A Resolução do Conselho da Europa — 3. Os direitos dos consumidores no plano internacional — 4. O dano moral neste contexto. VI — Considerações específicas sobre o dano moral: 1. Os lineamentos gerais sobre o conceito de dano moral — 2. Natureza jurídica da reparação do dano moral — 3. Dificuldades na avaliação da reparação do dano moral — 4. A intransmissibilidade do direito a indenização por dano moral — 5. O dano moral causado a pessoa incapaz — 6. O dano moral causado a pessoa jurídica — 7. O dano moral e o abalo de crédito. VII — O dano moral no nosso ordenamento jurídico: 1. Considerações preliminares — 2. Direito anterior — 3. A problemática satisfação do dano moral face aos trabalhos preparatórios do Código Civil — 4. Pequena explanação sobre os dispositivos do Código Civil — 5. O dano moral nos anteprojetos do Código Civil — 6. Algumas leis específicas que tratam sobre o dano moral — 7. O dano moral na Constituição Federal e na Jurisprudência — 8. O dano eminentemente moral no Código de Defesa do Consumidor. VIII — Conclusões. Bibliografia.

INTRODUÇÃO

Este trabalho teve por escopo examinar com minúcia o tema, o fundamento jurídico da indenização por dano moral e mais vê-lo à luz do Código de Defesa do Consumidor.

Tivemos que lançar mão da monumental obra dos irmãos Mazeaud, Henri et Léon sobre o tema e sobre a par-

te do microsistema da disputada obra *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Comentado Pelos autores do Anteprojeto*, além de diversas outras obras para discorrer sobre tão amplo assunto e tentar capitulá-lo.

De modo geral, nos ocupamos do assunto fazendo de um modo exegético, interpretando o conteúdo do tema, enfocando os caminhos perflhados pe-

la doutrina para fundamentar filosófica e juridicamente a necessidade de reparação do dano moral e a sua total adoção pelo Código de Defesa do Consumidor.

A esse propósito temos que esclarecer que, foi tão-somente nossa intenção de nos referirmos ao direito alienígena como apoio à evolução do tema, demonstrando a preocupação existente noutras legislações com o mesmo, vez que tem influência direta no meio social em que vivemos.

Concluimos após fazermos as considerações prodrômicas necessárias acerca do dano moral, delineando seu aspecto histórico, conceito etc., os outros ordenamentos jurídicos, para posteriormente analisarmos o nosso sistema pátrio, e por fim o microssistema vigente, ou seja o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078 de 11.9.90.

A título explicativo, convém salientar que, durante todo o trabalho usaremos as expressões reparação, indenização, ressarcimento como sinônimas, apesar de termos consciência, de não se tratar propriamente de “indenização”, por não haver uma perfeita equivalência entre o mal sofrido e o “quantum” arbitrado quando se trata de dano extrapatrimonial.

Esperamos desta feita que, o uso indiscriminado das expressões “indenização”, “ressarcimento” e “reparação”, no desenrolar deste trabalho, não prejudique o valor jurídico do mesmo.

I — BREVES CONSIDERAÇÕES PROPEDEÚTICAS

A expressão dano moral indica a soma de prejuízos a serem satisfeitos por quem os causou a outrem, ou seja, o responsável pelo ato ou fato ensejador do dano.

Os delineamentos do dano de uma maneira geral foi mister fazer, para

que, ao adentrarmos na teoria do dano moral, verificarmos o quão importante são os atributos do ser humano: as virtudes que o adornam e dignificam, são seus valores espirituais, os valores da honradez, do bom-nome, da personalidade, dos sentimentos de afeição, enfim, todo um patrimônio moral e espiritual de valia inestimável.

Portanto, caso todo esse patrimônio venha a sofrer qualquer atentado deve ser ressarcido da melhor forma possível. Além do mais, o estudo do dano no sentido jurídico será um início para o entendimento da indenizabilidade decorrente puramente do dano moral preconizado pelo Código de Defesa do Consumidor.

A dificuldade de encontrar em muitos casos uma estimação adequada ao dano moral, ao sentimento íntimo de pesar, não deve jamais impedir a fixação de uma quantia compensatória, que mais se aproxime do justo, ao menos para abrandar a dor e para servir de lenitivo à prostração sofrida.

Não se exige uma exata e equitativa reparação, mas que simplesmente pareça justa e razoável para cada caso. O problema da dificuldade na determinação do *quantum debeatur* não poderá vulnerar o direito em si, existente e indenizável.

O valor a ser dado a essas causas de interesses morais é estimado pelo demandante, mas deve sê-lo de forma razoável e adequada. Se arbitrário for, a outra parte pode impugná-lo, cabendo ao julgador, dentro de seu arbítrio, fixá-lo de acordo com a relevância e o significado de causa para os litigantes que disputam a decisão judicial. Inclusive é corrigível de ofício, vez que o assunto é de ordem pública e pelos efeitos processuais a que dá causa, deve ficar sob fiscalização do Juiz, mesmo porque envolve interesse tributário do Estado.¹

No dano moral o ressarcimento identifica-se com a compensação. É uma reparação compensatória ou como expressa-se Savigny o patrimônio moral é formado de bens ideais ou inatos, ou direitos naturais, muito embora sua reparação tenha a característica de reparação comum.

É oportuno desde já, analisarmos a natureza jurídica do dano moral. Para tanto, trazemos à colação breve síntese do relato do Juiz Severo da Costa nos *El-Ap. Cível 77.908 do 1.º TARJ, in verbis*: "É sabido que o Direito exerce a sua função protetora através de penas e reparações. Determina a conduta que deve ser observada pelos que a ela estão sujeitos e impõe sanção aos que infringirem o por ela ordenado.

A pessoa física, ou jurídica, constitui um conjunto de direitos, fazendo jus à proteção outorgada pela norma jurídica. Assim concluo que quando este direito é violado merece reparação.

A violação de qualquer desses direitos traz como consequência aplicação de uma pena, que é um dos meios de que o Direito se utiliza para cumprir sua função tutelar, o que é característico do Direito Penal.

No Direito Privado, mormente em matéria de dano, a reparação é o meio pelo qual, por iniciativa dos interessados, tal tutela é exercida.

Assim, em princípio, toda e qualquer lesão, de qualquer ordem ou natureza, faz jus à pena e reparação.

Isso nos leva à conceituação de dano.

Lê-se no *Novo Dicionário Aurélio*:

"Dano (do latim *damnu*): s.m. Mal ou ofensa pessoal, prejuízo moral: Grande dano lhe fizeram as calúnias. 2. Prejuízo material causado a alguém pela deterioração ou inutilização de bens seus. 3. Estrago, deterioração, danificação: com o fogo o prédio sofreu enormes danos X Dano Emergente. Jur. Prejuízo efetivo, concreto, pro-

vado (cf., lucro cessante). Dano infecto. Jur. Prejuízo possível, eventual, iminente."

Para o justamente conceituado *Dicionário de la Real Academia Española*, "daño" é sinônimo de detrimento, prejuízo, menoscabo, dor ou moléstia.

Como é sabido, são muito escassas as monografias que abordam o tema do dano no Direito Privado.

Entre estas é de citar-se a de Enrico Giusina, *El Concetto di Dano Giuridico*, que mereceu sérias críticas do argentino Roberto H. Brebbia em *El Daño Moral*, p. 41: para este "deve entenderse por daño resarcible la violación de uno o varios de los derechos subjetivos que integran la personalidad jurídica de un sujeto, producida por un hecho voluntario de otro, que engendra en favor de la persona agraviada la facultad de obtener una reparación de parte del sujeto a quien la norma le imputa el referido hecho dañoso".

Não é só a conceituação do que é dano que aqui nos interessa, mas, igualmente, a definição do que é bem.

Von Ihering conceituava o direito como sendo o interesse juridicamente protegido, entendendo como interesse o fim prático do direito (*El Fin del Derecho*).

Para Clóvis objeto do direito é tudo aquilo que "... é o bem ou vantagem, sobre que o sujeito exerce o poder conferido pela ordem jurídica, podendo ser objeto do direito: 1) modos de ser da própria pessoa na vida social (a existência, a liberdade, a honra, etc.); 2) as ações humanas; 3) as coisas corpóreas, entre estas últimas incluindo-se os produtos da inteligência", (*Teoria Geral do Direito Civil*, p. 65).

Assim, a noção jurídica de bem é ampla, compreendendo coisas materiais, como imateriais, "tanto das coisas sus-

catíveis de avaliação econômica, como das não-suscetíveis dessa avaliação, de conformidade, aliás, com o que pensam Minozzi e Formica”, como registra o Prof. Wilson Melo da Silva, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, em *O Dano Moral e sua Reparação*, p. 232, 3.^a ed., Forense, 1983, livro que, no prestigioso conceito de Aguiar Dias, é o melhor sobre a matéria.

É daquele eminente tratadista a observação:

“A pessoa — quem afirma é Ihering — tanto pode ser lesada no que tem, como no que é, e que se tenha um direito à liberdade ninguém o pode contestar, como contestar não se pode, ainda, que se tenha um direito a sentimentos afetivos, a ninguém se recusa o direito à vida, à honra, à dignidade, a tudo isso, enfim que, sem possuir valor de troca da economia política, nem por isso deixa de constituir em bem valioso para a humanidade inteira. São direitos que decorrem da própria personalidade humana.

“São emanções diretas do eu de cada qual, verdadeiros imperativos categóricos da existência humana” (idem, p. 235).

Portanto, bem andou Formica em conceituar o dano como sendo a “diminuição ou subtração de um bem jurídico”, aceitando para o bem jurídico, no dizer de Agostinho Alvim a mesma ampla conceituação de Minozzi, isto é, não apenas, “os haveres, o patrimônio, mas a honra, a saúde, a vida, bens esses aos quais os povos civilizados dispensam proteção” (*Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*, p. 155, 4.^a ed., Saraiva, 1972).

Conseqüentemente, todo objeto de direito, todo bem jurídico, ideal ou não, quando lesado, merece reparação, pela equivalência, tanto quanto possível, entre uma coisa e outra.

Não é pela dificuldade em estabelecer a relativa equivalência do dano moral que este não deve ser indenizado, pois o melhor é fazer isto aproximadamente que deixa um dano sem reparação.

Os bens morais são bens jurídicos.²

II — ANÁLISE GERAL SOBRE O DANO

1. Explicações

Para que exista a responsabilidade civil mister se faz, a presença dos seguintes pressupostos: 1.^o) ação ou omissão do agente; 2.^o) culpa do agente; 3.^o) relação de causalidade entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima; e 4.^o) dano efetivo.

Os irmãos Mazeaud et Mazeaud³ expõem que, por ser o dano requisito necessário a configuração da responsabilidade civil é, traço diferencial entre esta e a responsabilidade moral ou penal, que se configuram independentemente de resultado.

Não há, realmente, dano nessas últimas espécies de responsabilidade, se se tomar a figura do dano no sentido que interessa peculiarmente ao direito civil. Mas há, de alguma forma, um dano, é o que preleciona José de Aguiar Dias⁴ citando o seguinte exemplo: “A tentativa, atinge a ordem social, embora não realize o prejuízo concreto, que no crime consumado recai sobre a vítima. O pecado ou a ação reprovável ofendem a ordem moral que os condena”.

Portanto, quando os irmãos Mazeaud et Mazeaud fazem aquelas observações, têm presente uma nomenclatura a que a linguagem jurídica moderna já não presta mais atenção. Isto é, distinguem o *damnum* da Lei Aquília na sua aceção de lesão, do prejuízo, ou seja, o

resultado dessa lesão. Se bem que a boa linguagem talvez aconselhe a conservação dos respectivos valores dessas palavras, devemos reconhecer que, quando se fala em dano, entre nós, o que se quer significar é o resultado da lesão ou injúria sobre o patrimônio moral ou imaterial é o que explica José de Aguiar Dias.⁵

A expressão dano indica a soma de prejuízos a serem satisfeitos por quem os causou a outrem, ou seja, o responsável pelo ato ou fato ensejador dos danos.

Agostinho Alvim⁶ vê o dano em sentido amplo como a lesão a qualquer bem jurídico, e aí se inclui o dano moral, e em sentido estrito é a lesão ao patrimônio, e patrimônio é o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro. Assim veremos.

2. Reflexão sobre os conceitos de dano no sentido jurídico

Neste tópico reproduziremos os conceitos de dano no sentido jurídico dados por renomados juristas e por derradeiros, concluiremos trazendo nossos entendimentos sobre eles.

Assim, Paoli é de opinião que dano sem sentido jurídico, quer dizer “abolição ou diminuição, mesmo parcial ou temporária, de um bem da vida...”.

Assim quando Paoli define o dano cede à concepção de dano ressarcível, uma vez que considera dano o prejuízo real, ao passo que nega esse significado ao prejuízo meramente espiritual.⁷

Carnelutti define o dano como lesão de interesse. Mas explica que o direito não se insurge contra toda e qualquer lesão de interesse, mas somente contra a que, de acordo com a ordem jurídica, deva ser evitada ou reparada, isto é, contra o dano antijurídico.⁸

Fischer considera o dano nas duas acepções: a) a vulgar, de prejuízo que alguém sofre, na sua alma, no seu corpo ou seus bens, sem indagação de quem seja o autor da lesão de que resulta; b) a jurídica, que, embora partindo da mesma concepção fundamental, é delimitada pela sua condição de pena ou de dever de indenizar, e vem a ser o prejuízo sofrido pelo sujeito de direitos em consequências da violação destes por fato alheio.⁹

Em suma: podemos dizer que o dano é um prejuízo ressarcível experimentado pelo lesado de efeitos patrimoniais ou extrapatrimonial. Indispensável se torna pois, demonstrar que o prejuízo se traduz na violação de um bem juridicamente tutelado.

A rigor o dano vem caracterizado pela antijuridicidade. Dano, prejuízo, perdas e danos são expressões elásticas, de sentido amplo, enfeixando todas as lesões à saúde, à integridade, à propriedade, à honra, à moral ou a qualquer outro bem de conteúdo moral ou material. Dano é prejuízo sofrido em algum bem jurídico pelo cidadão e contra sua vontade. É elemento de importância, que materializa a responsabilidade civil.

3. O dano patrimonial

Zannoni define o patrimônio como uma universalidade jurídica constituída pelo conjunto de bens de uma pessoa, sendo, portanto, um dos atributos da personalidade e como tal intangível.¹⁰

Para Hans Albrecht Fischer, patrimônio é a totalidade dos bens economicamente úteis que se encontram dentro do poder de disposição de uma pessoa.¹¹

Partindo dessas definições de patrimônio, podemos dizer que o dano material ou patrimonial atinge os bens do patrimônio do cidadão. O vocábulo bens aí tem a compreensão mais ampla

possível, envolvendo os objetos corpóreos e incorpóreos, sempre avaliáveis em pecúnia.

O dano patrimonial para a maioria dos autores como por exemplo Orlando Gomes¹² vem a ser a lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável.

Constituem danos patrimoniais a privação do uso da coisa, os estragos nela causados, a incapacitação do lesado para o trabalho, a ofensa a sua reputação, quando tiver repercussão na sua vida profissional ou em seus negócios.

O dano patrimonial mede-se pela diferença entre o valor atual do patrimônio da vítima e aquele que teria, no mesmo momento, se não houvesse a lesão. O dano, portanto, estabelece-se pelo confronto entre o patrimônio realmente existente após o prejuízo e o que provavelmente existiria se a lesão não se tivesse produzido, o dano corresponderia à perda de um valor patrimonial, pecuniariamente determinado.¹³

O dano patrimonial é avaliado em dinheiro e aferido pelo critério diferencial. Mas, às vezes, não se faz necessário tal cálculo, se for possível a restituição do *status quo ante* por meio de uma reconstituição natural, é o que preleciona a Profa. Maria Helena Diniz citando José de Aguiar Dias.¹⁴

4. Distinção entre dano patrimonial e dano moral

Dispõe o iluminado Pontes de Miranda¹⁵ que: “dano patrimonial é o dano que atinge o patrimônio do ofendido; dano não patrimonial é o que, só atingindo o devedor (*sic*) como ser humano, não lhe atinge o patrimônio”.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Orlando Gomes,¹⁶ procura precisar o instituto, distinguindo a lesão ao direito personalíssimo que repercute no patrimônio da que não repercute: ... “ocorrem as duas hipóteses. Assim, o atentado ao direito à honra e boa fama de alguém pode determinar prejuízos na órbita patrimonial do ofendido ou causar apenas sofrimento moral. A expressão dano moral deve ser reservada exclusivamente para designar o agravo que não produz qualquer efeito patrimonial. Se há consequências de ordem patrimonial, ainda que mediante repercussão, o dano deixa de ser extrapatrimonial”.

Preleciona José de Aguiar Dias¹⁷ que: “Não há dúvida, porém, que a maior dificuldade do dano moral é precisamente o fato de não se encontrar correspondência no critério valorativo patrimonial. O dano material nunca é irreparável: dada a sua ocorrência, ou se restaura a situação anterior ou se integra o patrimônio mediante o equivalente pecuniário do desfalque, intervindo, ademais, os juros de mora, para ajustar a compensação à maior ou menor duração do dano”.

Continua o Autor expondo que: “Com os danos não patrimoniais, todas as dificuldades se acumulam, dada a diversidade dos prejuízos que envolvem e que de comum só têm a característica negativa de não serem patrimoniais. Essa diversidade, pois, assinala um dos pontos de distinção entre esses danos e os danos patrimoniais, que têm caráter homogêneo, e impõe a maior variedade nos meios de reparação, acontecendo, mesmo, que, às vezes, nem se apresente modo de fazê-lo, a situação sugere, então, um problema que a categoria dos danos patrimoniais não tem necessidade de enfrentar e que consiste em indagar da conveniência de

recorrer a outra forma de proteção jurídica dos bens imateriais, a pena”.

Em resumo: É o que preleciona Artur Deda: ¹⁸ “Não se deve fundar a distinção dos danos, em morais e patrimoniais, na índole dos direitos subjetivos afetados, mas nos efeitos de lesão jurídica. Dano moral, portanto, é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja a dor física — dor-sensação, como a denomina Carpenter — nascida de uma lesão material; seja a dor moral — dor-sentimento — de causa material”.

III — SÍNTESE HISTÓRICA DO DANO MORAL

1. A reparação do dano moral no Direito Romano

Muito se tem debatido sobre a possibilidade de satisfação do dano moral em face do Direito Romano.

Depois de estudos profundos das instituições jurídicas romanas, afirmou-se de maneira peremptória o grande Ihering, cuja lição foi seguida entre nós por Pedro Lessa, que contestou fossem as sanções então impostas de natureza exclusivamente penal, aludindo à *actio injuriarum aestimatoria*, cabível em tal caso, opinião também aceita por Carvalho de Mendonça ¹⁹ e outros Juristas nacionais. Todavia em obra posterior, M. I. Carvalho de Mendonça reconheceu serem contraditórias, as fontes romanas sobre o assunto ²⁰ não havendo princípios gerais que o regulassem, embora não desconhecesse e admitisse mesmo o interesse moral para protegê-lo, na proporção em que a época era com ele compatível.

Na Itália, Giorgi segue a mesma corrente, afirmando os irmãos Mazeaud, na França, que, como quer que fosse, não parece haver dúvida quanto à ad-

missão, pelo Direito Romano, em sua última fase, da reparação do dano moral em numerosas hipóteses. A ação de reparação estaria assegurada aos que sofriam na afeição que tinham por sua família, na “*pietas*” que deviam ao testador, no amor que professavam pela coisa pública; aos que se viam privados do prazer que lhes proporcionava uma coisa, ou da paz e tranquilidade de que gozavam; aos que sofriam ou eram feridos, mesmo quando a sua capacidade de trabalho permanecesse íntegra; finalmente a todos os que sofressem em seus sentimentos religiosos ou na sua honra. Quanto a esse ponto, o Direito Romano não faria nenhuma distinção entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade delitual.

Contrariamente a esse entendimento Gabba e Chironi, entre outros, não só negam que se possa encontrar, no Direito Romano, a origem ou a confirmação da reparabilidade do dano moral, como também pretendem ser impossível, para comprová-la, invocar a *actio injuriarum*, que seria remédio de natureza penal e não civil, dando assim lugar não a uma reparação, mas a uma pena. No mesmo sentido pronunciou-se no Brasil, Soriano de Souza. ²¹

Minozzi, em monografia especializada sobre o assunto, partindo do conceito de bens e de patrimônio e dele deduzindo o conceito de dano no Direito Romano estende o seu exame às diversas ações destinadas ao ressarcimento dos danos e, especialmente, àquelas que, em sua opinião, serviam à indenização propriamente dos efeitos não patrimoniais das lesões que atingiam os bens da vida. ²²

Assim sua evolução se deu junto com o avanço da civilização, quando novas necessidades se faziam sentir e novos bens, destinados a satisfazer a tais necessidades, eram colocados sob a tutela do Direito. O conceito de *uti-*

litas sob o império teria adquirido assim um significado bem diverso do que dominava nos primeiros tempos da República, se assim se desenvolvera o conceito de interesse, de bem jurídico entre os romanos, não deveria ter ocorrido diversamente com o conceito de *damnum*, nem deveriam faltar meios de proteção de natureza a tutelar a personalidade não só nas suas relações concretas, mas igualmente nos seus atributos ideais.

Apona em sua obra, várias hipóteses em que tinha cabimento o exercício da *actio injuriarum* para o valimento de direitos sobre bens do patrimônio ideal, lembrando, mais, o caso de quem fosse judicial e indevidamente interpelado por dívida inexistente ou de quem viesse a ser cobrado por outrem que, de antemão, soubesse infundadas suas pretensões, bem como o daqueles cidadãos que se tornassem vítimas de um indébito exercício, por terceiros, da *proscriptio*, da *venditio pignoris* ou da *missio in possessionem*.²³

M. I. Carvalho de Mendonça,²⁴ a seu turno, escreve ser a *actio injuriarum aestimatoria* “obra do direito pretoriano” e consistente em “um meio geral de acautelar os interesses morais, obtendo para eles uma reparação com o juramento do ofendido e o prudente arbítrio do juiz”, menciona espécies outras, inúmeras, nas quais o interesse moral dos ofendidos vinha sempre salvaguardado pela lei, na hipótese de violação”.

Wilson Melo da Silva adverte que as hipóteses de interesses morais, apontadas por M. I. Carvalho de Mendonça e às quais dá como tuteladas, entre os romanos pela *actio injuriarum aestimatoria* foram, ao que parece, coligidas em Ihering trab. cit., incluído no v. 2.º das *Oeuvres Choiesies*, traduzidas, para o francês, por Meulenaere.

Alfredo Minozzi,²⁵ conclui que mesmo admitindo-se que os danos não patrimoniais fossem ressarcíveis no Direito Romano por meio de uma pena privada, e não como reparação civil, nem por isso deixaria de ficar patente que eram os mesmos atendidos naquele Direito, fosse pelo acolhimento de um princípio geral nesse sentido, fosse como pena civil, que não estaria em oposição ao puro ressarcimento não sendo diferentemente os fundamentos jurídicos em que se apoiariam este e aquela.

2. Orientação do Direito Canônico e no Direito Hebraico

Aqui, no Direito Canônico, não é estranha a obrigatoriedade de satisfação dos danos morais por meio de uma indenização em dinheiro, v.g., a ruptura da promessa de casamento tem aí, uma condenação especial, de vez que, para o direito da igreja, o contrato sponsalício gera obrigações precisas.

Conforme Wilson Melo da Silva²⁶ o § 3.º do cânone 1.017 dispõe que: “Não se origina, contudo, da promessa de casamento, embora válida e sem nenhuma justa causa escusadora de seu não-cumprimento, uma ação com força bastante para levar o direito de pedir a reparação dos danos”.

Inferimos daí que a Igreja não obriga ninguém a cumprir a promessa de casamento. Obriga, porém, à reparação dos danos e prejuízos que, do descumprimento do ajuste feito, possam advir à outra parte.

Também no art. 2.354, § 1.º observamos que, ao lado de danos materiais comuns, resultantes de incêndios ou destruições de coisas materiais, outros danos tipicamente morais, como os atentados à integridade física das pessoas e à dignidade humana, geram a obrigação do ressarcimento.

Continua Wilson Melo da Silva a dizer que, no Direito Hebraico, na Bíblia, não são menos contraditórias as regras pertinentes à reparação dos danos morais, notadamente no *Deuteronomio*, que significa — do gr. “deuteronomion”, “segunda lei”, pelo lat. “Deuteronomion” — O quinto livro do “Pentateuco”.²⁷

Uma maneira terrível de reparação por danos morais é a cominada, no Direito Hebraico, a mulher que ao pôr cobro a uma briga surgida entre seu marido e um terceiro, houver puxado esse terceiro por suas partes vergonhosas.

No Direito Talmúdico, acentua o citado Autor que, num trabalho verdadeiramente pretoriano, graças aos esforços a estudos dos doutores rabínicos, introduziu na férrea aspereza da lei mosaica abrandamentos notáveis.

No tocante às lesões e feridas físicas, a regra antiga e comum de reparação, na Bíblia, consistia na prática do Talião: “Olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé. Queimadura por queimadura, ferida por ferida, pisadura por pisadura” (*Exôdo*, cap. XXI vers. 24-25).

3. Breve relato das Teorias: Positivistas e Negativistas

A teoria negativista nega a reparabilidade econômica do dano moral pelos mais variados fundamentos. Alcino de Paulo Salazar²⁸ classificou os partidários desta teoria da seguinte maneira: “Uns são levados a impugnar o princípio da reparação por motivos de ordem técnica, considerando, por exemplo, que os chamados direitos ou faculdades inerentes à personalidade humana estão fora do domínio do direito privado, cujas prescrições não têm a virtude de afetá-los. Outros adotam um ponto de vista caracteristicamente téc-

nico, segundo o qual é impossível transpor no terreno da prática, os princípios que regem a indenização dos danos materiais para a esfera onde se agitam as prerrogativas e faculdades de ordem moral. Aí não se trataria mesmo de reparação, porque não haveria o que restaurar. Além disso, para essa reparação não se encontraria uma medida adequada ou um padrão aferidor, tornando a solução puramente arbitrária. E, por fim, um terceiro grupo atém-se, de preferência, a razões de ordem moral: o dinheiro não pode ser equiparado à dor; é imoral a tarifação dos sentimentos”.

Em contrário à primeira teoria, que se pode, considerar superada no campo doutrinário, surgem os positivistas. Para todos eles, o que se busca não é essa impossível equivalência, a tanto por tanto, da dor que constitui tais lesões. O dinheiro não pára a dor, todos eles proclamam e nenhum teve a veleidade de insinuar, ao menos, o contrário, pois: Uns, vão ao extremo e sustentam a tese ampla da reparabilidade, embora, às vezes, com determinadas cautelas. Outros, admitem-na apenas em casos especiais, quando a lei preveja e determine, ou faz distinções diversas.

Entre os componentes do primeiro grupo, incluem-se, de uma maneira geral, não só autores que afirmam a possibilidade da equivalência subjetiva ou aproximada, entre o dano moral e a reparação em dinheiro, mas também outros que apresentam, como fundamento da obrigação de indenizá-lo a idéia de satisfação compensatória concedida à vítima, ou mesmo a conveniência de imposição de uma pena privada ao responsável, não raro recorrendo-se a mais de um fundamento para justificar a medida.

De uma maneira em geral, a doutrina francesa mostra-se partidária dessa

orientação, para a qual se pretende encontrar apoio no art. 1.382 do Código de Napoleão, onde se alude a "dommage" sem qualquer reserva. Tal é o pensamento de Savatier, Planiol, Josserand e dos irmãos Mazeaud, que afirmam a natureza satisfatória da reparação, enquanto outros, como Planiol e Ripert, Savatier não lhe negam também o caráter de pena privada. E tal critério, o de binômio compensação-pena, de Demogue é, também, o que foi acolhido, entre nós, pelo Prof. Caio Mário da Silva.²⁹

Aliás, cita B. Stark que tentando um ensaio da Teoria Geral da Responsabilidade Civil, sustentou que, na esfera do direito privado, a pena privada não é uma sobrevivência, um fantasma do passado, mas uma das forças vivas em que efetivamente se baseia e se deve basear a responsabilidade civil.

Destas teorias resultou uma terceira chamada mista ou de eclética. Os seus seguidores admitem a reparação dos danos morais em seus reflexos patrimoniais.

Tal doutrina é rechaçada para muitos autores por ser prova da falacidade da teoria da reparação dos danos morais puros. Estes se não produzirem efeitos econômicos ou patrimoniais, não gozavam da proteção jurídica, mas tão-somente, da moral.

Seriam desta forma, uma espécie de direito ao qual faltasse um elemento básico, de afirmação — a força em potencial.

Para os adeptos desta teoria, só os reflexos materiais dos danos morais, são suscetíveis de reparação. Mas, como desde logo se está a ver, confundem as coisas e qualificam, como reflexo de danos morais, aquilo que não passa, singelamente, de um verdadeiro dano material, originário de uma causa ideal.

As causas dos danos materiais não hão de ser sempre, forçosamente ma-

teriais também. A confusão advém, aí, do fato de que, comumente, as causas morais geram, também, além de danos morais, verdadeiros danos patrimoniais, como nas hipóteses da calúnia, da difamação, dos ferimentos físicos, é o que se extrai da obra do já citado Wilson Melo da Silva.³⁰

IV — O DANO MORAL NA LEGISLAÇÃO COMPARADA

Analizando os diferentes sistemas legislativos relativamente ao problema da satisfação do dano moral, limitaremos-nos, aos mais importantes em nossa ótica, fazendo referências sucintas para simplesmente acentuar a título de ilustração as peculiaridades que apresentam.

1. Direito Francês

Depende do conceito que se faça do termo "dommage" das disposições do art. 1.382 do Código Civil para sabermos se ele se inclui entre as legislações destituídas ou não de regras gerais prevendo expressamente a satisfação do dano moral.

Para Soudart³¹ o *dommage* do art. 1.382 tanto compreende as lesões dos bens de natureza econômica, como de natureza ideal.

Ficando na obra dos irmãos Mazeaud (Henri e Léon), a defesa da reparabilidade, procuram ordenar a matéria, introduzindo, com apoio em Trébutien, Mangin e Laborde a regra da classificação dos danos morais em danos que afetam a parte social e danos que dizem respeito à parte afetiva do patrimônio moral.

Para eles os danos que afetam a parte social do patrimônio moral, estariam sempre ligados a um real e efetivo prejuízo material, como, por exemplo, as ofensas irrogadas à dignidade, ao bom-nome, à honra de cada um.

Pelo contrário; os danos da segunda classe, isto é, aqueles que dizem respeito à parte efetiva do patrimônio moral, estes *estariam sempre acompanhados de repercussões materiais*.

2. Direito Italiano

Neste país a matéria é prevista expressamente pelas disposições do art. 2.059 do Código Civil, vigorante desde 1942.

Filiando-se à corrente dos propugnadores da limitação legal dos casos de danos morais reparáveis, já aceita pelo BGB tedesco, o legislador italiano dispõe que o dano moral só fosse ressarcido “nei casi determinati della legge”. Assim é que, limitou a reparação apenas às hipóteses de danos morais decorrentes de delitos penais.

3. Direito Espanhol

Dispõe o Código Civil Espanhol em seu art. 1.902: “El que por acción causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, esta obligado a reparar el daño causado”.

É a mesma linguagem do Código Civil Francês e assim é que, nem a doutrina nem a jurisprudência vinham em favor do intérprete para auxiliá-lo na sua exegese lata da palavra “dano” do art. 1.902.

Dano em sentido estrito implicava necessariamente, diminuição do patrimônio, não se podendo falar em danos morais, coisa que faria rir à época da promulgação do Código Civil, e mesmo depois, aos austeros Juizes da velha Espanha.

Não raro ainda hoje na Espanha se confundem os puros danos morais com os danos morais indiretos têm sido determinadas, é certo assim, que não estão tão bem definidas a tese da reparabilidade dos danos morais.

4. Direito Português

Com a entrada em vigor, por disposições do Dec.-lei 47.344, a partir de 1.6.67, do novo Código Civil, o princípio da responsabilidade dos danos morais vem receber sua consagração definitiva no Estatuto Civil Lusitano, onde sob a rubrica de Danos não Patrimoniais no art. 496 se infere que: na fixação da indenização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito dentre outros.

Portanto, face a isso, já não mais existe nenhuma resistência à aceitação do dano moral e, impende acentuar que, a tese da reparabilidade já vinha merecendo nos últimos tempos total adesão dos doutrinadores e a reiterada acolhida por parte dos tribunais.

5. Direito Argentino

Está disposto o tema da reparabilidade do dano moral no Direito Argentino no art. 1.078 do Código Civil.

Assim é que, não se questiona mais também a tese da admissibilidade da reparação do dano moral.

Todo o debate doutrinário, com reflexos, aliás, na Jurisprudência, denota-se tão-somente em apurar-se até onde vai essa obrigação legal de reparar os prejuízos do dano moral.

Inferimos não só por este capítulo mas, também pelos estudos realizados em cima da obra de Wilson Melo da Silva que o dano moral na maioria dos países tem plena aceitação via de regra, até onde o direito consuetudinário é a regra como vemos a seguir.

6. Direito Anglo-Americano

Primeiramente cabe ressaltar que neste sistema vigora em toda sua plenitude as normas do direito consuetudinário

diferentemente dos sistemas retromencionados.

No Direito Anglo-Americano, não encontramos normas legais uniformes, ditando regras gerais para todos os casos de dano moral.

Aqui parte-se sempre de um caso concreto que, ao encontrar casos semelhantes já decididos e coletados resolvem as pendências de acordo com ele.

A tese da reparabilidade do dano moral encontra guarida neste sistema bem como pela sua Jurisprudência onde sempre se verifica naqueles casos nos quais existe, da parte do agente, intenção do ultraje.

A fundamentação do direito à reparação por danos morais tem sido abonada nos casos de culpa aquiliana, segundo a técnica do Direito Romano e jamais nos de culpa contratual, salvo, excepcionalmente, numa única hipótese na do descumprimento do ajuste sponsalício, no "breach of promise of marriage", onde a reparação, vem batizada de "broken heart".

