

D
Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

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

Edição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Fundador:

WALDEMAR FERREIRA

Diretor:

PHILOMENO J. DA COSTA

Diretor Executivo:

FÁBIO KONDER COMPARATO

Coordenador:

WALDÍRIO BULGARELLI

Redatores:

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

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

Edição e distribuição da

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

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

SUMÁRIO

DOCTRINA

- **Do Regime Jurídico dos depósitos bancários e o “Plano Collor”** —
Arnoldo Wald 5
- **Negócio Jurídico de “Hedging”** — Nelson Eizirik 13
- **Aplicação extraterritorial das resoluções do Banco Central do Brasil**
— José Carlos de Magalhães 23
- **Sociedade cooperativa e disciplina da concorrência** — Calixto Salomão
Filho 27
- **Direito de retirada do acionista no “Fechamento de Capital” de
companhia** — Renato Ochman e Paula A. Forgioni 38
- **O seguro de responsabilidade do produtor** — José Júlio Borges da
Fonseca 52
- **O seguro e o “Franchising” a verdade sobre a relação** — Luiz Felizardo
Barroso 65

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

- **“Responsabilidade civil do Estado** — Comentários do Prof. Dr. Haroldo
Malheiros Duclerc Verçosa 75

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO

ARNOLD WALD

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

CALIXTO SALOMÃO FILHO

Advogado.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Doutor em Direito Comercial da USP.

JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES

Professor Associado da Faculdade de Direito da USP.

JOSÉ JÚLIO BORGES DA FONSECA

Advogado.

LUIZ FELIZARDO BARROSO

Professor Adjunto de Direito Comercial da UFRJ.

NELSO EIZIRIK

Advogado no Rio de Janeiro — Membro da Comissão Diretora do Programa Nacional de Desestatização — Ex-Diretor da Comissão de Valores Mobiliários.

PAULA A. FORGIONI

Advogada em São Paulo — Doutorada em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

RENATO OCHMAN

Advogado em São Paulo — Professor da Fundação Getúlio Vargas.

DOCTRINA

DO REGIME JURÍDICO DOS DEPÓSITOS BANCÁRIOS E O “PLANO COLLOR”

ARNOLDO WALD

1. Considerações gerais — 2. A lição do direito estrangeiro — 3. A posição do direito brasileiro — 4. Dos efeitos da caracterização do contrato de depósito bancário sobre os pleitos de diferença de correção monetária decorrentes do “Plano Collor” — 5. Da infungibilidade dos depósitos bancários em virtude da aplicação do “Plano Collor” — 6. Da existência de *ato do príncipe*.

1. Considerações gerais

1. No passado, a doutrina e a jurisprudência, influenciadas pelas lições dos autores clássicos, cujos estudos datam de uma fase anterior à autonomia e ao desenvolvimento do direito bancário, equipararam o depósito irregular (inclusive o depósito bancário) ao mútuo. Essa foi a lição de Marcel Planiol¹ que foi adotada, em linhas gerais, por alguns dos nossos autores, como Washington de Barros Monteiro.²

2. Ocorre todavia que *a doutrina e a jurisprudência mais modernas têm salientado as peculiaridades do depósito bancário*. Este tem merecido tratamento legislativo próprio nas codificações mais recentes, como o *Codice Civile* italiano, que estabeleceu o seu regime legal, nos seus arts. 1.834 — 1.838, e os projetos brasileiros (anteprojeto de Código das Obrigações de 1963, arts. 840 — 846, Projeto de Código Civil Brasileiro — Mensagem 634/75 — arts. 866 — 868), assim como a legislação bancária de vários outros países (art. 4.º da lei francesa de 13.6.41), distinguindo-se, pois, pela sua natureza e finalidade, o depósito bancário tanto

do mútuo, como dos demais depósitos irregulares.

3. Na própria legislação civil brasileira, não há equiparação do depósito irregular ao mútuo, como pretenderam alguns autores, mas tão-somente aplicação, por analogia legalmente determinada, das normas do mútuo ao depósito irregular (art. 1.280), que pressupõe a incidência das mesmas, tão-somente, no que couber, sem que haja identificação dos dois institutos, mas simples similitude. Acresce que o art. 1.280 do CC é norma geral aplicável ao depósito comum de direito civil e que não se aplica sempre e necessariamente ao depósito bancário, que tem características próprias e natureza específica, sendo regido pelo Direito Comercial.

4. A peculiaridade do depósito bancário já era, aliás, reconhecida pelo Código Comercial, que dele tratou, no seu art. 285, estabelecendo que ficava sujeito “às disposições das leis, estatutos ou regulamentos de sua instituição” e distinguindo-o assim do depósito regido pelo direito civil.

5. Na legislação estrangeira, a matéria foi estudada mais minuciosamente, apresentando-se soluções que também foram

adotadas, pela jurisprudência e pela doutrina, no Brasil. Assim sendo, examinaremos, inicialmente, as lições do direito comparado, para, em seguida, traçar a evolução que ocorreu no Brasil.

2. A lição do direito estrangeiro

6. Na França, os próprios civilistas mais modernos fazem a distinção entre o mútuo e o depósito bancário, salientando a diferença de finalidade que existe entre os mesmos, conforme se verifica na lição dos irmãos Henri, Léon e Jean Mazeaud.³ Por sua vez os comercialistas enfatizam, cada vez mais, o regime próprio do contrato de depósito bancário, considerado seja como contrato nominado, seja como contrato *sui generis*, com regras próprias.⁴

7. Naquele país, a doutrina recente faz a distinção entre as duas espécies de propriedades, que se superpõem no caso de depósito bancário, salientando a importância que deve ser dada à análise econômica da operação e reconhecendo que existe, no caso, um direito do titular do depósito a um quantum em moeda escritural análogo ao que existe em favor do titular de uma nota de papel-moeda. Não se trata de um simples direito de crédito, mas de verdadeira propriedade da moeda escritural, cujo valor consta na caderneta de poupança, tanto assim que, em virtude de emissão de cheque ou de ordem de pagamento, o depositante pode fazer uma doação manual, o que não é possível quando se trata de simples direito de crédito, só suscetível de cessão gratuita. Concluem, assim, os Profs. Philippe Malaurie e Laurent Aynes que *o titular de depósito bancário é mais um proprietário de uma moeda escritural do que um mero credor.*⁵

8. Dentro da mesma orientação, o Direito italiano admite a dupla disponibilidade do depositante e do depositário, no caso do depósito bancário, salientando que o cliente do banco quer ter “os

recursos disponíveis embora se encontrem em poder de outra pessoa (o banco)”. Haveria, assim, *uma dupla disponibilidade: a do banco, que usa os recursos, e a do depositante que pode exigí-los e utilizá-los em qualquer tempo*, o que explicaria o duplo poder de dispor que se exerce sobre os mesmos recursos e que permitiu a produção moderna, pelo sistema financeiro, do milagre da multiplicação dos pães.⁶

9. A doutrina bancária italiana também salientou a importância da analogia, que anteriormente tinha sido feita pelos economistas, entre o depósito bancário e o papel-moeda, reconhecendo a existência de uma disponibilidade por parte do depositante, que se concretiza no seu poder de exigir o recebimento imediato do dinheiro, e de utilizar os recursos depositados. Essa situação transforma o depósito bancário num verdadeiro contrato *sui generis*, conforme assevera Giacomo Molle, fundamentando-se na modificação da natureza contratual, que deflui da presença da instituição financeira no negócio jurídico. A firma o ilustre especialista italiano que:⁷

“O que caracteriza o depósito bancário e o distingue nitidamente tanto do depósito irregular como do mútuo, é a intervenção, no negócio, do banco, na qualidade de depositário”.

10. A presença do banco enseja, pois, a caracterização do depósito bancário como *instrumento fiduciário*, conforme salientado pelo Prof. Alberto Trabucchi,⁸ ensejando pois a existência da *dupla propriedade, a real e efetiva, do banco (depositário), e a fiduciária, do cliente (depositante)*.

11. Idêntica é a posição do Direito espanhol, no qual a doutrina esclarece que é tempo de romper com as tradições romanistas, para dar a devida importância aos fatos econômicos do mundo moderno. Assim, o Prof. Joaquín Garrigues defende a teoria da dupla disponibilidade nos seguintes termos:

“A mais importante característica do depósito bancário consiste na existência de uma dupla disponibilidade: em favor do Banco e do cliente. A primeira permite ao Banco colocar o dinheiro nas operações do crédito a curto prazo e especialmente nas operações de desconto. A segunda permite ao cliente fazer uso do dinheiro, na medida de suas necessidades como se o tivesse na sua casa e sem os riscos próprios de sua conservação”.⁹

12. E acrescenta o Prof. Garrigues: “Esta disponibilidade (do cliente) é tão importante, que se chega a equiparar o puro direito de crédito do depositante à propriedade sobre o dinheiro depositado”.

13. E, em seguida, conclui: “O Banco dispõe do dinheiro como se fosse seu e o cliente dispõe do dinheiro, apesar de não ser seu”.

14. As teorias da dupla disponibilidade e do caráter *sui generis* do depósito bancário também têm sido admitidas no Direito argentino, que se inspirou, na matéria, nas lições dos mestres italianos.¹⁰

3. A posição do direito brasileiro

15. No Direito brasileiro, sempre se admitiu a peculiaridade e o regime próprio do depósito bancário, distinguindo-o tanto do depósito de direito civil, quanto do mútuo e das operações financeiras em geral.

16. Vimos que o Código Comercial já tratava do depósito bancário, reconhecendo a sua autonomia em relação aos demais contratos análogos, e a doutrina brasileira, há longo tempo, a ele se refere denominando-o *depósito pecuniário* ou *depósito monetário realizado em banco*, e enfatizando, assim, embora talvez inconscientemente, a *analogia entre o depósito bancário e a moeda fiduciária*.

17. J. X. Carvalho de Mendonça, após citar a monografia de jurista italiano La Lumia (*I Depositì Bancari*),

afirma que, no depósito bancário, a *soma depositada continua à disposição do depositante, sem prejuízo de sua utilização pelo banco e reitera a distinção entre o depósito bancário e o mútuo*.¹¹

18. Escreve o eminente comercialista brasileiro:

“Cada dia mais se desenvolvem taes depósitos, pondo em relevo a sua utilidade. Também chamados irregulares, são sujeitos às leis e aos estatutos dos institutos de crédito (CComercial art. 285), e distinguem-se do mútuo, conforme mostramos nos ns. 1.082 — 1.084 deste 6.º v.

“Não é o banco que solicita os fundos, é o depositante quem lhos oferece. A iniciativa da operação parte do cliente, mas o uso da soma fica à disposição deste, que pode retirá-la no todo ou em parte, diretamente, ou por meio de cheques ou ordens”.¹²

E, em nota, salienta que:

“Grunhut, no *Manuale* de Endemann, v. 3.º, p. 2.ª, § 433, entende que o nome específico do depósito de que aqui tratamos é depósito bancário, não lhe parecendo correctas as expressões depósito irregular, depósito commercial, ou *depositum* de valor abstracto.

“O projecto do código commercial italiano cogita especialmente do depósito bancário (arts. 485-491), “correspondendo a uma exigência technica e a uma exigência política”, diz a exposição de motivos do Prof. Alberto Asquini, que acrescenta: “Technicamente se dá regulamento autônomo ao depósito bancário, porque, com quanto a jurisprudência e a doutrina se demorem em discutir se o depósito bancário é depósito ou mútuo, nem as normas civis do depósito nem as normas civis do mútuo são idôneas para darem completa disciplina ao depósito bancário, instituto moderno, criado pela technica bancária, com características próprias.

“Politicamente, há o regulamento autônomo do depósito bancário, para dar, aos depositantes, que confiam aos bancos as suas economias, a tutela que desde quasi trinta anos é reclamada e que a organização actual não lhes tenta dar. Quasi depois de grandes ruínas bancárias, que têm desgraçado nosso país, espalhando victimas innocentes na massa dos economizadores italianos, formularam-se projectos de lei especiais para a tutela dos depositantes. Mas, um após outro, estes projectos foram abandonados e apenas a impressão dos factos que os originaram foi se dissipando na opinião pública” (*Progeto preliminar*, pp. 364 e 365).¹³

19. Também o Prof. Waldemar Ferreira considera, como característica do depósito bancário, a dupla disponibilidade que se exerce sobre os recursos depositados, salientando que: “Quem realiza o depósito bancário, fá-lo reservando-se a faculdade de levantá-lo, no todo ou em parte, quando isso lhe convenha. Nisso reside, fundamentalmente, o ponto dominante da operação bancária e do contrato que a domina”.¹⁴

20. Por sua vez, de acordo com os mesmos princípios, Lauro Muniz Barreto distingue o depósito bancário do mútuo e do depósito comum regido pelo Código Civil, para, em seguida, salientar que, embora transferida a propriedade da soma depositada para o banco, a mesma fica à disposição do cliente, “que pode retirá-la, no todo ou em parte, diretamente ou por pagamentos a terceiros, por meio de ordens ou cheques”.¹⁵

21. Na sua monografia sobre o assunto, Gilberto Nóbrega faz a adequada distinção entre o depósito bancário e as demais formas de depósito previstas pelo Código Civil e lembra a tradição do nosso direito de não confundir o depósito irregular com o mútuo, tratando-se de institutos distintos, embora com aplicação comum de algumas das regras que sobre ambos podem incidir.

E lembra a lição do Prof. Noé Azevedo, que salientava que, *se o depósito irregular se confundisse com o mútuo, não teria o legislador consagrado a sua existência e, se o fez, é por ter entendido que se justificava a existência do depósito irregular e especialmente a do depósito bancário*.¹⁶

22. Nos trabalhos mais recentes, a maioria dos civilistas e comercialistas não confunde o depósito irregular com o mútuo, embora reconhecendo a aplicação analógica das normas deste em relação àquele, que, todavia, tem regime próprio, nos termos do art. 1.280 do CC.¹⁷

23. Os estudiosos de direito bancário reconhecem a natureza *sui generis* do depósito bancário e salientam que um dos seus resultados é “a disponibilidade (por parte do depositante) pela criação da moeda escritural ou bancária”.¹⁸

24. Coube a Pontes de Miranda, distinguindo, com mais clareza, o depósito bancário dos demais depósitos irregulares, ao escrever que: “Em relação aos outros depósitos irregulares, o depósito bancário tem a característica — subjetiva — de ser feito com depositário profissional, que se dedica a tais operações em massa, o que lhe facilita, a solução prática do problema técnico-econômico dos dois poderes de disposição. O banco tem o poder de disposição sobre x , x' e x'' ; cada depositante, sobre x , ou sobre x' , ou sobre x'' ; de modo que, se só dispõe de fração de $x + x' + x''$, o seu poder de dispor não fere o poder de dispor dos que depositaram $x + x' + x''$, pois que nem todos os depositantes dispõem simultaneamente”.¹⁹

25. Na realidade, Pontes de Miranda reconhece a dupla disponibilidade do Banco e do depositante ao afirmar que:²⁰ “A disponibilidade pelo depositante coexiste com a disponibilidade pelo banco, mas passa-lhe à frente quando o depositante o entenda”.

26. Também a jurisprudência brasileira reconhece a autonomia e o regime

próprio do contrato de depósito bancário como se verifica pela lição contida no voto do Min. Paulo Brossard, na ADInconst 223, no qual salientou que:

“Desde tempos distantes, quase imemoriais, depósito bancário é... depósito bancário, estudado, caracterizado, definido pela doutrina e jurisprudência, e reconhecido pela lei (Teixeira de Freitas, Aditamentos ao Código do Comércio, 1878, v. I/647; Carvalho de Mendonça, Tratado de Direito Comercial Brasileiro, 1961, v. VI, 3.^a parte, n. 1.433, pp. 148 e ss.; Waldemar Ferreira, Instituições de Direito Comercial, 1944, II, § 204, ns. 947 e 948, pp. 534-536; idem, Tratado de Direito Comercial, 1960, v. 1.^o, n.º 107, pp. 277 e 278; v. 9.^o, n.º 1902, pp.79-87; Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, 1963, v. LII, § 4.664, n. 3, pp. 372 e ss.; Orlando Gomes, Contratos, 1979, n. 261, pp. 394 e ss.; Sérgio Carlos Covello, Contratos Bancários, 1981, pp. 59 e ss.; Gilberto Nóbrega, Depósito Bancário, 1966, assim; Nélson Abrão, Curso de Direito Bancário, 1988, pp. 69 e ss. São numerosos os textos de lei que se referem a depósitos bancários, v.g.: Código do Comércio, art. 285; Dec. 14.728, de 16.3.21, art. 3.^o, n. 4; Dec. 24.575, de 4.7.34, art. 9.^o; b; Dec.-lei 3.182, de 9.4.41, art. 1.^o; Dec.-lei 7.293, de 2.2.45, art. 4.^o; Dec.-lei 9.603, de 16.8.46, art. 2.^o; Lei 2.313, de 3.9.54, art. 1.^o; Dec. 36.783, de 18.1.55, art. 1.^o; Dec. 40.395; de 21.2.56, arts. 1.^o, 2.^o, 3.^o, 4.^o, 5.^o, 8.^o, 9.^o, 10; Lei 2.313, de 3.9.54, art. 1.^o; Dec. 2.711, de 19.12.60, art. 1.^o § 3.^o n.º 4; Lei 4.595, de 31.12.64, arts. 4.^o, XIV, XV, XXIII, 10, III; 17; 19, II, § 5.^o, 35; parágrafo único; 38, § 5.^o; Lei 4.728, de 14.7.65, arts. 30 e 51.

“Jamais foi tido como operação financeira, a qual, por sua vez, tem a sua definição legal e a definição do seu fato gerador fixados também em lei, Lei 5.143, de 20.10.66, e nas que se lhe

seguiram. Dec.-lei 914, de 7.10.69, Dec.-lei 1.783, de 18.4.80, Dec.-lei 2.390, de 19.12.87 etc.”²¹

27. No mesmo sentido, acolhendo a tese da dupla disponibilidade no depósito bancário, manifestou-se o TRF da 3.^a Região, em 4.4.91, na ArgInconst. em MS 90.03.32177-9-SP, da qual foi relator o Juiz Américo Lacombe que sobre a matéria apresenta brilhante e exaustivo voto, que foi acompanhado, por unanimidade, pelos demais julgadores.²²

4. Dos efeitos da caracterização do contrato de depósito bancário sobre os pleitos de diferença de correção monetária decorrentes do “Plano Collor”

28. Verifica-se, pois, que o depósito bancário não se confunde nem com o depósito irregular comum do Direito Civil, nem com o mútuo, e que, no caso em análise, houve, como bem salientou o Ministro Paulo Brossard, no texto acima transcrito, uma operação de depósito que a lei transformou em operação financeira em favor do Banco Central e, em seguida, reconverteu em depósito e já então, acrescentaríamos, com outro depositário (Banco Central).

29. Evidencia-se que as normas legais do “Plano Collor” não podem ser consideradas como constituindo um risco do banco, que teria sofrido uma expropriação ou um empréstimo compulsório, que recaíram sobre os depositantes, retirando, parcialmente, a disponibilidade que a lei, a jurisprudência e a doutrina atribuem tanto ao cliente (depositante) como ao banco depositário.