V — AS VÁRIAS NORMAS DO DANO MORAL NO DIREITO DO CONSUMIDOR

1. A Resolução da Assembléia Geral da ONU

Segundo a Res. 39/248 da Organização das Nações Unidas, aprovada em sessão plenária de 9.4.85 os direitos básicos do consumidor são os seguintes: a) proteção quanto a prejuízos à sua saúde e segurança; b) proteção aos seus interesses econômicos; c) informações adequadas para capacitá-los a fazer escolhas acertadas de acordo com as necessidades e desejos individuais; d) educação para o consumo; e) possibilidade de real ressarcimento dos danos sofridos; e f) garantia de liberdade para a

formação de grupos ou organizações representativas de seus interesses tendo em vista processos decisórios.

Esses direitos constam dos princípios gerais (item 03) das normas para a proteção do consumidor e serviram de norte à elaboração do nosso Código de Defesa do Consumidor.

2. A Resolução do Conselho da Europa

Em 17.5.73 a Assembléia Consultiva do Conselho da Europa aprovou dois importantes documentos, sendo uma resolução sobre uma carta de proteção do consumidor, conhecida como "Carta do Consumidor" e, uma recomendação sobre a proteção do consumidor, dirigida ao Conselho de Ministros, com o fim de implementar os "princípios da carta do consumidor nos estados-membros do Conselho da Europa" e eximir a possibilidade de aprovação de uma Convenção Européia sobre a proteção do Consumidor.

Pois bem. A Res. 543 de 17.5.73 relativa à Carta de Proteção do Consumidor encerra basicamente a seguinte estrutura:

A) O direito dos consumidores à proteção e assistência: a) proteção contra danos físicos causados por produtos perigosos; b) proteção contra danos nos interesses econômicos do consumidor.

B) O direito de indenização por prejuízos.

C) O direito do consumidor à informação.

D) O direito do consumidor à educação.

E) O direito de representação e consulta.

A referida Resolução influenciou pois, a Comunidade Econômica Européia na adoção de uma política de pro-

teção e de informação dos consumidores, posto que, a Carta do Consumidor do Conselho da Europa consiste essencialmente no enunciado de uma série de direitos, que os programas da Comunidade Econômica Européia vieram a desenvolver.³²

Portanto, pode-se dizer que em face da Res. 543, de 17.5.73, do Conselho da Europa, a Comunidade Econômica Européia passou a tratar os direitos básicos do consumidor ao nível legislativo, criando por assim dizer, instrumentos adequados à operacionalização desses direitos.

3. Os direitos dos consumidores no plano internacional

As instituições européias assumiram a liderança, logo no início da década de 1970, começaram a se preocupar com os problemas dos consumidores.

Em 1969, por iniciativa da Alemanha Federal, da Bélgica, da França, dos Estados Unidos e da Holanda foi criada uma Comissão para a política dos consumidores para demonstrar não só a preocupação com estes, como para direcionar esta política sob um aspecto defensivo, orientada de maneira mais aberta ao diálogo, a fim de criar as condições necessárias para que o consumidor já participasse na elaboração e na execução das grandes decisões econômicas.

Demonstra o insigne Carlos Ferreira de Almeida³³ que: "A aceitação do consumidor como nova categoria de contraente e a atenção dada à natureza específica das relações jurídicas em que aquele participa vem surgindo também no domínio do direito comercial internacional e do direito internacional privado. Assim, enquanto a Lei Uniforme sobre a venda internacional de coi-

sas móveis corpóreas aprovada pela Convenção da Haia de 1.7.64, não fazia distinção essencial entre os contratos com e sem intervenção dos consumidores a Convenção das Nações Unidas sobre os contratos de venda internacional de mercadorias, adaptada em Viena, em 11.4.80, reconhece, ainda que negativamente, a natureza particular dos contratos relativos a mercadorias compradas para uso pessoal, familiar ou doméstico, ao excluí-la do seu campo de aplicação (art. 2.º, a)".

Em decorrência de todo o exposto várias modificações no sentido benéfico, vem operando-se mundialmente, por exemplo, a XIV Sessão da Conferência da Haia, reunida em outubro de 1980, aprovou um projeto de Convenção sobre a Lei aplicável a certas vendas aos consumidores.

4. O dano moral neste contexto

Pronunciamos pelos estudos efetuados, que se de modo geral todos, ou pelo menos a maioria dos países adotam a reparação do dano moral, esposando as Cortes de Justiça a tese positivista, melhormente aqui que têm-se em vista a parte mais fraca da relação de consumo.

Conseqüentemente se a Comunidade Econômica Européia propugna a defesa do direito do consumidor expondo basicamente em um de seus comandos o direito à indenização por prejuízos sofridos, concluímos que, dentre àqueles direitos encontra-se a tese da reparabilidade do dano moral.

Nesse particular, contrapomo-nos ao pragmatismo dos anglo-saxões, como ao materialismo germânico, pois inferimos que, todo e qualquer ato lesivo oriundo da relação de consumo deve ser objeto de imediata e justa indenização.

VI — CONSIDERAÇÕES ESPECÍFICAS SOBRE O DANO MORAL

1. Os lineamentos gerais sobre o conceito de dano moral

Dano moral, na esfera do Direito, é todo sofrimento humano resultante de lesão de direitos estranhos ao patrimônio, encarado como complexo de relações jurídicas com valor econômico. Assim, por exemplo, envolvem danos morais as lesões a direitos políticos, a direitos personalíssimos ou inerentes à personalidade humana (como o direito à vida, à liberdade, à honra, ao nome, à liberdade de consciência ou de palavra), a direitos de família (resultantes da qualidade de esposo, de pai ou de parente), causadoras de sofrimento moral ou dor física, sem atenção aos seus possíveis reflexos no campo econômico.

Pontes de Miranda³⁴ “dano patrimonial é o dano que atinge o patrimônio do ofendido; dano não patrimonial é o que só atingindo o devedor (*sic*) ser humano, não lhe atinge o patrimônio”.

Assim, acrescentam os irmãos Mazeaud que não se trata apenas do que atinja o domínio imaterial, invisível, dos pensamentos e dos sentimentos, pois o que se discute é também se dão direitos à reparação numerosos sofrimentos físicos que não têm reflexos patrimoniais, como os consecutivos, a uma cicatriz que desfigure, ou a um acidente sem consequências pecuniárias.³⁵

2. Natureza jurídica da reparação do dano moral

Pelos estudos efetuados até aqui podemos tranqüilamente afirmar que, a reparação moral não tem apenas a natureza penal, pois envolve uma satisfação à vítima, representando uma compensação ante a impossibilidade de se

esclarecer perfeita equivalência entre o dano e o ressarcimento.

Não é um tema pacífico por isso mesmo Wilson Melo da Silva,³⁶ o coloca da seguinte maneira: “Seria uma pena? Seria mera satisfação dada ao lesado? Uma simples afirmação da existência da tutela jurídica, ou verdadeira reparação compensatória?”

Continua expondo que, para Bonnard, à reparação, em tal hipótese, se atribuiria a simples qualidade de afirmadora da existência da tutela jurídica, pelo que bastaria que se ordenasse, em favor do lesado, a reparação simbólica ou o pagamento de um único “sou”.

No Direito Francês é comum a chamada de um franco por perdas e danos, ela materializa os processos de “pura formalidade”.

Tais danos, irreparáveis para uns, reparáveis para outros, sempre existem, a tese do “sou” ou do “franco” seria violentar a realidade, ou então, apenas dar de público, manifesto de um acomodamento simplista.

Pelo que inferimos no livro de Wilson Melo da Silva para Savatier tal reparação assumiria uma função dupla — seria satisfatória-compensatória, tal hipótese é freqüente nos casos da dor física nos quais nada haveria de estranhável na compensação da dor pelo dinheiro em certos casos e exemplar na maioria deles, como no adultério, o fundamento aqui estaria no caráter de pena privada que assumiria a indenização mandada pagar pelo Juiz ao lesado.

Ripert enumerou os casos de reparação por danos morais aos sentimentos, demonstrando o caráter chocante da reparação satisfatória, hipótese do esposo que se furtou ao cumprimento das obrigações conjugais.

Mazeaud et Mazeaud, admitem a possibilidade de o Juiz, na reparação dos danos patrimoniais, deixar-se influen-

ciar um tanto pela gravidade da falta cometida, introduzindo, assim, algo de pena privada na condenação, negam, por isso mesmo tenha um caráter exemplar a indenização mandada pagar nas hipóteses de danos morais.

Partindo do pressuposto de que “effacer” um prejuízo equivalente a uma reparação ideal, *in natura*, demonstram que, a maioria das vezes, pela impossibilidade de se reporem as coisas no mesmo estado que dantes apenas se pode “reparer” esse mesmo prejuízo, dando à vítima tão-somente “la possibilité de se procurer des satisfactions équivalentes à ce qu'elle a perdu”. Teria, assim, a reparação, de um modo geral, um caráter nitidamente compensatório, caráter esse que mais se acentuaria na reparação dos danos extrapatrimoniais.

Pacchioni empresta à reparação por danos morais um caráter franco de simples compensação. Não se repara os bens de natureza ideal, repara-se os bens de natureza econômica.

Wilson Melo da Silva, tem a reparação só compensatória pelo dano sofrido, pois, para que haja “pena” mister se torna, em cada caso, um texto legal expresso que a comine e um delito que a justifique. Na responsabilidade civil, mira-se, a pessoa do ofendido e não a do ofensor; a extensão do prejuízo para graduação do “quantum” reparador, e não a culpa do autor pois, a pena não passa da pessoa do delinqüente.

Desta feita podemos concluir como Demogue e Caio Mário que, a reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e de satisfação compensatória.

Não se pode negar sua função: a) penal, constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição de seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido, visto que o bem jurídico

da pessoa — integridade física, moral e intelectual — não poderá ser violado impunemente, subtraindo-se o seu ofensor às consequências de seu ato por não serem reparáveis; e b) satisfatória ou compensatória, pois como o dano moral constitui um menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais, provocando sentimentos que não têm preço, a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenua a ofensa causada.

A reparação do dano moral, conforme preleciona a Prof.^a Maria Helena Diniz³⁷ cumpre, portanto, uma função de justiça corretiva ou sinalagmática, por conjugar, de uma só vez, a natureza satisfatória da indenização do dano moral para o lesado, tendo em vista o bem jurídico danificado, sua posição social, a repercussão do agravo em sua vida privada e social e a natureza penal da reparação para o causador do dano, atendendo a sua situação econômica, a sua intenção de lesar (dolo ou culpa), a sua imputabilidade etc.

3. Dificuldades na avaliação da reparação do dano moral

Realmente não podemos negar as dificuldades existentes na avaliação do dano moral, mas conscientemente estamos também, da sua possibilidade.

Preleciona Filadelfo Azevedo³⁸ “porque também o dano material de acidente do trabalho, chega a tarifar o preço de um olho, de um dedo ou de uma perna”.

Sabemos que no campo do dano material também existe distorções, deficiências, não raro, de melhores meios probatórios, equívocos, erros e impossibilidade de fato, nem sempre, na prática, levam a uma real aquilatação do exato “quantum” dos prejuízos sofridos, fazendo com que a reparação, em

tais conjunturas, seja apenas aproximativa.

Mazeaud et Mazeaud, pondo em relevo tais tropeços e tais dificuldades, chegam a afirmar que se o fato precipuo no campo da responsabilidade civil, é o de assegurar-se à vítima uma reparação, tal objetivo não deve ser posto de lado apenas porque, à vítima, não se tenha podido acordar uma reparação perfeita, *in natura*.³⁹

Cunha Gonçalves⁴⁰ escreveu que: "Não há dinheiro que possa compensar tais prejuízos e contudo indenizam-se a reparação, nestes casos, é um sucedâneo, uma satisfação nos limites do possível. Não é o preço da dor — embora esta expressão seja usada como *inexata antonomásia* (substituição de um nome próprio por um comum ou uma perífrase)⁴¹ do dano moral; é o instrumento de alguns confrontos e algumas distrações, de lenitivos ao desgosto, de um possível prazer, que amorteça a dor".

Continua o louvado Autor: "Não é o remédio, que produza a cura do mal, mas sim um calmante. Não se trata de suprimir o passado, mas sim de melhorar o futuro. O dinheiro tudo isso pode proporcionar."

Arremata Wilson Melo da Silva⁴² que, na hipótese dos danos morais, no comum dos casos, é pelo sucedâneo que se promove a indireta reparação das lesões. É como sucedâneo específico, por suas características econômicas próprias e capaz de mais fácil e rapidamente, permitir a aquisição de outros bens que levem, ao ofendido, pelo prazer, a indireta compensação, apresenta-se o dinheiro.

Dá-se, então, o dinheiro, não como instrumento mediato, mas imediato da reparação. Não se paga, pois, assim, o preço da dor e nem se estabelece, por esta forma, o comércio dos bens morais.

Entregando-se à vítima uma parcela em dinheiro, proporciona-se-lhe uma indireta, embora nem sempre perfeita, reparação pelo prejuízo sofrido.

E é assim, que encaram a questão quase todos os adeptos da doutrina.

Olham o ressarcimento sob um prisma não-econômico, diferentemente do que fazem seus opositores, que pretendem, para os danos morais, as mesmas regras comuns de reparação aplicáveis aos danos materiais.

Por derradeiro explica o Autor que "a falta de reparação mais adequada do dano moral, de uma reparação ideal quase impossível na espécie, que não se deixe a vítima sem reparação qualquer. O contrário seria a negação dos próprios postulados, superiores, da justiça. Dificuldade não é impossibilidade. E se se não pode banir por completo, da alma do lesado, a grande dor sentida, que se procure, por todos os meios, uma atenuação, ao menos, para seu sofrimento. Que algo se faça em seu proveito, ainda que com a ajuda mesma, subsidiária, do dinheiro, com o qual se propicie a ele algum lenitivo, algum prazer, alguma distração, alguma sensação outra, neutralizadora, de euforia ou bem-estar.

Que se não raciocine, na conjuntura, com a lógica do falido a que se refere Giorgi, o qual, não podendo pagar a seus credores o total devido, por isso mesmo, nada lhe quisesse pagar. O pouco seria sempre preferível que nada.

Assim pensamos nós, assim pensaram muitos. E assim seria de se desejar que pensassem também todos os aplicadores do Direito, todos aqueles que tenham a seu cargo a delicada tarefa de dar a cada um o que é seu".

Concluimos dizendo que, a questão da ressarcibilidade do dano moral com as problemáticas que se suscitam e os reflexos patrimoniais inegavelmente de-

vem ser indenizados, como qualquer outro dano material.

Acentuamos também que esta questão tem dado lugar ainda, nos dias de hoje, a profundas divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

Primeiro, tais dissídios dizem respeito, à conveniência ou possibilidade de assegurar-se a sua reparação por meio de normas de direito privado.

Segundo, ao modo de realizá-la, dadas as dificuldades de prova e a inexistência de uma unidade de medida.

Terceiro, às pessoas que a ela teriam direito, debatendo-se, ainda, quanto ao profundamento da obrigação legal que a imponha.

É de observar-se, entretanto, que não raro um mesmo ato acarreta danos patrimoniais e morais, refletindo-se estes no campo econômico pela diminuição da capacidade de trabalho do lesado, ou acarretando-lhe prejuízos de outra ordem.

De maneira que, nesses casos, não há dificuldade a vencer por que, indubitavelmente, os reflexos patrimoniais do dano moral devem ser atendidos e reparados.

4. A intransmissibilidade do direito a indenização por dano moral

Fischer⁴³ favorável a transmissão aos herdeiros do ofensor ensina-nos que, a reparação do dano nem sempre se torna necessária, para ocorrer a culpa do agente ou da pessoa por ele responsável, pois na responsabilidade civil se preocupa com a pessoa do ofendido e a extensão do prejuízo para calcular-se o valor da reparação. Pormenoriza quanto a pena dizendo que esta não passa da pessoa do delinqüente, mas que o ônus da reparação do dano quer patrimonial, quer extrapatrimonial, se transmite aos herdeiros do ofensor.

Quanto ao ofendido aduz Wilson Melo da Silva que: "E se inquestionável é que o direito à reparação por danos morais jamais se transmite, ativamente, aos herdeiros da vítima, diferentemente, aliás, do que acontece em se tratando dos danos materiais, não se queira enxergar, no fato, uma característica que roube a essas indenizações por prejuízos extrapatrimoniais as suas qualidades de reparação comum. O fato antes traduziria uma singularidade desses danos e nada mais".

Continua prelecionando que: "se pode o patrimônio econômico sobreviver a seu titular, o seu patrimônio moral com ele se extingue. Os bens integrantes desse patrimônio ideal não se transmitem, eis que, bens acessórios, dependem, necessariamente, para sua existência, do próprio ser ao qual são inerentes".

Vemos assim que, dado o seu caráter subjetivo, sua pessoalidade, sua inerência à pessoa, os bens morais não podem subsistir sozinhos, daí serem pertinentes ao foro íntimo e insujeitos à transmissão. As dores, os sentimentos, as angústias, as prostrações, não podem ser transferidos de uma pessoa para outra.

Ainda que a memória do extinto represente valores patrimoniais para os familiares, ainda que estes tenham direito a cultuar essa memória, ainda assim, estão diante de um direito moral próprio e não de um direito herdado.

Em nosso ordenamento jurídico inexistente o reconhecimento do *ius hereditatis* tocante aos danos morais puros, a personalidade e todos os valores que a adornam perecem juntamente com o ser humano.

Os bens espirituais, ele os leva consigo para a eternidade deixando apenas os materiais, aos bens imateriais

aplica-se, assim, o axioma latino do *mors omnia solvit*.

No entanto, a questão não se apresenta tão pacífica assim, em face da ausência de disciplina legal específica.

Wilson Melo da Silva, para demonstrar a intransmissibilidade dá-nos o seguinte exemplo: “Se, por danos morais, pudesse caber, ao morto, a compensação X e a seus herdeiros tocasse, *iure proprio*, pelo mesmo fato, uma compensação Y, ditos herdeiros jamais receberiam, por isso, X mais Y. O X teria desaparecido com o morto”.⁴⁴

Continua aduzindo que o BGB consagra no seu § 847, 1.ª alínea, este princípio, que é, também uma regra doutrinariamente reconhecida por Demogue, por Ripert.

No Direito Português não difere muito o problema. O Código lusitano também não disciplina a contento a matéria, deixando margem a posicionamentos jurídicos divergentes.

Assim é que, Delfim Maya de Lucena, após dizer que os danos não patrimoniais “têm na sua origem a injúria de bens suscetíveis de qualificação pecuniária” e que “o direito à indenização tem sempre indiscutivelmente natureza patrimonial e consiste num direito a uma prestação monetária, entende nada justificar o seu afastamento do regime legal”.⁴⁵

O Prof. Dr. Adriano Vaz Serra afirma que o direito à indenização por danos morais deve ser transmissível.⁴⁶

Na mesma linha de raciocínio aduz o Prof. Dr. Nuno Espinosa Gomes da Silva⁴⁷ “ser o direito à indenização um direito patrimonial, que se traduz numa prestação pecuniária e que se inclui na regra geral da transmissão das relações de natureza patrimonial, trate-se de indenização por danos patrimoniais ou por danos morais, uma vez que, em ambos os casos, o direito à indenização, esse sim, é patrimonial”.

Oliveira Assunção⁴⁸ ensina que os direitos à indenização que o *de cujus* porventura tenha adquirido, integram o seu patrimônio e são objeto de sucessão, o mesmo se passando com a compensação que vise cobrir danos pessoais, como acontece nos casos em que sendo o *de cujus* mortalmente atingido, a morte não é imediata e ele sofre, antes de morrer.

Também Pereira Coelho⁴⁹ escreve que o direito a indenização por danos causados à vítima, antes de sua morte, se transmite a seus sucessores, desde que ela não tenha renunciado ao direito. Frisa que, a distinção entre danos patrimoniais e morais não tem, para efeito de saber se os herdeiros do lesado podem ou não intentar a ação de indenização por danos morais, qualquer base legal ou racional. O mesmo autor registra “não serem as afirmações acima reproduzidas e repisadas, levadas às suas últimas consequências, quer pela generalidade da doutrina inclusive, até, por quem as produz quer, enfim, também pela Jurisprudência”.

Assim é que, enquanto uns negam a transmissibilidade do direito, outros sustentam que com o óbito do *de cujus* esse direito se incorpora *ipso facto* na esfera patrimonial do extinto, indo transmitir-se a seus herdeiros legais ou testamentários.

Assim pensamos que o patrimônio econômico sobrevive ao dono, e a moral também, não termina com a morte do dono. Os Bens componentes se transmitem aos herdeiros, por dependerem necessariamente do ser a que pertencem, ao qual são inerentes, e com cuja existência se confunde.

Se esse patrimônio moral não deixou de existir juntamente com seu titular há como transmitir-se a outrem. Trata-se na doutrina geral de intransmissibilidade ativa do direito à reparação, i.e., a adotada em nossa sistemática ju-

rídica, apesar do iluminado Aguiar Dias⁵⁰ pelo que pudemos verificar não esposar tal tese como segue: "A ação de reparação é transmissível? Não há princípio algum que a isso se oponha. A ação de indenização se transmite como qualquer outra ação ou direito aos sucessores da vítima. Não se distingue tampouco, se a ação se funda em dano moral ou patrimonial".

Esse pensamento escoteiro deste renomado Jurista fez com que fizéssemos grande reflexão e, acabamos pelos retromencionados motivos a concordar com ele em gênero, número e grau.

5. O dano moral causado a pessoa incapaz

Expõe Wilson Melo da Silva que os incapazes de sentir, por causa de origem patológica ou insuficiente desenvolvimento mental, as dores morais não são suscetíveis dos danos não patrimoniais.⁵¹

O tratamento a ser dispensado a todas aquelas pessoas físicas que, por desenvolvimento retardado ou incompleto, ou por qualquer outro fator patológico, são incapazes de sentir a dor moral é o da não ressarcibilidade.

É sabido que no terreno das doenças mentais muito diversificadas são as enfermidades que abatem o homem, fazendo-o insensível e sem condições de autodeterminar-se, e de distinguir entre o bem e o mal.

O louco e o imbecil não denotam sentimentos íntimos por morte de um parente próximo, muito menos aqueles dementes que matam pessoas de sua própria família.

Não há que se falar, por conseguinte, em dano moral sofrido por essas pessoas quer sejam mentecaptos ou doidos, ou crianças que, ainda não adquiriram noção do que seja angústia ou depressão, ou qualquer outro sofrimen-

to apto a justificar a reparação por dano moral.

Situação diversa temos, quando o dano moral implica na morte de um filho menor, consistirá então "na penosa sensação da ofensa, da humilhação perante terceiros, na dor sofrida, nos efeitos meramente psíquicos e sensoriais experimentados pela vítima do dano, enfim, é a ofensa aos direitos da personalidade, sem repercussão imediata ao patrimônio. Pouco importando que a ofensa seja à própria pessoa ou a alguém da sua família, como podemos citar o caso da morte do filho menor, que ainda não exerça trabalho remunerado, cuja indenização se impõe, matéria já regulada pela Súmula 491, do STF".⁵²

6. O dano moral causado a pessoa jurídica

Quanto a possibilidade de a pessoa jurídica vir a sofrer dano moral verificamos que existe duas correntes:

A primeira alegando não ser possível a pessoa jurídica sofrer por dano moral vez que, a dor em sentido amplo, consistente em angústias, depressão moral, vergonha, vexame etc., é o fundamento principal dos danos morais. Esses sentimentos são próprios do ser humano, pois condizem com o seu sistema nervoso, com sua sensibilidade, com seu organismo, de maneira que, as pessoas jurídicas sem capacidade afetiva e sensorial, só passivamente podem ser responsáveis por danos morais. Não podendo jamais pleitear ressarcimento com base em dano moral experimentado.

Em sentido contrário temos Henri e Léon Mazeaud⁵³ para quem a pessoa jurídica é suscetível de sofrer lesões de natureza ideal.

Para eles, tais entidades jurídicas só não experimentam os danos morais da-

queela classe que dissesse respeito apenas à parte afetiva do patrimônio ideal e isto porque, como metaforicamente o consignam, as pessoas jurídicas não têm coração. Quanto aos danos morais, condiscentes com a parte social do patrimônio não-econômico do lesado, acolhem, porém, plenamente, a idéia de que os possam sofrer as pessoas jurídicas.

Nesta linha de raciocínio temos Adriano De Cupis⁵⁴ que dispõe, existir danos não patrimoniais subjetivos (“dolore fisico” e “patemi d'animo”) e danos não patrimoniais objetivos (ofensas ao bom-nome, à reputação, etc.). Não podendo a pessoa jurídica sofrer os danos subjetivos, tem capacidade para sofrer os objetivos.

Dentre nossos doutrinadores pátrios encontramos Wilson Melo da Silva,⁵⁵ Agostinho Alvim⁵⁶ que defendem a primeira corrente ou seja, rechaçam a pretensão de ampliar a ressarcibilidade às pessoas jurídicas argumentando que, se o dano moral pressupõe o dano e não a diminuição patrimonial, arredada a idéia de dor no pertinente às pessoas jurídicas, então, “não sabemos em que consistirá esse dano, que nem é dor nem prejuízo”.

Ousamos discordar destes renomados doutrinadores pátrios, para engrossar a fileira dos que admitem que a pessoa jurídica tem legitimidade para pleitear a respectiva reparação por dano moral.

Nesse sentir citamos o Acórdão do Tribunal do Rio Grande do Sul, proferido na Ap. Civ. 587.064.718, tendo como Relator o Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr. que teceu o seguinte comentário ao proferir seu voto:

“Examino agora a apelação do réu que pretende reformada a sentença na parte relativa à condenação pelo dano moral.

Duas correntes se digladiam sobre a possibilidade de a pessoa jurídica ser sujeito passivo de dano moral. Definido este como o dano jurídico que decorre da ofensa ao equilíbrio espiritual da vítima conclui-se necessariamente que somente a pessoa física pode sofrer a dor ou a alteração psíquica necessária para a caracterização do dano moral. Porém, se entendermos ser o dano moral o dano jurídico causado por violação a interesse extrapatrimonial protegido pela ordem jurídica — como me parece que é — a conclusão a que chego é pela admissibilidade de a pessoa jurídica sofrer um dano moral, apesar de não ter psiquismo, não sentir dores, não padecer abalo no sentimento de dignidade, desprovida de espiritualidade, ela tem porém legítimos interesses de ordem imaterial, citando-se entre eles o “direito à privacidade”, com a faculdade de manter seu domicílio livre de intrusos, o direito à inviolabilidade da correspondência, o direito ao segredo profissional (Iturraspe, *Responsabilidad por Daño Moral*, v. 4.º, p. 1.244, nota 26, ed. Ediar, 1986).

Acrescente-se um dos mais importantes que é o direito de preservar a sua reputação comercial. O bom-nome, a boa fama é importante para a sociedade comercial no seu relacionamento com as outras empresas, com seus clientes e com o público em geral. A reputação, a “honra externa” que a pessoa jurídica também pode ser alvo de agressão de outrem, inclusive de outra pessoa jurídica, e a ofensa assim praticada provocará diminuição na posição jurídica de que desfruta a sociedade comercial, causando-lhe um dano jurídico, o qual, por atingir bens de natureza extrapatrimonial, denomina-se de dano moral. A resposta positiva à presente questão tem sido dada com predominância na França (Mazeaud-

-Tunc, *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français*, II/570) e na Itália (Frosali, *Reato, Danno e Sancione*, p. 71).

Na Argentina, doutrina e jurisprudência se dividem (Iturraspe, ob. cit., p. 224 e ss.), mas Roberto Brebbia, o precursor do tema no país vizinho, é categórico: "La segunda question que se plantea alrededor de este punto es la de determinar si las personas de existencia ideal son susceptibles de sufrir un agravio moral. Coincidiendo con otros autores que han abordado el tema en el derecho francés, somos de opinión que las personas morales pueden constituirse sujetos pasivos de un agravio extrapatrimonial siempre que el ataque que origine el daño sea dirigido contra los bienes o presupuestos personales que las mismas de acuerdo a la particular naturaleza el ente colectivo que sirve de substrato a su personalidad, pueden poseer. Así, por ejemplo, poseyendo los sujetos de existencia ideal, entre sus tributos de orden personal, un nombre y una consideración, debe concluirse necesariamente que el hecho que vulnere los derechos que tutelan dichos bienes engendrará un verdadero daño moral y el consecuente derecho a obtener una reparación a favor de la persona jurídica afectada" (Brebbia, *El Daño Moral*, pp. 217-8).⁵⁷

7. O dano moral e o abalo de crédito

Nelson Abrão⁵⁸ preleciona que "abalo de crédito é, desenganadamente, dano patrimonial, por seus patentes reflexos na ordem econômica".

José de Aguiar Dias⁵⁹ aduz que: "Ora, assim identificado, o abalo de crédito é dano patrimonial: sua influência prejudicial se exerce em relação ao patrimônio do comerciante. E não só do comerciante, mas também de qualquer profissional cuja atividade

dependa da manutenção do seu prestígio junto àqueles com quem entra em relações de ordem patrimonial".

René Ariel Dotti aduz que: "Esta forma de reparação do dano causado pelo abalo de crédito assume relevância nos dias de hoje, quando se tem em conta o prestígio das informações sigilosas prestadas pelas chamadas "sociedades de proteção de crédito", no que invadem a seara de privacidade dos indivíduos".⁶⁰

Adotando tal entendimento, inclinamo-nos, por aceitar a possibilidade de se pleitear a ressarcibilidade pelo abalo de crédito sofrido, como dano moral.

Vejamos o entendimento do Relator Des. José Osório, que ratifica tal entendimento no julgamento da Ap. Cív. 113.554-1, pelo TJSP:⁶¹

"Dano moral — Abalo de crédito — Cheque devolvido por insuficiência de fundos — Contrato de abertura de crédito entre o Banco e o autor — Renovação automática não efetuada por inexistência de saldo médio — Falta de aviso ao correntista — Infração contratual dolosa — Reparação moral fixada em 20 vezes o valor do cheque — CF/88, art. 5.º, X.

"O encerramento abrupto e unilateral do contrato de abertura de crédito, pelo Banco, causando a devolução de cheque expedido pelo autor, por falta de fundos caracteriza infração contratual dolosa, sendo a reparação do dano moral causado fixada em 20 vezes o valor do cheque devolvido. (Ap. Cív. 113.554-1 — Capital — Apte.: O. P. — Apdo.: Banco Brasileiro de Descontos S/A — BRADESCO — J. 12.9.89)."

Reafirmando nosso entendimento sublinha Yussef Said Cahali que o crédito, na conjuntura atual, "representa um bem imaterial que integra o patrimônio econômico e moral das pessoas, sejam elas comerciantes ou não, pro-

fissionais ou não, de modo que a sua proteção não pode ficar restrita àqueles que dele fazem uso em atividade especulativa; o abalo de crédito molesta igualmente o particular, no que vê emanada a sua honorabilidade, reduzindo o seu conceito perante os concidadãos; o crédito representa um cartão que estampa a nossa personalidade, e em razão de cujo conteúdo seremos bem ou mal recebidos pelas pessoas que conosco se relacionam na diuturnidade da vida privada. Em realidade, no abalo de crédito, conquanto única a sua causa geradora, produzem-se lesões indiscriminadas ao patrimônio pessoal e material do ofendido de modo a ensejar, se ilícita aquela causa, uma indenização compreensiva de todo o prejuízo. E considero o prejuízo como um todo, nada obsta a que se dê preferência à reparação do dano moral, estimada pelo arbítrio judicial, se de difícil comprovação os danos patrimoniais concorrentes".

A seguir o Autor cita arrestos gaúchos, no sentido de não se deverem cumular as indenizações por dano moral e patrimonial, não se podendo punir duas vezes a mesma infração.⁶¹

Em resumo, entendemos que o abalo de crédito deve ser encarado em regra como dano moral, i.e., não existe ao nosso ver no Direito Brasileiro, nenhuma norma impedindo a reparação do dano exclusivamente moral neste caso.

VII — O DANO MORAL NO NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO

1. Considerações Preliminares

Hermenegildo de Barros, invocado por Pontes de Miranda já acentuara que "embora o dano moral seja um sentimento de pesar íntimo da pessoa ofendida, para o qual se não encontra

estimação perfeitamente adequada, não é isso razão para que se lhe recuse em absoluto uma compensação qualquer. Essa será estabelecida como e quando possível, por meio de uma soma, que não importando uma exata reparação, todavia representará a única salvação cabível nos limites das forças humanas. O dinheiro não os extinguirá de todo; não os atenuará mesmo por sua própria natureza, mas pelas vantagens que o seu valor permutativo poderá proporcionar, compensando, indiretamente e parcialmente embora, o suplício moral que os vitimados experimentam".⁶²

Estudaremos em seguida, o problema da satisfação dos danos morais em face dos trabalhos preparatórios do Código Civil, bem como seus dispositivos.

Assim, por derradeiro veremos como esse tema evolui ao ser tratado no Anteprojeto do Código e em leis esparsas.

Desta feita, coroados o até aqui explanado, começaremos este item pela análise do direito anterior ao Código Civil, não só com a visão da nossa Carta Magna juntamente com a tendência da Jurisprudência mas, como este tema foi recepcionado pelo Código de Defesa do Consumidor.

2. Direito anterior

Nossos civilistas pátrios quanto ao problema da reparação do dano moral apenas deixavam acentuar que, nos casos de responsabilidade delitual, a indenização deveria ser plena.

Na *Consolidação das Leis Cíveis*, Teixeira de Freitas, inclinado pela defesa da tese de aceitação do dano moral declarou que: "a indenização será sempre a mais completa que for possível. No caso de dúvida, será a favor do ofendido" (art. 800) — assim reproduziu o disposto no Código Criminal de 1830. E, esclarecendo o alcance da

regra, acrescentou no art. 801: "Para este fim o mal, que resultar à pessoa e aos bens do ofendido, será avaliado por árbitros, em toda as partes e consequências".

Explicando os dizeres deste artigo salientou que: "O mal à pessoa e seus bens, ou quaisquer delitos, avaliados em todas as suas partes e consequências fora redutível sem inconveniente ao que se chama prestação de perdas e danos — perdas e interesses — lucros cessantes e danos emergentes; o que vem a ser, o que efetivamente perdeu-se, e o que se deixou de ganhar. Estas expressões entretanto são de uso aplicarem-se unicamente às faltas dos devedores por obrigações não derivadas de delitos puníveis pelas leis criminais".⁶³

Dentre os que negaram qualquer possibilidade de ressarcimento do dano moral tivemos Lafayette e Lacerda de Almeida pronunciando que nas perdas e danos não se incluía o chamado prejuízo moral.⁶⁴

Inclinando-se pela admissibilidade tivemos grandes expoentes tais como: Filadelfo Azevedo e Eduardo Espinola⁶⁵ bem como lecionou Orosimbo Nonato: "Todo dano é indenizável, como ensina Clóvis Beviláqua, e a essa regra não se exclui o dano moral, já que o interesse moral, como está no Código Civil, é poderoso para conceder a ação. O grande argumento em contrário diz apenas respeito à dificuldade de avaliação do dano".

3. A problemática satisfação do dano moral face aos trabalhos preparatórios do Código Civil

Vicente de Carvalho,⁶⁶ em estudo especializado sobre a matéria, com respeito ao ato ilícito de natureza criminal, como a doutrina da época empenhadas em estabelecer penas ou medidas de segurança, necessárias à defesa

social contra o delito, muito pouco se preocupavam com as suas consequências civis, para assegurar a efetiva reparação do dano, mesmo patrimonial, causado pela própria infração criminosa.

Deixando de lado os Projetos de Felício dos Santos e de Coelho Rodrigues que não foram aceitos e não cogitavam, em regra, senão da indenização do dano material, suscetível de avaliação pecuniária, verificamos que o Projeto do Código de Beviláqua a propósito de certas espécies delituosas, regulou e impôs-se, no capítulo relativo à liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos, a satisfação compensatória de uma soma em dinheiro ao ofendido, além da indenização efetiva do dano material por ele sofrido, ou quando este não pudesse ser apurado.⁶⁷

Assim é que, apesar de doutrinariamente acolher em toda a sua plenitude a tese da reparação dos danos morais, referentemente à nossa lei escrita, entende-se que tal princípio foi aceito com limitações.

4. Pequena explanação sobre os dispositivos do Código Civil

"Sem qualquer propósito polemístico, inclinamo-nos a crer que Clóvis Beviláqua, Filadelfo de Azevedo, Pontes de Miranda, Espinola e outras estrelas de primeira grandeza, quer do pretório, quer de cátedra, interpretam bem o direito federal, quando admitindo reparação do dano extrapatrimonial, se reportem ao direito de ação, não só por legítimo interesse econômico, mas também moral, do art. 76 do Código Civil; ao preço de "afeição" equivalente à coisa que já não existe do art. 1.543 do mesmo Código; à referência expressa a indenização da injúria ou calúnia (art. 1.547, *idem*); ao dote da mulher agravada em sua honra se o culpado não quiser reparar o mal pelo

casamento, além de perdas e danos no caso de ofensa à liberdade pessoal; no arbitramento do dano nos casos de violência sexual ou ultraje ao pudor (idem, art. 1.549); no dote à mulher “ainda capaz de casar”, do art. 1.538, § 2.º, que deve ser entendido como proteção àquela que não exerce nem tem aptidões para exercer profissão, pois o legislador não ignorava de 1902 a 1917, que muitas senhoras se, entregavam a trabalho profissional, como se vê do art. 233, IV (autorização do marido para exercer profissão fora do lar) e até do Código Comercial, de 1850 (art. 1.º, n. 40).”

E continua expondo que: “E se o Código Civil não distinguiu no art. 159, não deverá distinguir o intérprete. Nem distingue o art. 74, n. I, do CP”.

Por derradeiro ensina-nos Paulo Roberto Freitas em um de seus votos proferidos ⁶⁸ que: “Tantas regras positivas excluem o caráter negativo que emprestam ao art. 1.537, do Código Civil, pelo princípio de que ao legislador não se deve imputar absurdo, por antinômicos que pareçam dispositivos contemporâneos entre si ou cláusulas do mesmo dispositivo, como ocorre, por exemplo, no art. 505 do mesmo Código”.

Insta acentuar que, a menção sobre o direito de ação defensável no Acórdão supracitado emerge do entendimento de que o Código Civil foi elaborado. Dominava o conceito de ação ainda vinculado ao direito subjetivo, ação e direito como verso e averso da mesma moeda, a justificar a inserção da regra do art. 75, no estatuto de direito material; até então a nossa doutrina não se havia impregnado das sutilezas processualísticas que já se esboçavam, sob o manto de uma teoria autonomista do direito de ação, a considerá-la como um direito de reclamar do Estado a prestação jurisdicional. ⁶⁹

5. O dano moral nos Anteprojetos do Código Civil

O princípio segundo o qual “o dano moral não é indenizável”, não frutificou em nossos anteprojetos pois, a tese contrária foi esposada já por Teixeira de Freitas conforme pudemos verificar linhas atrás.

Wilson Melo da Silva ⁷⁰ aduz que: “O Anteprojeto do Código das Obrigações, de 1941, coroando todos esses trabalhos e dando acolhida a uma imperiosa necessidade da vida jurídica de nossos tempos, houve por bem consagrar a doutrina e reduzi-la, em linguagem franca, a texto de lei”.

Continua o insigne mestre a aduzir que “Todos os componentes da tríade de ilustres juristas que o elaboraram, Hahnemann Guimarães, Filadelfo Azevedo e Orosimbo Nonato, individualmente, são doutrinadores convictos da ressarcibilidade dos danos morais”.

Disponha o art. 181 do referido Projeto o seguinte: “Além do que for devido pelo prejuízo patrimonial, cabe a reparação do dano moral, moderadamente arbitrada”. E no art. 182: “Não ocorrendo prejuízo patrimonial ou sendo insignificante, será o autor do ato lesivo condenado a pagar uma soma em dinheiro, nos termos do artigo anterior”.

Nessa linha de evolução, temos o Anteprojeto do Prof. Caio Mário de 1965 que, como bem diz Wilson Melo da Silva, de maneira bem expressiva e eloquente, por esta forma se inscrevem as disposições de seu art. 856: “O dano ainda que simplesmente moral será também ressarcido”.

Por derradeiro o atual Anteprojeto de Código Civil preleciona o Prof. Yussef Said Cahali ⁷¹ que: “Lamentavelmente, caracteriza-se pela falta de sintonia entre seus dispositivos, resultante do fato de terem sido compostas as

suas várias partes (Livros) por diversos juristas, falhando a coordenação geral quanto a imprimir-lhe uma unicidade orgânica”.

Assim, enquanto o art. 184 (Parte Geral, Moreira Alves), prescreve que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que simplesmente moral, comete ato ilícito (art. 197 do anteprojeto primitivo; e do projeto revisto n. 634, de 1975, 186)”.

Buscando assim melhor explicitar aquilo que já se contém no art. 159, do Código Civil, tem-se que, no capítulo concernente à liquidação da indenização (*Direito das Obrigações*, Agostinho Alvim), não se inseriu nenhuma disposição genérica relativa à reparabilidade do dano moral, limitando-se o Autor a reproduzir, defeituosa e ambigualmente (arts. 980-990). (Arts. 1.003-1.004 do Anteprojeto primitivo; arts. 986-996, do Anteprojeto revisto), e que se contém mais claramente no Código civil em vigor.

Impede após a análise do tópico anterior e deste, colocarmos nossa opinião sobre sua evolução e, assim fazemos:

Vimos que perante a lógica jurídica, isto é, os princípios fundamentais do direito Civil, a reparação civil do dano moral se impôs, pelo menos para a maioria dos doutrinadores pátrios e perante as normas específicas do Código Civil. Interpretadas, como é correto à luz dessa mesma lógica, tais como os arts. 76, 159, e ao tratar da liquidação das obrigações por ato ilícito, em diversos artigos expressamente fixa uma verba para reparação de dano não patrimonial e em nenhum artigo determina expressamente que só o dano patrimonial deve ser reparado e também o art. 1.553 está a disposição ampla de que “nos casos não previstos neste ca-

pítulo se fixará por arbitramento a indenização”.

Isto nos leva a enxergar que pelas disposições citadas estamos diante de um sistema que: 1.º) em nenhuma de suas disposições se opõe expressamente à reparação do dano moral; 2.º) que em diversas delas expressamente a determina e que; 3.º) consagra a relevância, em princípio, de interesse moral para o Direito Civil, de acordo com o pensamento de Paulo Dourado de Gusmão.⁷²

Assim nada mais justo que, em nossos Anteprojotos culmine o direito à reparação do dano moral decorrentes das violações da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem.

6. Algumas leis específicas que tratam sobre o dano moral

A primeira lei a tratar do dano moral é a de n. 2.681, de 7.12.12, regulamentadora da responsabilidade civil das estradas de ferro, e, posteriormente, pelo direito pretoriano, tornada extensiva a todas as empresas transportadoras, uma disposição clara, existe que acolhe a reparação por puros danos morais, conseqüentemente dos padecimentos físicos do passageiro acidentado.

É o caso do art. 21 da Lei, no qual se lê que: “no caso de lesão corpórea ou deformante, à vista da natureza da mesma e de outras circunstâncias, especialmente a invalidez para o trabalho ou profissão habitual, além das despesas com o tratamento e os lucros cessantes, *deverá pelo Juiz ser arbitrada uma indenização conveniente*” (grifamos).

Ora, essa “indenização conveniente”, arbitrável pelo Juiz, além das despesas com o tratamento, e os lucros cessantes da vítima, só pode dizer respeito, insofismavelmente, ao *pretium do-*

loris, matéria tratada como responsabilidade civil por dano estético.

O nosso sistema legislativo ainda se reporta ao ressarcimento por dano moral no Código Brasileiro de Telecomunicação Lei 4.117 de 27.8.62 que dispõe em seus arts. 81, 84 e 87 o seguinte:

“Art. 81 — Independentemente da ação penal, o ofendido pela calúnia, difamação ou injúria cometida por meio de rádio-difusão, poderá demandar, no Juízo Civil, a *reparação do dano moral*...”.

“Art. 84 — Na estimação do *dano moral* o Juiz terá em conta notadamente a posição do indivíduo...”.

“Art. 87 — Os dispositivos relativos à *reparação dos danos morais* são aplicáveis no que couber, ao caso do ilícito contra a honra por meio da imprensa...” (grifos nossos).

Também merece encômios a Lei de Imprensa 5.250 de 9.2.67 que assim dispõe:

“Art. 49 — Aquele que no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e de informação, com dolo ou culpa, viola direito ou causa prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar:

I — *os danos morais* e materiais nos casos previstos no art. 16, ns. II e IV, no art. 18 e de calúnia, difamação e injúria.”

“Art. 56 — A ação para haver indenização por *dano moral* poderá ser exercida separadamente para haver dano material e sob pena de decadência deverá ser proposta dentro de três meses da data da publicação ou transmissão que lhe der causa” (grifamos).

A Lei Federal 5.988/73 também traz disposições sobre o dano moral assim é que na contrafação de propriedade literária científica ou artística, a lei tutela de forma incisiva o direito dos autores. Exemplificando, se professores universitários imprimem apostilas das

suas lições ou aulas ministradas, e se tais apostilas, sem sua permissão, e sem conterem os seus nomes, forem impressas e vendidas por outrem, opera-se uma verdadeira falsificação, ensejadora de reparação por perdas e danos. Todos os autores terão legitimidade ativa para conjunta ou separadamente, pleitearem o ressarcimento devido, que poderá consistir em retratação obrigatória em jornal, consoante artigo 126, mais o dano moral. Isso porque “a mesma lei dos direitos autorais permite a indenização pelos danos ou prejuízos morais. E, evidentemente, para um professor, autor de obra literária ou técnica, a omissão de seu nome na publicação, ao contrário do que ocorria anteriormente, dando-a como de autoria desconhecida, é gravame a justificar a imposição de pena”.⁷³

Insta acentuar que, os atos que habitualmente infringem o direito autorais podem ser relacionados como o plágio, a cópia e a intimação. Lesando o direito de propriedade, e provindo de conduta dolosa, com o fim lucrativo, configuram amiúde de um verdadeiro estelionato cultural. A reparação impõe-se nessas oportunidades, em face do desprezo ao direito moral diretamente vinculado à pessoa do autor, e fundado no fato de ser a obra a projeção de sua personalidade.⁷⁴

7. O dano moral na Constituição Federal e na Jurisprudência

Após o advento da nova Constituição Federal de 1988 que dispõe em seu art. 5.º, V e X o seguinte:

Inc. V — “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, *moral* ou à imagem;”

Inc. X — “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito

A indenização pelo dano material ou *moral* decorrentes de sua violação". (Grifamos)

Perdeu atualidade a discussão a respeito da reparação de dano moral, surgida mais tecnicamente a partir da clássica monografia de 1955, *O Dano Moral e Sua Reparação*, de Wilson Melo da Silva, com tendência jurisprudencial da época de não admitir a sua ressarcibilidade, de que se pode destacar como exemplo o v. Acórdão do Supremo Tribunal Federal, com voto vencido do Min. Orosimbo Nonato, publicado in *RF* 138/452.

Na Jurisprudência do STF a tese da reparabilidade do dano moral ganhou força após memorável Acórdão em que foi Relator o ilustre Prof. Moacyr Amaral Santos, seguindo-se inúmeras outras decisões nesse sentido.

No Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro a 5.^a Câmara Cível firmou segura orientação de admitir a ressarcibilidade do dano moral, mesmo que cumulada com a do dano moral material conforme se pode ver a Ap. Cível 1.555/88.

É o que também encontramos no Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo onde a tese da reparabilidade do dano moral vinha encontrando amparo cada vez maior, *verbi gratia* in *RJTJ* 85/143, Rel. Ney Almada, e *El* 65.575-1, de Caraguatutuba, Rel. Fonseca Tavares, desta mesma Câmara, apenas para citar casos em que a matéria foi largamente desenvolvida.

Por derradeiro destaque-se deste último aresto o seguinte:

"Tem-se dito que a moral, absorvida como dado ético pelo direito, que não pode se dissociar dessa postura ética, impõe sejam as ofensas causadas por alguém a outrem, devidamente reparadas, ou civilmente ou penalmente. Ou seja, o autor da ofensa deve reparar sempre (...). Agora, pretender que es-

se arbitramento apenas advenha se comprovado o reflexo material, é, com o maior respeito, propugnar pela irreparabilidade da afrontosa conduta culpável do causador do molestamento".

8. O dano eminentemente moral no Código de Defesa do Consumidor

A Lei 8.078 de 11.9.90 que dispõe sobre a proteção do Consumidor em seu art. 6.^o elenca quais são os direitos básicos do consumidor.

Assim o Código de Defesa do Consumidor decorre de mandamento constitucional, art. 5.^o XXXII, art. 170, V e art. 48 das Disposições Transitórias que inseriu a denominação "Código de Defesa do Consumidor" para regular as relações de consumo.

Portanto, o direito positivo brasileiro, através do Código de Defesa do Consumidor, afastou-se da dicotomia clássica entre responsabilidade contratual e extracontratual, para estabelecer a responsabilidade nas relações de consumo.

Pela sistemática atual, basta, portanto, o nexo de causalidade entre a relação de consumo e o acidente de consumo para que esteja configurado o dever de indenizar, devendo tal indenização ser operada através dos preceitos da responsabilidade objetiva.

O sistema que rege o tema conforme preleciona o insigne Prof. Dr. Nelson Nery Júnior em aulas proferidas na Pontifícia Universidade Católica, no curso de pós-graduação sobre a responsabilidade neste microsistema é, portanto, fechado e está inserido no já citado art. 6.^o, VI, complementado pelo art. 7.^o, parágrafo único, i.e., a fonte primeira de uma relação derivada de consumo quer contratual, quer extracontratual pois, efetiva reparação, quer dizer ampla, objetiva.

Impende ressaltar também que, o sancionamento principal no âmbito civil encontra-se na teoria da responsabilidade civil, como, aliás, ocorre com todos os direitos de ordem personalíssima, traduzindo-se, em concreto pela indenização de danos morais e patrimoniais sofridos pelo lesado, e sem prejuízo de outras medidas protetivas cabíveis.

Consagrou-se, a propósito a responsabilidade objetiva é o que se infere do art. 6.º, VI: "São Direitos básicos do consumidor: "a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos."

Portanto, resta evidenciada a cumulatividade da indenização por dano moral e patrimonial no sistema do Código de Defesa do Consumidor.

Assim é que em matéria de acidente de consumo o microsistema cobre todos os danos ou seja, os patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos (art. 6.º, VI).

Esses danos a nosso ver, devem ser cobertos integralmente, portanto, sem limitação do valor de indenizar.

Limitar o valor da indenização devida ao consumidor pelo fato do produto ou do serviço equivaleria a reduzir a amplitude da própria proteção legal dada ao consumidor, pois a extensão do dano quer patrimonial ou moral, ou, ainda, a somatória de ambos pode ser superior a qualquer limite previsível.

Havendo, pois, dano em virtude de fato do produto ou de serviço, a indenização terá que ser a mais completa possível, ou seja, terá que ser integral, não comportando qualquer limite ou tarificação.⁷⁵

Deste novo microsistema pudemos inferir também que nele a doutrina que objetiva a desconsiderar a personalidade jurídica, ou seja, não considerar os efeitos da personificação, para atingir

a responsabilidade dos sócios se fez presente, isto é, a doutrina do superamento da personalidade — *disregard of legal entity*.

Esta doutrina visa a impedir a consumação de fraudes e abusos de direito cometidos através da personalidade jurídica, v.g., a transmissão fraudulenta do patrimônio do devedor para o capital de uma pessoa jurídica, para ocasionar prejuízos a terceiros.

Ressaltamos também, que o Projeto do Código Civil Brasileiro já havia consagrado a doutrina do superamento da personalidade jurídica em seu art. 50.⁷⁶

José Geraldo Brito Filomeno ao tecer comentários a este microsistema no tocante a prevenção de danos enfocou que: "fala-se certamente, e em primeiro lugar, das atitudes que as próprias empresas fornecedoras de produtos e serviços devem ter para que não venham a ocorrer danos, ao consumidor ou a terceiros, ..." como já foi ratificado anteriormente.⁷⁷

VIII — CONCLUSÕES

Procuramos ao tratar deste árduo tema, os fundamentos jurídicos do dano moral sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, demonstrarmos os ardorosos argumentos das duas correntes quanto a admissibilidade ou não do dano moral, sem contudo, deixar de evidenciar nossa opinião ao longo dele pela tese da reparabilidade.

Como se demonstrou o campo não é pacífico. O caminho perfilhado por inúmeros Juristas, ardorosos prosélitos da indenização do dano moral, se constituiu verdadeira *via crucis*, diante de avanços e recuos da Jurisprudência.

No Direito hodierno, muitas das legislações alienígenas acolhem expressamente a regra de que o prejuízo extramaterial é uma ocorrência que, tanto

como o dano patrimonial, enseja seu ressarcimento.

Os díscolos objetam que a reparação do dano moral é insuscetível, diante da impossibilidade de estimá-lo pecuniariamente: "a dor não tem preço".

Verificamos que este argumento é autodestruível; o direito, não faz mercancia com o sofrimento alheio, transformando-o em mercadoria.

A reparação de que cuida não é a reparação do *pretium doloris*. Ela é uma reparação satisfatória, com o fito de abrandar o sofrimento recebido apenando o responsável pelas consequências que impingiu à vítima.

Resta claro que é, menos que um benefício para o ofendido do que um castigo para quem o ofendeu levianamente.

Também insta acentuar que, o ordenamento do pedido de interesses, quanto ao dano moral, opera-se através da reparação, que como vimos é conceito diferente de indenização, baseado naquilo que Ripert chama "substituição do prazer, que desaparece, por um novo".

A amenização das angústias pode-se ter por intermédio de atendimento material que promove aquisição do objeto que proporcionarem prazer que atenuam o sofrimento.

É certo que o dinheiro não diminui a dor, mas não podemos deixar de concordar que o dinheiro numa sociedade capitalista, é sem dúvida um atenuante, como preleciona Wilson Melo da Silva.

Aguiar Dias ao dispor que: "O que nos parece talvez sustentável, na pior hipótese é que o Código Civil Brasileiro não admite a cumulação das duas espécies de reparação". Podemos dizer que até faltou clareza de expressão mas, ao analisarmos sua obra com mais vagar verificamos, discordando de renomados juristas que o interpretaram con-

cluímos que, sustenta a possibilidade das duas reparações isto é, a material e a moral.

Verificamos também que a Jurisprudência encarando o problema de forma justa até a edição de nossa Carta Magna de 1988, que passou a admitir o ressarcimento do dano moral em nosso sistema jurídico a nível constitucional, não deixando margem a discussões vinha de forma escoreita a dar nos últimos tempos total provimento aos pedidos de indenização por dano puramente moral.

Acompanhamos o insigne Prof. Dr. Nelson Nery Júnior quando nos reportamos ao Código de Defesa do Consumidor quando de forma simples expõe que a natureza jurídica deste microsistema é a relação de consumo entre o nexo de causalidade entre o consumidor e o acidente de consumo.

Concordamos também quando preleciona que neste sistema não comporta a cláusula de indenizar pois tal vedação inclui não só a exoneração absoluta, como também qualquer atenuação que impossibilite o cumprimento do dever de indenizar. Assim, será tida como ilícita qualquer cláusula que dificulte materialmente ou juridicamente o exercício do direito à indenização.

Por derradeiro só merece aplausos a absorção pelo nosso ordenamento jurídico a aceitação do dano puramente moral no Código de Defesa do Consumidor que, pelo próprio nome inferimos que este veio para tutelar o consumidor, impondo medidas protetivas implicando até por vezes a intervenção do Estado para atingir este objetivo, só veio coroar toda a labuta dos doutrinadores defensores da tese do dano moral pois a estabilidade nas relações de consumo com efetiva indenização deve ser a mais completa.

De fato, isto pudemos concluir ao analisarmos doutrinariamente que a de-

fesa do consumidor nasceu por força de um movimento no mundo inteiro denominado "movimento consumerista".

O dano moral está inserido nos direitos básicos do consumidor que Carlos Ferreira de Almeida qualifica como "direitos econômicos gerais" que exprimem interesses fundamentais reconhecidos pela ordem jurídica como programa para atuação do Estado, responsável politicamente através dos seus órgãos pela sua efetiva realização dentro dos ditames da ordem pública e interesse social assim tipificado no art. 1.º do Código de Defesa do Consumidor, art. 5.º, XXXII e 170 da CF.

Bibliografia

- Arruda Alvim, José Manoel — *CPC Comentado*, II/164, Ed. RT, S. Paulo.
- Arruda Alvim, Thereza — *O Código do Consumidor Comentado*, Ed. RT, S. Paulo lo, 1.ª ed., 1991.
- Azevedo, Filadelfo — *Direito Moral do Escriitor*, p. 215 in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, J. M. de Carvalho Santos com a colaboração de outros Juristas, Ed. Borsoi, Rio de Janeiro; e mesma obra, 1930, Ed. Alba, Rio de Janeiro.
- Batista Lopes, João — "Perspectivas Atuais da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro" in *RJT/SP* (Lex) 57.
- Bittar, Carlos Alberto — *Responsabilidade Civil — Teoria e Prática*, Forense Universitária, 1989; *Direitos do Consumidor*, Forense Universitária, 1.ª ed., 1990.
- Buarque de Hollanda Ferreira, Aurélio — *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 2.ª ed., 16.ª impressão, Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1986.
- Carvalho de Mendonça, J. X. — *Tratado de Direito Comercial*, Rio de Janeiro, 2.ª ed.
- Fischer, Hans Albrecht — *Reparação dos Danos no Direito Civil*, trad. de Férrer de Almeida, S. Paulo, 1938.
- Filomeno, José Geraldo Brito — *Manual de Direitos do consumidor*, Atlas, 1991; *Código de Defesa do Consumidor — Comentado Pelos Autores do Anteprojeto*, Forense Universitária, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1992.
- Fonseca, Arnaldo Medeiros da — *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, por J. M. Carvalho dos Santos, Borsoi, Rio de Janeiro.
- Nery Júnior, Nelson — *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor — Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 2.ª ed., Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1992.
- Pereira, Lafayette Rodrigues — *Direito das Coisas*, 2.ª ed., in *apud* Lacerda de Almeida, *Obrigações*, 1986.
- Pereira e Souza — *Classes de Crimes*, 2.ª ed., *apud* in Vicente de Carvalho, *Crime-Dano-Reparação*, 1934.
- Pontes de Miranda — "Das Obrigações por Atos Ilícitos" in *Manual do Código Civil — Direito das Obrigações*, 3.ª parte.
- Salazar, Alcino de Paula — *Responsabilidade do Poder Público por Atos Judiciais*, Rio de Janeiro, 1941.
- Silva, Nuno Espinosa Gomes da — *Direito das Sucessões*, Lisboa, 1980.
- Vicente Ráo — *O Direito e a Vida dos Direitos*, v. I, t. I, Resenha Universitária, S. Paulo, 1976.
- Vicente de Azevedo, Vicente de Paulo — *Crimes-Dano-Reparação*, S. Paulo, 1934.

Jornal e Revistas

- Diário do Congresso Nacional — Projeto de Lei n. 634-B/1975 do Novo Código Civil, aprovado pela Câmara dos Deputados, publicado in *DCN* 15.5.84 (suplemento n. 047).
- Revista de Direito Civil — Ano 1, jul.-set./1977; Ano 2, out.-dez./1978, artigo de Artur Oscar de Oliveira Deda.
- Revista Forense — vol. 83/217, Z. Pires de Lima, "Responsabilidade Civil por Danos Morais"; 105/37, José Pedro Aramendia "A Reparação do Dano Moral na Doutrina e no Código Civil Uruguaio"; 138/452; 159/492; 94/479, voto de Orosimbo Nonato.
- Revista dos Tribunais — vols.: 268/837; 443/64; 497/203; 496/172; 500/216; 503/236; 564/265.
- Revista de Jurisprudência Brasileira — vol. 157, "Dano Moral", 1990.
- Revista Trimestral de Jurisprudência — vols. 67/182; 67/276.

NOTAS

1. Arruda Alvim, *Jurisprudência do CPC*, 16/228 e 16/230, Ed. RT, S. Paulo, 1988.
2. *Revista Jurisprudência Brasileira* n. 157 — "Dano Moral" — Juruá, 1990.
3. Mazeaud et Mazeaud, *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle*, 4.^a ed., Paris, 1948, v. 2.^o, n. 208, p. 260.
- 4 e 5. *Da Responsabilidade Civil*, v. 2.^o, p. 833, 8.^a ed. Forense, Rio de Janeiro, 1987.
6. Ob. cit.
7. José de Aguiar Dias, ob. cit., p. 834.
- 8 e 9. Idem, ob. cit., p. 834.
10. Zannoni, ob. cit., p. 33, in Aguiar Dias, ob. cit., v. 2.^o, p. 398.
11. V. *Reparação dos Danos no Direito Civil*, trad. de Férreir de Almeida, S. Paulo, 1938 — ob. cit., n. 16 — in Maria Helena Diniz, *Responsabilidade Civil*, v. 7.^o, p. 55, Saraiva, 1984.
12. *Obrigações*, 4.^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1976, p. 332.
13. Antunes Varella, *Direito das Obrigações*, Rio de Janeiro, Forense, 1977; "Dano Indireto", in: *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 22, p. 242.
14. Ob. cit., v. 2.^o, p. 400 in Maria Helena Diniz, ob. cit., p. 55.
15. *Tratado de Direito Privado*, XXVI, § 3.108, p. 30.
16. *Obrigações*, 4.^a ed., n. 195, p. 332, Forense, Rio de Janeiro, 1976.
17. Ob. cit., pp. 852-853.
18. "A Controvérsia teórica sobre a reparação dos danos morais", in *RDC* 1/17; "Dano Moral (reparação)", in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, 22/181.
19. *Revista do Direito*, 39/545.
20. V. *Doutrina e Prática Das Obrigações*, 2.^a ed., v. II, n. 478, p. 64.
21. Vide, J. M. Carvalho dos Santos, *Código Civil Interpretado*, v. XXV, p. 39, 1934.
22. J. M. Carvalho de Mendonça, *Doutrina e Prática das Obrigações*, 3.^a ed., 1938, por J. M. Carvalho dos Santos, v. II, n. 743, pp. 442-443, aumentada e atualizada.
23. Alfredo Minozzi, *Studio sul Danno non Patrimoniale*, Milão, 1917, 3.^a ed., in Wilson Melo da Silva, *O Dano Moral e sua Reparação*, 3.^a ed., Forense, 1983, p. 30.
24. Wilson Melo da Silva, ob. cit., pp. 30-31.
25. Ob. cit., pp. 101 a 106.
26. Ob. cit., p. 39.
27. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, Nova Fronteira, 2.^a ed., 16.^a impressão, p. 581.
28. *Reparação do Dano Moral*, Rio de Janeiro, 1943.
29. Vide Wilson Melo da Silva, in ob. cit., pp. 557-569.
30. Ob. cit., pp. 384-385.
31. Vide Wilson Melo da Silva, in ob. cit., p. 130.
32. Carlos Ferreira de Almeida, in *Os Direitos dos Consumidores*, Coimbra, Livraria Almedina, 1982, pp. 36 a 39-226.
33. Ob. cit., pp. 38-39.
34. *Tratado de Direito Privado*, XXVI, § 3.108, p. 30.
35. Henri et Léon Mazeaud, *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle*, 4.^a ed., Paris, 1948, t. I, n. 293, p. 317.
36. Ob. cit., p. 566 e ss.
37. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 7.^o, p. 80, Saraiva, 1984.
38. "Direito Moral do Escritor", in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, p. 218.
39. Wilson Melo da Silva, in ob. cit., p. 365.
40. *Tratado de Direito Civil*, 1.^a ed., brasileira, Max Limonad, 1957, v. II, t. II, p. 543.
41. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 2.^a ed., 16.^a impressão, Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1986, de Aurélio Buarque de Hollanda Ferreira.
42. Ob. cit., pp. 367 e 374.
43. *Reparação dos Danos no Direito Civil*, trad. de Férreir de Almeida, pp. 231 a 235, S. Paulo, 1938.
44. Ob. cit., p. 649.
45. Anotação ao Acórdão do STJ — *BMJ* 184/176.
46. Anotação ao Acórdão do STJ — *BMJ* 184/176.
47. Vide, *Direito das Sucessões*, Lisboa, 1980, pp. 83-84.
48. *Direito das Sucessões*, p. 84.
49. Vide, *Lições de Direito das Sucessões*, p. 141; v. tb., *Direito das Sucessões*, p. 56; e *Danos não Patrimoniais*, Coimbra, 1985, pp. 28-30.
50. José de Aguiar Dias, in ob. cit., v. 2.^o, p. 938, item 251.
51. Ob. cit., p. 657.
52. *RF* 287/345.
53. Mazeaud et Mazeaud, ob. cit., 21, v. ns. 1.878-17 e 1.878-18, p. 719 da 4.^a ed.
54. *Il Danno*, 1946, p. 32.
55. Vide, *O Dano Moral* ..., cit., p. 30.
56. Ob. cit., p. 196.

57. *Rev. Jurisprudência Brasileira*, cit., pp. 202-203.
58. *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 1.º, p. 23.
59. *Ob. cit.*, p. 866.
60. Vide, "Abuso da Informática", in *RT* 514/11.
61. *Rev. Jurisprudência Brasileira*, cit., p. 267; v. tb., Yussef Said Cahali, in *Dano e Indenização*, p. 93, 1980, Ed. RT, S. Paulo.
62. *Tratado de Direito Privado*, 53, pp. 228-9.
63. Teixeira de Freitas, *Consolidação das Leis Civis*, 3.ª ed., p. 486, nota 4.
64. Lafayette Rodrigues Pereira, *Direito das Coisas*, 2.ª ed., p. 445; Lacerda de Almeida, *Obrigações*, 1986, p. 192.
65. RE 12.039, in *RF* 127/400.
66. Pereira e Souza, *Classes de Crimes*, 21.ª ed., p. 361, *apud*, Vicente de Carvalho, *Crime-Dano-Reparação*, 1934, n. 9.
67. Wilson Melo da Silva, *ob. cit.*, pp. 421-439.
68. *Rev. Jurisprudência Brasileira*, cit., pp. 141-142.
69. Yussef Said Cahali, *Dano e Indenização*, Ed. RT, p. 433, 1980.
70. *Ob. cit.*, p. 439.
71. *Ob. cit.*, pp. 35-36.
72. *RT* 496/174.
73. *RJT/SP* 98/84.
74. Dirceu de Oliveira e Silva, *Direito de Autor*, p. 2.
75. Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, *Comentário ao Código de Proteção ao Consumidor*, Saraiva, 1991, pp. 53 e 54.
76. Redação final do Projeto de Lei 634-B/1975-DOCN-84.
77. CDC — comentado pelos autores do Anteprojeto, F.U., pp. 69-70.

DOS CONTRATOS FUTUROS DE TAXA CAMBIAL

ARNOLDO WALD

"Uma moeda eficaz é a condição da liberdade humana. Hoje como ontem, o futuro do homem depende da moeda" (Jacques Rueff, *La Epoca de la Inflación*, Madri, 1967, p. 23).

1. No tocante aos contratos futuros de câmbio, inexistente qualquer dúvida quanto à licitude dos mesmos, podendo livremente as partes adquirirem e alienarem contratos futuros de índices de câmbio.

2. Sendo legítima a aquisição e alienação de contratos de índices, quando realizada isoladamente, nenhum motivo existe para considerá-la irregular quando contratada pela Distribuidora simultaneamente com outra operação convencionalizada pelo Banco. A conjugação das duas operações não importa, para as partes, em comportamento ilícito, dentro dos limites em que cada uma delas é legítima e não há objeto não permitido em lei de ordem pública que seja alcançado pela sua conjugação.

3. Na realidade, embora tenha sido uma noção obscurecida no tempo, não há, no Direito Monetário vigente, vedação do recurso, pelas partes, à chamada *cláusula valor-divisa estrangeira*, de acordo a qual o pagamento convencionalizado deve ser realizado em moeda nacional, aplicando-se a correção cambial. A proibição não existe, nem na letra, nem no espírito da lei, e as interpretações restritivas que prevaleceram, durante muito tempo na matéria, não têm mais razão para que possam perdurar, diante de novas situações que

ocorreram no plano do direito e da economia, como em seguida veremos.