30. Tratando-se de verdadeira expropriação temporária do direito de dispor, a indenização é devida pelo expropriante, nos precisos termos do art. 5, inc. XXV da Constituição de 1988 que exige, no caso, a prévia e justa indenização em dinheiro (a ser paga evidentemente pelo expropriante), cabendo, outrossim, a

responsabilidade, pelos prejuízos causados, ao Estado, responsabilidade que é objetiva (art. 37 § 6.º da Constituição).

31. Por outro lado, quem sofreu a expropriação foi o depositante, que perdeu temporariamente o seu direito de dispor, tendo pois legitimidade ativa para pleitear a indenização tanto da União Federal (expropriante), como especialmente do Banco Central (novo depositário e substituto *ex vi legis* do agente financeiro na relação contratual), sem que haja qualquer responsabilidade do banco depositário. Este foi o depositário original, que não praticou ato ilícito e, conseqüentemente, não pode ser responsabilizado, de acordo com o princípio da individualização da responsabilidade penal e civil (art. 5.º, inc. XLV da Constituição), e foi, por sua vez expropriado por ato do Poder Público dos direitos que lhe cabiam como depositário, em virtude do contrato que, com ele, inicialmente, firmou o depositante.

5. Da infungibilidade dos depósitos bancários em virtude da aplicação do “Plano Collor”

32. É preciso lembrar, outrossim, que a lei considera como depósito irregular o que abrange coisas fungíveis (art. 1.280), mas que as normas do “Plano Collor” retiraram a fungibilidade completa dos depósitos, estabelecendo uma distinção entre os valores até cinquenta mil cruzados novos e o montante que excedesse os mesmos, mantendo-se as instituições financeiras como depositárias dos primeiros, enquanto o Banco Central tornava-se depositário do segundo.

33. Houve, assim, um momento em que um bem normalmente fungível, como o dinheiro, passou a ser relativamente infungível, situação admitida pela doutrina e pela jurisprudência.²³

34. Já tivemos o ensejo de escrever a este respeito que:

“Um objeto pode ser fungível ou infungível de acordo com as condições especiais do negócio realizado. Assim, o livro que uma pessoa empresta a outra é coisa infungível, mas quando um livreiro, cujo estoque está desfalcado, pede emprestado, a outro, um certo número de exemplares da obra, tais volumes são fungíveis, pois a própria operação se destina a assegurar ao mutuante a devolução de número igual de volumes do mesmo livro — mas não os mesmos que emprestou, pois estes se destinavam à venda”.²⁴

35. O Professor Sílvio Rodrigues, invocando a lição de Marcel Planiol, lembra que o dinheiro é fungível pois, em tese, “ao credor é indiferente receber o pagamento em uma ou outra espécie de moeda, pois elas se equivalem”.²⁵ Acontece, todavia, que não tinham o mesmo efeito liberatório os valores dos depósitos que estavam abaixo ou acima do limite de NCz\$ 50.000,00 (cinquenta mil cruzados novos), no momento da promulgação das normas do Plano Collor, razão pela qual a relativa infungibilidade existente entre os mesmos, em virtude da diferença do regime jurídico que sobre eles passou a incidir, retirando-lhes a equivalência que, entre eles normalmente deveria existir, também exclui que se possa considerar a existência de um mútuo ou até de um depósito irregular, nos termos do art. 1.280 do CC.

36. Essas considerações têm como única finalidade evidenciar que, não se caracterizando, no caso, o depósito bancário como um mútuo, ou seja como uma transferência plena da propriedade dos valores depositados, os riscos da expropriação ou do empréstimo compulsório correm por conta do depositante e são da responsabilidade seja do expropriante (União) seja do novo depositário (Banco Central), seja cumulativa e solidariamente de ambos, não recaindo sobre o antigo depositário que foi desapossado.

37. Na realidade, o depositário inicial (banco privado) não pode ser responsabilizado tanto em virtude das normas constitucionais acima referidas como do art. 1.277 do CC por ter ocorrido ato do príncipe.

6. Da existência de “ato do príncipe”

38. Efetivamente, o Código Civil Brasileiro trata, em seu art. 1.277, da responsabilidade do depositário da seguinte forma:

“Art. 1.277 — *O depositário não responde pelos casos fortuitos nem de força maior; mas, para que lhe valha a excusa, terá de prová-lo*”.

39. A responsabilidade contratual do depositário pressupõe que, além do dano causado, tenha havido culpa ou dolo, não respondendo nem pelo caso fortuito, nem pela força maior, que abrangem o ato do príncipe, tanto mais que, no depósito bancário, não se aplica ao banco o princípio *res perit domino*, no caso de apropriação dos recursos pelo Poder Público.

40. A maioria, senão a quase totalidade, das ações propostas se fundamenta na responsabilidade civil ou no enriquecimento sem causa. Ora, não houve, no caso, qualquer enriquecimento ilícito ou sem causa, dos agentes financeiros, pois, como provado, a posse dos recursos foi transferida ao Banco Central. Não houve, também, nem culpa, nem dolo dos mesmos, pois obedeceram a um *ato do príncipe*, ao qual não tinham, condições, nem legitimidade, para resistir, em virtude da competência legal e dos mecanismos de exercício do poder e de pressão que o Banco Central tem sobre os integrantes do sistema financeiro, presumindo-se, outrossim, a constitucionalidade dos atos do Poder Público, especialmente quando não declarada sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

41. Mesmo que se entenda que, tratando-se de responsabilidade contratual, a culpa possa ou até deva ser presumida, é evidente que se trata de presunção *juris tantum*, suscetível de ser afastada pela prova contrária, apresentada pelas partes, nos precisos termos do art. 1.277 do CC. Esta prova no caso, consiste na existência de *ato do príncipe*, que equivale à força maior, e pelo qual o Estado se apropriou dos recursos depositados, transferindo-os, *manu militari*, para o Banco Central, que passou a responder pela devolução e remuneração dos mesmos, sendo conhecimento público e constituindo, para as partes, força maior.

42. Cabe enfatizar que o depositário não responde pelo caso fortuito, nem força maior, mas que, para que lhe valha como excusa, deve prová-los (art. 1.277 do CC). Ora, consta da própria lei a evidência do ato de Governo, que transferiu, para terceiros, os recursos depositados, tratando-se de fato notório e público e dispensando, conseqüentemente, a prova (art. 334, I, do CPC).

43. Assim, inexistindo culpa do agente, conclui-se, que os depositantes em bancos qualquer que tenha sido a forma do depósito, *são carecedores de ação* para pleitear dos depositários originais (bancos privados) a diferença da correção monetária, *por ilegitimidade passiva dos mesmos e por serem o Banco Central e a União Federal os responsáveis pelos eventuais, prejuízos causados*.

São Paulo, 25 de maio de 1993.

NOTAS

1. Marcel Planiol, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, revisto por Ripert e Boulanger, 3.ª ed., v. 2, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949, ns. 2.868 a 2.870, pp. 876 e 877.

2. Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil, Obrigações*, 2.ª parte, 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 1975, pp. 224 e 225.

3. Henri, Léon e Jean Mazeaud, *Leçons de Droit Civil* (4.ª ed. com a colaboração do Prof.

Michel de Juglart, Paris, Edition Montchrestien, 1974, t. II, v. 2, n. 1.520, p. 759.

4. Jean Escarra, *Cours de Droit Commercial*, Paris, Sirey, 1961, v. VI, n. 425, e Georges Ripert et Rene Roblot, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, 9.ª ed., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1977, v. II, n. 2.361, pp. 315 e 316.

5. Philippe Malaurie e Laurent Aynes, *Droit Civil, Les Contrats Spéciaux*, 5.ª ed., Paris, Editions Cujas, 1991, n. 887, p. 476.

6. Ernesto Simonetto, *Los contratos de crédito*, tradução espanhola, Barcelona, J. Ma. Bosch Editor 1958, pp. 360 e 361; John Kenneth Galbraith, *A Moeda*, São Paulo, Livraria Pioneira 1977, pp. 31 e 65 e Arnaldo Wald, "O Papel Pioneiro do Direito Bancário", in RDM 27/15.

7. Giacomo Molle, *I contratti bancari*, Milão, Dott. A. Giuffrè Editor, 1966, pp. 87 e 88 e 89-91.

8. Alberto Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*, 16.ª ed., Pádua, Cedam Casa Editrice, 1968, n. 353, pp. 850 e 851.

9. Joaquín Guarrigues, *Contratos Bancarios*, 2.ª ed., Madri, Imprensa Aguirre, 1975, pp. 367 e 368.

10. Jorge N. Williams, *Contratos de Crédito*, t. 2-A, Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1986, p. 235, e Carlos Gilberto Villegas, *Compendio Jurídico, Técnico e Práctico de La Actividad Bancaria*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1986, v. 1/480.

11. J.X. Carvalho de Mendonça, *Tratado do Direito Comercial Brasileiro*, v. VI, III.ª parte, n. 1.414, p. 161.

12. J.X. Carvalho de Mendonça, ob. e loc. cit.

13. Idem, nota 1 na p. 160.

14. Waldemar Ferreira, *Tratado de Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 10.ª ed., 1963, n. 2.346, p. 517.

15. Lauro Muniz Barreto, *Direito Bancário*, São Paulo, Livraria Editora Universitária de Direito Ltda., 1975, pp. 175 e 176.

16. Gilberto Nóbrega, *Depósito Bancário*, 2.ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1966, p. 23.

17. Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, 2.ª ed., 1969, Rio, Freitas Bastos, v. IV/232; Antônio Chaves, *Tratado de Direito Civil, Obrigações*, v. II, t. II, São Paulo, Ed. RT, 3.ª ed., 1984, p. 883; Arnaldo Wald, *Obrigações e Contratos*, 10.ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1992, p. 387; e, Fran Martins, *Contratos e Obrigações Comerciais*, 8.ª ed., Rio, Forense, 1986, ns. 334 e 335, pp. 440 e 441.