A) DA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

4. Em primeiro lugar, cabe lembrar que a legislação brasileira nunca vedou a cláusula de correção cambial nas operações financeiras. Efetivamente, o Código Civil, na sua versão originária, permitia a convenção de pagamento em moeda estrangeira (art. 947, § 1.º). Idêntica era, aliás, a solução dada pelo Código Comercial no seu art. 431. Posteriormente, o Dec. 23.501, de 27.11.33, determinou nos seus arts. 1.º e 2.º, que:

"Art. 1.º — É nula qualquer estipulação de pagamento em ouro ou em determinada espécie de moeda, ou por qualquer meio tendente a recusar ou restringir, nos seus efeitos, o curso forçado do mil réis papel.

"Art. 2.º — A partir da publicação deste decreto, é vedada, sob pena de nulidade, nos contratos executáveis no Brasil, a estipulação de pagamento em moeda que não seja a corrente, pelo seu valor legal."

5. Verificamos assim, pela sua simples leitura que, inspirado na jurisprudência e na doutrina francesa e na *Joint Resolution* norte-americana, Dec. 23.501 só proibiu e considerou nula a cláusula de pagamento efetivo em ouro

ou em moeda estrangeira ou qualquer outra que levasse as partes a recusar ou restringir o curso forçado da moeda nacional, pelo seu valor legal.

6. Ora, a cláusula valor-divisa não afeta o curso forçado do cruzeiro, nem importa em recusá-lo, como meio de pagamento, pelo seu valor legal, o que acontecia ou podia acontecer no passado, quando existia valor legal da moeda nacional em relação ao ouro e/ou às principais divisas estrangeiras.

7. Mesmo na vigência do Dec. 23.501, boa parte da doutrina bem esclareceu que não se proibia a cláusula de pagamento em moeda estrangeira, mas tão-somente aquela na qual as partes tivessem convencionado o pagamento em determinado tipo de moeda.

8. Neste sentido, em excelente estudo, que impressiona pela concatenação dos seus argumentos, *Haroldo Valadão* provou que o Dec. 23.501 não proibira as cláusulas de pagamento em moeda estrangeira, demonstrando que: "A expressão 'particular kind of coin or currency', que no art. 1.º do Dec. 23.501 aparece 'determinada espécie de moeda' (tal como no art. 431 *fine* do Código Comercial e 947, § 1.º do Código Civil) não significa ali, nem pode significar aqui, uma simples dívida em moeda estrangeira, mas certa qualidade de moeda nacional ou estrangeira, como a libra, ouro ou o mil réis da estabilização de Washington Luís."

E continua: "A admitir que o decreto visasse proibir quaisquer dívidas em moeda estrangeira, ter-se-ia, na realidade, proibido o comércio do Brasil com qualquer outra nação."¹

Concluindo que: "Na prática dos tribunais brasileiros, dúvidas quase não têm surgido a propósito da cobrança dos simples créditos em moeda estrangeira, isto é, desacompanhados de cláusula ouro. Processos executivos, declarações de créditos em falências, ações

de cobrança de tais créditos se vêm fazendo como sempre, normalmente realizada a conversão em moeda brasileira, segundo os princípios gerais já expostos do nosso Direito Comercial e Civil."²

9. Posteriormente, a matéria foi objeto de vários textos legislativos até que fosse regulada pelo Dec.-lei 857 de 11.9.69, que está atualmente em vigor e que, retomando a terminologia do Dec. 23.501, determinou:

"Art. 1.º — São nulos de pleno direito os contratos, títulos e quaisquer documentos, bem como as obrigações que, *exequíveis ao Brasil, estipulem pagamento em ouro, em moeda estrangeira, ou, por alguma forma, restrinjam ou recusem nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro.*"

10. Em nenhum dos dois textos acima transcritos, tanto o anterior como o vigente, há vedação de utilização da cláusula de pagamento em moeda nacional, de acordo com a variação da moeda estrangeira, pois a mesma não recusa, nem restringe o curso legal do cruzeiro.

11. No passado, ainda podia haver dúvidas, na matéria, pois as autoridades fixavam o valor da moeda nacional em relação às divisas estrangeiras, existindo, outrossim, valores cambiais distintos que vigiam nos chamados mercado oficial e mercado negro ou paralelo. Atualmente, a taxa do dólar comercial decorre de fixação do mercado e não existe mais um valor legal da moeda nacional determinado, de acordo com a moeda estrangeira, de modo que, para todos os fins, as flutuações do dólar defluem de circunstâncias do mercado e não mais de decisões legais ou administrativas.

12. Por outro lado, deixou de prevalecer a idéia da manutenção do poder aquisitivo da moeda nacional no tempo, ultrapassando-se, em todos os

países, a “*ilusão da moeda estável*” à qual aludia, no início do século, o eminente economista Irving Fisher.³ Ao contrário, houve uma verdadeira institucionalização da correção monetária que passou a ter respaldo constitucional e legal e vindo até a constituir, no nosso entender, um verdadeiro princípio geral do direito. Ora, a correção cambial não deixa de ser uma forma especializada de correção monetária cujo índice é a moeda estrangeira.

13. Finalmente, não mais se admite que a soberania nacional possa abranger o poder, para a administração, de fixar e de manter no tempo, de modo fictício, a identidade do poder aquisitivo de sua moeda, que, não tendo mais lastro, passou a variar, no plano interno e internacional, de acordo com as flutuações e contingências do mercado.

14. A internacionalização da economia passou a permitir, outrossim, a captação pelas instituições financeiras nacionais de recursos em moeda estrangeira, como ocorre no caso das *export notes*. Por outro lado, as ações e os títulos brasileiros também passaram a ser negociados em moeda estrangeira, no mercado internacional, e os investimentos brasileiros, cujos recursos foram inicialmente transferidos em moeda nacional, puderam ser transformados em divisa no exterior, como tem acontecido, de modo rotineiro, no Uruguai, que passou a acatar a nossa moeda, negociando-a normalmente, do mesmo modo que o dólar, o marco e os demais padrões monetários estrangeiros.

15. Desapareceram assim as razões, já discutíveis no passado, pelas quais parte da doutrina e a jurisprudência então dominante consideraram vedada a cláusula de correção cambial, ao mesmo tempo que aos poucos, na prática, deixaram de existir as restrições gerais legalmente estabelecidas para o seu uso nas operações financeiras internas, nas

quais já era admitida, com certa amplitude, em virtude do art. 2.º do próprio Dec.-lei 857, que adotou uma concepção econômica — e não jurídica — do repasse.⁴

B) DA LIÇÃO DO DIREITO COMPARADO

16. Cabe, outrossim, salientar que, na legislação, na Jurisprudência e na doutrina estrangeiras, sempre se distinguiu a correção cambial do pagamento efetivo em moeda estrangeira, prevalecendo, na maioria dos direitos, nos quais não havia vedação expressa de cláusula valor-divisa, o entendimento de acordo com o qual a mesma era lícita, tanto nos contratos internacionais como nas operações internas.

17. Assim, o Prof. *Tullio Ascarelli*⁵ teve o ensejo de esclarecer que, na Itália, os tribunais reconhecem a liberdade das partes de fixarem o objeto do débito numa soma de moeda estrangeira, a ser liquidada pelo pagamento, correspondente ao respectivo valor, em moeda nacional, conforme o câmbio vigente na data da liquidação, citando, neste sentido, inclusive Jurisprudência da Corte Suprema italiana.

18. Também na Espanha, o Supremo Tribunal teve o ensejo de consagrar a validade da cláusula valor-divisa pelo fato de manter a equivalência das prestações em contratos comutativos.⁶

19. Do mesmo modo, os julgados dos Tribunais belgas validaram a cláusula valor-moeda estrangeira, entendendo que as normas sobre o curso legal e o curso forçado não impedem as partes de se precaverem, por cláusulas apropriadas, contra as eventuais flutuações da moeda. Assim, o Conselheiro *René Piret* pôde afirmar que: “as restrições feitas ao pagamento em moeda estrangeira não se aplicam aos pagamentos que terão de ser feitos em fran-

co-papel, para um quantum determinado de acordo com as modificações sofridas pelo franco e determinada divisa estrangeira".⁷

20. Por sua vez, a doutrina anglo-americana tem entendido que: "The nominalistic principle, concerning the quantum of the obligation, obviously does not affect the question whether a foreign currency may be promised to be paid. Nor is a stipulation to pay in foreign money in any way irreconcilable with ordinary legal tender legislation".⁸

21. Na Inglaterra, a moeda estrangeira sendo considerada quer como uma simples mercadoria, quer como uma medida de valor, admite-se a cláusula valor-divisa, pois não viola as normas referentes ao controle de câmbio e não há justificativa para a sua proibição na falsa idéia de acordo com a qual o prestígio da moeda nacional deve ser defendido.⁹

22. Nos Estados Unidos, a *Joint Resolution* foi interpretada como não permitindo a cláusula valor-divisa, mas a legislação posterior, consubstanciada na *Public Law* 95-147, de 28.10.77, reconheceu a sua validade, ao deixar de aplicar a proibição às obrigações que viessem a ser contraídas a partir da mencionada data.¹⁰

23. Na França, uma interpretação discutível das normas legais vigentes fez com que só se admitisse a validade da cláusula valor-divisa quando beneficiasse os franceses, em detrimento dos estrangeiros, mas não na hipótese inversa.¹¹

24. Em todos os países, a doutrina reconheceu que a cláusula valor-divisa não infringe o princípio nominalista, o curso legal ou forçado da moeda, nem, tampouco, a proibição de contratar o pagamento efetivo em ouro ou moeda estrangeira.¹²

25. Na realidade, se dúvidas ainda pudessem ser suscitadas quanto à validade da cláusula valor-ouro, quando a unidade monetária nacional era definida em relação ao metal precioso, nem mesmo este argumento existia para impedir a cláusula valor-divisa, que não ensejava nem a violação da definição legal do padrão monetário, nem a saída de recursos para o exterior ou a utilização, no território nacional, da moeda de outro país, como instrumento de liquidação dos débitos.

26. Verificamos, pois, que, na maioria dos países, a lei, a Jurisprudência e a doutrina, admitem — e até consagram — a validade da correção cambial diante de textos legislativos análogos aos nossos, justificando, pois, a interpretação atualizada que estamos dando ao Dec.-lei 857, concluindo pela validade da correção cambial, ressalvados os casos de proibição explícita (art. 19 da Lei 8.245/91).

C) DA LICITUDE DA CORREÇÃO CAMBIAL EM TÍTULOS PÚBLICOS E, CONSEQUENTEMENTE, EM TÍTULOS PRIVADOS

27. Estabelecendo a Constituição Federal a uniformidade da nossa legislação comercial, evidencia-se que as normas de Direito referentes à correção cambial devem ser as mesmas para todos os participantes do mercado financeiro, sem qualquer discriminação entre os mesmos, sob pena de inconstitucionalidade e conseqüente nulidade.

28. Ora, acontece que, nos últimos anos, vários títulos públicos têm sido emitidos com opção de correção cambial, o que tem acontecido tanto com os BTNs quanto com as recentes NTN (Notas do Tesouro Nacional), admitindo a lei que o Poder Executivo inclua nas mesmas "cláusula alternativa de opção, por ocasião do resgate, pela va-

riação da cotação de venda do dólar dos Estados Unidos no mercado de câmbio das taxas livres, divulgada pelo Banco Central".¹³

29. Assim, a institucionalização da correção cambial nos títulos públicos evidencia a licitude de sua utilização nas demais operações financeiras, não podendo, salvo melhor juízo, a lei discriminar em matérias que pressupõem, *ex vi* da Constituição, um regime uniforme aplicável a todos, sem qualquer exceção, como aliás tem entendido a Jurisprudência.

30. Pelo exposto, nenhuma dúvida temos em admitir a correção cambial nos contratos, neles não vislumbrando qualquer violação da letra e do espírito da legislação atualmente em vigor.

31. Por outro lado, entendemos que a melhor interpretação do direito vigente é no sentido de admitir, livremente, a negociação de contratos futuros de câmbio, quer sejam ou não conjugados com outras operações, de qualquer natureza.

32. Efetivamente, diante da interpretação que deve ser dada aos textos legais e a evolução das normas e da política econômica e monetária brasileira, concluímos que *é legítima a cláusula de correção cambial*, pois não é proibida pela letra e pelo espírito da lei e não enseja a recusa ou restrição do curso legal do cruzeiro, tanto mais que este não é mais definido legal ou administrativamente em relação às divisas estrangeiras.

NOTAS

1. Haroldo Valladão, artigo, in *Revista Jurídica* n. 7/88-89 e *Estudos de Direito Internacional Privado*, pp. 256-257.

2. Idem, artigo cit. p. 92 *in fine* e *Estudos* cit. na nota anterior, pp. 260-261.

3. *The Money Illusion*, 1928.

4. Arnoldo Wald, "Da licitude da cláusula de correção cambial nas operações de arrendamento mercantil", in *Revista de Informação Legislativa*, 83/309 a 344.

5. *Studi Giuridice sulla Moneta*, 1952, p. 43.

6. José Bonet Correa, *Las Deudas de Dinero*, Madri, Ed. Civitas, 1981, pp. 311 a 313; e Arnoldo Wald, *A Cláusula de Escala Móvel*, S. Paulo, 1956, n. 27, p. 54.

7. *Les Variations Monétaires et Leurs Répercussions en Droit Privé Belge*, Bruxelles, Fred Lacier Editor, 1935, p. 239 e ss., e, especialmente, o artigo publicado na *Revue de Droit International et de Droit Comparé* núm. especial de 1954 contendo as contribuições para o Congresso da Academia Internacional de Direito Comparado, p. 78 e ss.; e Arnoldo Wald, ob. e loc. cit. na nota anterior.

8. F. A. Mann, *The Legal Aspects of Money*, 3.ª ed., Oxford, 1971, p. 184.

9. Eliyahu Hirschberg, *The Impact of Inflation and Devaluation on Private Legal Obligations*, Ramat Gan, 1976, p. 143.

10. F. A. Mann, ob. cit., p. 187 e nota 4; Arthur Nussbaum, *Derecho Monetário Nacional e Internacional*, trad. em língua espanhola, B. Aires, Arayú Editora, 1954, p. 482 e ss.; Keith S. Rosenn, *Law and Inflation*, 1980, Cap. IV.

11. Além dos autores citados na nota anterior, Arnoldo Wald, *A Cláusula de Escala Móvel*, 1956, p. 51 e ss.

12. Hirschberg, ob. cit. na nota 28, p. 144.

13. Lei 8.249, de 24.10.91.

ALIENAÇÃO DO PODER DE CONTROLE COMPARTILHADO

NELSON CÂNDIDO MOTTA

1. De acordo com o claro enunciado do art. 116 da Lei das Sociedades por Ações, *acionista controlador* é a pessoa física ou jurídica, ou grupo de pessoas, que sendo *titular da maioria de votos nas deliberações da assembléia geral* tem assegurado, de modo permanente, o seu poder de formar a vontade da sociedade.

2. O poder de controle — que constitui o atributo específico do acionista controlador — é, pois, e fundamentalmente, o poder que detém o sócio majoritário (ou o grupo de sócios) de decidir, *no âmbito da assembléia geral*, as questões relacionadas com a direção ou determinação das atividades sociais.

3. Não faz portanto nenhum sentido, nem lógico, nem jurídico, que se possa ou se pretenda identificar o *acionista controlador*, independentemente da verificação desse prévio e essencial requisito, que é a *efetividade do voto majoritário nas assembléias gerais* da companhia.

4. O *poder de controle* pressupõe, necessariamente, a existência — como coisa coletiva — de *maioria organizada e atuante*, capaz de deliberar e decidir, com autoridade e independência, as questões submetidas ao sufrágio do quadro acionário. É certamente através da correlação e do confronto de votos, *nas assembléias gerais*, que se configura o *poder de controle* e se identifica o *acionista controlador*. Este só existe se de fato detém, e exerce, o poder de definir

e formar, com a força dos seus votos, a vontade da sociedade.

5. Evidentemente não é titular do *poder de controle* o acionista (ou grupo de acionistas) que dependa do voto de outros sócios, para fazer valer a sua vontade *nas assembléias gerais*. A rigor, só detém realmente o *poder de controle* o acionista (ou grupo de acionistas) que possa contar, de modo, se não permanente, pelo menos estável, com mais de 50% dos votos habilitados a concorrer à *assembléia geral*. Qualquer outra participação, percentualmente inferior, é insuficiente para conferir e assegurar o controle *efetivo e incontestável* sobre o resultado das deliberações.

6. Maiorias relativas podem, eventualmente, e num quadro propício de dispersão de votos, exercer as prerrogativas do poder de comando. Mas não se pode dizer que tal poder de comando seja *permanente*, seguro e certo. Enquanto não estiver configurada, na correlação de votos, a existência de maioria absoluta, o controle pode ser desfeito e referido, dependendo tão-somente de novas e diferentes polarizações do capital votante.

7. O *poder de controle*, entendido como função e como atributo de uma *maioria acionária*, estável e organizada, só se manifesta no âmbito da *assembléia geral*. Constitui, por isso, clamoroso desvio do raciocínio jurídico o ponto de vista — que alguns intérpre-

tes pretendem sustentar — segundo o qual se pode identificar como *acionista controlador*, o acionista que, embora não detendo a maioria de votos nas *assembléias gerais*, ostenta a condição de *majoritário dentro do grupo de controle*, que é, por sua vez, uma universalidade de fato exercendo um poder coletivo.

8. Ora, o fato de determinado acionista — que seja minoritário em relação aos votos que concorrem à assembléia — deter posição majoritária no interior do grupo de controle, (vinculado ou não por acordo de acionistas) não basta para qualificá-lo como acionista controlador, não o transforma, evidentemente, em titular do *poder de controle*.

9. Grupo de controle é o conjunto dos acionistas que exerce coletivamente, de modo constante e coerente, as prerrogativas e responsabilidades que incumbem ao acionista controlador, no efetivo desempenho da soberania societária. A circunstância de qualquer participante ser majoritário no interior do grupo não o transmuta, certamente não, em acionista *controlador da sociedade*. Nas companhias comandadas por grupo de acionistas, o *poder de controle* é um atributo coletivo e compartilhado. Constitui um subproduto da soma dos votos e do acordo de vontades. Por isso mesmo não pode ser considerado como uma simples e invariável derivação da vontade isolada, e singular, do acionista que no grupo de controle detenha participação majoritária.

10. O sócio que possua 43% das ações ordinárias de um grupo que, por seu turno, seja titular de 73% do capital votante de determinada sociedade, não fica investido, só por isso, esse sócio de 43%, no *status* de *acionista controlador da companhia*. Mesmo porque seria uma intolerável demasia hermenêutica admitir-se que *uma mesma*

sociedade possa, ao mesmo tempo, ser controlada por um grupo de acionistas e por um dos acionistas integrantes desse grupo. É impossível, aritmética e juridicamente, a existência concorrente, numa mesma companhia, de dois acionistas controladores, um contido dentro do outro. O poder de controle, sendo soberano por definição, é necessariamente único e exclusivo.

11. *Acionista controlador*, na conceituação legal, é o acionista que exerce o *poder de comando da sociedade* (e não do grupo de controle). O poder de controle é atributo e prerrogativa do grupo considerado coletivamente, e não de qualquer dos seus participantes considerado isoladamente. O só fato do acionista precisar do grupo para integrar o controle é suficiente para demonstrar que sozinho ele não pode exercer esse poder.

12. Essas ponderações são pertinentes especialmente quando se trata de interpretar e aplicar a regra constante do art. 254 da Lei das S/A. É essa, sabidamente, uma norma de exceção, porque:

a) estabelece limitações ao direito de propriedade, quando subordina a restrições específicas a livre disponibilidade, pelo acionista controlador, de sua participação acionária;

b) infringe o princípio da igualdade de direitos entre acionistas, pois enquanto os minoritários podem livremente retirar-se da sociedade, alienando suas ações quando lhes convier e por quanto lhes aprouver, os acionistas que detêm, ou compartilham, o poder de controle, dependem de prévia autorização para dispor do conjunto de suas ações, cuja alienação, ademais, fica condicionada à oferta pública para extensão do preço aos minoritários.

13. A regra do art. 254, dado o seu caráter de excepcionalidade é, pois, matéria de interpretação estritíssima, não

comportando nenhuma extensão analógica e nenhuma licença exegética.

14. Ao subordinar a alienação do controle das sociedades abertas à prévia autorização da CVM bem como à concomitante oferta pública endereçada aos acionistas minoritários, o texto legal há de ser entendido em consonância com o sentido técnico e juridicamente correto das expressões dele constantes. Assim é que *alienação do controle* significa alienação da participação majoritária, capaz de formar, *no âmbito da assembléia geral*, a vontade da sociedade.

15. Nas companhias abertas, em que a titularidade do poder de controle é exercido por *grupo de acionistas*, a transferência do controle só se opera quando *todas* as ações integrantes do grupo são transferidas para terceiros. É o que estabelecem, expressamente os itens II e III da Res. 401/76, editada pelo CMN para regulamentar o art. 254 da Lei das S/A.

Segundo esses dispositivos, entende-se por alienação do controle, o negócio pelo qual o acionista controlador, pessoa física ou jurídica, opera a transferência para terceiros, "*do conjunto das ações de sua propriedade*".

E, em seguida, se explicita que, quando o controle é exercido por *grupo de pessoas vinculadas por acordo de acionistas*, a alienação de controle se consuma quando "*todas* as pessoas que formam o *grupo controlador* transferem para terceiro, o poder de controle da companhia, mediante venda ou permuta *do conjunto das ações de sua propriedade*."

Esses dois dispositivos foram formulados a partir da idéia de que a alienação do controle pressupõe, sempre e necessariamente, a transferência da *maioria dos votos nas deliberações da Assembléia Geral*.

16. A noção de controle acionário, conforme anteriormente referido, está indissociavelmente vinculada à idéia de "*maioria de votos nas deliberações da Assembléia Geral*". Tanto isso é certo que a Constituição Federal, no inc. II do seu art. 171, ao definir empresas brasileiras de capital nacional, faz expressa menção ao *controle efetivo* dessas sociedades e esclarece: "... entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria do seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades."

17. Também a Lei 4.728/65, que dispõe sobre o mercado de capitais, nos seus arts. 20 e 21 fazia já referência a "*acionistas que controlam a maioria do capital votante*."

E no § 2.º do art. 22, visando fixar o percentual do capital votante, necessário para caracterizar-se o *controle* da empresa pelo capital estrangeiro, esclarecia: "Considera-se empresa controlada por pessoas residentes ou domiciliadas no exterior, quando estas detenham, direta ou indiretamente, a *maioria do capital com direito a voto*."

Esse mesmo ordenamento legal trata, no seu art. 60, do *controle* estatal das sociedades de economia mista. E estabelece que esse poder terá de ser sempre assegurado por no mínimo 51% das ações votantes (*verbis*): "O Poder Executivo poderá promover a alienação de ações de propriedade da União, representativas do capital social de sociedades anônimas de economia mista, mantendo-se 51% no mínimo das ações com direito de voto das empresas nas quais *deva assegurar o controle* estatal."

18. Nas sociedades em que a maioria do capital votante pertença a grupo de acionistas, vinculados ou não por acordo formal, a alienação do poder de controle só se verifica — segundo as previsões legais e regulamentares aci-

ma mencionadas — quando ocorre a transferência do *conjunto das ações*, isto é, “quando todas as pessoas que formam o grupo controlador transferem para terceiros... mediante venda ou permuta, o conjunto das ações de sua propriedade.”

19. Temos para nós, como certo e indubitável, que as transferências realizadas entre sócios, no âmbito do grupo controlador, não alteram a titularidade do poder de controle frente à sociedade e não afetam as relações entre a maioria e a minoria na *assembleia geral*. O sócio que sendo já possuidor de 30% das ações do grupo, eleva para 43% a sua participação, através de transferências feitas internamente, não acarreta qualquer mudança na identidade do *acionista controlador* da companhia. Não gera nenhuma modificação na correlação dos votos que concorrem à *assembleia geral*. Pois se o *poder de controle* continua a ser exercido, de forma compartilhada, pelo mesmo grupo de acionistas que já o exercia anteriormente, cumpre reconhecer — por imperativo lógico — que nesse caso não se verificou a alienação do controle da sociedade, não sendo portanto exigível oferta pública aos acionistas minoritários.

20. Apenas no propósito de demarcar uma premissa que é muitas vezes olvidada, cumpre lembrar que a formação de grupos de acionistas constitui uma técnica de organização e de consolidação do controle compartilhado. E portanto excusa demonstrar que sendo determinado acionista detentor, sozinho, de mais de 50% do capital votante, ele obviamente não precisa se juntar a outros, e formar um grupo, para exercer as prerrogativas do poder de controle. Investido na condição de titular da maioria absoluta do capital votante, está apto a desempenhar, com independência e autoridade, a chama-

da “soberania societária”. Verificada essa situação de predominância absoluta de qualquer dos sócios, o grupo de controle — se existir — é apenas uma superfetação ociosa, que não influi nem interfere na identificação do *acionista controlador*.

21. A prevalecer o ponto de vista segundo o qual as mutações ocorridas no interior de um grupo de controle — no qual nenhum dos participantes detenha a maioria absoluta do capital votante — bastam para caracterizar a alienação do controle da sociedade e para justificar exigência de oferta pública aos minoritários, a prevalecer esse ponto de vista, seria inevitável concluir-se pelo clamoroso disparate, que se demonstra no exemplo abaixo enunciado.

22. O controle acionário da sociedade “s” é exercido, de modo compartilhado, por vários sócios, vinculados entre si por acordo de acionistas, e que em conjunto, detêm 70% das ações ordinárias, nenhum dos quais, porém, participa do grupo com mais de 30% do capital votante da sociedade. Em determinado momento, e visando acomodar interesses desses sócios, um deles adquire dos demais cerca de 10% de ações, mas os alienantes permanecem no grupo com participação menor. Pergunta-se: essas transferências ocorridas no interior do grupo de controle, e realizadas sem o pagamento de qualquer ágio ou sobrepreço, caracterizam a alienação do controle acionário da sociedade “s”? E, nesse caso, o sócio que haja reforçado a sua participação no grupo, pagando aos demais apenas o valor patrimonial contábil de suas ações, estaria obrigado a dirigir oferta pública aos acionistas minoritários? Na hipótese de ser dada resposta afirmativa a essas questões — contrariando-se a disciplina legal e regulamentar, constantes do art. 254 da Lei das S/A

e dos itens II, III e IV da Res. 401 do CMN — ter-se-ia de admitir que, pelo fato de adquirir de outros participantes do grupo mais 10% de ações, o sócio adquirente estaria obrigado a comprar também as ações dos minoritários, ou seja, os restantes 30% de ações ordinárias da companhia. Caso essa exigência venha a ser implementada, o que ocorreria? O sócio, integrante do grupo, ao adquirir as ações dos minoritários, elevaria sua participação de 40% para 70% e conseqüentemente passaria a deter sozinho a maioria absoluta do capital votante. O grupo de controle deixaria de ter razão de ser, já que o controle compartilhado seria apenas um mecanismo inútil e desnecessário, e se constituiria até num estorvo para o exercício pleno do poder de controle. Mas não é só. Os demais sócios que participavam do grupo de controle, e em conjunto detinham 30% das ações, passariam a ser eles os minoritários, no caso de denúncia ou dissolução do acordo, e em qualquer hipótese não teriam o direito de

reclamar a compra de suas ações pelo preço assegurado, na oferta pública, aos antigos acionistas minoritários.

23. A possível correção dessa intolerável injustiça seria impor-se ao infeliz sócio que pretendeu adquirir apenas mais 10% das ações integrantes do grupo de controle, a obrigação de comprar também as ações remanescentes dos sócios não contemplados na oferta pública. Vale dizer: o acionista que pretendesse elevar de 30% para 40% a sua participação no grupo de controle, só poderia fazê-lo se se dispusesse a comprar os restantes 60% do capital votante e, conseqüentemente a deter sozinho 100% das ações ordinárias da companhia.

24. É esse o caminho do disparate, que terá de ser necessariamente trilhado, caso se insista em sustentar que as transferências de ações, no interior do grupo de controle, configura alienação do controle da sociedade e, em razão desse fato, a obrigação de dirigir o adquirente oferta pública aos acionistas minoritários.

PARTICULARIDADES DA "AFFECTIO SOCIETATIS" NO GRUPO ECONÔMICO

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

A) O Grupo Econômico — Realidade e qualificação jurídica

Um eminente Jurista contemporâneo já denunciou a dificuldade de "... reducir a sistema juridico el conjunto heterogéneo de formas en las que se manifiesta, en la actualidad, el fenómeno de las uniones de sociedades...",¹ advertindo logo a seguir, porém, que tal dificuldade "... no puede consistir excusa suficiente para eludir el tratamiento de problemas que desbordan las previsiones del Derecho vigente y que abren un peligroso vacío entre la realidad empresarial — en las uniones de sociedades y, en particular, los grupos tienen una gran importancia — y el ordenamiento jurídico que sigue tomando como modelo básico el de la sociedad-isla...".²

E na realidade são inúmeras as formas, mediante as quais se estabelecem relações econômicas entre sociedades, aparentemente, independentes. Dentre elas nem todas lograram obter a atenção do legislador. Tampouco, dentre as reguladas, foram resolvidos todos os aspectos e problemas jurídicos suscitados.

As diversas leis contemplam apenas aspectos parciais das diferentes realidades representadas pelas uniões entre empresas e sociedades, deixando para o intérprete e para a doutrina a tarefa de construir as soluções legais. Assim

ocorre no Direito Comparado. Assim ocorre no Direito Brasileiro.

Situações particulares dos grupos econômicos como as uniões entre empresas independentes mereceram a atenção do Direito do Trabalho. A lei repressora do abuso de poder econômico regulou mais algumas dessas situações. Um novo projeto de lei procura disciplinar a colaboração empresarial no setor,³ de forma assimilada aos agrupamentos de direito econômico francês. Mas a nossa lei acionária vislumbrou a união econômica, apenas entre sociedades. A dificuldade porém, não pode desanimar o intérprete.

Tampouco, "... constitui desculpa suficiente para afastar o tratamento dos problemas que vão além das previsões do Direito vigente e que abrem um perigoso vazio entre a realidade empresarial — nas uniões entre sociedades e (...) o ordenamento jurídico, o qual continua a considerar como modelo básico a sociedade isolada...".⁴

B) A união de empresas perante o Direito Societário

Nesta linha, a nossa atual Lei 6.404/76, em direção contrária àquela adotada no Direito do Trabalho, regulou apenas de forma parcial a realidade representada pelos grupos econômicos.

E regulou de forma parcial porque, em primeiro lugar, ignorou a possibi-

lidade da participação de pessoas físicas e de pessoas jurídicas “não societárias” (vg., a empresa pública) no agrupamento.

Com este comportamento, apartou-se da orientação acatada no Direito Comparado, como demonstra a Lei alemã com seu “Konzern” e o projeto comunitário de grupos da CEE, ambos sancionando a união de empresas e de sociedades e não apenas o grupo societário, (IX Diretriz da CEE, art. 2.º).

Anotamos, porém que a Instrução CVM/20 ampliou este entendimento para admitir, também, a inclusão de pessoas físicas, não societárias, no que chama “...grupo de interesses...”.

Mas o critério tem finalidade limitada, visando apenas àquele dever de informar, estabelecido na norma do art. 1.º desta Instrução. De qualquer forma, representa já um começo na direção de uma disciplina mais eficaz da realidade representada pela união entre empresas.

Em segundo lugar, a omissão decorre do desconhecimento da realidade representada pelos grupos não acionários, circunscrevendo a regulamentação ao âmbito das sociedades anônimas.

Sob tal aspecto, embora se admita a possibilidade da constituição, pelo menos em princípio,⁵ de sociedades limitadas sem a participação de uma S/A, a sua regulamentação não é fácil pois, quando do transporte analógico das leis de direito acionário, acumulam-se dúvidas gerando incertezas e inseguranças.

Por outro lado, deixou de lado o reconhecimento dos grupos de subordinação, puramente contratuais, para identificar como elemento da união somente às ligações derivadas do mecanismo interno da sociedade, a saber: a participação societária e o preenchimento de cargos administrativos.

O saldo é que a visão parcial do legislador fez com que nossa regulamentação já surgisse ultrapassada, quando em confronto com a evolução legislativa no Direito Comparado.

Ainda aqui, vale o exemplo da Lei alemã de 1965 e do projeto da IX Diretriz comunitária quando sancionam a possibilidade da constituição de grupos de subordinação contratuais, independentes.

Por tal razão, a doutrina tem trabalhado socorrendo-se da analogia e do Direito Comparado para criar soluções adequadas aos problemas grupais que se sucedem com o caráter de novidade.

Nessa linha, o grande inovador é Fábio Konder Comparato que, por mais de uma vez, já ampliou o entendimento da disciplina acionária, demonstrando, inclusive, a presença da relação grupal, independente da participação acionária.

É dele a afirmação de que: “Na verdade, porém, a situação grupal de controle externo não precisa ser regulada explicitamente na legislação, para que se lhe reconheçam efeitos de direito...”.⁶

O mesmo pode ser dito quando a unidade econômica decorre da identidade dos administradores e sócios nas diversas sociedades agrupadas.

C) A disciplina extra-societária da união entre empresas

Essa realidade, embora não prevista pela Lei de 1976, tem seu lugar assegurado na CLT (art. 2.º, § 2.º) e na atual Lei 8.158 de 8.1.91, art. 2.º, “f”.

Com efeito, tanto uma quanto outra identificam a presença do grupo econômico nas sociedades submetidas a direção comum. Para o efeito basta a unidade de direção ou de controle do

capital. Aqui, a noção de empresa abrange, também, às pessoas físicas.

Esta, aliás, a orientação comum do Direito Alemão⁷ e da IX Diretriz comunitária (IX Diretriz, art. 2.º), com a qual se coaduna aquela acatada na legislação trabalhista.

Perante o Direito do Trabalho a atenção dirige-se para o grupo econômico (art. 2.º, § 2.º da CLT), cujo fundamento não reside no mero fato da participação de uma sociedade na outra.

Conforme a lição da mais abalizada doutrina, os elementos, componentes da estrutura grupal, prevista na CLT são os seguintes: "1. participantes (empresas); 2. autonomia das participantes (personalidade jurídica); 3. relação entre participantes (relação de dominação, através da direção, controle ou administração da empresa principal sobre as filiadas); 4. natureza da atividade (industrial, comercial ou qualquer outra de caráter econômico); 5. efeito (solidariedade); 6. objetivo sobre que recai (relação de emprego)...".⁸

A essência do conceito repousa na relação de dominação, chamada pelo legislador alemão "herrscher Einpluss" ou como quer o legislador brasileiro, "controle", ou poder de controle, noção mais ampla do que aquela acatada na definição da Lei acionária (arts. 116 e 243, 2.º da Lei 6.404/76).

No Direito do Trabalho, a relação de dominação pode decorrer de outros meios que não a preponderância nas deliberações assembleares e a eleição da maioria dos administradores.

Havendo a prova da unidade de direção ou do controle de capital, estar-se-á perante um grupo econômico para os efeitos trabalhistas.

Anote-se, particularmente, que se admite, inclusive, o controle sem a participação societária.

Aliás, esta é a opinião da doutrina no Direito Comparado. Confirma-se a seguir: "A dependência não é grupo, é necessário quer no Direito Alemão (art. 18, 1); quer no projeto europeu (art. 223, § 1.º) que o conjunto de empresas dependentes de uma empresa dominante sejam colocadas sob sua direção única...".⁹

Lembro, neste passo, que tanto no Direito do Trabalho como no Direito Alemão a noção de empresa abrange também as pessoas físicas.

Tanto assim que, em um caso já tornado clássico ("Lufthansa AG"), os Tribunais alemães desconsideraram a personalidade jurídica da sociedade para vislumbrar na relação entre o Estado, como acionista controlador, e a sociedade controlada ("Lufthansa AG") uma relação entre empresas (grupo econômico de fato) de molde a penalizar o controlador pelas verbas trabalhistas então devidas".¹⁰

O critério é conhecido, também, perante o Direito Brasileiro.

Este, pelo menos, é o entendimento que decorre da lição de Octávio Bueno Magano (ob. cit., pp. 253 e 254) quando sintetiza o pensamento dominante.¹¹

D) Conclusões no tópico

Por final, cumpre trazer a plano a orientação consubstanciada na norma do art. 2.º da Lei 4.134 de 10.9.62, alínea "e", a qual já considerava como expressão do grupo econômico — a acumulação de direção, administração ou gerência em mais de uma empresa.

Em síntese, as situações, nas quais têm lugar os grupos econômicos são as mais diversas possíveis, variando, como ensina um estudioso "... desde a constituição de novas sociedades, em suas várias modalidades, tendo por objeto a coordenação das atividades dos sócios,

até a celebração de contratos típicos, como os consórcios ou mesmo atípicos...".¹²

Mas o importante a relevar é que, independente da forma escolhida, em todas elas a união entre as diversas empresas ou sociedades revela a presença de um dever de colaboração, imposto ou consentido, necessário à consecução de um objetivo qualquer, razão mesma da criação do grupo.

Inclusive, há quem afirme a presença, em alguns modos concentracionistas, do *intuitus personae*, "...que agrega os seus membros, no pressuposto que o seu decidido engajamento constitui a base do êxito das atividades comuns ou concertadas;...".¹³

Da "affectio societatis" e do "intuitus personae"

Na lição de Dalmartello, "La società è uno de quei contratti che elevano a momento essenziale del vincolo l'individualità personale dei partecipanti: è anzi il tipico contratto fondato sull'intuitus personae...".¹⁴

E é tal o vigor do *intuitus personae* na construção da tese de Dalmartello que chega afirmar a existência de um novo consentimento, ou de uma nova sociedade, quando a pessoa do sócio é substituída.¹⁵

Contudo, a ligação pessoal societária que une àqueles sócios não é qualquer uma. Ela está fundada basicamente na confiança, na lealdade e na solidariedade expressas no vínculo que se convencionou chamar *affectio societatis*.

Por isso, quando se faz menção à *affectio* como dever de colaboração que une os sócios, se faz igual menção à boa-fé e ao *intuitus personae*.

O sócio que se escolhe é o companheiro em que se confia. E suas qualidades pessoais estão na base do sentimento da criação da sociedade.

Tanto assim que dentre as causas de dissolução, atualmente afastada pela Jurisprudência em virtude da personalização levada a efeito pelo Código Civil, o Código Comercial arrola a falência, a prevaricação, etc. Isto é, fatos pessoais do sócio.

Como atuar, então, quando a confiança vem menor em virtude de atos violadores da boa-fé, do dever de solidariedade, da confiança mútua fora do âmbito da sociedade?

O âmbito da *affectio societatis* não se restringe ao da pessoa jurídica. Por tal razão, Teixeira de Freitas, no seu *Esboço de Código Civil*, no art. 3.220, § 4.º considerava existir justa causa para a exclusão o fato do sócio "...decair da confiança dos outros sócios por insolvabilidade, fuga, ausência para lugar não sabido, perpetração de crime, má conduta, descrédito, inimizade com qualquer dos sócios, provocação de discórdia entre eles, desinteligência continuada e outros fatos análogos...".

Se assim é, o comportamento desleal, prevaricador dos sócios em sociedades, pertencente ao mesmo grupo econômico não pode ser visto isoladamente.

Sob o aspecto subjetivo, foram rompidos a confiança e o ânimo continuativo. Aquele sócio ou sócios não revestem as qualidades pessoais, base da confiança que motivou a associação.

Vale neste ponto a lição de Emilio Betti para quem: "...nos vínculos associativos, em sentido lato, em que se trate de reunir os esforços para um escopo de interesse comum, a boa-fé estende-se a todo comportamento necessário para a realização do escopo social, potenciando-se num 'dovere di fedeltà'".¹⁶

Sendo os sócios os mesmos nas diversas empresas, a violação deste dever de fidelidade, para com qualquer uma

delas, estende-se a outra. Se o tema é confiança, não há como setorializar, restringindo os efeitos da quebra do dever de fidelidade somente a esta ou aquela sociedade.¹⁷

A relação é subjetiva e estabelecida entre os sócios. Não entre esses e a sociedade.

Por outro lado, objetivamente, tendo em vista a unidade econômica, característica dos grupos econômicos, faltou ele com aquele dever de colaboração, eleito por Paul Pic como expressão da *affectio societatis* romana na atualidade que não se restringe à sociedade isolada, mas deve ser apreciado. "... dentro da finalidade a que é preordenado..." e conforme o reflexo que tem "... na organização social, impedindo-a ou desviando-a do escopo comum...".¹⁸

E o critério tem razão de ser pois, qualquer que seja a forma escolhida, a união dos mesmos sócios nas diversas sociedades ou empreendimentos não ocorreu ao acaso.

Entre as diversas sociedades reunidas deve existir um vínculo de complementariedade qualquer, sem o que não se justificaria a união.

A razão, qualquer que ela seja (dispersão e pulverização do risco pela diversificação dos objetivos, complementariedade entre as diversas sociedades, transferências financeiras etc.) denotam uma necessidade de interesse comum, dentre os sócios. E é necessário valorizar esse interesse comum, para vislumbrar, também nessas formas, a unidade econômica do agrupamento.

Feito isto, o comportamento desavido do sócio, infringindo seu dever de lealdade para com uma delas, também sob o aspecto objetivo, atinge a todas.

Aliás, nossa tese nada tem de fantástico. Já houve quem, inclusive, reportando-se a assunto conexo, vislum-

brou uma relação societária no grupo econômico.¹⁹

E essa visão da realidade grupal não é desconforme àquela que o legislador de 1850 tinha, ao presumir a existência da relação societária entre as partes quando presentes determinadas situações que arrola na norma do art. 305.

E) A confiança é elemento que integra as bases do negócio societário

Mas não necessitamos ir tão longe. Para demonstrar a repercussão do rompimento da *affectio societatis*, perante as outras pessoas jurídicas. Basta aqui o elemento subjetivo: A relação pessoal entre os mesmos sócios, nas diversas sociedades.

Ora, as expressões *intuitus personae*, *bona fides* e *affectio societatis* são, intimamente, conexas.

O consentimento que está na base da relação societária está fundado na confiança mútua e na vontade de cooperarem em conjunto para a obtenção de determinados benefícios. Por tal razão a afirmação: "La società è uno di quei contratti che elevano a momento essenziale del vincolo l'individualità personale dei partecipanti...", acima referida.²⁰

Se o elemento confiança é da essência da relação societária, essa é falseada quando aquele falta. Alteram-se, então, as bases essenciais subjetivas do negócio, enquanto consideradas como "determinadas representaciones mentales comunes a ambos contratantes, sin las que estos no habrían emitido sus declaraciones de voluntad o, al menos, no las habrían emitido tal como lo hicieron...".²¹

E tal alteração não é restrita a esta ou àquela pessoa jurídica; mas atinge todas relações em que estejam as mesmas partes envolvidas. O co-contratan-

te não merece mais a confiança que originalmente lhe era deferida.

Ora, sendo este o mesmo nas demais relações societárias, todas padecerão dos mesmos males.

E esta menção a *affectio societatis* e ao dever de boa-fé, não é novidade nos grupos econômicos. Se não tem grande valia perante os grupos acionários, pela crença em negar-se a presença da *affectio societatis* naquelas sociedades, chamadas de capitais,²² o mesmo não ocorre quando as sociedades participantes são sociedades por quotas de responsabilidade limitada.

É que estas sociedades, em que pese o perfil corporativo, a sua configuração como *universitas*, não renegou a sua conotação personalista.

Esta, aliás, a intenção do legislador alemão em 1892, criando um modelo intermediário entre a sociedade anônima, paradigma das sociedades de capitais, e aquela em nome coletivo, modelo clássico das sociedades de pessoas.²³

A *affectio societatis*, o *intuitus personae*, portanto, são da essência, também, das sociedades por quotas de responsabilidade limitada.

F) A sanção para a violação do dever de lealdade

Se é assim, poder-se-ia resolver o contrato pela alteração das bases negociais. Mas cuida-se de um contrato jurídico-organizativo ou plurilateral, como preleciona Ascarelli, que dá lugar a uma unidade de produção, criadora de riquezas e de postos de serviços, cuja preservação vai além do mero interesse das partes.

Em nome, então, da preservação dessa unidade ou, melhor, da empresa, a solução, por construção, seria a resolução parcial do vínculo, com exclusão em todas elas do sócio prevaricador.²⁴

Com esta orientação os Tribunais alemães²⁵ têm feito uso da violação ao dever de lealdade para sancionar o comportamento da sociedade ou da empresa dominante, prejudicial à sociedade dominada.

Na questão o caso líder data de 1975 (ITT) e o fundamento para a remoção e dispensa do administrador, com o concomitante dever de reparar da sociedade dominante foi, justamente, a quebra do dever de fidelidade e de lealdade, tanto da maioria, quanto dos administradores.

A idéia central era a de que a presença da *affectio societatis* na sociedade limitada, exige um comportamento leal, não somente perante a sociedade, mas também entre os sócios, uns perante os outros.

Anoto-se que tal orientação enfatizando o dever de fidelidade dos sócios entre si e para com a sociedade foi repetida, *mutatis mutandis*, em outras decisões que se sucederam ("Sussen", "Heumann-Ogilvy" e "Typenhausbau") tendo por objeto, igualmente, a violação daquele dever no seio dos grupos econômicos e a solução foi estendida, igualmente aos grupos nacionais.²⁶

G) Dissolução parcial e exclusão

Substituímos, acima, a resolução por dissolução parcial com a exclusão do sócio faltoso.

Essas afirmações merecem alguma ponderação.

A dissolução parcial não deixa de ser forma resolutiva. A permanência da sociedade, com vida, todavia e destarte o contrato impedem possa-se falar em "resolução parcial".

Alguns confusão, porém, pode advir da expressão dissolução parcial e exclusão em conjunto. Todavia essas duas formas não se excluem. Antes,

completam-se numa relação de gênero e espécie. Lembramos que o instituto da exclusão tem sua origem no Direito Germânico, justamente, como forma de dissolução parcial.²⁷

E, a exclusão não somente é procedimento dissolutório, como é a primeira forma de dissolução parcial de que se tem conhecimento. Esta orientação permanece na atualidade, disciplinando-se a exclusão como espécie dissolutória.²⁸

Por isso é que a doutrina clássica se reporta à exclusão como causa de dissolução do vínculo. Assim faz ver Brunnetti, utilizando, propositadamente, a expressão "dissolução" para designar a solução compulsória do vínculo societário que redundaria na exclusão do sócio faltoso.²⁹ Essa é, também, a orientação de Fábio Konder Comparato, quando se refere à exclusão como forma de dissolução parcial.³⁰ Ainda, é a orientação dos diversos Códigos estrangeiros que cuidam da exclusão dentre as formas de dissolução parcial (cf. Código Civil Italiano, seção V, art. 2.286; Código Suíço das Obrigações, cap. IV, art. 577 e Código de Comércio Alemão, lít. IV, art. 133, 3/140).

Assim sendo, o emprego daquelas expressões como sinônimas não foi incorreto.

H) A ação cabível: legitimidade ativa

Resta ver, falindo a *affectio societatis*, a quem incumbe o procedimento para prover à exclusão do sócio faltoso. Se o que caracteriza o contrato social, enquanto contrato plurilateral, é a comunhão de objetivos, que se traduz em interesse social, o interesse do sócio, enquanto sócio, outro não é que o de prover à realização do objeto social.

Assim, em que pese o *intuitus personae*, quando se faz menção à *affectio societatis*, como causa de exclusão, não

é ao direito particular do sócio, eventualmente lesado, que se tem em vista. Sendo essa a hipótese, a solução é aquela do art. 159 do Código Civil.

Quando o remédio jurídico pedido é a dissolução da sociedade, por rompimento do dever de colaboração, o interesse lesado não é desse ou daquele sócio, mas o social.

E esse é o entendimento da doutrina mais atual, afirmando com todas as letras que: "Atualmente não é mais contestada a opinião de que o direito da exclusão necessita se apoiar, fundamentalmente, no interesse da sociedade..."³¹

Essa lição, aliás, nada mais faz do que ratificar o pensamento já conhecido de Emilio Betti, para quem "... os fatos que podem justificar a exclusão de um sócio não implicam necessariamente um Juízo de reprovação moral ou jurídica, mas apenas um juízo de idoneidade para a ulterior colaboração social. Em sede de sociedade, cabe a exclusão a função normalmente destinada à resolução..."³²

Se assim é. Se o interesse lesado é o da sociedade, tem ela legitimidade para propor a ação visando à exclusão do sócio faltoso. Mas, pode ela ser exercida pelo sócio que se ressentido, pois, também nas sociedades por quotas de responsabilidade limitada o sócio tem o direito de exercer em nome próprio *ut singuli* a ação social *ut universitas* no interesse da sociedade.

Inclusive, a ação tem respaldo expresso na lei. Basta, para tanto, conferir o teor da norma consubstanciada no art. 159, § 3.º da Lei 6.404/76 que merece transporte analógico, em virtude da remessa consubstanciada na norma do art. 18 do Dec. 3.708/19.

A doutrina alemã atual, nesse sentido é expressa, afirmando sem mais: "Outros autores que se ocupam com a legitimidade da ação singular no direito das sociedades por quotas de respon-

sabilidade limitada, vêm na *actio pro socii* não uma ação, situada processualmente para a sociedade, mas o exercício legítimo de um direito próprio do sócio querelante. Nessa direção Landgrebe, para quem o sócio minoritário de uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada, titular de uma pretensão na sociedade, têm recurso judicial quando a maioria dos sócios viola seus deveres perante a sociedade...³³

Por final, assinale-se, que essa tutela do interesse social não é somente um direito do sócio, mas igualmente um dever, principalmente dos sócios gerentes.

Assim é, tendo em vista a defesa do interesse social como decorrência do seu dever de lealdade perante a sociedade.

NOTAS

1. José Miguel Embid Irujo, "El derecho de los grupos de sociedades en Brasil — su significación y repercusión en el ordenamiento jurídico español", in *RDM* 71/5 a 46.
2. Idem, aut. ob. e loc. cit.
3. Cf., O trabalho de Mauro Rodrigues Penteado, "Anteprojeto de lei que dispõe sobre as associações de interesse econômico", in *RDM* 54/137-148.
4. Ibidem, aut. ob. e loc. cit., trad. de Vera Helena de Mello Franco.
5. Cf., Egberto Lacerda Teixeira, "As sociedades limitadas face ao regime do anônimo" in *RDM* 39/40-75.
6. Aut. cit., "Grupo societário fundado no controle contratual e abuso de poder de controlador", in *Direito Empresarial*, S. Paulo, 1990, pp. 270-291.
7. Cf. o trabalho de Wolfgang Zollner, "Il concetto di Impresa nel Diritto Tedesco del Gruppo", in *Riv. delle Società*, Milão, Giuffrè, fasc. 1, pp. 1-39.
8. Octávio Bueno Magano, "Os Grupos de Empresas no Direito do Trabalho", S. Paulo, 1979, p. 241.
9. León Dabin, "Les Systèmes Rigides du Type Konzernrecht — L'Exemple de la Proposition de Société Européenne", in *Les Groupes de Sociétés — Une Politique Législative*, Étude du Centre de Recherches sur le Droit des Affaires de la Chambre du

Commerce et Industrie de Paris, 1978, pp. 147-191, trad. de Vera Helena de Mello Franco.

10. Cf., Wurdinger, *Potteri Pubblici ed Impresa*, in *Riv. delle Società*, Milão, Giuffrè, 1976, fasc. 6, pp. 1.105-1.119.

11. Assim textualmente: "Ao lado de Russomano encontra-se Pereira Leite, e, Arnaldo Lopes Sussekkind dá também a impressão de adotar o mesmo ponto de vista nessa passagem: "inobstante se refira a lei a empresa principal e empresas subordinadas, é óbvio que a caracterização do consórcio não se subordina à existência de uma empresa controladora *holding company*". A exata direção desse pensamento revela-se, porém, logo a seguir, ao acrescentar que "as expressões — "empresa principal e empresas subordinadas" — podem significar, conforme o caso, uma pessoa natural, um grupo de acionistas ou uma pessoa jurídica, desde que controlem e comandem, realmente, um grupo de empresas". Conclui-se que Sussekkind requer a presença do elemento controle, para ter como configurado o grupo, não exigindo, porém, e com toda a razão, que a entidade controladora revista a forma de uma sociedade "holding company", podendo, ao contrário, tratar-se de uma pessoa natural, um grupo de acionistas ou uma pessoa jurídica.

Na Jurisprudência, (...) depara-se com alguns julgados (...) como este: "Os elementos constantes dos laudos permitem que se conclua integrarem as duas empresas um grupo econômico, senão de direito, pela inexistência de uma sociedade controladora, pelo menos de fato..." (cf. aut. e ob. cit., pp. 253 e 254 — grifos nossos).

12. Mauro Rodrigues Penteado, ob. cit., à p. 138.

13. Idem, aut. e ob. cit. à p. 142.

14. *L'Esclusione dei Socii dalle Società Commerciali*, Pádua, 1939, XVII, à p. 2.

15. Idem, aut., ob. e loc. cit.

16. *Teoria Generale delle Obbligazioni*, t. 1, p. 101, apud Avelã Nunes, ob. cit. p. 93.

17. Cf., Avelã Nunes, *O Direito de Exclusão dos Sócios nas Sociedades Comerciais*, Coimbra, 1968, p. 86.

18. Idem, aut., ob. e loc. cit.

19. Veja-se com detalhe esta opinião: "Na verdade, porém, a situação grupal de controle externo não precisa ser regulada explicitamente na legislação, para que se lhe reconheçam efeitos de direito.

Tenho entendido que todo grupo empresarial — seja ele de fato ou de direito, de

subordinação ou coordenação, com controle interno ou externo — consubstancia uma relação societária. Os três elementos fundamentais de toda sociedade — a saber, a contribuição individual com esforços ou recursos, a atividade para lograr fins comuns e a participação em lucros ou prejuízos — encontram-se aí de modo indefectível. Se o legislador não reconhece a personalidade jurídica do grupo, ou se silencia quanto a sua qualificação jurídica, nem por isso o intérprete estará inibido de reconhecer a evidência: a relação societária em atuação.

Pode-se, também, encerrar a questão de modo ligeiramente diferente, mas com as mesmas conclusões de ordem lógica. A realidade grupal, na qual se manifesta a multiplicitade de centros de interesses econômicos distintos, com os três elementos de conjugação acima apontados, é uma espécie do gênero relação plurilateral associativa, sendo as demais espécies a sociedade *stricto sensu*, a associação, o cartel e o acordo de acionistas. As conclusões de ordem lógica são as mesmas, justamente porque todas as espécies de relação plurilateral associativa obedecem a princípios comuns..." (Fábio Konder Comparato, *Direito Empresarial*, S. Paulo, 1990, pp. 277-278).

20. Dalmartello, loc. cit. e ob. cit.

21. Carlos R. Fernández Rodríguez, do estudo preliminar da obra de Larenz, *Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos*, Madri, 1956, p. XVII.

22. Se bem que há quem afirme a presença da *affectio societatis*, também, nas sociedades anônimas fechadas. Com esse teor Fábio Konder Comparato, "Restrições à circulação de ações em Cia. fechada: *nova et vetera*", RDM 36/65. V. também o trabalho de Mário Engler Pinto, "Exclusão de acionista", in RDM 54/82 e ss.

23. Cf., Gotz Hueck, *Gesellschaftsrecht*, Munchen, 18.ª ed., 1983, pp. 302, 303; Mueller, Meister, Heidenhain, *The German GmbH-Law*, 4.ª ed., 1981, nota 2.

24. Cf., Fábio Konder Comparato, "Sociedades por quotas de responsabilidade limitada", in RT 473/33-34, notadamente pp. 36 e ss.

25. Emmerich, *Das GmbH-Konzernrecht*, Koln, 1975, p. 12, n. 22.

26. Cf., entre outros, o relato de Lutter, "Konzernrecht", in ZHR 151/445-461, out./1987.

27. Cf., Dalmartello, ob. cit., pp. 9-10, trad. de Vera Helena de Mello Franco: "O movimento de evolução posterior teve início na Alemanha, como de resto sempre ocorre, no pacto dos contraentes: e foi mérito, em princípio, da Jurisprudência germânica, o reconhecimento da validade daquele acordo inovador e ter, com isto, favorecido a sua difusão e constante repetição, e, em seguida, a sanção legislativa. A substância de tal acordo era a seguinte: convençionava-se, no contrato societário que, quando, no desenvolvimento da relação social, ocorresse uma causa de dissolução inerente à pessoa de um só sócio, os outros sócios, poderiam evitar a dissolução total da sociedade, pedindo a dissolução parcial ou relativa perante o único sócio, do qual derivasse a causa dissolutiva. Cada sócio, aceitando um acordo similar, expunha-se à eventualidade de ser excluído da sociedade quando, ou por inadimplemento a ele atribuído ou por cuidar-se de uma diminuição na sua personalidade, ele tivesse determinado a ocorrência de uma causa de dissolução da sociedade..." (trad. de Vera Helena de Mello Franco).

28. Idem, aut. e ob. cit., p. 14. Confira-se a afirmação: "Do ponto de vista da forma legislativa a ligação entre instituto da exclusão e aquele da dissolução por motivos pessoais, estão neste Código, ainda mais evidentes: basta notar que esse não concede a faculdade de "excluir" o sócio, mas aquela de "dissolver", parcialmente, o contrato de sociedade..." (trad. de Vera Helena de Mello Franco).

29. Cf., aut. cit., *Tratado del Derecho de las Sociedades*, v. I, B. Aires, 1960, pp. 364, 471, 472 e 484 — trad. de Felipe Solá Canizares.

30. V., autor cit., "Sociedades por quotas de responsabilidade limitada", p. 38.

31. Cf., Heriberto Hirte, "Gesellschaftsinteresse und Gleichbehandlung beim Begu-schreitschluss", in ZHR 154/374-389, 1990 — trad. de Vera Helena de Mello Franco.

32. V., autor cit., *Teoria Generale delle Obbligazioni*, 1955, IV/136-137, apud, Avelã Nunes, ob. cit., p. 28, nota 10.

33. Christian Berger, "Die Actio pro socio im GmbH-Recht", in ZHR 149/559-613, 1985 — trad. de Vera Helena de Mello Franco.

DOUTRINA

A CONCORRÊNCIA ENTRE EMPRESAS PERANTE O MERCOSUL

(Enfoque específico sobre Brasil e Argentina face à
legislação antitruste)

MAURO GRINBERG

I — INTRODUÇÃO

1. Entre as implicações da criação do MERCOSUL, criado pelo Tratado de Assunção de 26.3.91, estão a livre circulação de bens e serviços e o compromisso dos membros de harmonizar suas legislações relativas à livre circulação de bens e serviços.

2. A livre circulação de bens e serviços traz à tona uma problemática — entre várias — relativa às práticas econômicas contrárias à livre concorrência e à punição de tais práticas.

3. Trata-se aqui de evitar práticas que levam a monopólios e oligopólios não naturais, entendendo-se que a livre concorrência tem o condão de produzir uma economia mais saudável e mais benéfica para as pessoas em geral.

4. Assim, exemplificando hipoteticamente, como enfrentar o problema de uma empresa paraguaia que vende um produto a uma empresa uruguaia e depois recusa-se a vender peças de reposição para o produto vendido?

5. Ou, mais uma vez exemplificando hipoteticamente, como enfrentar o problema de uma empresa brasileira que vende um produto a uma empresa argentina e posteriormente só autoriza uma determinada oficina a prestar assistência técnica a esse produto, elimi-

nando assim a concorrência entre os prestadores de serviços argentinos?

6. Há, ainda, o exemplo mais óbvio e mais comentado, que é a prática do chamado “dumping”, que consiste, basicamente, na venda de bens por preços abaixo dos praticados no país da empresa vendedora.

II — A EXPERIÊNCIA COMUNITÁRIA E O MERCOSUL

A) A experiência comunitária

7. Na Comunidade Econômica Europeia (CEE), que constitui o exemplo mais acabado de Mercado Comum, a concorrência entre as empresas extrapolou as fronteiras nacionais e passou a ocorrer no âmbito comunitário, mais largo, o que se pode ver como, pelo menos em parte, previsível e desejável na esfera do MERCOSUL.

8. Assim, na CEE a concorrência tem função seletiva — já que só sobrevivem as empresas mais aptas no mercado mais amplo — função ordenadora do mercado — em razão da qual são proibidas atividades econômicas anti-concorrenciais — e função instrumentadora da política econômica comunitária — com a insistente e decidida opção pela economia de mercado como

antídoto contra crises econômicas (Juan Ignacio Font Galan, *La Libre Competencia en la Comunidad Europea*, publicaciones del Real Colegio de España, Bolonha, 1986, pp. 26 a 30).

9. Para tanto, o Tratado de Roma — que instituiu a CEE — contém, nos seus arts. 85 e 86, regras relativas à concorrência entre as empresas dos Estados-membros.

10. O art. 85 descreve as práticas incompatíveis com o Mercado Europeu e que se constituem exatamente naquelas que impedem ou dificultam a livre concorrência entre as empresas, enquanto o art. 86 proíbe a utilização abusiva de posição dominante (o que se pode chamar de liderança de mercado).

11. Para a aplicação das normas relativas à concorrência entre empresas nos países integrantes da CEE (dentre outras normas), existe o Tribunal de Justiça da CEE, que se constitui, na verdade, em um tribunal comunitário.

12. Esta é a experiência comunitária bem sucedida, que permite a livre circulação de bens e serviços entre os países do Mercado Comum, estabelecendo a livre concorrência como regra fundamental e prevendo a forma de solução de litígios entre pessoas de países diferentes.

B) O MERCOSUL e a livre concorrência

13. O Tratado de Assunção não contém quaisquer dispositivos semelhantes aos dos arts. 85 e 86 do Tratado de Roma; resta entender, porém, que a livre circulação de bens e serviços, prevista no Tratado de Assunção, implica na garantia da livre concorrência.

14. Com efeito, estabelece o art. 1.º do Tratado de Assunção que o Mercado Comum implica, entre outros pontos, na “livre circulação de bens, servi-

ços e fatores produtivos entre os países através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários e restrições não tarifárias à circulação de mercadorias e de qualquer outra medida de efeito equivalente”.

15. A existência de atividades econômicas contrárias à livre concorrência implica necessariamente em impedir a livre circulação de bens e serviços tanto na esfera nacional quanto no âmbito mais largo de uma comunidade econômica formada por diferentes países.

16. Esta é uma premissa básica, até porque os países envolvidos — em especial o Brasil e a Argentina — têm legislações impeditivas e punitivas de atividades econômicas contrárias à livre concorrência; resta aplicá-las no âmbito mais largo da comunidade econômica.

17. Tais atividades econômicas contrárias à livre concorrência são exatamente aquelas que, num mercado razoavelmente livre, criam condições de domínio de mercado — o que na CEE e na Argentina é chamado de posição dominante — com eliminação da concorrência através do uso abusivo desse domínio de mercado.

18. O uso abusivo desse domínio de mercado — ou posição dominante — acaba por provocar condições de monopólio ou oligopólio cartelizado com as óbvias conseqüências acarretadas.

19. Entre as possíveis atividades contrárias à livre concorrência, pode-se exemplificar:

a) a prática de preços predatórios;
b) a sujeição da venda de um produto ou da prestação de um serviço à venda de outro produto ou à prestação de outro serviço (prática que no Brasil é chamada de “venda casada”);

c) a imposição de condições discriminatórias a clientes semelhantes de modo a diferenciá-los e provocar condições concorrenciais desiguais (os preços, os prazos e as condições diferen-

ciados alteram as condições de concorrência entre os clientes);

d) a recusa de venda, quando esta não seja uma faceta normal da atividade econômica mas tenha por objetivo a alteração das condições da concorrência;

e) a extinção ou a interrupção da produção ou da colocação no mercado de determinados produtos, ainda que o fato isoladamente seja legal;

f) a fixação de preços uniformes entre os vários concorrentes, eliminando-se a concorrência entre os mesmos no que diz respeito aos preços;

g) a acumulação de direção, gerência, administração — enfim da capacidade decisória — ainda que aparentemente as pessoas sejam distintas, de empresas concorrentes;

h) o açambarcamento e a retenção de bens de modo a provocar escassez e oscilação artificial de preços;

i) a criação de dificuldades para a constituição, o desenvolvimento ou o funcionamento de empresa;

j) a formação de cartéis.

20. As hipóteses acima aludidas são meros exemplos da atividade econômica contrária à livre concorrência; esta, obviamente, não pode ser enquadrada em uma enumeração taxativa, embora os exemplos dados possam ser considerados como um universo significativo.

21. Vale lembrar, contudo, que tanto o Brasil quanto a Argentina têm legislações bastante claras que visam evitar e punir as condutas econômicas contrárias à livre concorrência, sendo de grande interesse verificar como cada uma delas reage aos exemplos acima referidos.

III — ARGENTINA

22. A Lei 22.262, de 1.8.80 — chamada “Ley de Defensa de la Competencia” — estabelece, em seu art. 1.º,

que “están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que limiten, restrinjan o distorcionen la competencia o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general”.

23. O art. 41 da mencionada lei define — de maneira obviamente exemplificativa — os atos e condutas que devem ser reprimidos — desde que se enquadrem no disposto no art. 1.º.

24. Para a implementação das medidas repressivas a tais atividades contrárias à livre concorrência, dispõe o art. 6.º da Lei de Defensa de la Competencia que “créase en el ámbito de la Secretaría de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia”.

25. As sanções são estabelecidas no art. 42 e podem ser multas — que podem ser aplicadas em até o dobro do benefício pecuniário obtido com a atividade econômica contrária à livre concorrência — privação de liberdade — só aplicável judicialmente, de acordo com o disposto no art. 32 — e inabilitação temporária para o exercício da atividade.

IV — BRASIL

26. No Brasil, o art. 1.º da Lei 8.158, de 8.1.91 — chamada Lei de Defesa da Concorrência — estabelece que “competete à Secretaria Nacional de Direito Econômico-SNDE, do Ministério da Justiça, apurar e propor as medidas cabíveis com o propósito de corrigir as anomalias de comportamento de setores econômicos, empresas ou estabelecimentos, bem como de seus ad-

ministradores e controladores, capazes de perturbar ou afetar, direta ou indiretamente, os mecanismos de formação de preços, a livre concorrência, a liberdade de iniciativa ou os princípios constitucionais da ordem econômica”.

27. Os arts. 2.º e 3.º apresentam — de maneira obviamente exemplificativa — as distorções que devem ser evitadas.

28. Como o art. 23 — último — da Lei de Defesa da Concorrência estabelece que são “mantidas as normas definidoras de ilícitos e sanções constantes da Lei 4.137, de 10.9.62, assim como em outros diplomas legais relativos a práticas de abuso do poder econômico”, cumpre verificar que são mantidos em vigor o art. 2.º da Lei 4.137, de 10.9.62 — na parte em que define os atos considerados como constitutivos de abuso do poder econômico — e os incs. I e II do art. 1.º da Lei 8.002, de 14.3.90, que estabeleceu como evitáveis e puníveis a recusa de venda e a chamada “venda casada”.

29. É possível perceber, ante a leitura dos textos acima indicados, que a definição do que se constitui em atividade empresarial punível pela Lei de Defesa da Concorrência é, apesar de exemplificativa, repetida nos textos legais superpostos e concorrentemente válidos.

30. É o caso extremo das atividades conhecidas por recusa de venda e “venda casada”, cuja proibição é repetida nos três textos legais que definem as atividades puníveis; isso em nada prejudica a conceituação, já que a tipificação, como se disse e repetiu acima, é meramente exemplificativa.

31. De acordo com o art. 7.º da Lei de Defesa da Concorrência, se a SNDE entender que a reclamação é procedente, enviará o processo ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que é órgão eminentemente e apenas deliberativo — de acordo com o

disposto no art. 8.º — já que a instrução dos processos é feita na SNDE — de acordo com o disposto no art. 5.º.