18. Sérgio Carlos Covello, *Contratos Bancários*, São Paulo, Saraiva, 1981, p. 71 e Néelson Abrão, *Curso de Direito Bancário*, São Paulo, Ed. RT, 1982, pp. 42 a 44, ns. 33 e 34.

19. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. XLII, Rio, Borsó, 1963, § 4665.3, pp. 373 e 374.

20. Idem, *ibidem*.

21. RTJ 132/577.

22. *Lex Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais*, n. 22, jun./91, p. 407 e ss.

23. Ac. do REsp. n. 2.519 do STJ in DJU, 6.8.90.

24. Arnaldo Wald, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, Parte Geral, 6.ª ed., S. Paulo, Ed. RT, 1989, p. 145.

25. Silvio Rodrigues, *Direito Civil*, Parte Geral, S. Paulo, 5.ª ed., Saraiva, 1974, n. 50, p. 100.

DOCTRINA

NEGÓCIO JURÍDICO DE “HEDGING”

NELSON EIZIRIK

1. Introdução — 2. Noção econômica do *hedging* — 3. Negócio jurídico de *hedging* — 4. A liquidação por diferença — 5. O contrato de *hedging* e o negócio indireto — 6. Contrato de *hedging* e seguro — 7. Conclusões.

1. Introdução

A crônica instabilidade da economia nacional tem levado os agentes econômicos a buscar instrumentos de proteção, seja frente aos índices que medem a sempre galopante inflação, seja frente à flutuação do valor da moeda nacional face às moedas estrangeiras, seja ainda frente às divergências entre os índices de preços e as taxas de remuneração de investimentos no mercado financeiro.

Algumas instituições financeiras têm introduzido, na prática do mercado, determinados negócios de proteção para os empresários e investidores frente às variações nos índices que medem o processo inflacionário. Trata-se de operações de *hedging*, mediante as quais busca-se prover os interessados de mecanismos de proteção para seus ativos e passivos, dada a disparidade e a imprevisibilidade dos índices de aferição da inflação, das taxas de juros e da desvalorização cambial.

Trataremos, no presente artigo, de analisar como podem ser recepcionadas, pelo sistema jurídico, as operações de *hedging*, que constituem uma realidade econômica nova e de enorme relevância na prática dos negócios.

2. Noção econômica do “hedging”

As operações de *hedging* foram institucionalizadas inicialmente nas Bolsas de Mercadorias, e, mais recentemente, a partir da década de 70, também nas Bolsas de Futuros de ativos financeiros.

De suas origens, até hoje, as negociações a futuro sempre tiveram como objetivo econômico essencial propiciar a redução de riscos, a chamada atividade de *hedging*. Tal se dá porque a venda a futuro (que não se confunde com a venda pura e simples para entrega futura da mercadoria) tem sido utilizada como forma de projetar os preços ao longo do tempo e estabilizar as possibilidades de lucros e prejuízos. Em trabalho clássico, Keynes¹ já conceituava o *hedging* como um autêntico “seguro de preços”.

Para se proteger contra o risco da variação de preços os agentes econômicos que atuam no mercado físico de determinada mercadoria assumem, no mercado futuro, uma posição igual e inversa àquela que mantêm no mercado à vista. Se os movimentos de preços são paralelos entre si, o ganho auferido em um mercado compensa a perda ocorrida em outro, permitindo assim aos agentes a manutenção de sua remuneração normal.²

Ao participar de uma transação no mercado futuro, as partes estabelecem um preço certo para a negociação da mercadoria no futuro. Como o preço da mercadoria no futuro pode diferir do preço fixado pelas partes, existe nitidamente um processo de transferência de riscos no mercado. Assim, por exemplo, o produtor de determinada mercadoria, ao vender o contrato futuro, transfere o risco das flutuações do preço para o comprador. Considera-se, nesse sentido, que os mercados futuros constituem basicamente mercados de riscos de variação dos preços dos bens neles transacionados³.

A institucionalização do *hedge* em Bolsas de Mercadorias ou de Futuros decorreu de dois fatores básicos: a) a padronização dos contratos; e b) a garantia prestada pela caixa de compensação e liquidação, a qual, como *clearing house*, banca todas as operações, atuando como compradora dos vendedores e como vendedora dos compradores⁴.

Considera-se, doutrinariamente, que o contrato a futuro constitui um negócio jurídico cujo objeto é o *hedge*, a proteção contra as flutuações de preço da mercadoria ou ativo financeiro objeto do contrato. Tal se dá porque a vontade das partes é manifestada com a intenção de buscar proteção contra a variação de preços ou de limitar riscos decorrentes de tais variações.⁵

Os contratos a futuro, enquanto mecanismos de redução de riscos, são negociados em Bolsas de Mercadorias ou de Futuros. Com efeito, são as bolsas que asseguram a tais contratos a necessária liquidez, mediante a reversão de posições. Em algumas legislações, como na dos Estados Unidos, por exemplo, os contratos a futuro somente podem ser concluídos em Bolsas de Mercadorias e de Futuros, sendo vedada a sua negociação privada⁶.

Nada impede, porém, conforme analisaremos em seguida, que operações de

hedging não instrumentalizadas mediante contratos a futuro possam ser legitimamente desenvolvidas fora das Bolsas, mediante negociações privadas.

3. Negócio jurídico de “hedging”

Ainda que as negociações a futuro, seja com mercadorias, seja com ativos financeiros, tenham como objetivo básico propiciar a redução de riscos, o *hedging*, tais operações, desenvolvidas nas Bolsas, não se caracterizam pela unidade formal de um esquema negocial determinado.

Na realidade, nas operações de futuro a função econômica do *hedging* perfaz-se mediante a justaposição de contratos, nos quais o *hedger* assume posições contrapostas, de vendedor e de comprador, de forma a compensar os respectivos riscos de variação de preços.

Conforme já observado doutrinariamente, não existiria, no caso, união instrumental ou interdependência jurídica; ocorreria uma interdependência *factual*, de natureza econômica, entre contratos equivalentes e opostos, concluídos com pessoas diversas, e que visam a compensar os seus efeitos reciprocamente. Os dois contratos (um de compra e outro de venda), com efeito, são completos e autônomos, independentes um do outro para sua existência e validade. Assim, o *hedging*, nos mercados futuros, não constituiria, na realidade, um contrato, mas uma operação econômica complexa, envolvendo dois contratos completos e juridicamente independentes de compra a termo.⁷

A *causa* de qualquer negócio jurídico traduz-se como o fator predominante da emissão da vontade das partes. Nesse sentido, a causa constitui a *finalidade prática* a que se destina determinado negócio, o fim econômico desejado pelas partes. Na lição clássica de Emilio Betti, a causa do negócio jurídico constitui o resultado concreto, predominantemente

econômico, que os contratantes se propõem a atingir, na conclusão de determinado contrato, ou seja, a contraprestação que uma das partes visa obter por meio de sua prestação.⁸ Assim, a causa será encontrada pela pesquisa do *fim prático* desejado pelas partes em determinado negócio jurídico.⁹

Na economia de mercado, que se caracteriza pelo dinamismo constante, a vida econômica “alimenta” a vida do direito; particularmente em matéria obrigacional, o regramento das vontades é elaborado tendo em vista, essencialmente, permitir o desenvolvimento das relações econômicas.¹⁰ Cumpre ao direito obrigacional, com efeito, instrumentalizar as relações econômicas; daí a importância do estudo da *causa*, mediante o qual perquire-se e legitima-se os objetivos visados pelos agentes econômicos.

A operação de *hedging* tem como objetivo econômico propiciar a proteção ou cobertura contra riscos, decorrentes, fundamentalmente, da variação dos preços; trata-se de negócio que visa, na terminologia legal norte-americana, a redução de riscos na condução de qualquer empreendimento comercial (“The reduction of risks in the conduct and management of a commercial enterprise”).¹¹

O objetivo de redução de riscos é alcançado, nas Bolsas de futuros e de Mercadorias, mediante a justaposição de contratos, um de compra e outro de venda de *commodities* ou de ativos financeiros, nos quais o *hedger* assume posições contrapostas, num de comprador, noutro de vendedor, de forma a compensar os riscos da variação de preços. Há, no caso, uma operação complexa, instrumentalizada mediante contratos que, singularmente considerados, não expressam o objetivo desejado, de proteção contra os riscos de variação de preços.

Tal objetivo pode, validamente, ser alcançado mediante contrato de *hedging*.

Trata-se de negócio jurídico ainda não regulamentado, porém absolutamente legítimo, capaz de atender necessidades econômicas concretas e, no caso de economias caracterizadas pela quase absoluta incerteza quanto aos níveis futuros de inflação, como a nossa, às vezes preementes.

O negócio de *hedging*, na realidade, pode ser instrumentalizado em um único contrato, no qual a vontade das partes é manifestada expressamente com vistas à proteção de riscos de variação de preços.

Na realidade, uma das partes, o *hedger*, deseja a proteção; a outra, o “investidor”, ou “especulador”, aceita assumir tais riscos, podendo fazê-lo, legitimamente mediante remuneração. Tal remuneração, cobrada a título de “comissão”, pode ser objeto de *livre* estipulação entre as partes, em todos os seus aspectos: valor, forma e época de pagamento.

A estrutura do negócio jurídico de *hedging* poderia ser visualizada a partir do seguinte exemplo: A tem um crédito a receber, no prazo de 30 (trinta) dias, em dólares norte-americanos, mais uma taxa de juros de 6% ao ano, no valor principal de US\$ 100.000; por outro lado, deve pagar, também no prazo de 30 dias, um empréstimo que contraiu, de igual valor, corrigido pela variação da TR e acrescido de juros de 36% ao ano. Temeroso de que o crédito a receber possa eventualmente não cobrir o seu débito, procura B, o qual aceita, mediante uma remuneração determinada, garantir que, caso o valor da dívida supere o do crédito, ele, B, se responsabilizará por cobrir tal diferença; caso o valor do crédito de A seja superior ao de sua dívida, no vencimento, tal diferença será creditada a B.