32. É importante salientar que a lei brasileira dispõe, no art. 10, a respeito da consulta — “todos os interessados poderão consultar a SNDE ou o CADE sobre a legitimidade de atos suscetíveis de acarretar restrição da concorrência ou concentração econômica”, cuja resposta é vinculativa para a SNDE e para o CADE.

33. As sanções aplicáveis pela SNDE ou pelo CADE podem ser multa, intervenção ou até desapropriação, sendo que tanto a intervenção quanto a desapropriação serão propostas pela autoridade administrativa e decididas judicialmente (Lei de Defesa da Concorrência: arts. 12, §§ 1.º e 2.º, e 15; Lei 4.137, de 10.9.62).

V — BRASIL E ARGENTINA: EXAME COMPARATIVO DOS EXEMPLOS MENCIONADOS

34. As situações anteriormente descritas, que podem ser qualificadas como exemplos de atividades empresariais contrárias à livre concorrência e portanto evitáveis e puníveis, encontram reações quase sempre semelhantes nas legislações brasileira e argentina.

35. Tal semelhança é devida não só ao fato de ambas as legislações terem utilizado basicamente as mesmas fontes como também ao fato dos mercados livres — fora dos quais não há sentido para a concorrência e sua defesa — terem as suas próprias semelhanças.

36. A diferença possivelmente mais marcante entre as descrições das atividades evitáveis e puníveis nas duas legislações está em que a legislação argentina demonstra preocupação prioritária com o conluio entre empresas (“acciones concertadas”), enquanto a legislação brasileira abrange não só o conluio como as ações individuais.

A) Preços predatórios

37. No Brasil, a prática de preços predatórios encontra reação expressa na alínea "a" do art. 2.º da Lei de Defesa da Concorrência ("fixação de preços dos bens e serviços abaixo dos respectivos custos de produção") e no inc. XIII do art. 3.º da mesma lei ("vender mercadorias ou prestar serviços sem margem de lucro, visando a dominação no mercado").

38. O CADE, na sessão do dia 7.5.87, entendeu que uma determinada central de cooperativas rurais estava praticando preços predatórios, pois, utilizando-se de incentivos fiscais, produzia defensivos agrícolas por preços substancialmente mais baixos que os dos concorrentes; enquanto ela fornecia os defensivos para os seus associados, estava cumprindo a sua função, mas em determinado momento passou a vender tais defensivos no mercado com preços substancialmente mais baixos que os dos concorrentes.

39. Na Argentina aparentemente não se registra a preocupação com a possibilidade da existência de preços predatórios, a não ser que façam parte de um conluio entre empresas, conforme se verifica na alínea "a" do art. 41 da Ley de Defensa de la Competencia ("fijar, determinar o hacer variar, directa o indirectamente, mediante acciones concertadas, los precios en un mercado").

B) "Venta casada"

40. No Brasil a chamada "venta casada" encontra punição no inc. VIII do art. 3.º da Lei de Defesa da Concorrência ("subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem"), no

art. 2.º, IV, "b" da Lei 4.137, de 10.9.62, e no art. 1.º, II, da Lei 8.002, de 14.3.90.

41. É certo que tal matéria, embora fartamente legislada, está sujeita a inúmeras interpretações novas, sobretudo face ao desenvolvimento dos sistemas de distribuição, dos contratos de franquia ("franchising") e outros que a inventividade empresarial pode gerar.

42. Na Argentina a chamada "venta casada" está prevista na letra "d" do art. 1 da Ley de Defensa de la Competencia ("subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones u operaciones suplementarias que, por su naturaleza y con arreglo a los usos comerciales, no guarden relación con el objeto de tales contratos").

C) Imposição de condições discriminatórias a clientes semelhantes

43. No Brasil, a imposição de condições discriminatórias a clientes semelhantes está prevista na alínea "a" do inc. IV do art. 2.º da Lei 4.137, de 10.9.62 ("discriminação de preços entre compradores ou entre vendedores ou fixação discriminatória de prestação de serviços").

44. Assim, se, por exemplo, em um regime inflacionário uma concessionária de energia, ao fornecer o seu produto a indústrias eletrointensivas concorrentes, estabelece as datas de leitura e cobrança diferentemente, está criando condições discriminatórias entre os concorrentes já que, face ao aumento uniforme da tarifa em um determinado dia do mês civil, estarão sendo criadas diferenças de custos para as concorrentes.

45. Na Argentina, a matéria também pode ser considerada como prevista na mais genérica alínea "f" do art. 1.º da Ley de Defensa de la Competencia ("impedir o obstaculizar, mediante acuerdos o acciones concertadas,

el acceso al mercado de uno o más competidores”).

D) Recusa de venda

46. No Brasil, a recusa de venda está prevista no inc. VII do art. 3.º da Lei de Defesa da Concorrência (“recusar, injustificadamente, a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e praxes comerciais”) e no inc. I do art. 1.º da Lei 8.002, de 14.3.90 (“recusar a venda de mercadoria diretamente a quem se dispuser a adquiri-la, mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais”).

47. É certo que se faz necessária aqui uma grande atenção para os mercados regulados — no Brasil apenas o automobilístico é inteiramente regulado por lei — e também para os sistemas de distribuição adotados pelas empresas, que devem estar de acordo com os usos e costumes comerciais para não impedir o acesso de concorrentes ao mercado.

48. O CADE, na sessão do dia 17.11.88, entendeu que uma determinada indústria de bens de consumo não poderia recusar a venda de peças para oficinas e prestadores de serviços autônomos, pelos mesmos preços praticados pela indústria nos seus serviços de assistência técnica e manutenção, pois tal recusa impediria a concorrência entre os prestadores de serviços e estabeleceria o monopólio da indústria na prestação de serviços.

49. Na Argentina, a recusa de venda está prevista na alínea “g” do art. 1.º da Ley de Defensa de la Competencia (“negarse, como parte de una acción concertada y sin razones fundadas en los usos comerciales, a satisfacer pedidos concretos para la compra o venta de bienes o servicios, efectuados en

las condiciones vigentes en el mercado de que se trate”).

E) Extinção de produção ou distribuição

50. No Brasil, a extinção ou interrupção de produção ou distribuição está prevista na alínea “c” do inc. III do art. 2.º da Lei 4.137, de 10.9.62, (“retenção em condições de provocar escassez de bens de produção ou de consumo”).

51. Na Argentina, a extinção ou interrupção de produção ou distribuição está prevista na alínea “j” do art. 1.º da Ley de Defensa de la Competencia (“abandonar cosechas, cultivos, plantaciones o productos agrícolas o ganadores, o detener u obstaculizar el funcionamiento de establecimientos industriales o la exploración o explotación de yacimientos mineros, como parte de una acción concertada”).

F) Fixação de preços uniformes

52. No Brasil, a fixação de preços uniformes está prevista na alínea “a” do inc. I do art. 2.º da Lei 4.137, de 10.9.62 (“ajuste ou acordo entre empresas, ou entre pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de suas atividades”).

53. O exemplo possivelmente mais gritante de fixação de preços uniformes é o dos tabelamentos feitos por entidades de classes, inclusive de profissionais liberais, cuja obrigatoriedade da utilização de preços uniformes elimina a concorrência no que diz respeito aos preços.

54. Na Argentina, a fixação de preços uniformes está prevista na alínea “a” do art. 1.º da Ley de Defensa de la Competencia (“fijar, determinar o hacer variar, directa ou indirectamente, mediante acciones concertadas, los precios en un mercado”).

G) Acumulação de direção

55. No Brasil, a acumulação de direção está prevista na alínea "e" do inc. I do art. 2.º da Lei 4.137, de 10.9.62 ("acumulações de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa").

56. Na Argentina, a acumulação de direção não está prevista expressamente na Ley de Defensa de la Competencia, razão pela qual, isoladamente, não constitui prática ilícita, todavia, tal prática, quando existente, acaba costumeiramente por levar a uma das outras práticas previstas na mesma lei.

H) Açambarcamento e retenção de bens

57. No Brasil, o açambarcamento e a retenção de bens estão previstos no inc. XII do art. 3.º da Lei de Defesa da Concorrência ("destruir, inutilizar ou açambarcar, sem justificativa de necessidade, matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir ou utilizar equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los, transportá-los, ou dificultar a sua operação").

58. Na sessão do dia 13.5.92, o CADE condenou um laboratório farmacêutico em decorrência da retenção de medicamentos que não eram destinados à comercialização, sobretudo em virtude de se tratar de medicamentos de uso contínuo.

59. Na Argentina, o açambarcamento e a retenção de bens não estão previstos expressamente na Ley de Defensa de la Competencia, embora se possa acreditar que tais práticas costumeiramente vêm acompanhadas de outras, estas sim descritas na lei como ilícitas, principalmente a contida na alínea "f" do art. 1.º ("impedir o obstaculizar,

mediante acuerdos o acciones concertadas, el acceso al mercado de uno o más competidores").

I) Criação de dificuldades

60. No Brasil, a criação de dificuldades para a constituição, o funcionamento ou o desenvolvimento de empresa está prevista no inc. XVI do art. 3.º da Lei de Defesa da Concorrência.

61. O exemplo mais conhecido de aplicação desta regra está no episódio conhecido como "guerra das garrafas", em que uma empresa engarrafadora de refrigerantes passou a adquirir, no mercado, vasilhames de empresa concorrente, destruindo-os; tal prática evitou ilegalmente que a empresa afetada pudesse abastecer normalmente o mercado consumidor, numa forma abusiva de eliminação da concorrência (DOU, 2.10.74, p. 11.256).

62. Na Argentina, a criação de dificuldades para a constituição, o desenvolvimento ou o funcionamento de empresa está prevista na alínea "f" do art. 1.º da Ley de Defensa de la Competencia ("impedir o obstaculizar, mediante acuerdos o acciones concertadas, el acceso al mercado de uno o más competidores").

J) Formação de cartéis

63. No Brasil, a formação de cartéis está prevista no inc. III do art. 3.º da Lei de Defesa da Concorrência ("dividir os mercados de produtos acabados ou semi-acabados, ou de serviços, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários").

64. Na Argentina, a formação de cartéis está prevista na alínea "e" do art. 1.º da Ley de Defensa de la Competencia ("celebrar acuerdos o empunder acciones concertadas, distribuyen-

do o aceptando, entre competidores, zonas, mercados, clientelas o fuentes de aprovisionamiento”).

VI — MERCOSUL

65. Face à emergência do MERCOSUL, com o incremento esperado do comércio entre os países dele integrantes — aqui exemplificados com Brasil e Argentina — é preciso encarar o problema nas relações entre os países, ou seja, quando a atividade econômica é praticada no âmbito mais largo das relações envolvendo mais de um país.

66. Existem algumas possibilidades a serem ainda ventiladas no âmbito do MERCOSUL:

a) criação de uma lei uniforme de defesa da concorrência que, além de ser vinculativa no que diz respeito às relações internacionais, seria incorporada aos direitos internos dos países integrantes do MERCOSUL;

b) criação de um tribunal comunitário para aplicação dos direitos nacionais;

c) criação de um tribunal comunitário para decidir em cada caso o direito nacional aplicável, remetendo cada caso ao país competente;

d) atuação dos diferentes direitos nacionais no âmbito de cada país.

67. A V Reunião do Grupo Mercado Comum do MERCOSUL, realizada em Buenos Aires em 30 e 31.3.92, decidiu, no Subgrupo de Trabalho (SGT) n. 1 (Assuntos Comerciais), “acelerar os trabalhos que visem à formulação da proposta de Regulamento Comum contra Práticas Desleais de Comércio para o período de vigência plena do MERCOSUL” (DOU, 11.5.92, p. 5.837).

68. Esses trabalhos cuja aceleração a Reunião acima aludida propôs poderão resultar num tratado — possivelmente complementar mas com a mes-

ma força do tratado original — que, nos moldes do que consta dos arts. 85 e 86 do Tratado de Roma, estabeleça as práticas consideradas como atentatórias à livre concorrência, válidas para os países integrantes do MERCOSUL.

69. Esse tratado deverá ainda deixar claro se a sua incorporação pelos direitos nacionais irá abranger também as relações internas ou se terá validade apenas nas relações entre nacionais de diferentes países integrantes do MERCOSUL.

70. O tratado deverá igualmente conter disposições de soluções de conflitos entre os nacionais integrantes dos diferentes países integrantes do MERCOSUL, devendo aí ser aproveitada parte da experiência comunitária europeia com a criação de um órgão solucionador dos litígios dessa espécie.

71. Todavia, enquanto isso não ocorrer, deve ser aplicado cada direito nacional, com a utilização dos elementos de conexão para a decisão em cada caso.

VII — O BRASIL, O MERCOSUL E A LIVRE CONCORRÊNCIA: SITUAÇÃO ATUAL

72. Face à falta, por ora, de uma norma comunitária de solução de litígios, está em vigor no Brasil o sistema da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), consubstanciada basicamente no respectivo art. 9.º, para o qual deve ser aplicada a lei do país em que cada obrigação foi constituída.

VIII — CONCLUSÃO

73. A matéria ainda está sujeita à edição de normas comunitárias que venham a disciplinar os conflitos envolvendo nacionais de mais de um país-membro do MERCOSUL; enquanto

isso não ocorre, os conflitos devem ser solucionados pelos sistemas jurídicos nacionais.

74. Não existem dificuldades conceituais para a criação de normas comunitárias no âmbito do MERCOSUL, uma vez que as legislações, sobretudo da Argentina e do Brasil, têm básica-

mente os mesmos objetivos e os mesmos conceitos.

75. A conclusão é aplicável em especial à defesa da concorrência, uma vez que a livre circulação de bens e serviços — e conseqüentemente a livre concorrência — faz parte dos objetivos do MERCOSUL.

DOUTRINA

INTERESSE SOCIAL E PODERES DOS ADMINISTRADORES NA ALIENAÇÃO DE CONTROLE ¹

CALIXTO SALOMÃO FILHO

e

MÁRIO STELLA RICHTER JÚNIOR

I — INTRODUÇÃO

Do ponto de vista lógico, o primeiro dado a ser considerado quando do estudo do interesse social e de seus instrumentos de defesa na alienação de controle é o fático. Um estudo jurídico preceptivo e finalístico, sobretudo em área tão influenciada pela realidade econômica como o direito societário, não pode dele prescindir.

Analisada a realidade societária brasileira, chega-se a constatações muito relevantes. Trata-se de sistema caracterizado por uma extrema concentração. Segundo uma pesquisa realizada em 1985 pela "Superintendência de Projetos e Estudos da Comissão de Valores Mobiliários" entre 456 sociedades anônimas brasileiras, representando cerca de 90% do patrimônio líquido total à época das sociedades anônimas cotadas em Bolsa, demonstrou que o percentual médio de controle é de 69,8% do capital com direito a voto. Mas não apenas. Em 18,4% das sociedades, o controle chega a percentuais entre 90 e 100% do capital social. ²

Essa situação fática tem suas raízes principalmente na realidade econômica brasileira. É inegável, porém, que o arcabouço jurídico que passou a envolvê-la, sobretudo após a entrada em vi-

gor da lei acionária, muito favoreceu a concentração. ³ Na verdade, a Lei de 1976 "barateou" em muito a concentração empresarial.

Em termos "econômico-concorrenciais", "baratear" a concentração significa tornar mais interessante para o empresário que quer expandir suas atividades a expansão externa, mediante aquisição de concorrentes, que a interna, feita através de aumento da capacidade produtiva. ⁴ O elemento mais importante para determinar o preço "jurídico" da concentração é a proteção às minorias. Isso porque, abstraída eventual diferença monetária, por hipótese considerada inexistente, a diferença entre expansão interna e externa está exatamente na diminuição de poder decorrente da adição de uma "nova minoria".

O legislador societário, tentando compatibilizar o princípio da proteção às minorias, grande bandeira publicitária da Lei de 1976 com o incentivo às concentrações, seu declarado e real interesse, concentrou a proteção das minorias no momento inicial da concentração. Dessa tentativa de contemporamento, resultaram situações esdrúxulas, que acabaram por tornar inúteis e de utilização prática quase nula certos institutos. O mais claro exemplo é

o dos grupos de direito, em que é possível a total subordinação de interesses das filiais à sociedade líder. Não se prevê qualquer tipo de compensação pecuniária às sociedades afiliadas. Permanece apenas a proteção no momento inicial, consistente na possibilidade de utilização do direito de recesso (art. 136, VIII).

O mesmo ocorre com as aquisições de controle de companhias abertas, como se verá a seguir.

II — A REGULAMENTAÇÃO POSITIVA DA ALIENAÇÃO DE CONTROLE E SUA INTERPRETAÇÃO

A regulamentação da oferta pública de aquisição de controle deve também ser analisada dentro de seu contexto juspolítico. Como é sabido, a Res. 401 surgiu em meio a grande controvérsia com relação à conveniência de impor a oferta pública aos adquirentes de controle. Ao conturbado processo de aprovação legislativa do art. 254 *caput* e § 1.º que acabou prevendo a obrigatoriedade da oferta pública, de acordo com a Emenda Lehmann e contrariamente ao Projeto do Executivo, seguiu-se a sua regulamentação administrativa. Através dela procurou-se restringir ao máximo o alcance do referido artigo.⁵

Na Resolução são previstos dois tipos de alienação de controle. Na primeira, alienação em sentido estrito, existe uma contratação prévia entre o controlador ou grupo de controle, à qual deve seguir a extensão da oferta, nas mesmas condições, aos acionistas minoritários, sem limite quantitativo (ns. I e X, a). A segunda é a oferta pública de aquisição de ações, o “take-over” do Direito Norte-Americano (em uma versão regulamentada). Nessa última hipótese, utilizada para limitar e possibilitar a limitação do desem-

bolso financeiro do potencial adquirente, não há necessidade de negociação direta entre adquirente e controlador. O primeiro faz publicamente uma oferta de aquisição de ações *até um determinado limite* — necessário para a obtenção do controle — a todos os acionistas (incluído o controlador), que terão direito ao preço ofertado na proporção do limite estabelecido (ns. X, b, e XI).

Na definição da *fattispecie* pode-se notar um claro desequilíbrio na identificação de seus componentes objetivos e subjetivos. Com relação aos primeiros, a interpretação da CVM e da doutrina tende a ser muito ampla. A própria Res. 401 amplia a *fattispecie* “controle” prevista na lei societária, nela incluindo o caso de sócio não majoritário que exercitou o poder majoritário de voto nas últimas três Assembléias em função da ausência dos acionistas (n. IV). A CVM aplica também as regras sobre a aquisição de controle aos casos de controle indireto. Assim no caso de duas sociedades sob controle de uma *holding*, cujas participações somadas garantem o controle de uma terceira. A transferência de suas participações a um terceiro sujeita-se aos dispositivos sobre a oferta pública de aquisição de controle. O mesmo acontece quando se transfere o controle de uma sociedade *holding*, não cotada em Bolsa, mas que detém o controle de sociedade cotada. Em tal caso se fala de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade *holding* e se aplica a disciplina da alienação de controle.⁶ Faz-se exceção apenas nos casos de aquisição verdadeiramente originária, ou seja, no caso de inexistência prévia de qualquer bloco de controle.⁷ Nesse caso, a aquisição do controle mediante escalada em Bolsa, não é considerada relevante para fins da aplicação da Res. 401. Ainda que esse tipo de escalada

não seja muito freqüente, tendo em vista a realidade societária descrita supra, deve-se observar que uma tal exclusão torna a normativa incoerente com seus próprios pressupostos. Admitir a extensão da oferta pública aos minoritários implica "objetivar" o controle, ou seja admitir que o seu valor é parte do ativo da empresa e deve ser pago a todos, majoritários e minoritários. O que importa é o poder que o novo controlador está adquirindo e não o que o antigo está alienando. Se é assim não faz sentido não prever (como fazem as regulamentações recentes sobre o assunto) um limite de aquisição de ações em Bolsa, superado o qual é obrigatória a oferta pública, existente ou não um bloco de controle.

Não acontece o mesmo com relação aos requisitos subjetivos. Em primeiro lugar, a referida resolução aplica-se apenas às sociedades cotadas em Bolsa. Ficam excluídas as chamadas sociedades fechadas, exatamente aquelas em que o sócio minoritário está mais indefeso com relação à alienação.⁸ Não pode recorrer ao mercado e não lhe assiste o direito de recesso.⁹

Permanece sem proteção também o acionista titular de ações preferenciais, sem direito de voto. Depois de algumas incertezas iniciais, doutrina, jurisprudência e CVM, assentaram opinião no sentido da não aplicação da Res. 401 aos acionistas sem direito a voto.¹⁰ Trata-se de categoria relevante, podendo representar e freqüentemente representando efetivamente até 2/3 do capital social.

Tal postura parece incoerente também com a própria existência da obrigatoriedade da oferta pública aos minoritários, que têm como fundamento, como visto supra, o ressarcimento de um elemento do ativo da empresa e não o pagamento de um corresponsivo exclusivamente a quem o detém. Mais do

que isso, em um sistema que como visto, tenta reduzir o interesse do sócio minoritário ao valor adicional a ser recebido no momento da oferta pública, excluir do favor legal exatamente aqueles acionistas que por definição têm apenas um interesse patrimonial imediato na sociedade (daí o recebimento preferencial dos dividendos) parece revelar no mínimo uma análise superficial dos interesses envolvidos na alienação de controle e dos órgãos mais capazes de tutelá-los.

Uma tentativa de suprimento dessa lacuna, através da atribuição a qualquer órgão do dever de defesa do interesse social, passa necessariamente pela individuação precisa dos interesses englobados por essa fórmula genérica. Fórmulas genéricas como a expressão interesse social são, como já afirmado em doutrina, uma espécie de ovo de Colombo do jurista, que permitem a criação de categorias dogmáticas passíveis de especificação e determinação, desde que especificadas sua aplicação.¹¹ É a esse trabalho especificador e aplicativo que se pretende proceder a seguir.

III — INTERESSES ENVOLVIDOS NA ALIENAÇÃO DE CONTROLE

O primeiro grupo de interesses a ser analisado é o externo. Pergunta-se: qual é ou quais são os interesses externos dignos de tutela durante a aquisição do controle?

Dentro dos interesses chamados externos menciona-se, quase intuitivamente, o interesse público em geral. Também esse termo merece especificação. Pode-se em primeiro lugar imaginar a existência de um interesse público em geral na manutenção de um livre mercado de aquisições de companhias. Para os defensores dessa linha liberal, todos, acionistas, trabalhadores

e investidores seriam beneficiados pela alocação ótima dos fatores proporcionada pela existência de um livre mercado de participações acionárias. Segundo essa mesma linha, admitir que algum órgão societário, em especial a administração, possa tentar impedir alienações de controle implicaria aumentar os custos da operação e torná-la inconveniente em toda uma série de casos nos quais a perspectiva de lucro se torne menor que os custos da operação. Chega-se a afirmar inclusive que todas as normas que implicassem custos indiretos para o adquirente, como as que impõem ônus de publicidade e divulgação, seriam pouco eficientes em termos de otimização da alocação de recursos.¹²

A tais afirmações, baseadas nos pressupostos juspolíticos dos quais parte a Escola de Chicago, pode-se opor que a contínua sujeição da empresa a ataques impede a programação e utilização dos recursos para investimentos a longo prazo. E são exatamente tais investimentos os mais úteis para a economia como um todo. Não é por outra razão que em estudos econômicos se tem identificado exatamente na aversão institucional dos mercados alemão e japonês às escaladas hostis um dos principais fatores de sucesso recente dessas duas economias.

Especificamente com relação ao mercado alemão, a posição de tendencial fechamento às escaladas hostis encontra justificação em princípios anticoncorrenciais. Se sustenta a necessidade de manutenção de um alto preço das aquisições de controle como forma de desincentivar movimentos concentracionistas feitos em detrimento de aumento de capacidade produtiva interna.¹³

O segundo grupo de interesses é também o mais relevante, por ser independente de qualquer tipo de pressu-

posto juspolítico. Tal grupo é constituído pelos interesses internos, que por sua vez podem ser divididos em dois grupos de interesses básicos: o dos acionistas e o dos trabalhadores. A divisão supra não indica um necessário antagonismo ou diversidade de interesses. De um lado o interesse dos trabalhadores inclui o interesse à manutenção da empresa (o que na Alemanha vem caracterizado pela clássica expressão "Erhaltunginteresse"). De outro o interesse dos acionistas não pode ser avaliado de maneira unívoca.

Deve-se diferenciar basicamente dois tipos de minoritário: o minoritário "especulador", interessado no lucro a curto prazo e para o qual é tendencialmente suficiente o sobrepreço oferecido pelo potencial adquirente e o minoritário "investidor", interessado na manutenção de sua posição acionária e nos dividendos que a sociedade pode lhe proporcionar a longo prazo.

Esse último minoritário tem um interesse muito mais semelhante ao dos trabalhadores que ao do minoritário especulador. Seu interesse é basicamente a manutenção da empresa e o investimento produtivo, não sendo portanto minimamente tutelado por regulamentação que, como a brasileira, limita-se a estender a ele a oferta feita ao controlador.¹⁴

A pergunta que se coloca é em que medida e de que forma os interesses desses grupos são tuteláveis quando da alienação de controle. Poder-se-ia argumentar, por exemplo, que os acionistas que desejam permanecer na sociedade são protegidos pelas regras societárias a respeito da proteção dos minoritários, não necessitando de proteção especial quando da alienação de controle.

Tal tipo de afirmação traduz uma confusão entre o interesse do minoritário enquanto tal e o seu interesse enquanto titular do interesse social. O

interesse social, como fórmula genérica, requer definição não somente do ponto de vista objetivo, mas também do ponto de vista subjetivo: minoritários investidores e trabalhadores, são co-titulares do interesse à manutenção da empresa, um dos componentes do interesse social (ao lado, evidentemente, do interesse à maximização dos lucros). Assim quando se fala em tutela dos interesses dos minoritários e trabalhadores na alienação de controle, quer-se significar ambos os grupos enquanto titulares do interesse social, como definido acima (maximização dos lucros + manutenção da empresa). O interesse dos dois grupos, enquanto tal, pode ser protegido por regras específicas de direito societário e trabalhista após e apesar da alienação de controle.¹⁵ No entanto o seu interesse enquanto co-titulares do interesse social deve ser protegido no momento da aquisição, na medida em que essa põe em risco a preservação da empresa.

A casuística relativa à concreta periclitación do interesse social como acima definido através de uma alienação de controle é muito expressiva. Imagine-se o caso de tentativa de aquisição de controle proveniente de pessoas cuja ligação ao nome da empresa pode ser negativo do ponto de vista comercial. A tentativa do crime organizado de adquirir poderio financeiro através de aquisições de controle é realidade de nossos dias. As consequências, danosas para a reputação da sociedade perante o mercado são também inegáveis.¹⁶ Não seria lícito aos administradores pôr em moto técnicas de defesa?

Ou imagine-se o caso, não pouco freqüente de aquisição financiada por terceiros em que há o razoável temor de que o adquirente não disponha de meios suficientes para fazer frente aos débitos e venha a utilizar-se do patrimônio social para cobri-los — nesse

caso o prejuízo patrimonial dos minoritários é evidente. Essa última hipótese insere-se na casuística mais ampla de realização com a sociedade de negócios lesivos ao seu patrimônio.¹⁷

Pode-se finalmente hipotisar o caso de aquisição por concorrente, em que os planos do adquirente são inserir a sociedade adquirida em uma estrutura grupal, em que perderá valor o seu interesse social em função do interesse de grupo. Essa é aliás a justificativa utilizada pelos administradores para o emprego de técnicas de defesa no caso "Pirelli vs. Continental" que se analisará a seguir.

IV — OS ADMINISTRADORES E A DEFESA DO INTERESSE SOCIAL

A pergunta logicamente subsequente é: como possibilitar a tutela do interesse social nas aquisições de controle? A quem atribuir o dever de defendê-lo? Podem-se hipotisar basicamente duas alternativas: ou reconhecer a existência de um dever fiduciário do controlador quanto à alienação de suas ações (i. é., uma limitação no interesse da empresa de seu direito real de propriedade) ou atribuir aos administradores o poder-dever de tutelar o interesse social na alienação de controle. No presente trabalho analisar-se-á a segunda linha. Isto não quer dizer que se rejeite a primeira linha, que muito ao contrário mereceria aprofundamento em sede própria, principalmente em função da própria letra do art. 116, parágrafo único da Lei das S/A. Nele ao se fazer referência a obrigação do controlador de respeitar o interesse social, utiliza-se a palavra *poder*. Tal *poder*, decorrente do direito de propriedade do controlador sobre as ações ainda que não redutível a ele manifesta-se não apenas no seu uso (direito de

voto), mas também em sua alienação (direito de disposição).

Quanto aos deveres dos administradores na alienação de controle, dois recentes casos estrangeiros provocaram manifestações opostas. Vale a pena analisá-los antes de passar ao estudo do Direito Brasileiro.

a) A solução Norte-Americana

À pergunta formulada acima, em dois casos recentes foram dadas respostas diametralmente opostas. No primeiro caso, ocorrido nos Estados Unidos, se tratava de estabelecer se em vista de uma oferta pública da "Paramount" pelas ações do "Time", a um preço quase 90 dólares superior a seu preço médio de negociação em Bolsa nos últimos dois meses, dever-se-ia admitir o comportamento hostil da diretoria do "Time" e acima de tudo, o uso de uma articulada operação defensiva que tornava impossível a manutenção da oferta por parte da "Paramount" e que conseqüentemente privava os acionistas do "Time" da oportunidade de decidir se aderir ou não à oferta é conseqüentemente obter o sobrepreço oferecido. A Corte Suprema do Delaware, de grande reputação em matéria societária,¹⁸ indo além de seu precedente entendimento, afirmou a legitimidade da ação dos administradores.¹⁹ Esses não haviam descumprido os seus deveres (fiduciários), pois pertencia à sua exclusiva avaliação discricionária determinar a adequação dos termos da oferta pública (era, portanto, coberta pela *business judgement rule*), não existindo por parte dos administradores "any *per se* duty to maximize shareholder value in short term, even in the context of a take-over".

Essa decisão deve evidentemente ser entendida dentro do contexto norte-americano, onde ainda se confia plenamente no mercado como forma de

tutela do interesse social. Em Jurisprudência essa tendência é evidente. As decisões mais restritivas contra o operar dos administradores são aquelas que exigem do administrador a prova de sua boa-fé e de sua informação adequada ("good faith and reasonable investigation") com relação ao uso de técnicas defensivas,²⁰ ou o dever de utilizar técnicas defensivas proporcionais à oferta do agressor ("reasonable in relation to the threat posed").²¹ Fornecida tal prova, poder-se-á valer da presunção, estabelecida pela *business judgement rule*, de que uma escolha consciente tenha sido feita no interesse da sociedade e não no interesse próprio em manter o cargo.

A Jurisprudência prevalente não opera nem mesmo a essa inversão do ônus da prova. Deve demonstrar o conflito de interesses aquele que queira contestar as decisões do órgão administrativo.²²

b) A solução alemã e a recente proposta de diretiva

O outro caso ocorreu mais recentemente do outro lado do Atlântico, na Alemanha, ambiente, como já mencionado, muito mais avesso às escaladas que os Estados Unidos.

Na Alemanha, os deterrentes à ação dos potenciais adquirentes são estruturais, ou seja ligados à própria estrutura das grandes sociedades alemãs, o que torna à ação defensiva dos próprios administradores menos necessária.

Na verdade, sobretudo nos anos setenta com o enriquecimento dos países produtores de petróleo, certas tentativas de lá provenientes de adquirir o controle de sociedades alemãs deram lugar a reações de tipo nacionalístico, tendentes à "Schutz der deutschen Wirtschaft gegen Überfremdung",²³ que concretizaram-se na adoção pela

maioria das grandes sociedades alemãs de medidas estatutárias de proteção.

A mais importante e mais comum delas é a introdução de *Hochstimmrechte*, limitação ao direito de voto do acionista individual, que independentemente do número de ações possuídas não tem direito em geral a representar mais que 5% do capital votante nas Assembléias Gerais.²⁴ Isso aumenta a importância dos pequenos acionistas, e dos Bancos, tradicionais depositários de suas ações, que por eles votam nas Assembléias (§ 135, *AktG*). Os Bancos em geral, costumam atuar em linha com a administração, com a qual já operam.

Existe ainda um deterrente que decorre diretamente da lei das sociedades. Trata-se da estrutura bipartida da administração social. Como é sabido, quem escolhe a diretoria (*Vorstand*) é o *Augsichtsrat*, órgão formado nas grandes empresas (mais de 2.000 empregados) por representação paritária entre trabalhadores e acionistas.²⁵ Caso o novo controlador quisesse modificar a composição do *Vorstand* antes do fim do mandato deveria, antes de tudo destituir os representantes do sócio no *Vorstand* com minoria de dois terços (§ 103, Abs. 1, *AktG*), para depois tentar encontrar, através de seus novos representantes uma razão relevante (*wichtiger Grund*) que justifique a destituição dos administradores (§ 84, Abs. 3, *AktG*).

Não é necessário muito raciocínio para convencer-se que em presença de uma tal estrutura, as escaladas contrárias à vontade dos administradores são praticamente impossíveis. Daí a quase inexistência na história societária recente alemã de decisões judiciais a respeito de disputas entre potenciais adquirentes e administradores quando de tentativas de aquisição de controle.²⁶

Em presença de uma tal estrutura é interessante notar o tipo de reação que uma recente tentativa de escalada provocou na doutrina alemã. Trata-se da tentativa de aquisição por parte da “Pirelli” italiana da “Continental” alemã. O caso, análogo àqueles dos anos setenta nos quais investidores estrangeiros tentaram adquirir controle de sociedades alemãs contra a vontade dos administradores, provocou em doutrina opiniões contrárias a um papel autônomo dos administradores na alienação de controle.²⁷ Tal tipo de opinião assume tom claramente europeístico. Basta notar que a recente proposta de diretiva, repetindo as disposições do *City Code* britânico, prevê um estrito dever de abstenção por parte dos administradores de qualquer atuação tendente a impedir a efetivação da transferência.²⁸

c) Conflito de interesses “a priori”?

Cada uma das diferentes soluções apresentadas acima, contém presunções não de todo aceitáveis, motivadas pelas peculiaridades juspolíticas dos respectivos ambientes que lhes deram origem. Assim é que a solução americana, ao confiar quase que totalmente na *business judgement rule* do administrador como critério para determinar se deve ou não agir, desconsidera a peculiar situação em que se encontra o administrador. O critério do administrador, ao decidir, pode não ser motivado exclusivamente por razões negociais, mas também por interesses próprios, de manutenção do cargo. Em uma tal situação, presumir a boa-fé dos administradores, parece no mínimo arriscado.