Tipicamente, A é um *hedger*, alguém que deseja uma garantia contra os riscos de flutuações nos índices que corrigem seus contratos; B é um “especulador”,

que aceita assumir os riscos que lhe são transferidos por A.

No caso, a obrigação de B é de *garantia*. Além das obrigações de meio e de resultado, é reconhecida a existência de obrigações de garantia, cujo conteúdo consiste na eliminação de um risco que pesa sobre o credor da obrigação¹². Na hipótese, B garante cobrir a diferença, eliminando portanto os riscos de variação de preços dos contratos de A; a responsabilidade de B, no caso, enquanto garantidor, será *objetiva*, independentemente de sua culpa ou dolo.

Os objetivos visados pelas partes, no caso, são absolutamente legítimos, nada impedindo que se obriguem validamente em contrato de *hedging*; a causa do contrato corresponde a uma necessidade econômica concreta de proteção contra as incertezas de variações de índices de atualização da moeda, que sem dúvida merece o reconhecimento e a tutela do ordenamento jurídico.

4. A liquidação por diferença

O Código Civil, em seu art. 1.479, assim dispõe:

“Art. 1.479 — São equiparados ao jogo, submetendo-se, como tais, ao disposto nos artigos antecedentes, os contratos sobre títulos de bolsa, mercadoria ou valores, em que se estipule a liquidação exclusivamente pela diferença entre o preço ajustado e a cotação que eles tiverem, no vencimento do ajuste”.

Assim, os ajustes relativos a quaisquer valores, títulos negociáveis em bolsas de valores ou mercadorias cuja liquidação seja estipulada *exclusivamente* pela diferença entre o preço estabelecido pelas partes e a cotação verificada na data do vencimento, denominados *contratos diferenciais*, são equiparados ao jogo, para os efeitos da legislação civil.

O jogo e aposta, no sistema do Código Civil, são subordinados, quanto aos efeitos legais, aos mesmos princípios jurídicos. A característica básica de tais figuras reside no fato de serem ajustes *eminentemente aleatórios*. Com efeito, tanto no jogo como na aposta, a incerteza *total* do acontecimento constitui a própria razão de ser de sua estipulação. Por definição, então, em tais estipulações a “*álea*” é absoluta.

Conforme o Código Civil, o contrato diferencial é equiparado ao jogo, sendo portanto considerado como aquele ajuste pelo qual duas ou mais pessoas se obrigam a pagar certa soma àquela que resulte *vencedora*, nos termos das regras estabelecidas pelos contratantes, ou por terceiros, e por eles aceitas.

Nos termos do Código Civil, seja o jogo lícito ou ilícito, não gera ele, para o perdedor, a obrigação jurídica de pagar. A dívida de jogo, com efeito, é juridicamente inexecutável pelo credor. Uma vez paga, porém, não constitui liberalidade tal pagamento, descabendo assim a repetição. Isto significa que, aquele que paga espontaneamente dívida de jogo não pode recorrer à Justiça para reaver o que deu. Há possibilidade de repetição em dois casos: a) se a dívida de jogo foi ganha com dolo; b) se o perdedor é de menor idade ou interdito. Considera-se que nos casos acima inexistente o consentimento livre do devedor, único fundamento para que não pudesse ser repetida a soma por ele perdida.

Ao equiparar o contrato diferencial ao jogo, considera-se, no sistema do Código Civil, que tal contrato constitui negócio merante fictício, uma vez que não haveria, por parte do vendedor, vontade de alienar, nem, por parte do comprador, vontade de comprar. Tratar-se-ia, então, de ajuste pelo qual as partes teriam em mira *apenas* ganhar a diferença entre o preço ajustado por ocasião

da celebração do contrato e aquele verificado quando de seu vencimento.

A equiparação dos contratos diferenciais ao jogo sempre foi alvo de severas críticas por parte da doutrina dominante. Em primeiro lugar, pelo fato de pertencer a matéria ao âmbito do direito comercial e não do direito civil. Nesse sentido, sempre se considerou que o Código Civil dela não deveria tratar.

Ademais, já J.X. Carvalho de Mendonça acentuava que, nos contratos a termo, operariam tais ajustes uma espécie de *seguro* contra as flutuações eventuais das cotações, exercendo, na realidade, um efeito econômico de *estabilização de riscos*, o oposto, portanto, dos efeitos do jogo. Conforme ressaltava, não configurariam os contratos a termo ajustes caracterizados pela “álea” total, uma vez que dominados por circunstâncias de fato, plenamente perceptíveis pelos homens experientes na prática dos negócios bursáteis.¹³

A equiparação dos contratos diferenciais ao jogo, conforme refere a doutrina, caracteriza uma disciplina legal inteiramente divorciada da realidade econômica. Nesse sentido, em estudo clássico sobre o tema, Rodolfo Araújo apontava que:

“Faz-nos lembrar os dias sombrios dos contratos a termo que a mão férrea do legislador francês não conseguiu deter, escapando aqui e acolá, sob os mais variados matizes, da cegueira dos juizes, a reportarem nos julgados mais contraditórios, dividindo escolas, criando doutrinas, até que, na repetição do velho principio da revolta dos fatos aos códigos, impôs-se vitoriosamente no *placet* da lei.¹⁴”

A primeira reação da doutrina, portanto, foi no sentido de demonstrar a inaplicabilidade da proibição à liquidação pela diferença aos contratos de bolsa, basicamente por tratar-se de matéria sujeita à disciplina comercial e por significar, referida proibição, medida

inócua e fadada à ineficácia, por inteiramente contrária aos usos e costumes mercantis.

Nesse sentido, demonstrou-se, no direito italiano, a legitimidade das operações a descoberto em bolsa de valores ou em bolsa de mercadorias, nas quais o vendedor, ao celebrar o contrato, não dispõe do título ou do bem que deve transferir ao comprador. Ressaltou-se, a propósito, que a equiparação ao jogo, dos negócios bursáteis a descoberto, que se liquidam pela diferença, constitui um resíduo de preconceitos moralistas contra as operações desenvolvidas em bolsa de valores.¹⁵

Em alguns sistemas jurídicos, a jurisprudência firmou o principio de que não cabe a equiparação do contrato a termo que se liquida pela diferença ao jogo. Nesse sentido, a Suprema Corte norte-americana, no “Caso Anistie”, relatado pelo Justice Holmes, entendeu que a *negociação a termo de mercadorias não constitui jogo*.

Conforme demonstrou Balletti¹⁶, em amplo estudo sobre o direito comparado relativamente ao contrato diferencial, já no século passado vários países deixaram de considerar como tal a negociação em bolsa que se liquidasse apenas pela diferença. Nesse sentido a lei inglesa de 1890 expressamente já admitia a ação judicial para cobrar o pagamento do devedor, tanto no caso dos contratos a termo como daqueles que visassem apenas o pagamento da diferença. A lei francesa de 1885 estabelecia, da mesma forma, a tutela legal de *todos* os contratos a termo. Na Espanha, igualmente, no Dec. de 1875, expressamente foi reconhecida a validade das operações que se liquidassem com o pagamento da diferença.

Entre nós, a doutrina vem considerando *derrogado* o art. 1.479 do CC pelos usos e costumes comerciais,¹⁷ impondo-se a supressão de disposição semelhante do Projeto de Código Civil, em tramitação

no Congresso Nacional, conforme já tivemos a oportunidade de comentar, com o intuito de se evitar qualquer controvérsia a respeito, no futuro.¹⁸

Na realidade, a equiparação do contrato diferencial ao jogo constitui, atualmente, um anacronismo; com efeito, o jogo é algo que depende inteiramente do puro acaso, ou da ignorância dos participantes quanto ao seu resultado.

No jogo ou na aposta, a “álea” é absoluta, constituindo a sorte o móvel único do negócio.

Assim, a lei recusa a ação judicial para a cobrança das dívidas de jogo justamente porque lhes falta a *causa lícita* de obrigar os participantes: há, no caso, uma razão de ordem pública, posto que no jogo o móvel é a paixão pelo ganho sem trabalho, sem atividade econômica, e o seu efeito é um indébito enriquecimento de uma parte, a vencedora, em prejuízo da outra, a perdedora.

Ademais, é inequívoco que nos contratos a futuro, em Bolsas de ativos financeiros ou de mercadorias, praticamente *todas* as operações são liquidadas por diferença. Tais operações são reconhecidas como *legítimas* pela regulamentação vigente e submetidas à fiscalização do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários.¹⁹

Na operação de *hedging*, o móvel é exatamente o de eliminar a “álea”; o que as partes pretendem é minimizar riscos, conferindo maior garantia e certeza às suas atividades econômicas.

O contrato de *hedging* tem uma *causa lícita*, constituindo um instrumento jurídico correspondente a legítimas necessidades econômicas das partes. Não é possível, portanto, equipará-lo ao jogo ou à aposta, posto que o seu objeto é exatamente o oposto daquele visado pelos jogadores, qual seja, a redução de riscos decorrentes da variação de preços. Assim, o fato de ser o contrato de *hedging* liquidado por diferença não o torna inválido ou inexecutável judicialmente, uma vez que o art. 1.479 do CC

está, de fato, derogado pelos usos comerciais; ainda que tal dispositivo fosse considerado plenamente eficaz, não poderia ser aplicado ao contrato de *hedging*, cuja causa é a de reduzir riscos e incertezas.

5. O Contrato de “hedging” e o negócio indireto

No negócio jurídico de *hedging*, a sua *causa* — redução de riscos — está plenamente definida, podendo (e a nosso ver devendo) constar expressamente do instrumento contratual. Nesse sentido, difere dito negócio jurídico de *hedging* dos chamados negócios indiretos.

A teoria do negócio jurídico indireto foi elaborada inicialmente por Ascarelli, em estudo escrito em 1931²⁰, e posteriormente desenvolvida notadamente por comercialistas e civilistas italianos, tendo em vista a necessidade de se conciliar as novas exigências da atividade econômica com os institutos jurídicos tradicionais, de forma a não comprometer a continuidade do sistema jurídico e a certeza das normas aplicáveis.

Muitas vezes os agentes econômicos visam um objetivo determinado, a ser atingido mediante um negócio jurídico; como o sistema legal não lhes oferece, dentre os contratos existentes, a segurança desejada, recorrem a um negócio jurídico previsto no ordenamento obrigacional, mas através do qual não se realizam normalmente transações com os objetivos por eles pretendidos. Assim, os agentes utilizam a forma de um negócio jurídico típico, previsto na lei, para lograr efeitos diversos daqueles que lhe são próprios.

Existe portanto negócio indireto quando as partes recorrem a um negócio jurídico determinado para alcançar, consciente e consensualmente, finalidades diferentes das que, em princípio, são típicas à sua disciplina legal. Assim, o velho negócio jurídico, através desse uso indireto preenche novas funções.

O negócio indireto pode ser um negócio único ou resultar da combinação de mais negócios, juridicamente distintos, embora economicamente conexos, deste que haja unicidade de fonte, isto é, de uma ou mais manifestações de vontade. A unicidade de fonte não significa unicidade de instrumento contratual; um só documento pode referir-se a vários negócios, no chamado "documento complexo", assim como pode haver mais de um documento para um só negócio ("negócio pluriformal").²¹

O negócio indireto, embora possa eventualmente encobrir fraude à lei ou simulação, não é, por definição, ilícito. Com efeito, nada impede que as partes utilizem um negócio típico para fins que não lhe são próprios, desde que tais fins sejam lícitos.

Do ponto de vista *subjetivo*, o eventual "desconforto" gerado pela utilização de negócio indireto decorre da aplicação anormal de determinado negócio jurídico típico. Do ponto de vista *objetivo*, a desvantagem do negócio indireto reside no fato de ser a disciplina jurídica a que se sujeitam as partes a do negócio adotado, não a do pretendido. Assim, se uma operação de *hedging* realizada em Bolsa ou fora dela é praticada mediante dois contratos de compra e venda, a disciplina do negócio é aquela referente à compra e venda, não à proteção contra flutuações de preços desejada pelo *hedger*. Os problemas verificados na liquidação compulsória de contratos em Bolsas de Futuros e de Mercadorias, ora objeto inclusive de discussão judicial, em parte decorreram da inadequação entre a forma dos contratos (de compra e venda) e os objetivos pretendidos pelas partes.

6. Contrato de "hedging" e Seguro

As Sociedades Seguradoras, atuantes em seguros de ramos elementares (cobertura de riscos de transportes, danos

a coisa e pessoas, fogo e acidentes) e de vida, detêm um monopólio legal para o exercício de tal atividade. Com efeito, uma das partes do contrato de seguro é constituída *necessariamente* por Sociedade Seguradora, exceto no caso do seguro social de acidentes de trabalho, que tem como único segurador o Instituto Nacional de Seguridade Social — INSS.

As Sociedades Seguradoras estão submetidas à tutela da Superintendência de Seguros Privados — SUSEP, entidade autárquica criada pelo DL 73/66, à qual compete a fiscalização da constituição, organização, funcionamento e operações das sociedades seguradoras. No exercício do seu poder de polícia administrativa, incumbe à SUSEP regulamentar as operações de seguro, de acordo com as diretrizes do Conselho Nacional de Seguros Privados — CNSP, bem como proceder à ampla fiscalização das atividades das sociedades seguradoras, podendo aplicar aos infratores do DL 73/66 penalidades pecuniárias e de suspensão e inabilitação para o exercício de funções diretivas.

O Contrato de seguro é aquele pelo qual o segurador — Sociedade Seguradora — mediante o recebimento de um prêmio, obriga-se a pagar um valor certo ao segurado ou a terceiro (beneficiário) no caso de ocorrência de sinistro. Conforme refere a doutrina, o contrato de seguro é concebido como promessa condicional de indenização na hipótese de ocorrência do sinistro, que é o acontecimento futuro e incerto causador de prejuízo ao segurado, tendo como contraprestação o pagamento certo do prêmio pelo segurado.²²

Nos termos do art. 1.432 do CC (de falha redação, posto que somente se refere ao seguro indenizatório) o contrato de seguro é conceituado como aquele ajuste "... pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante a

paga de prêmio, a indenizá-la do prejuízo resultante de riscos futuros previstos no contrato”.

O contrato de seguro é bilateral, oneroso, consensual, aleatório, de adesão e dirigido. É *bilateral* na medida em que cria deveres para ambas as partes, embora a prestação do segurado seja certa e a do segurador seja eventual. É *oneroso* porque o segurador somente assume o risco do segurado mediante o pagamento de um prêmio. Embora tenha existido controvérsia no passado, é pacífica a aceitação, hoje, do caráter *consensual* do contrato de seguro,²³ constituindo o documento escrito a prova do contrato, não elemento essencial à sua validade. O contrato é *aleatório*, pois, embora a prestação do segurado seja prefixada na apólice, a da Companhia Seguradora inequivocamente é incerta, a depender da ocorrência ou não do sinistro. O seguro constitui um contrato *de adesão*, uma vez que ao segurado cabe apenas aceitar as cláusulas ditadas pelo segurador, ou deixar de contratar. Finalmente, é um contrato *dirigido*, posto que depende da aprovação de seu texto pela SUSEP. Não há como cogitar-se, em muitos casos, da liberdade de contratar, uma vez que a lei impõe o seguro obrigatório, como nos acidentes de trabalho e de trânsito.²⁴

A aleatoriedade *absoluta* é o elemento essencial do contrato de seguro. Com efeito, mediante o contrato de seguro busca-se minimizar a álea; o segurado visa reduzi-la, pagando ao segurador, para tanto, um prêmio. Já o segurador dá segurança ao outro contratante, assume o dever de afastar os efeitos daquilo que o segurado teme. Conforme a lição de Pontes de Miranda, a aleatoriedade *sempre* existe, por definição, no contrato de seguro, mesmo se o evento é inevitável, como a morte, caso em que álea refere-se ao “quando” e não ao “se”.²⁵

Existe certa semelhança entre o contrato de seguro e o de *hedging*, exercendo ambos uma função de previdência, de pré-eliminação dos efeitos patrimoniais da álea. Do ponto de vista econômico, inclusive, o contrato de *hedging* é visualizado como um verdadeiro “seguro de preços”, na expressão utilizada por Keynes.

Há, porém, certas características jurídicas que diferenciam os contratos, de tal sorte que entendemos não caber, no caso, a tutela da SUSEP com relação ao contrato de *hedging*. Com efeito, embora apresentem algumas características comuns, constituem negócios jurídicos distintos.

Da mesma forma que o contrato de seguro, o de *hedging* é um negócio jurídico bilateral, oneroso, consensual e aleatório. Porém, a álea no contrato de seguro é *absoluta*; o segurado não sabe se sinistro ocorrerá ou não, nem tem condições de prever a sua ocorrência. Já no caso do contrato de *hedging*, conforme o exemplo antes referido, a álea é *relativa*; o *hedger* tem certeza do evento (diferença de preços entre os seus contratos) embora não possa prever se tal diferença lhe será benéfica ou prejudicial. A crônica instabilidade da economia nacional autoriza-nos a afirmar que o evento é certo, embora não determinados os montantes precisos de tal diferença; daí a função do negócio jurídico de *hedging* de eliminação de riscos.

O contrato de seguro, na realidade, não elimina o risco: não impede a morte, o acidente, o incêndio, apenas repara os seus efeitos patrimoniais. Já o contrato de *hedging impede*, para o *hedger*, qualquer repercussão, sobre seus contratos, da variação dos índices; no caso *elimina-se* de fato os riscos, não simplesmente repara-se os seus efeitos, como no seguro.

Outra diferença fundamental reside no fato de que, na realidade, a finalidade

do seguro, diversamente do que ocorre no *hedging*, é fragmentar, diluir o risco, não transferi-lo para o segurador. Com efeito, o segurador não assume o risco, mas sim presta a segurança de que, ocorrendo determinado evento, suas conseqüências serão compensadas economicamente para o segurado.

Nesse sentido, a doutrina ressalta que a característica essencial da operação de seguro é a da *mutualidade* (comunhão de riscos). Na operação de seguro, por definição, e daí sua utilização em massa, as conseqüências econômicas do sinistro são repartidas por um grande número de pessoas submetidas aos mesmos riscos. De fato, todas as operações de seguro implicam na existência de um grande número de pessoas que contribuem, reciprocamente, para reparar as conseqüências dos sinistros que possam atingir qualquer uma delas. Verifica-se que os prêmios pagos por cada uma delas constituem um fundo comum, gerido pela Sociedade Seguradora, que deve ser suficiente para arcar com o pagamento dos sinistros²⁶. Daí a noção de mutualidade, de comunidade de riscos, de cobertura recíproca dos danos, necessariamente presente nas operações de seguro, a caracterizar o contrato de seguro como contrato de massa, que não é encontrada no *hedging*, no qual o risco é transferido *individualmente* para a instituição que o assume.

Ademais, o contrato de seguro é um contrato de adesão, não cabendo ao segurado discutir as suas cláusulas. No contrato de *hedging*, que, por definição, não pode ser utilizado em massa, posto que muito particulares as situações em que será firmado, não temos dúvida de que suas cláusulas deverão ser ampla e livremente negociadas entre as partes.

Finalmente, o contrato de seguro é dirigido, na medida em que quase todas suas cláusulas são ditadas pela SUSEP, ao passo que no contrato de *hedging*

vige plenamente o princípio do autogoverno da vontade das partes, uma vez que não há disciplina específica sobre as cláusulas que dele devam obrigatoriamente constar.