A solução oposta também não pode ser aceita sem restrições. Proibir a atuação dos administradores implicaria presunção absoluta de conflitos de in-

teresse. Tal solução impediria a atuação dos administradores em casos extremos, em que é necessária sua atuação no sentido de proteger o interesse social. Normativa e intérprete são equilibrados quando tomam como parâmetro os casos típicos, sem no entanto usar fórmula que impeça a resolução dos casos extremos.

A falha de entendimento dos que vêm na posição dos administradores um conflito de interesses *a priori* determinável está em contrapor o interesse dos administradores a permanecer em seus cargos com o interesse social na venda. Ocorre que como visto supra, os componentes do interesse social na alienação de controle são vários e não permitem sua restrição ao interesse a eventual sobrepreço. Até porque, como é óbvio, este não reverte em benefício da sociedade, mas sim dos sócios. Se assim é, e não existindo por parte dos administradores, como com lógica afirmou a "Delaware Supreme Court, any *per se* duty to maximize shareholder value in short term, even in the context of a take-over",²⁹ não há porque impor aos administradores qualquer dever de abstenção.

Tampouco o interesse dos administradores é *a priori* identificável ao fracasso da aquisição de controle. Caso, em uma hipótese mais improvável, o administrador tenha se oposto aos interesses do controlador em vender suas ações tal conflito não é sequer imaginável pois o fracasso da tentativa de aquisição de controle é tão perigoso para sua manutenção no cargo quanto o sucesso.

Mas sequer no caso de tentado *take-over*, sem participação do majoritário (como visto acima, por não querer vender ou não existir), em que a atuação contrária do administrador não é contrária a qualquer posição majoritária interna, pode-se pressupor o conflito.

E aqui chega-se ao segundo ponto relevante do problema. Diferenciar entre o conflito de interesse potencial e o efetivo.

Com relação aos administradores, o direito positivo brasileiro reconhece hipóteses de conflito de interesses formal, em que a própria natureza do negócio implica conflito de interesses.³⁰ É o caso de negócios jurídicos onerosos entre administrador e sociedade, em que a oposição de interesse faz parte de sua natureza. No entanto, ao reconhecimento da *faltispecie* em termos formais não corresponde uma definição formal da sanção. A aplicação das sanções depende da demonstração de o negócio ter sido prejudicial à sociedade. Ao administrador cabe afastar-se da deliberação ou operação em que considera estar em conflito de interesses com a sociedade (art. 156, *caput*). Não o fazendo, não será posteriormente objeto de verificação a sua posição na deliberação ou negócio mas sim sua atuação. Assim é que será necessário demonstrar que o negócio foi feito em condições não equitativas para a Cia. (art. 156, § 2.º). Não basta um interesse potencial ou provável do administrador. É necessário que o conflito de interesses se concretize na atuação.³¹

Note-se que até agora só se falou de conflito de interesses em matéria de negócios realizados entre sócio e sociedade. Evidentemente as hipóteses de conflito de interesse não se resumem a esse caso. No caso típico que aqui interessa, não se cogita de negócio com a sociedade. Ao contrário, o administrador, através de sua atuação, tenta impedir um negócio que envolve a sociedade. Tratar-se-ia no caso, de aplicar a regra genérica do art. 156, *caput* que prevê ser vedado ao administrador intervir em qualquer operação social em que tenha interesse conflitante com

o da Companhia. Aqui novamente, em razão da supracitada desproporcionalidade entre definição da *jattispecie* e sanção, não pode ser dado ao dispositivo interpretação ampla ao ponto de impedir a atuação do administrador. Até porque, não é possível interpretar o dispositivo de forma conflitante com o art. 155, III que prevê entre os deveres de lealdade do administrador ser-lhe vedado "omitir-se no exercício ou proteção dos direitos da companhia". Uma eventual discrepância entre os dois textos só pode ser evitada admitindo-se uma verificação casuística do conflito.

Assim sendo, pode-se afirmar que, ao contrário do que é feito com relação ao controlador,³² não existem hipóteses de presunção de existência de conflito de interesses. O conflito de interesses do administrador no Direito Brasileiro é de natureza substancial, devendo ser apurado casuisticamente. É exatamente essa característica que desloca o interesse principal para a análise das técnicas de defesa individualmente consideradas.

d) Técnicas de defesa: legitimidade

Trata-se aqui de analisar técnicas de defesa em sua maioria importadas, já que, como foi dito, no Brasil, em face da concentração de poderes nas grandes companhias, raramente são utilizadas.

Isso não quer dizer, no entanto, que o seu estudo careça de utilidade. Pode-se, ao contrário, demonstrar um eficiente instrumento de incentivo exatamente à desconcentração acionária, na medida em que acionistas majoritários que participem da administração ou nela tenham confiança podem sentir-se encorajados a democratizar o capital da Companhia, caso estejam seguros de que podem defender o controle

em caso de tentativa de escalada.³³ É evidente que tal tipo de medida só será realmente eficiente se acompanhada de uma redução da participação proporcional das ações sem direito a voto no capital da companhia, que em seu atual valor (até dois terços do capital votante) permitem ao controlador capitalizar-se sem dispor de seu poder.

A breve análise que se seguirá será dividida em técnicas estruturais, ou seja, possíveis em decorrência da legislação societária e aquelas chamadas estatutárias, tornadas possíveis através da introdução de cláusulas específicas nos estatutos, mais conhecidas como *poison pills*.

Dentro do primeiro grupo, o mais famoso meio de defesa é talvez aquele conhecido como *greenmail*, ou seja, a aquisição por parte da própria sociedade das ações por um preço tão alto a ponto de induzir o pretendente a renunciar a oferta. Trata-se de técnica evidentemente nociva na medida em que leva a sociedade à aquisição de seu próprio patrimônio, motivo pelo qual tem sido proposta a sua proibição nos Estados Unidos.³⁴ No Brasil, o art. 30 da Lei das S/A estabeleceu limites quantitativos para a negociação da Cia. com as próprias ações (a aquisição não pode exceder o saldo de lucros ou reservas, exceto a legal). A Instrução CVM/10, de 14.2.80, resolveu definitivamente a questão com relação às ofertas públicas, dispondo em seu art. 2.º, e, a vedação de aquisição das próprias ações por parte da Cia., "quando estiver em curso oferta pública de aquisição de suas ações".

Outro importante meio de defesa utilizado no exterior é a disputa direta entre adquirente externo e administrador pelo controle. No Direito positivo brasileiro não parece haver qualquer óbice *per se* a uma tal atuação dos administradores, desde que eviden-

temente não constitua aproveitamento de informações privilegiadas havidas em razão do cargo (art. 155, I da Lei das S/A). O artigo é aplicável, apesar de a operação envolver em linha direta apenas interesses dos eventuais alienantes por prever um dever de abstenção independente de dano.

Falta ainda mencionar uma última e importante técnica estrutural, consistente nas alienações e aquisições de bens tendentes a tornar desinteressante a sociedade alvo para o potencial adquirente.

Deve-se analisar separadamente as alienações das aquisições. Caso típico do primeiro grupo é a alienação dos principais bens do ativo permanente da empresa. Evidentemente que tal venda não pode consistir na alienação da própria *azienda*, pois implicaria em alienação simulada do controle da Cia., permitindo escapar às disposições sobre a oferta pública.³⁵ Pode consistir, no entanto, em venda de bens sem os quais a empresa perde interesse para o adquirente. Novamente aqui a análise deve ser casuística: a alienação de qualquer bem que comporte diminuição da capacidade produtiva da empresa não pode ser considerada compatível com o interesse social. Não assim para vendas que objetivem livrar a sociedade de bem não diretamente relacionado a sua atividade principal mas que tem grande valor para o potencial adquirente. Nesse caso a alienação é até recomendável, pois evita um potencial desvirtuamento da atividade social futura em função dos interesses do adquirente. Há que se notar que, como já ressaltado, a alienação de bens do ativo permanente inclui-se entre as competências do Conselho de Administração (art. 142, VIII). Dessa maneira, caso o único objetivo da aquisição seja o bem e haja fundado receio de desvio de atividade da Cia. em caso de aliena-

ção de controle, o voto do conselheiro, acionista representante do grupo controlador, em sentido contrário à venda é passível de anulação com base em conflito de interesses (v. discussão supra b).

Diferente é o caso da aquisição de controle de outras companhias. Em países que dispõem de rigoroso controle da concorrência desleal e abuso do poder econômico, tal técnica consiste frequentemente na aquisição de concorrente visando a criar óbices do ponto de vista concorrencial. No Brasil, seria necessário que a empresa resultante dominasse no mínimo 20% do mercado (o art. 74, § 2.º da Lei 4.137 com a redação dada pela Lei 8.158 de 8.1.91, prevê nesse caso a aprovação pelo SNDE como requisito de validade do ato). Mesmo assim, tendo em vista a prevalência da *rule of reason doctrine* no Brasil, que exige além do dado formal da concentração, o objetivo de restringir a concorrência (o próprio art. 1.º, f da Lei 8.158 é expresso nesse sentido), parece pouco provável o levantamento de qualquer óbice sério por parte do SNDE.

O segundo grupo de técnicas de defesa é o que se convencionou chamar de técnicas estatutárias. Trata-se de técnicas conhecidas no Direito Norte-Americano como *poison pills*. A mais comum é a emissão de títulos de vencimento condicionado a uma alienação de controle. Fala-se tanto na emissão de debêntures como de bônus de subscrição respectivamente resgatáveis e exercitáveis em caso de alienação de controle em condições muito favoráveis para o titular, de modo a impedir ou tornar desinteressante a aquisição para o potencial adquirente do controle.

Sua aplicação ao Direito Brasileiro levanta, no entanto, dúvidas de diversas naturezas. A primeira delas é quanto à sua conveniência. A emissão de

tais títulos é geralmente acompanhada de cláusula que permite à administração da sociedade resgatá-los quando achar oportuno. Tal cláusula é necessária para impedir a utilização dos títulos inclusive naquelas ofertas amigáveis, não hostis à diretoria e à empresa. Ocorre que do ponto de vista puramente civil, tal cláusula seria de validade extremamente duvidosa, em face da vedação legal das condições meramente potestativas (art. 115, 2.^a parte, Código Civil).

Mas existe uma outra consideração a ser feita. Enquanto através das outras técnicas, ou da maioria delas, cogita-se de intervenção na relação comprador-vendedor no (potencial) interesse de um terceiro (a sociedade) sem que a redijação do negócio jurídico possa ser considerada *per se* lesiva, através dessa técnica se cogita da inserção da sociedade em um dos pólos do negócio jurídico (como emissora de ações ou devedora de debêntures) realizado necessariamente em condições favoráveis aos adquirentes para interferir na compra e venda. O potencial prejuízo que poderia ser causado por um futuro adquirente não parece ser suficiente a justificar o dano incorrido no negócio jurídico realizado com a sociedade. No conflito entre um interesse potencial e futuro e um interesse patrimonial atual, parece que a atuação do administrador favorável ao primeiro supera os limites da *business judgment rule*, caracterizando concreto descumprimento do dever de atuação no interesse da sociedade previsto no art. 154 *caput* e conseqüentemente induz à sua responsabilidade nos termos do art. 158, II da mesma lei.³⁰ A admissibilidade e efetividade da *poison pills* no Direito Brasileiro é portanto, no mínimo, bastante duvidosa.

V — CONCLUSÕES

O presente tema permite poucas considerações *de lege lata*. Como já mencionado, o atual estado de concentração das sociedades brasileiras e a limitada autonomia dos órgãos de administração torna a eventual atuação independente dos administradores contrariamente aos atuais ou futuros controladores extremamente improvável.

A discussão é no entanto extremamente relevante *de lege ferenda*, caso se pretenda contribuir seriamente para a formação de um mercado de capitais realmente competitivo e atraente para investidores e empresas. A importância do tema é tanta, que a sua diferente solução no Direito Comparado tem sido utilizada pela teoria econômica para caracterizar e justificar os diferentes sucessos dos modelos econômicos. Fala-se nesse sentido em um modelo de capitalismo "renano" (alemão) contraposto ao modelo "anglo-saxão". O primeiro seria caracterizado pelos investimentos a longo prazo, possibilitados pela existência daqueles meios de defesa estruturais acima mencionados (n. IV, b). Tal sistema permitiria mais investimentos em tecnologia e infraestrutura e justificaria muito do sucesso atual do sistema alemão. O modelo saxão, por outro lado, seria caracterizado pela necessidade de investimentos a curto prazo, que proporcionam resultados rápidos, permitindo manter alto o valor das ações e proporcionando uma defesa econômica no livre mercado de escaladas (n. IV, a).

Evidentemente, tal observação não basta a justificar qualquer tomada de posições em um panorama econômico tão diverso como é o brasileiro. Evidencia, no entanto, a essencial influência da democratização do capital e da própria autonomia dos administradores no ambiente econômico que os envolve.

NOTAS

1. O presente artigo consiste em adaptação para a análise do Direito Brasileiro de trabalho comparatístico escrito pelos autores intitulado "Note in tema di offerte pubbliche d'acquisto, ruolo degli amministratori ed interesse sociale". A adaptação foi feita por Calixto Salomão Filho.

2. Cf., Nelson Eizirik, "O mito do "controle gerencial" — Alguns dados empíricos" in *RDM* 66/103-104, abr.-jun./1987.

3. Sobre o assunto v. M. Carvalhosa, *A Nova Lei das Sociedades Anônimas — Seu Modelo Econômico*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1977.

4. Cf., E. J. Mestmäcker, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, Munique, 1974, p. 110; U. Immenga, "Rechtspolitische Grundsatzfragen zu einer europäischen Regelung für Übernahmeangebote" in *ZGR*, 1975, pp. 433-449; H. Wiedemann, *Gesellschaftsrecht*, Munique, 1980, p. 728.

5. Sobre a história legislativa do art. 254 v. M. Carvalhosa, *Oferta Pública de Aquisição de Ações*, Rio de Janeiro, 1979, p. 118 e ss.

6. Cf., L. L. Cantidiano, "Alienação e aquisição de controle" in *RDM* 59/56-57, jul.-set./1985.

7. Cf., L. L. Cantidiano, ob. e loc. cit.

8. V., F. K. Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, Rio de Janeiro, 1983, p. 247.

9. A alienação de controle não se inclui entre as hipóteses do art. 136 da Lei 6.404/76, que dão lugar ao direito de retirada. As hipóteses constituem, segundo a doutrina majoritária, *numerus clausus* — sobre esse último ponto cf., E. L. Teixeira, J. A. Tavares Guerreiro, *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*, v. 1.ª, S. Paulo, 1979, p. 285 e ss.

10. Cf., Cantidiano, ob. cit., p. 59 e Arnoldo Wald, "Do Descabimento da Oferta Pública de Compra em Relação às Ações Preferenciais" in *RDM* 45/7, jan.-mar./1982, com outras referências.

11. Para a polêmica sobre o assim chamado "Leerformel" com referência específica ao "Unternehmensinteresse", v. H. J. Mertens, "Der Aktionär als Wahrer des Rechts" in *AG*/1990, p. 49 e M. Adams, "Was spricht gegen eine unbehinderte Übertragbarkeit der in Unternehmen gebundenen Ressourcen durch ihrer Eigentümer?" in *AG*/1990, p. 243.

12. Cf., R. Posner, *Economic Analysis of Law*, 2.ª ed., Boston-Toronto, 1977, p. 303 e ss.

13. V. bibliografia supra citada a nota 3.

14. Cf., crítico Comparato, ob. cit., p. 249.

15. Com relação especificamente aos interesses dos trabalhadores, tem-se proposto a obrigação de discussão dos planos do novo adquirente com os representantes dos trabalhadores, desde que esses planos envolvam modificações relevantes para os mesmos (como perda de empregos, etc.). Em caso de divergência tem-se até sugerido o recurso a um Tribunal arbitral, sempre porém sem qualquer interferência na negociação do controle em si — cf., P. Behrens, "Rechtspolitische Grundsatzfragen zu einer europäischen Regelung für Übernahmeangebote" in *ZGR*/1975, pp. 433-449, que reproduz projetos de diretiva comunitária existentes à época, v. também o art. 19 do atual Projeto da 13.ª diretiva comunitária (oferta pública de aquisição de controle).

16. Nesse sentido, H. J. Mertens, *Kölnner Kommentar zum Aktiengesetz*, v. 2.º, § 76, Rdn 26.

17. V., Mertens, ob. loc. ult. cit.

18. Um conhecido autor norte-americano já se referiu, significativamente à referida corte como "our (nearly) Supreme Court of corporate law": J. Gordon, "Corporations, Markets and Courts" in *Columbia Law Review* 1991, pp. 1.931-1.932.

19. 571 A.2d 1.140 (Del. 1989).

20. Cf., "Cheff vs. Mathes", 199 A. 2d 548 (Del. 1964), e sobretudo "Unocal vs. Mesa Petroleum Co.", 493 A. 2d 946 (Del. 1985): "Because of this omnipresent specter that a board may be acting primarily in its own interests, rather than those of the corporation and its shareholders, there is an enhanced duty which calls for judicial examination at the threshold before the protections of the business judgement rule may be conferred... In the face of this inherent conflict directors must show that they had reasonable grounds for believing that a danger to corporate policy and effectiveness existed because of another person's stock ownership. However, they satisfy that burden by showing good faith and reasonable investigation" (p. 954 s.).

21. V. novamente "Unocal vs. Mesa Petroleum Co.", cit., p. 955, e também "Moran vs. Household International Inc.", 500 A. 2d 1346 (Del. 1985). Em alguns casos em que se considerou ilegítima a defesa utilizada pelos administradores por desrespeito ao dever de diligência v.: "Nolin Corp. vs. Rooney Pace Inc.", 744 F. 2d 264 (2d Cir 1986), ambas com aplicação da lei do Estado de Nova York.

22. V., por todos "Panter vs. Marshall Field & Co.", 646 F. 2d 271 (7th Cir. 1981); "Pogostin vs. Rice", 480 A. 2d 619 (Del. 1984): sempre com referência ao direito do Delaware. Em "Northwest Industries vs. B. F. Goodrich Co.", 301 F. Supp 706 (N.D. I 11, 1969) se sustenta o *management* tinha o dever fiduciário de resistir às ofertas públicas que "in its best judgment, are detrimental to the company or its shareholders".

Para outras referências jurisprudenciais v. a resenha contida em M. Lipton, H. Steinberger, *Takeovers & Freezeouts*, v. 1A, New York, N.Y. 1978 (edição permanente por fascículos, última atualização 1991), p. 5A-4 ss.

23. Cf., H. J. Otto, "Übernahmeversuche bei Aktiengesellschaften und Strategien der Abwehr in *Der Betrieb*, 1988, n. 12, p. 1-6. À época chegou-se a sustentar, com argumento de escassa juridicidade, que com o enriquecimento dos países produtores de petróleo o preço das ações deveria ser considerado "kein regulativ mehr für eine angemessene Verteilung zwischen inländischen und ausländischen Engagements in der Bundesrepublik" — cf., M. Lutter, U. H. Schneider, "Die Beteiligung von Ausländern an inländischen Aktiengesellschaften — Möglichkeiten der Beschränkung und Vorschläge *de lege ferenda*" in *ZGR* 1975, p. 182.

24. Cf., Otto, ob. cit., p. 7. A utilização de tal tipo de expediente estatutário, ainda que muito criticada em doutrina, foi considerada legítima pela Jurisprudência — v. decisão do BGH de 19.12.77 in *Der Betrieb*, 1978, p. 540.

25. Trata-se de paridade relativa, pois em caso de empate em qualquer votação, o presidente, necessariamente um representante dos sócios, tem voto dobrado (§29, Abs. 2, *Mitbestimmungsgesetz*, 1976).

26. As decisões existentes, dos anos 60 e 70 são todas permissivas com relação à atuação defensiva dos administradores. Na decisão do BGH de 6.10.60 admitiu-se um aumento de capital promovido pelo *Vorstand* com exclusão do direito de preferência dos acionistas (previsto no estatuto) com base na afirmação de que o sócio minoritário que tentava adquirir o controle "die Gesellschaft vernichten wolle": v. *BGHZ* 33/175. Em uma outra decisão, já no período "protecionista" (decisão do BGH de 6.2.77) admitiu-se a introdução de limites ao direito de voto com base na afirmação (*obiter dictum*) que: "konnte von jeher für eine AG die Notwendigkeit auftreten,

sich gegen eine Überfremdung von In-oder Ausland her abzuschirmen, die Unabhängigkeit des Vorstands zu stärken, Kleinaktionäre vor einen zu grossen Einfluss von Paketinhabern zu schützen und so den Charakter einer Publikumsgesellschaft dem ursprünglichen gesetzlichen Leitbild entsprechend zu wahren": *NJW* 1978, p. 541.

27. Trata-se do artigo de U. Immenga, "Das Spiel von Conti und Pirelli" in *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 9.3.91. O Autor, na realidade, afirma a necessidade de "Förderung eines grenzüberschreitenden Marktes für Unternehmenskontrolle" em vista da união européia. O artigo marca também uma aparente revisão das opiniões expressas em um trabalho anterior ("Der Preis der Konzernierung" in *Festschrift Böhm*, 1975, p. 253) sobre a relação entre regulamentação societária da oferta pública e concentração. Enquanto nesse último artigo afirmou que o favorecimento societário das aquisições de controle tinha efeitos concorrenciais negativos (p. 255), no artigo mais recente afirma que "Transaktionen am Markt für Unternehmenskontrolle führen unabhängig von ihrer Form zu Konzentration oder Dekonzentration", não havendo um efeito concorrencial sensível.

28. O art. 8.º da proposta modificada de 13.ª Diretiva (versão em italiano in *Gazzeta Ufficiale delle Comunità Europee*, 26.9.90, C. 240/7) prevê que "o órgão de administração e direção da sociedade destinatária não pode, a não ser que tenha autorização da Assembleia Geral dos acionistas, concedida durante o período de aceitação determinar: a) a emissão de valores mobiliários, b) salvo prévia autorização da autoridade fiscalizadora, a execução de operações que possam modificar em maneira significativa o ativo ou o passivo da sociedade ou que a induzam a assumir empenhos sem contrapartida, c) a aquisição, por parte da sociedade, de ações próprias". A recente lei italiana sobre as ofertas públicas de aquisição de controle (Lei 149, de 12.2.92) contém, em seu art. 16, n. 3, proibição muito semelhante à do art. 8.º, b da Proposta de Diretiva, sendo no entanto a proibição do tipo absoluta e independente da autorização da autoridade fiscalizadora.

29. V. supra nota 19.

30. Cf., M. Carvalho, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, v. 5.º, S. Paulo, Saraiva, 1982, sub. art. 156, p. 172.

31. Cf., L. G. P. B. Leães, "Conflito de interesses" in *Estudos e Pareceres sobre So-*

ciedades Anônimas, S. Paulo, Ed. RT, 1989, p. 32.

32. Com relação ao controlador, o art. 115, § 1.º, prevê hipóteses de vedação absoluta, em que o conflito de interesses é presumido.

33. Cf., E. Salomão Neto, "Brazilian Poison Pills: rare but legitimate" in *International Financial Law Review*, fev./1992, v. IX, n. 2, p. 38.

34. Cf., nesse sentido J. Coffee, "Regulating the market for corporate control in 84" (1984) *Columbia Law Review*, p. 1.145 e ss.

35. Tratar-se-ia nesse caso de simulação visando a fraudar a lei e prejudicar terceiro (art. 103 do CC) e como tal anulável por qualquer interessado (minoritário).

36. Cf., com posição contrária E. Salomão Neto, ob. cit., p. 38.

A CORREÇÃO MONETÁRIA NO VALOR DE REEMBOLSO DO RECESSO SOCIETÁRIO

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

1. Situação do tema — 2. A natureza da relação derivada do exercício do direito de recesso — 3. Atividade empresarial e correção — 4. A Lei 6.899/81 — 5. Momento do pagamento — 6. Termo *a quo* da correção.

1. Assunto que está na ordem do dia, atualmente, é o da incidência da correção monetária no valor de reembolso, decorrente do exercício do direito de recesso.¹

Alguns, apegados à velha discussão entre dívida de valor e dívida de dinheiro,² partem da qualificação do valor de reembolso como "...dívida de valor transformada em dívida de dinheiro..." para determinar sua atualização monetária, somente a partir do ajuizamento da ação.³

Não me parece, todavia, que assim seja, notadamente em função da tendência mais atual da Jurisprudência que, reconhecendo a inflação como instituição nacional, vem ampliando as hipóteses de incidência da correção monetária de forma a abranger situações que se não restringem àquela fórmula — dívida de valor — dívida de dinheiro.

Atuando dessa forma, equanimemente, impede o enriquecimento ilícito, reequilibrando a situação patrimonial dos interessados.

Por tal razão, não é demais reexaminar a determinação do valor de reembolso à luz de uma nova perspectiva.

2. Essa perspectiva implica, de forma inarredável, num primeiro momento, na análise da relação derivada do exercício do direito de recesso.

a. A primeira idéia a ser defendida, aqui, é a de que a relação recesso-reembolso não se esgota, simplesmente, numa relação de débito-crédito.

O acionista, quando exerce o direito de recesso, pede de volta o que lhe pertence. Isto é, nada mais faz do que reaver, com seu valor devidamente atualizado e acrescido dos resultados dos investimentos (positivos e negativos), a contribuição que destinou à composição do patrimônio social ou, utilizando a linguagem do direito civil — o bem acrescido dos frutos produzidos. Reclama, portanto, o que é seu, com os acréscimos que merece.

b. É que nas sociedades comerciais os bens, por não se destinarem ao consumo, mas à produção de outros bens, alteram em valor. Para mais, se a atividade foi bem sucedida. Para menos se dela redundou fracasso.

Assim sendo, o acionista quando se retira reclama, também, a parte que lhe cabe no acervo societário, conforme a visão patrimonial que dela se tenha no balanço.

A par disso, tanto as ações, quanto as quotas não corporificam somente direitos patrimoniais; mas, ainda, direitos políticos como o de votar e ser votado; o de interferir na administração; o de fiscalizar a gestão e, inclusive, o de retirar-se da sociedade nos casos previstos em lei, percebendo o valor de seus haveres.

E o recesso, como quer que se o defina ("direito formador "ou" potestativo"),⁴ embora tenha conteúdo patrimonial, é, acima de tudo, um direito político. É remédio judicial a benefício do minoritário que funciona como contrapeso ao poder ilimitado da maioria.

E funciona como contrapeso, porque o direito de reembolso que dele decorre, conforme o seu montante, pode fazer a maioria reconsiderar a deliberação dissidente. É meio, portanto, de interferir e coarctar as deliberações sociais.

Ora, todo esse conjunto de direitos e obrigações são avaliados quando da apuração de haveres. O poder é, também, mercadoria, valorável economicamente nas sociedades comerciais.

A avaliação da posição do sócio ou acionista, corporificada na ação ou decorrente da titularidade da quota, não se reduz ao crédito apurado em balanço.

É uma relação de pertinência, valorada patrimonialmente. Por isto declara-se o sócio ou acionista titular da participação societária, e somente se é titular de relações com valor jurídico.

Por tal razão, ainda, os tribunais, num primeiro momento, qualificaram os haveres do sócio retirante como "dívidas de valor",⁵ concordando a doutrina ter-se "... obrigação dessa natureza, quando a prestação do devedor não consiste em soma de dinheiro, determinada ou indeterminada, mas ao invés, estabelecimento ou restabeleci-

mento de específica posição patrimonial do credor...".⁶

E, com efeito, é consenso uniforme a qualificação do dissidente como "... sócio e não credor...".⁷

Por isso, enquanto não reembolsado do valor de suas ações, o acionista mantém o seu estado de sócio.

Não se transmuda em credor pois é de certa forma co-proprietário dos bens sociais⁸ em regime semelhante àquela da "gesamt Hand" (propriedade em mão comum) germânica, gênese medieval das sociedades mercantis.⁹

E a assertiva tem razão de ser tendo em vista a relação que une o sócio à sociedade.

Esta aperfeiçoa-se mediante sua contribuição para a formação do patrimônio comum, cuja destinação está vinculada à realização do objeto social.¹⁰ Assim, seu desfazimento somente tem justificativa com a entrega dos haveres ao sócio retirante.¹¹

Entendimento em contrário, qualificando o sócio ou acionista dissidente como mero credor, vai contra aquela finalidade de tutela que é a própria razão de ser do minoritário pois, como bem assinalou uma vez Fábio Konder Comparato¹² ficam "... destituídos de todos os direitos, que não o de pleitear os seus créditos, sujeitos aos azares de insidiosas manobras...".

Se assim é, o sócio ou acionista, até o pagamento efetivo, permanece com o direito de participar das mutações patrimoniais, ocorridas desde o último balanço e, inclusive, a correção.

3. Mas a situação não finda com a avaliação patrimonial contábil dos haveres do acionista retirante; justamente por não se cuidar de uma simples relação de débito e crédito.

A ação como bem de segundo grau que corporifica, também, direitos a

bens materiais¹³ reflete as mutações patrimoniais, ocorridas na Companhia, mas não só.

Ela não traduz uma situação estática, pois a própria noção de atividade empresarial contradiz a assertiva.

O mesmo pode ser dito da quota que, embora não mereça semelhante qualificação, é valorada conforme as mesmas alterações patrimoniais ocorridas na sociedade.

Destarte, enquanto não desfeito o vínculo societário pelo reembolso, o sócio ou acionista tem direito ao resultado daquelas variações patrimoniais, como qualquer outro.

Tal o fundamento pelo qual a lei ordena a correção do valor do capital social (art. 45, § 2.º da Lei 6.404/76) e o levantamento do balanço especial, quando entre ele e a deliberação assemblear medeie período superior a 60 dias.

A *ratio legis* aqui é, reconhecendo a existência da inflação, evitar que o acionista receba a proporção que lhe cabe, correspondente à avaliação patrimonial da sua posição como sócio, em moeda aviltada.

Por tal razão, o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plenária, seguindo a *ratio legis*, base da norma em apreço, reconheceu ser muito longo o período de 60 dias para evitar os efeitos corrosivos da inflação.

Assim, além de ter transmutado a contraprestação patrimonial, devida pelos direitos de sócio em dívida de valor,¹⁴ fez incidir a correção sobre o valor de reembolso apurado em balanço mantendo a natureza indenizatória do valor de reembolso.¹⁵

4. Mas, quando discutimos a natureza do valor de reembolso, como dívida de valor ou de dinheiro, colocamos-nos em atraso no tempo, pois a

questão dívida de valor ou de dinheiro tornou-se, totalmente, irrelevante.

É que, a partir do advento da Lei 6.899/81 a indagação não mais se coloca, pois quer se considere o débito como dívida de valor, valorizando destarte a ação como um conjunto de direitos e obrigações, avaliados num determinado momento;¹⁶ quer se a considere dívida de dinheiro,¹⁷ o STF, independente da Lei 6.899/81, uniformemente, ordena a incidência da correção monetária no pagamento feito ao dissidente¹⁸ e isto a partir do Balanço.

E, a razão disto está na finalidade, consubstanciada na Lei 6.899/81, cuja intenção não foi restringir as hipóteses de incidência da correção monetária, mas, sim, estendê-la àquelas não previstas.¹⁹

5. Resta saber em que momento o pagamento do valor de reembolso é devido.

Na lei acionária a situação é, aparentemente, clara: o pagamento do reembolso é devido a partir do momento em que o acionista enuncia sua intenção de retirada.

Assim, a norma do art. 45, § 2.º, 2.ª alínea da Lei 6.404/76 não só declara quando o reembolso é devido, como quando deve ser pago. Isto é, a vista (na letra da lei — imediatamente), contra a apresentação do documento (o pedido de reembolso).

Anote-se que a norma, quando o contrato for omissivo, se aplica às sociedades por quotas de responsabilidade, pois a tanto autoriza a remessa consubstanciada na norma do art. 18 do Dec. 3.708/19.

A locução imediatamente é clara. O reembolso torna-se exigível, portanto, com a apresentação do pedido manifestando a dissidência e a intenção de retirada e com esse teor a doutrina é

pacífica,²⁰ em que pese suas críticas ao fato da lei não ter fixado expressamente o direito à correção,²¹ falha sadana no atual Anteprojeto.²²

Imediatamente, na letra da lei, equivale dizer já. Não daqui uma semana ou um mês.

6. Mas a norma estabelece, ainda, que uma vez pago o correspondente ao valor de 80%, quando for o caso, "...levantado o balanço especial... a sociedade pagará o saldo no prazo de 120 dias..." (art. 45, § 2.º, 2.ª alínea, *in fine*).

Tal vale dizer: em que pese o pagamento parcial, correspondente a 80%, o acionista tem direito a perceber o mais que for apurado, conforme resultar do balanço especialmente levantado. Isto inclui a correção monetária, forçosamente levada a efeito.

Destarte o pagamento parcial não impede seja revisto o "quantum" obtido anteriormente e a finalidade colimada, quando se fala em balanço especial, outra não é que a de impedir o aviltamento do valor de reembolso de forma a que "...o patrimônio líquido da empresa seja expresso em moeda de poder aquisitivo contemporâneo ao pagamento...".²³

Esse, aliás, o entendimento expresso na exposição de motivos da lei acionária de dezembro de 1976, cuja intenção em manter o poder aquisitivo do dissidente foi clara.²⁴

Resta justificar a retroatividade da incidência da correção monetária à época do balanço.

E, aqui, dois são os argumentos.

A) Primeiro o de que a manifestação da intenção de retirada com o pedido de reembolso dá início à resilição do vínculo societário. Não a encerra.

Por tal razão o sócio mantém o exercício dos "...direitos patrimoniais e

políticos..." perante a sociedade²⁵ e assim a sua atualização em valor correspondente à realidade.

Por outro lado, em que pese a opinião doutrinária que qualifica a manifestação do recesso como "declaração receptícia de vontades"²⁶ ela não equivale a aceitação incondicional dos valores apurados em balanço, transmudando tudo em ato jurídico perfeito.