Com efeito, as operações de seguro são submetidas a uma disciplina estatal própria, que estabelece: as modalidades de seguros aceitas; as condições gerais das apólices; a fiscalização exercida pela SUSEP; os casos de seguros obrigatórios; as cláusulas mínimas que devem constar dos contratos. Não há qualquer previsão legal ou regulamentar submetendo contratos de *hedging* ao regime próprio do sistema jurídico de seguros. Assim, não vemos como incidir qualquer eventual fiscalização da SUSEP sobre contratos de *hedging*, que, dada a sua estrutura própria, não se submetem ao mesmo regime dos contratos de seguros.

7. Conclusões

Face à análise desenvolvida, podemos concluir que:

a) o negócio jurídico de *hedging*, cuja causa corresponde a necessidades econômicas concretas, pode ser validamente contratado como negócio típico;

b) o fato de haver, no caso, liquidação por diferença, não torna inválido o negócio jurídico de *hedging*, uma vez que os objetivos visados pelas partes são opostos àqueles verificados no jogo ou na aposta, estando, ademais, o art. 1.479 do CC derogado pelos usos e costumes mercantis;

c) o negócio jurídico de *hedging* distingue-se dos chamados negócios indiretos pelo fato de nele haver perfeita correspondência entre as finalidades desejadas pelas partes e o negócio jurídico entre elas estabelecido;

d) o negócio jurídico de *hedging*, embora desempenhe função econômica semelhante à do seguro, com ele não se

confunde, dada a natureza diversa da álea e dado o fato de caracterizar-se, o seguro, como contrato dirigido e de adesão.

NOTAS

1. *A treatise on money*; v. 2, c. XXIX, Londres, 1930.
2. Maria Cecília Rossi, "Mercados Futuros e Inflação: Uma análise Empírica", *Revista Brasileira de Mercado de Capitais*, v. 14/49, Rio, IBMEC, n. 40, 1988-1989.
3. Cf. o nosso *Aspectos Modernos do Direito Societário*, Rio, Renovar, 1992, p. 219.
4. Cf. o nosso "Aspectos Jurídicos dos Mercados Futuros", *RDM* v. 81/30 e ss.
5. Fernando Albino de Oliveira. "*Poder Regulamentar da Comissão de Valores Mobiliários*". Tese de doutoramento em Direito Econômico da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, S. Paulo, 1989, p. 44 e ss.
6. Mark H. Mitchel, Carl Ducan, David Kozad e Stanley Klem. "Regulation of the Futures Industry", in *The Concise Handbook of Futures Markets*, coordenado por Perry J. Kaufman, New York, 1986.
7. Oscar Barreto Filho. "As operações a termos sobre mercadorias (*hedging*)" *RDM* 29/13 e ss.
8. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, Coimbra, 1969, t. I, p. 355.
9. José Abreu. *O Negócio Jurídico e a Teoria Geral*. S. Paulo, Saraiva, 1984, p. 128 2 ss.
10. René Savatier. *La Théorie des obligations en droit privé économique*. Paris, Dalloz, 1979, p. 10 e ss.
11. Blake Imel, Ronaldo Hobson and Paula Tosini. *The CFTC's hedging definition development and contemporary issues*. Columbia Business School, 1985.
12. Fabio Konder Comparato. *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio, Forense, 1978, p. 587.
13. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, v. IV, liv. IV, Ed. Freitas Bastos, 1934.
14. "Do Contrato Diferencial." in *Revista Forense*, n. 112, jul./47, p. 30.
15. Francesco Messineo. *Operaciones de Bolsa y de Banca*. Barcelona, 1957, p. 51 e ss.
16. "Della Validità dei Contratti differenziali di borsa dopo la nuova legge", in *Revista Diritto Commerciali*, V. I, 1931, pp. 916-917.
17. Cf. os artigos de Oscar Barreto Filho e de Rodolfo Araújo, antes citados.
18. Arnaldo Wald e Nelson Eizirik. "Das funções econômicas dos mercados a termo e do Projeto de Código Civil". *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, n. 86, 1985.
19. Cf. nosso *Aspectos Jurídicos dos Mercados Futuros*, cit., p. 25 e ss.
20. Tulio Ascarelli. *Studi in Onore di Vivante*. Roma, 1931; também publicado em *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, S. Paulo, Saraiva, 1969, p. 91 e ss.
21. Tulio Ascarelli. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, cit. p. 100.
22. Arnaldo Wald. *Obrigações e Contratos*. S. Paulo, RT, 1992, p. 437.
23. Carlos E. Colautti e Pedro E. Torres. *La Conclusion del Contrato de Seguro*. B. Aires, Arayú, 1955, p. 13 e ss.
24. Arnaldo Wald. ob. cit., p. 438.
25. *Tratado de Direito Privado*, t. XLV, S. Paulo, RT, ed. de 1984, p. 275.
26. Vera Helena de Melo Franco. "A operação de seguro e sua qualificação jurídica". *RDM* 67/41 e ss.

DOCTRINA

APLICAÇÃO EXTRATERRITORIAL DAS RESOLUÇÕES DO BANCO CENTRAL DO BRASIL

JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES

A regulamentação do Conselho Monetário Nacional que veda as instituições financeiras, com atividades no Brasil, realizar operações de empréstimos ou de garantias a entidades públicas ou sob controle destas, aplica-se às filiais dessas instituições no exterior?

A pergunta suscita considerações sobre a extraterritorialidade das normas nacionais e sua legitimidade em face da competência territorial dos Estados. Nem sempre, nos dias atuais, é possível circunscrever a aplicação de uma lei ao território do Estado, dada a grande interpenetração dos povos e os efeitos e repercussões instantâneos de atos praticados no exterior.

Daí que uma norma nacional pode ter alcance extraterritorial, sempre que se pretenda salvaguardar interesses ou princípios afetados por práticas ou atos concebidos e realizados no exterior e que produzam impacto real e efetivo no território do Estado.

Por outro lado, não se pode deixar de lado o caráter territorial das leis nacionais, pois, como observa Bastiŕol: "é princípio elementar que cada Estado legisla para as relações jurídicas que se desenrolam em seu território e a ordem internacional estará satisfeita em virtude da máxima de bom senso, cada um em sua casa". (*Aspects Philosophiques du Droit International Privé* — 1956, p. 260).

Como, entretanto, conciliar o interesse do Estado em dar efetividade à norma no seu território, com a realidade da

transnacionalidade das relações internacionais, que não se ajusta a essa estrutura compartimentalizada?

Nesse quadro é que se põe a questão da extensão dos efeitos para as filiais dos bancos brasileiros no exterior, da Res. n. 1.718, de 29 de maio de 1990, cujo art. 1º limita aos saldos existentes em 31 de dezembro de 1989, corrigidos, as operações de empréstimos e financiamentos, títulos descontados, adiantamentos, arrendamento mercantil e garantias de qualquer natureza realizadas por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil com a Administração Direta e com empresas estatais, inclusive as dos Estados e Municípios.

A inobservância dessa norma acarreta a aplicação de sanções capituladas no art. 14 da Res. e art. 44 § 4º da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

De início há que se ponderar que as filiais dos bancos brasileiros no exterior estão sujeitas às leis dos países que as admitem.

A filial, no entanto, integra a pessoa jurídica brasileira e, assim, está, também, subordinada à normativa legal do Brasil que não conflite com a do país que a abrigou.

A instalação no exterior de filiais de bancos brasileiros depende de prévia autorização do Banco Central do Brasil que, para esse fim, expediu a Res. 1.852, de 31 de julho de 1991, cujo art. 5º dispõe que os limites de captação e de aplicação de recursos no exterior por parte das filiais de bancos brasileiros

serão fixados pelo Banco Central, sem prejuízo dos estabelecidos pelas autoridades locais.

A Circ. n. 2.007, de 8 de agosto de 1991, do Banco Central do Brasil, ao determinar critérios e procedimentos complementares à essa Resolução, definiu esses limites: “Art. 5º. Na hipótese de inexistência de regulamentação específica, ou quando a legislação do País onde instalada admitir limites operacionais superiores aos fixados no Brasil, a agência ou filial de instituição financeira localizada no exterior observará as mesmas normas e regulamentos a que está sujeita sua sede”.

A norma tem visível caráter extraterritorial, abrangendo atos praticados no exterior, subordinados à competência de outro país.

Sua eficácia no Brasil é plena, pois a matriz, pessoa jurídica brasileira, estando sujeita à competência territorial brasileira, é dela destinatária e contra a qual incidem as sanções previstas.

A aplicação extraterritorial de leis nacionais não é assunto novo. Os princípios que a governam observam certa uniformidade no direito internacional. A nacionalidade, a proteção do Estado no exterior, a universalidade do tratamento dado a determinados atos e a territorialidade dos efeitos dos atos praticados no exterior constituem bases aceitas para a aplicação da jurisdição extraterritorial.

Há, contudo, limites impostos pelo direito internacional que prevalecem sobre a extraterritorialidade da jurisdição, um dos quais o da competência territorial. Havendo conflito entre ambas, a última é que se impõe, até mesmo porque é o Estado que pode dar efetividade às suas leis, dentro de seu território, não o podendo fazer qualquer outro, licitamente.

No que se refere à nacionalidade, no entanto, existe, de há muito consenso quanto à legitimidade de o Estado regular os atos de seus nacionais no

exterior, impondo as eventuais sanções pelas transgressões em seu território, quando a ele adentrar o infrator.

Já Story, no século passado, doutrinava que: “Nenhum Estado pode, por suas leis, afetar diretamente ou impor restrições à propriedade fora de seu próprio território ou obrigar pessoas nele não residentes, ressalvado que toda nação tem o direito de obrigar seus próprios súditos por suas leis em qualquer outro lugar” (*Conflicts of laws*, Sections 18-22).