Tanto assim que o acionista e, por extensão analógica quando couber, o quotista, tem o direito, após a manifestação do desejo de reembolso, de pedir o levantamento de Balanço especial para apurar o real valor das suas ações. Não se trata aqui de pura e simples aceitação de oferta de contrato.

É direito potestativo e direito condicional,²⁷ pois a deliberação da assembléia, ratificando a deliberação dissentida, atua como condição suspensiva da eficácia. Mas esta deliberação de ratificação não é condição de legitimidade para o exercício do direito de recesso.

Condição de legitimidade é a assembléia dissentida que lhe antecede. O direito de recesso existe antes que qualquer deliberação assemblear introduza a dissidência. É nesse momento que o recesso, como direito potestativo, se transmuda em ato, fazendo-se valer, independente de qualquer manifestação posterior do órgão da administração.

Tanto assim que tem o condão de fazer a assembléia voltar atrás, eliminando a deliberação dissentida. Condição de legitimidade, portanto, é o dissenso e não a assembléia de retificação.

Por isso essa última, atuando como condição suspensiva, retroage à data do ato ratificado (*ex tunc*) e o exercício do direito suspenso passa a produzir seus efeitos. A saber, tem início o procedimento do reembolso, iniciado com o pedido de retirada, o qual somente

se encerrará com a aceitação do pagamento.

O sócio ou acionista, portanto, pode até a efetivação do pagamento sem ressalvas, exigir a correção. Sua manifestação não encerra o recesso. Tão somente o inicia.

Sendo assim, o recebimento parcial, sob ressalva, não equivale à extinção da obrigação. Tanto assim é que quando a assembléia ocorre a mais de 60 dias do último balanço, o dissidente pode receber parcialmente o valor de reembolso, permanecendo com o direito a haver o que resultar da correção do valor, conforme balanço levantado posteriormente.

Ora, conforme a doutrina, o levantamento do balanço especial outra finalidade não tem que a de "...atualização das contas do patrimônio líquido...".²⁸

Mutatis mutandis, sendo a correção monetária suficiente para a atualização, quando não ocorra a necessidade de levantamento do balanço especial, nada obsta retroaja a data da elaboração do balanço.

B) Em segundo lugar, quando o dissidente manifesta a intenção de retirar-se da sociedade pretende receber o real valor de seus haveres e não em moeda aviltada.

Na raiz da instituição da correção monetária a seu favor, portanto, está o princípio que veda o enriquecimento ilícito.

É certo que não temos em nosso direito positivo, qualquer norma definitiva do que se deva entender por enriquecimento indevido.

Mas no Direito Alemão a sua definição pode ser encontrada no art. 812 do Código Civil, em termos universais. Assim, considera-se praticando enrique-

cimento ilícito "Quem pela prestação de um ou de outro, ou à custa dele, por qualquer modo, adquirir, sem fundamento jurídico, alguma coisa..." e a sanção é a obrigação de restituir.

Ora, usualmente, o recesso, ainda quando pago imediatamente, perfaz-se a mais de 30 dias do último balanço. Basta ver que o prazo para a retificação da deliberação dissidente encerra-se 40 dias após a assembléia que ensejou a dissidência.

Isto significa, conforme a nossa situação atual inflacionária real, uma perda de mais de 30% no poder aquisitivo da moeda.

Se considerarmos que os valores de reembolso, advindos do exercício do direito de recesso, são em regra vultosos, a perda para o dissidente nesse período é significativa. Significativa e injusta, pois desloca-se de seu patrimônio uma parcela devida que vai, sem causa, para o patrimônio da sociedade, a qual, sem mais, se apropria da cifra, resultante da inflação, às custas do minoritário.

Por tal razão, a incidência da correção monetária, na sua função de recomposição²⁹ é impositiva.

O fato de ter sido ou não prevista no contrato é, sobre esse ponto, de nenhuma valia pois perante uma economia inflacionária, como a nossa "...o princípio nominalístico não é sequer cogitável...", como bem ponderou Cândido Dinamarco.³⁰

NOTAS

1. Sobre a assertiva ver o recente artigo de João Coelho da Rocha, "Ainda a questão do valor das ações em caso de recesso", in *RDM* 81/113-115, jan.-mar./1991, e os comentários de Mauro Delphin de Moraes, respectivamente nos vols. 79/101-114 e 82/69-79.

2. Assim Mauro Delphin de Moraes, *RDM* 82/69, cit.

3. Idem, autor e ob. cit. a pp. 78-79.

4. Cf. Fábio Konder Comparato, "Direito de recesso do acionista: cabimento, na hipótese de alteração nas preferências ou vantagens das ações preferenciais", in *Direito Empresarial*, pp. 215-236.

5. Cf., "Já no primeiro paradigma (RE 86.791) o Plenário da Corte adotou o voto do eminente Min. Décio Miranda, no qual V. Exa. afirmou "Continuo entendendo corretas, por isso, as afirmações do despacho indeferitório dos embargos, de que atualizáveis as dívidas de valor e sendo dessa natureza os haveres a que tem direito o sócio pré-morto, na sociedade de que participava..." (RE 108.188-1-SP, do relatório do Min. Célio Borja).

6. Cândido Rangel Dinamarco, "Inflação e Processo", in *RT* 589/19-32.

7. Cf., Modesto de Barros Carvalhosa, "O Dissidente é sócio e não mero credor", in *RT* 528/47-54, out./1979.

8. Idem, autor, ob. e loc. cit.

9. A respeito, consulte-se a Planitz, *Princípios de Derecho Privado Germânico*, Barcelona, 1957, p. 66 e ss.

10. V., Galgano, "La società per azioni", in *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, a p. 61 e ss., pela noção de interesse social.

11. Modesto de Barros Carvalhosa, ob. cit., p. 49.

12. Autor cit. in "Valor de reembolso no recesso acionário". Interpretação do art. 45 da Lei das Sociedades por Ações, in *RT* 563/48-56.

13. Cf., Tullio Ascarelli, *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, S. Paulo, 1969, p. 335, n. 5.

14. Cf., "Tendo o Supremo Tribunal Federal, na sua composição plena, reformulando entendimento anterior, considerado monetariamente atualizável a dívida resultante da apuração de haveres, superados estão os precedentes invocados pelo recorrente, inviabilizando o r. recurso pela alínea do permissivo constitucional. Recurso extraordinário não conhecido..." (STF — RE 108.188 — 2.ª T. — Rel. Min. Célio Borja — j. 10.6.87 — v.u.).

15. Idem, do corpo do Acórdão: "Essa quantia daria ao autor o adequado reembolso de suas ações, se paga em outubro de 1977. A partir de então é devida a correção monetária, para que não se desfaça o "quantum" que, com natureza indenizatória, e pois de dívida de valor, se há de pagar ao sócio dissidente..."

Com o mesmo teor o Acórdão, sob a presidência do DD. Min. Carlos Velloso: "A correção monetária é mera alteração do valor formal da dívida. Não afeta o valor material. Os juros, além da atualização do quantum, continuam a fluir porque correspondem à majoração real do débito..." (RE 2.367-PR, em *JDTJ* e *TRF* (Lex), 19/102).

16. Este entendimento é a posição pacífica no STF, como fazem ver as decisões prolatadas no RE 86.792-RJ; AgRg. Tribunal Pleno, da lavra do Min. Décio Miranda, publicada in *RTJ* 97/264.

17. Cf. a decisão prolatada no RE 97.203, in *RTJ* 105/789.

18. Outra vez confira-se: "A correção monetária nas dívidas de valor, prescinde da incidência da Lei 6.899. Já era concedida, inclusive pelo STF, antes da edição dessa Lei. E a dívida referente ao reembolso das ações do sócio dissidente, pelo entendimento que esta Câmara adota, já exposto em alguns precedentes (cf. Ap. Cível 4.377-1) é dívida de valor..." (Ac. STF, RE 108.188-SP, cit.).

19. Cf. "A Lei 6.899/1981, não veio para impedir a incidência da correção monetária nos casos em que era admitida e sim para estendê-la à hipótese em que não era aplicada..." (Ap. Civ. 89.04.00529-5-RS — 1.ª T. — DJ 15.8.89, em *JSTJ* (Lex) 1/435).

20. Cf., Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro, *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*, v. 1.ª, p. 261, S. Paulo, 1979.

21. Com tal teor Fernando Albino de Oliveira, *Comentários à Lei das Sociedades por Ações*, v. 4.ª/260, Ed. Resenha Universitária, S. Paulo, 1982.

22. Cf. o teor do Anteprojeto: Art. 45 (...) § 2.º — "O valor do reembolso será pago no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, contados do encerramento do prazo para o pedido, computada a sua atualização monetária com base no índice utilizado para a atualização das demonstrações contábeis, entre a data do levantamento do balanço especial e a data do pagamento..."

23. Fábio Konder Comparato, ob. cit., por último, a p. 54.

24. Cf. o teor "b. O acionista dissidente tem o direito ao valor de reembolso determinado com base em balanço levantado dentro de 60 dias anteriores à deliberação

da assembléia, a fim de que o patrimônio da empresa seja expresso em moeda de poder aquisitivo contemporâneo ao dia do pagamento...".

25. Modesto de Barros Carvalhosa, ob. cit., a p. 49. No mesmo sentido: Orlando Gomes, *Contratos*, Rio de Janeiro, 1971, p. 192, n. 48, a p. 32.

26. Raquel Stejn, "O direito de recesso nas sociedades comerciais" in *RDM* 71/50-54, espec. a p. 53, ns. 7-8.

27. Idem, autor e ob. cit., a p. 51.

28 e 29. Fábio Konder Comparato, ob. cit., a p. 55.

30. Cf., Cândido Rangel Dinamarco, ob. cit., p. 35.

CARTÃO DE CREDITO — Contrato de adesão — Cláusula de mandato — Autorização para emissão de notas promissórias em favor do mandatário — Admissibilidade — Disposição não leonina — Débito do usuário reconhecido.

É válida a cláusula de mandato nos contratos de adesão referentes a cartões de créditos que estabelece autorização para a emissão de notas promissórias em favor do mandatário pelas despesas contabilizadas pelo usuário.

1.^ª TACivSP — Ap. 366.336-9 — 2.^ª C. — Rel. Juiz Sena Rebouças — j. 11.2.87 — v.u. — RT 617/115.

ACORDÃO — Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação 366.336-9, da comarca de São Paulo, em que é apelante Cia. Agropecuária Volta Grande e apelada American Express do Brasil S/A Turismo: Acordam em 2.^a Câmara do 1.^o Tribunal de Alçada Civil, por votação unânime, negar provimento à apelação.

1. Trata-se de apelação da autora contra a sentença que julgou improcedente ação declaratória de nulidade de nota promissória e ação cautelar de sustação de protesto (fls. 32-35).

A apelante insiste em que o mandatário não pode emitir em seu próprio favor promissória de responsabilidade do mandante. Sustenta que o contrato não autoriza esse procedimento, pois, embora permita a emissão de promissórias de responsabilidade do mandante, não autoriza a emissão em favor da mandatária, aberração não admitida pelo direito. As empresas de cartão de crédito introduzem cláusula de mandato em seus contratos de adesão, com o que podem emitir notas promissórias de responsabilidade do usuário para serem negociadas com instituições de crédito, mas não para constituírem título executivo da mandatária contra o mandante (fls. 41-47).

Houve resposta e preparo. É o relatório.

2. Deixando de produzir prova e concordando com o julgamento antecipado (fls. 27), a autora não demonstrou a iliquidez e incerteza da obrigação contida na promissória que pretende nula (um dos fatos constitutivos do pedido — fls. 4), restringindo a discussão à validade do saque cambial (à

validade da emissão da promissória pela mandatária em seu próprio favor).

A questão surgiu na execução de contrato de cartão de crédito "American Express". Há uma cláusula nesse contrato (fato incontroverso estabelecendo que a usuária (no caso, a autora) concorda em que o valor das despesas contabilizadas, a seu cargo, constitui dívida líquida e certa. Assinando a solicitação do cartão e passando a utilizá-lo; a usuária constitui a American Express sua mandatária com poderes especiais "para emitir, em seu nome", notas promissórias pelo valor total das despesas, estejam em mora ou não (v. apenso, fls. 12-v.)).

A despeito da interpretação que a apelante procura dar à expressão "emitir em seu nome", com intuito evidente de confundir, a cláusula em questão não deixa a menor dúvida, sendo de claro sentido. O uso do cartão acarreta débito do usuário e crédito da American Express. Essa obrigação, segundo o contrato, pode ser representada por notas promissórias, e o usuário constitui a credora sua procuradora para emitir essas notas promissórias. É evidente que as promissórias serão emitidas em favor da credora, que é a própria mandatária. O contrato autoriza exatamente isso, o que não significa nenhuma aberração jurídica.

A apelante admite que as promissórias sejam emitidas e negociadas com instituições de crédito, mas que não constituam título executivo da mandatária contra o mandante. Isso não tem sentido lógico, nem decorre do contrato.

Não havendo abuso do direito, o mandato em questão é novidade decorrente das exigências de consumo e de crédito da vida moderna, pelo que atende aos interesses do mandante. É válido e não contraria sua finalidade.

Não fosse o mandato, a American Express exigiria da autora a prévia assinatura de uma promissória em branco, com o mesmo resultado prático.

A doutrina aponta os seguintes requisitos, na representação voluntária, para que o mandato obrigue cambialmente o mandante: ser conferido por escrito, por instrumento público ou particular; e ser específico quanto aos atos cambiários que o mandatário está autorizado a praticar em no-

me do mandante (v. Luiz Emygdio F. da Rosa Júnior, *Direito Cambiário*, ed. 1984, v. 1/175), requisitos que estão atendidos, na espécie.

É o que se acrescenta aos fundamentos da sentença, para confirmá-la.

3. Negam provimento. Presidiu o julgamento, com voto, o Juiz Wanderley Racy e dele participou o Juiz Jacobina Rabello, revisor.

São Paulo, 11 de fevereiro de 1987 — SENA REBOUÇAS, relator.

COMENTÁRIO

I — INTRODUÇÃO

Este trabalho teve por escopo examinar o tema, contrato de mandato e o contrato de adesão, sem a intenção de esgotar a matéria, por ser prolixo e não demandarmos período maior para melhor análise.

Tivemos que lançar mão de um Acórdão que se não fosse ao menos pertinente com o novel assunto Código de Defesa do Consumidor pelo menos que, desse para incursionarmos sobre o mesmo, demonstrando como o assunto contrato de adesão e cláusula de mandato devem ser vistos pela ótica do novo microsistema.

Concluimos após fazermos as necessárias considerações prodrômicas necessárias acerca da representação no contrato, generalidades sobre o mandato e sobre o mandato em causa própria para posteriormente analisarmos o contrato de adesão antes e após a vigência do Código de Defesa do Consumidor.

II — CONSIDERAÇÕES PROPEDEUTICAS

Verificamos que para a conclusão de um negócio jurídico faz-se, muitas vezes, necessária a interveniência de terceiros não interessados direta e imediatamente no mesmo.

Dentre os diversos modos de interveniência de terceiros destaca-se a representação, forma mais complexa de intermediação como um dos principais meios de cooperação jurídica.

A representação em nossa opinião é inerente ao mandato, pois este nada mais é que um contrato típico de outorga de poderes.

O contrato em causa própria, como lembra Plácido e Silva, in *Tratado do Mandato e Prática das Procurações*, José Konfino Editor, 1939, Rio de Janeiro, não é inovação do direito moderno remontando à época romana.

De proêmio, insta ressaltar que o contrato de adesão é aquele em que não há discussão livre, entre as partes, das cláusulas contratuais, posto que estas são redigidas e impostas por uma delas à outra que as aceita em bloco.

É uma modalidade de contrato que não constitui, obviamente, um tipo definido, tanto que o contrato de adesão pode ser de compra e venda, fornecimento, como *in casu*, o uso do "cartão de crédito".

Enfocando o tema antes da vigência do novo Código de Defesa do Consumidor já prelecionava nosso doutrinador pátrio Waldírio Bulgarelli que o contrato de adesão, ou tipo, impresso pela empresa emissora de cartão de crédito continha cláusulas vexatórias e abusivas.

Aduzindo ainda que, "Por este caminho, volta-se aos poucos, por vias tortuosas, ao tempo da Lei nas XII Tábuas; não bastavam as garantias fidejussórias, nem as reais; passou-se à reserva de domínio, depois à alienação fiduciária, e agora chegou-se ao extremo

de o consumidor entregar-se totalmente, pelo mandato expresso de emissão de títulos de créditos, com um aceite adrede, conferindo liquidez e certeza. Pouco falta para voltar-se à *manus iniectio*" (cf., ob. cit., p. 614).

Desta feita, procuramos, agora sob a égide do Novo Código de Defesa do Consumidor como o sistema de cartões de créditos será tratado.

Pois, nessa linha é que há de se ressaltar a excessiva concentração bancária que, monopolizando a colte, a intermediação e a concessão de créditos domina a economia do País, impondo suas condições e seus métodos.

III — A REPRESENTAÇÃO NO CONTRATO

Para alguém realizar eficazmente, por outrem determinado negócio jurídico precisa, além de estar investido no poder de representação, atuar em nome dessa pessoa.

É assim, indispensável a "*Contemplatio Domini*", isto é, que o representante exerça a atividade em nome do representado. Do contrário, não se produz o efeito característico da representação direta.

Roberto de Ruggiero¹ dispõe que a representação é o "instituto graças ao qual alguém pratica um ato jurídico em lugar de uma outra pessoa com a intenção de que esse ato valha como se fosse praticado por essa outra e produzindo realmente para ela os seus efeitos".

A representação direta distingue-se da indireta na estrutura e na função vez que esta última, ocorre quando se age em nome próprio por conta alheia (suscita efeito imediato em sua própria esfera jurídica e não do representado).

Insta acentuar que esta disciplina repousa em dois elementos técnicos: o econômico e o jurídico. O elemento

econômico atrai à sua órbita os interesses objeto de regulamentação. Biparte-se a titularidade entre os efeitos de representação direta e indireta. O elemento jurídico, concretiza-se na manifestação das partes, com o objetivo de disciplinar os interesses dos seus respectivos titulares. As conseqüências patrimoniais são por eles regulados.

IV — GENERALIDADE SOBRE O MANDATO

Verificamos pelos nossos doutrinadores pátrios que tal instituto não guarda fidelidade ao Direito Romano, e nem segue a orientação germânica para a qual mandato não implica em representação por motivo de formalismo imperante.

Assim é que o legislador brasileiro dispõe no art. 1.288 do Código Civil brasileiro que: "Opera-se o mandato, quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses".

E nossa doutrina, conforme Orlando Gomes preleciona² é o contrato pelo qual alguém se obriga a praticar atos jurídicos ou administrar interesses por conta de outra pessoa. E o instrumento deste contrato é a procuração.

Nessa linha de raciocínio podemos dizer que, o mandato, em termos gerais, só confere poderes de administração de acordo, com o art. 1.295 do Código Civil Brasileiro. Necessitando de poderes especiais e expressos quando se tratar de "alienar, hipotecar, transigir ou praticar outros atos, que exorbitem da administração ordinária" (art. 1.295, parágrafo único do CC).

Orlando Gomes dispõe que pode haver mandato sem representação, quando por exemplo, o mandatário atua em seu próprio nome, assim como, pode haver representação sem mandato.

Concordamos com o insigne mestre quanto a representação poder estar presente em outros atos ou negócios jurídicos que não o mandato pois, como sabemos, não é instituto exclusivo do direito civil.

Mas discordamos quando preleciona³ que pode haver “mandato sem representação, pois é ela inerente a este instituto, pois como já o dissemos o agir do mandatário em seu próprio nome mas, no interesse do mandante, caracteriza o que a maioria de nossos doutrinadores pátrios convencionaram de chamar de representação indireta ou, ainda, de interposição gestória.

Emilio Betti⁴ aduz que o conflito entre os interesses do representante e do representado podem advir da falta do poder de representação — consciente ou ignorada — caso em que o negócio jurídico convolado seria considerado relativamente nulo, enquanto não sobreviesse a ratificação por parte do mandante; e do abuso de poder conferido ao interessado.

Segundo seus ensinamentos, o abuso de poder configurar-se-ia por meio do exercício da representação de modo formalmente respeitador dos limites do conferimento, mas substancialmente contrário à destinação da representação, que é a tutela do interesse do representado.

O contrato do mandato é por excelência forma de expressão e configuração de autonomia da vontade. As partes determinam de maneira livre e voluntária os elementos essenciais necessários à sua existência, validade e eficácia.

Podemos afirmar pelo que colacionamos da matéria que sendo válido o mandato, válida também é a nota promissória emitida em decorrência do cumprimento do mandato. O único defeito que poderia macular a nota promissória emitida pelo mandatário seria

o abuso de poder ou a assunção de dívida superior à estabelecida pelo mandante.

V — MANDATO EM CAUSA PRÓPRIA

Segundo Perez González y Alguer, citado por Sanches Urite⁵ a essência do contrato e da representação não se opõe à validade do autocontrato. A possibilidade do autocontrato surge espontaneamente da combinação dos princípios que regem o contrato, com os que presidem a instituição da representação. A vontade do representante vale como a vontade do representado, conserva este contudo, a própria personalidade e disposição do seu patrimônio, podendo destarte, atuar simultaneamente em nome próprio e em nome alheio, como representante.

Nosso ordenamento jurídico não vêda este tipo de contrato pelo que se pode inferir do art. 1.317 do Código Civil Brasileiro, *in verbis*: inc. I — “quando se tiver convencionado que o mandante não possa revogá-lo, ou for em causa própria a procuração dada”.

Em suma, podemos afirmar que nada há de incompatível no contrato consigo mesmo ou em causa própria, isto é, quando é celebrado em nome e por conta de partes representadas que hajam outorgado poder ao mesmo representante, ou no caso em que este é, concomitantemente, parte no negócio e representante da outra parte.

A evidência esta como se norteia nossa Jurisprudência conforme Ap. 226.145 da 1.ª Câmara do 1.º Tribunal de Alçada Civil que relata: ⁶

“Ora, a promissória pode ser emitida por mandatário com poderes especiais (art. 54, IV, da Lei 2.044 de 31.12.1908), sendo iterativo que o mandato especial pode ser genérico para emissão de cambiais, sem restri-

ções quanto ao tempo, lugar e quantia.” (cf., Paulo de Lacerda, *A Cambial*, 3.^a ed., n. 112, nota 86, p. 134; Carvalho de Mendonça, *Tratado*, v. V, Parte II, n. 602, p. 241; Magarinos Torres, *Nota Promissória*, v. I, n. 25, nota 17, p. 109, e Whitaker, *Letra de Câmbio*, 7.^a ed., n. 30, p. 77). E nada obsta a que o mandatário emita cambial em nome e por conta do mandante, em proveito próprio, desde que, não se apure excesso ou abuso. Nesse sentido, leciona Pontes de Miranda que “os atos do representante, em proveito próprio, são eficazes contra o representado, se dentro dos poderes, ou se cheios pela emissão desse, se ele tinha o dever, segundo os princípios, de aviso à generalidade; e contra si mesmo, se os excedeu, ou se não os tinha. Na representação cambiária está implícita a autorização para obrigar o representante perante o próprio representado” (*Tratado de Direito Privado*, 2.^a ed., v. XXXIV, § 3.852, n. 5, p. 144). (Grifos nossos).

VI — OS CONTRATOS DE ADESÃO

A começar pelo nome, o tema não é tranqüilo posto que, se procura distingui-lo da adesão a contratos, ou contratos por adesão.

Orlando Gomes⁷ preleciona que “No contrato de adesão uma das partes tem de aceitar, em bloco as cláusulas estabelecidas pela outra, aderindo a uma situação contratual que encontra definida em todos os seus termos. O consentimento manifesta-se como simples adesão a conteúdo preestabelecido da relação jurídica”.

Assim seriam, de adesão os contratos cuja estipulação é feita pelo Poder Público, cujas cláusulas preestabelecidas não podem ser recusadas, v.g., o fornecimento de água e energia elétrica, ao passo que seriam por adesão, os contratos celebrados com base em cláusulas

estabelecidas unilateralmente pelo estipulante particular, mas sem as características da irrecusabilidade.

Nesse sentido, inserem-se os cartões de créditos ressaltando que, neste tipo de contrato estamos diante de uma operação que se efetiva através de assinatura pelo beneficiário de um impresso contendo, em letras minúsculas, as condições do negócio, impresso atualmente pela empresa emissora, em geral absorvido pelos Bancos e há de submeter-se às diretrizes do que se conveniou chamar de dirigismo contratual.

Dê longas décadas, nossos doutrinadores pátrios, chamam a atenção para o fato de que este tipo de contrato, muitas vezes contém cláusulas acessórias que alteram profundamente a essência do contrato, desvirtuando-a. Pois na maioria das vezes contém, cláusula de irresponsabilidade, deixando de lado o princípio da autonomia da vontade (liberdade contratual).

Preleciona o insigne Prof. J. M. Othon Sidou⁸ para o fato de que as cláusulas acessórias nos contratos de adesão têm sua função desviada e passam a se constituir verdadeiros “ditames postos no interesse exclusivo do ofertante”. Assim, preconiza que tais cláusulas acessórias devem ser interpretadas com redobrada atenção e com muita benevolência.

VII — O CONTRATO DE ADESÃO NO SISTEMA DO CDC

Preleciona o insigne Prof. Dr. Nelson Nery Júnior que em face da definição dada pelo Código de Defesa do Consumidor em seu art. 54, *caput*, que a distinção feita pelo mestre Orlando Gomes encontra-se superada vez que, esta definição abrange ambas as formas de contratação. Tanto as estipulações unilaterais do Poder Público como as cláusulas redigidas prévia e uni-

lateralmente por uma das partes estão incluídas no conceito legal de contrato de adesão.

Ensina ainda que, tanto as cláusulas predispostas (cláusula geral) que antecedem o contrato de adesão podem ser efetivamente controladas abstratamente, como também recebem controle, quando as partes efetuam o contrato onde terão um controle concreto, efetivo, vez que, não há óbice do Código de Defesa do Consumidor, para definir referido contrato usando a forma classificatória, isto é, pelo tipo de contrato e não pelo seu objeto.

Neste regime jurídico diferenciado, podemos analisar referido Acórdão dizendo que, *in casu* houve uma relação jurídica de consumo, ou seja através do contrato de adesão foi celebrado um contrato de consumo.

De fato, a relação jurídica de consumo exige, para assim ser considerada, os elementos subjetivos, objetivos e teleológico. O elemento subjetivo que é o consumidor de um lado e o fornecedor de outro. Quanto ao elemento objetivo, temos o produto, i.e., o uso do cartão de crédito, restando por fim o elemento teleológico que se encontra na pessoa do usuário, pois, visava-o como destinatário final.

Aduz o Prof. Carlos Ferreira de Almeida⁹ que, as cláusulas no contrato de adesão são favoráveis a quem impõe e, geralmente, são cláusulas abusivas.

Exatamente por isso, e atendendo ao "reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo" (art. 4.º, I, CDC) o microsistema citado procurou disciplinar uma proteção aos contratos de consumo.

Continua aduzindo o citado Autor retromencionado que:¹⁰ "Não é a standardização que se mostra prejudicial, mas a assimilação maciça de cláusulas com vantagens indevidas para o contraente que está em condições de as impor".

Ora, assim é que o Código de Defesa do Consumidor veio para impedir que o consumidor continuasse sujeito a toda uma série de imposições e fraudes que as normas tradicionais de proteção se revelaram insuficientes para coibir.

Pois, de há muito Charles Gide,¹¹ "ao enveredar pela senda do cooperativismo, tendo descoberto as suas infinitas virtualidades, proclamava ao mundo o reinado do consumidor, exclamando: "O que é o consumidor? Nada. O que deve ser? Tudo".

No caso vertente estamos dizendo que o cartão de crédito violou o contrato de adesão com cláusulas abusivas e, estamos procurando demonstrar que tal tipo de contrato deverá atender às novas exigências nos contratos de consumo pois a defesa do consumidor exige hoje medidas diretas de proteção.

As cláusulas que desrespeitam o Código de Defesa do Consumidor quanto à forma e conteúdo, v.g., letras miúdas redação obscura etc., violam o dever de informação e o princípio da boa fé.

Não sendo dada a oportunidade de informação ao consumidor, as prestações por ele consumidas no contrato sejam prestações que envolvam obrigação de dar como de fazer ou não fazer, não obrigam o consumidor.

Esse entendimento é decorrente do disposto no art. 46 do Código de Defesa do Consumidor, somando ao art. 54, § 4.º. Pois, de acordo com o art. 54, § 4.º, as cláusulas restritivas de direitos ao consumidor deverão vir em destaque nos formulários de contrato de adesão.

Assim o descumprimento, pelo fornecedor das normas estabelecidas neste Codex relativas à forma e conteúdo do contrato de adesão, tem como consequência a não vinculação do consumidor (art. 46), a interpretação em favor do consumidor (art. 47) e a inversão do ônus da prova (art. 5.º, VIII).

VIII — CONCLUSÕES

Efetuamos o comentário deste Acórdão para demonstrar como nossa doutrina e jurisprudência tratava o referido tema, e como deverá ser visto agora face ao Código de Defesa do Consumidor.

Quanto ao contrato de representação podemos afirmar, desde que exista a relação jurídica, i.e., a relação de consumo, ou seja, o nexo de causalidade entre o consumidor e o acidente de consumo, o art. 5.º do Código de Defesa do Consumidor fornece entre outros alguns instrumentos para que o Poder Público viabilize ou defenda o consumidor.

Não objetamos o uso do mandato em causa própria nas relações de consumo vez que, todos os mecanismos exemplificados no art. 5.º do referido Codex têm por escopo a defesa dos direitos básicos dos consumidores elencados no art. 6.º do já citado diploma legal.

Verificamos que para caracterizar um contrato de consumo como contrato de adesão é preciso ter em mente, primeiramente, que o contrato de adesão não é categoria contratual autônoma nem tipo contratual, mas apenas técnicas de formação do contrato, que pode ser aplicada a qualquer categoria de contrato, sempre que seja buscada a rapidez na conclusão do contrato, o que aliás é uma exigência das economias de escala.

Desta feita a técnica de contratar por adesão é um fenômeno indissociável da ampliação e desenvolvimento do mercado de consumo, pois é justamente o contrato de adesão que agiliza e dá operatividade à contratação em massa.

Essa técnica de contratação *in casu* foi feita pela sociedade emissora do cartão de crédito e o usuário, não deixando ao aderente outra alternativa de conduta possível que não seja aceitar as estipulações unilaterais preestabele-

cidas pelo predisponente ou então recusá-las.

Hodiernamente demonstramos que não se justifica a discussão sobre se o contrato é por adesão ou de adesão vez que o Código classificou pela forma e não pelo conteúdo como contrato de adesão.

Assim, a defesa do consumidor se impõe, exigindo medidas protetivas implicando, por vezes, a intervenção do Estado para coibir, v.g., as subidas constantes dos níveis de preços que fazem da inflação um dado econômico co-natural pois, sob a perspectiva de proteção ao consumidor; a estabilidade nas relações de consumo deve-se sobrepor ao crescimento econômico.

Rosvany Terezinha Cordeiro

Bibliografia

- Benjamin, Antonio Herman de Vasconcelos — *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, Saraiva, S. Paulo, 1991.
 Nery Júnior, Nelson — *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1991.
 Silva, De Plácido — *Tratado do Mandato e Prática das Procurações*, José Konfino Editor, 1939, Rio de Janeiro.

NOTAS

1. *Instituições de Direito Civil*, v. 1.º, p. 201.
2. *Contratos*, 12.ª ed., Forense, p. 388, 1990.
3. Orlando Gomes, ob. cit., p. 388.
4. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, v. III, pp. 248-249-256.
5. *Mandato y Representación*, Abeledo-Perrot, B. Aires, p. 40.
6. *Revista de Direito Mercantil*, v. 26/119.
7. Ob. cit., pp. 118-119.
8. *Interpretação dos Negócios Jurídicos — Contrato de Adesão*, Forense, 2.ª ed., pp. 196-197, 1984.
9. *Os Direitos dos Consumidores*, Coimbra, Livraria Almedina, 1982.
10. Carlos Ferreira de Almeida in ob. cit., p. 95 e ss.
11. Waldírio Bulgarelli, *Contratos Mercantis*, 4.ª ed., Atlas, p. 612, 1988.

ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO

A

Alienação do poder de controle compartilhado — Artigo de Nelson Cândido Motta 42

Arnoldo Wald — Artigo sobre: Dos contratos futuros de taxa cambial . 37

C

Calixto Salomão Filho — Artigo sobre: Interesse social e poderes dos administradores na alienação de controle 65

Cartão de crédito — Comentário de Rosvany Terezinha Cordeiro 86

Concorrência entre empresas perante o Mercosul (A) — (Enfoque específico sobre Brasil e Argentina face à legislação antitruste) — Artigo de Mauro Grinberg 56

Contratos futuros de taxa cambial (Dos) — Artigo de Arnoldo Wald 37

Correção monetária no valor de reembolso do recesso societário (A) — Artigo de Vera Helena de Mello Franco 79

D

Dano moral, os seus fundamentos jurídicos e o Código de Defesa do Consumidor (O) — Artigo de Rosvany Terezinha Cordeiro 5

I

Interesse social e poderes dos administradores na alienação de controle — Artigo de Calixto Salomão Filho e Mário Stella Richter Júnior 65

M

Mário Stella Richter Júnior — Artigo sobre: Interesse social e poderes dos administradores na alienação de controle 65

Mauro Grinberg — Artigo sobre: A concorrência entre empresas perante o Mercosul — (Enfoque específico sobre Brasil e Argentina face à legislação antitruste) 56

N

Nelson Cândido Motta — Artigo sobre: Alienação do poder de controle compartilhado 42

P

Particularidades da "affectio societatis" no grupo econômico — Artigo de Vera Helena Mello Franco 47

R

Rosvany Terezinha Cordeiro — Artigo sobre: O dano moral, os seus fundamentos jurídicos e o Código de Defesa do Consumidor 5
— Comentário sobre: Cartão de crédito 86

V

Vera Helena de Mello Franco — Artigo sobre: A correção monetária no valor de reembolso do recesso societário 79

Idem sobre: Particularidades da "affectio societatis" no grupo econômico . 47