O entendimento é atual, sobretudo no que concerne à jurisdição criminal. Salienta, a esse respeito, Frederick A. Mann, que: “não pode ser posto em dúvida o fato de que o direito internacional não impede um Estado de impor a responsabilidade criminal sobre seus nacionais, relativamente a crimes cometidos em países estrangeiros”. (“The Doctrine of Jurisdiction”, in *Studies of in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1973, p. 74).

Países como Estados Unidos da América, França, Alemanha e Brasil, além de outros adotam a regra.

A uniformidade de aceitação desse princípio motivou a Harvard Law School a incluir, em projeto elaborado em função da pesquisa que realizou em 1935, a seguinte regra:

“Art. — Jurisdição sobre nacionais: um Estado tem jurisdição sobre qualquer crime cometido fora de seu território; a) por pessoa natural que era nacional daquele Estado quando o crime foi cometido ou que é nacional do mesmo Estado quando denunciado ou punido; ou b) por uma empresa ou outra pessoa jurídica que tinha nacionalidade do Estado quando o crime foi cometido”.

O Brasil também o acolhe em seu Código Penal, sujeitando à lei brasileira o crime cometido por brasileiros no exterior, condicionando sua aplicabilidade à entrada do agente no território

nacional e ao fato de ser também punível no país em que foi cometido.

Assentada essa premissa, impõe-se verificar se a Res. 1.852/91 regula atos nacionais fora do Brasil. Já se demonstrou que o art. 5.º refere-se às filiais de bancos brasileiros, obrigando-os a observar os limites estabelecidos pelo Banco Central do Brasil e que esses limites foram fixados pela Circ. 2.007, de 8 de agosto de 1991.

Não obstante as penalidades previstas para as infrações, a Resolução não tem caráter de norma penal, mas, sim, administrativa ou disciplinar da atividade bancária exercida no país. Assim mesmo, de natureza conjuntural. Não se pode, pois, enquadrá-la, para efeito da sua aplicação extraterritorial, no conceito de exercício de jurisdição criminal.

Situa-se a Resolução em outra esfera, a do poder regulador da atividade financeira no país, a que estão sujeitos os Bancos.

Daí que invocar a nacionalidade da filial brasileira no exterior, para sujeitá-la à norma regulamentar brasileira é forçar o argumento e ampliar em demasia a jurisdição extraterritorial.

Admitindo-se que a Res. 1.852/91 queira prevenir, no país, efeitos danosos do endividamento excessivo de entidades públicas brasileiras, punindo os que a infringirem, o vínculo da nacionalidade é o único que justificaria sua aplicação extraterritorial. Mas, como se salientou, falta-lhe o caráter de estatuto criminal. E mesmo que tivesse essa característica, ainda assim, não poderia ser estendido ao ato praticado no exterior, pois a regra geral do art. 7.º do CP condiciona a incidência da norma brasileira à idêntica definição, como ato punível, pelo direito estrangeiro a que está sujeito.

Deixando de lado o excesso de jurisdição no plano internacional, a questão, no plano interno, suscita dúvidas mais sérias.

A competência do Conselho Monetário Nacional para regular atos de filial de banco brasileiro no exterior não é prevista em lei. Os arts. 2.º e 4.º da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que definem as atribuições do Conselho, não ensejam a conclusão de que, dentre elas, está a de regular as atividades de filial de banco brasileiro no exterior.

Ao contrário, ao estabelecer os objetivos do órgão, a Lei 4.595/64 limitou-os ao território brasileiro, prevendo, por exemplo, no inc. IV do art. 3.º, que a política do Conselho visa:

“IV — orientar a aplicação dos recursos nas instituições financeiras, quer públicas, quer privadas, tendo em vista propiciar, nas diferentes regiões do País, condições favoráveis ao desenvolvimento harmônico da economia nacional”.

Quando o legislador tenciona ampliar os limites da jurisdição territorial, o faz expressamente, como se verifica dos arts. 88 e 89 do CPC que conferem competência internacional ao Juiz brasileiro para conhecer de fatos ou atos ocorridos no exterior, nas hipóteses neles mencionadas, corroborando o art. 12 da LICC.

A Lei 4.595/64 não dispõe sobre a “competência internacional” do Conselho Monetário Nacional, não sendo lícito dar-lhe interpretação ampliativa, sobretudo por seu caráter disciplinar que requer, ao contrário interpretação restritiva.

É certo que se poderia concluir que, estando a filial integrada na pessoa jurídica brasileira — cujo funcionamento depende de autorização do Banco Central do Brasil — as normas incidentes sobre a matriz atingiriam a filial no exterior, quando não conflitantes com os regulamentos locais.

Sob o prisma internacional, não haveria invasão de competência, pois estaria o Conselho Monetário Nacional regulando a atividade de nacional, tornando efetiva norma imposta nos limites do território brasileiro.

Dessa forma, a filial do banco brasileiro estaria impedida de realizar operações de empréstimo às empresas públicas brasileiras: violariam a Res. 1.718, de 29 de maio de 1990.

A disciplina dessa atividade, contudo, não pode ter amplitude de invadir matéria de competência típica do país estrangeiro, como é o caso das normas sobre captação e aplicação de recursos no território do Estado por instituições financeiras por ele autorizadas a funcionar.

É preciso considerar que a Lei 4.595/64 tem por escopo estruturar e organizar o Sistema Financeiro Nacional, como se verifica de seu art. 1.º, constituído, dentre outras entidades, pelo Conselho Monetário Nacional.

As normas que regem a competência do Conselho referem-se sempre ao âmbito nacional, sendo expressa quando se refere a atos ou fatos com repercussões no exterior, com a fixação do valor externo da moeda (inc. III, art. 3.º), a coordenação da política monetária, creditícia, dívida pública externa e a fixação de diretrizes e normas em política cambial, inclusive Direitos Especiais de Saque e em moeda estrangeira (inc. V do art. 4.º).

Por outro lado, a competência para regular a constituição e a fiscalização das instituições financeiras, bem como a localização de suas sedes, agências ou filiais (incs. VIII e XIII do art. 4.º), cinge-se ao território nacional, pois não se pode imaginar tenha a lei objetivando atribuir ao Conselho Monetário Nacional poderes e editar normas para vigorar fora do Brasil, invadindo a jurisdição de outros Estados onde os atos venham a ser praticados, até por imposição legal.

A Lei 4.595/64, ademais, confere competência ao Banco Central do Brasil (art. 10 n. VIII) para aplicar as penalidades previstas e disciplinadas nos arts. 42 e ss. A Res. 1.718, a esse

propósito, invocando os incs. VI e VIII do art. 8.º da lei, impõe sanções às instituições financeiras que deixarem de cumprir normas nela consubstanciadas.

Se a Lei 4.595/64, ao contrário da norma inscrita do Código Penal brasileiro, não amplia o efeito das regras nela previstas a atos ou fatos verificados no exterior, é de rigor considerá-las restritas ao território nacional.

Pois, como acentua Teixeira de Abreu, "as diferentes disposições legais que tutelam uma certa ordem de relações jurídicas, quer a sua matéria seja a mesma, quer seja diferente, mas análoga, devem ser todas subordinadas aos mesmos princípios diretivos, que só podem bem determinar-se aproximando-as todas e comparando-as". (*Curso de Direito Civil*, v. 1.º, n. 64, pp. 182/183).

Se os atos praticados no exterior são regulares perante a lei local, não se lhes pode impor normas estrangeiras, no caso a brasileira, sem desvirtuar o princípio da territorialidade, fora das exceções aceitáveis pelo direito internacional.

A lei brasileira, já se viu, não confere caráter extraterritorial às normas do Conselho Monetário Nacional que, no que diz respeito a funcionamento de filial de banco brasileiro no exterior, limita-se à autorização para sua instalação, dependendo, o funcionamento e o exercício da atividade, da lei do local onde a filial se instala e à qual se subordina.

Pode-se, por isso, concluir que os atos que integram um negócio jurídico celebrado no exterior entre uma filial de banco brasileiro e uma entidade pública brasileira não estão abrangidos pelas normas da Res. 1.718/90.

Conferir a essa Resolução efeitos extraterritoriais, para regular, no exterior, os atos de filial de banco brasileiro, é exorbitar a competência estabelecida pela Lei 4.595/64 ao Conselho Monetário Nacional.

DOCTRINA

SOCIEDADE COOPERATIVA E DISCIPLINA DA CONCORRÊNCIA

CALIXTO SALOMÃO FILHO

1. Cooperativismo e interesse público: uma relação em crise? — 2. A grande cooperativa: natureza econômico-jurídica — 3. A concorrência sob o aspecto externo — 4. A concorrência interna — 5. O papel do direito societário no equilíbrio cooperativa-cooperado — 6. A questão constitucional.

1. Cooperativismo e interesse público: uma relação em crise?

A história do cooperativismo liga-se intimamente a evolução dos corpos econômicos intermédios. Pode-se dizer, sem medo de errar, que a cooperativa é o elemento complementar à grande sociedade anônima do séc. XIX. Enquanto esta servia como meio agregador de capitais, aquela servia como catalisador de esforços no sentido do bem estar comum de seus membros.

Com uma diferença básica: enquanto na sociedade anônima o interesse era criar um novo ente, com interesse e objetivos distintos de seus membros, a sociedade cooperativa deveria atuar como mero intermediário entre os interesses individuais dos sócios e o mundo exterior.¹ Em ambos os casos porém a conjugação de esforços deveria ter como efeito o reforço do poder de atuação frente às exigências históricas e econômicas de crescente concorrência. Não é por acaso que os primeiros registros de atuação de cooperativas se encontrem na Inglaterra, país à época com o capitalismo mais desenvolvido e onde paralelamente, a grande sociedade anônima vinha tendo seus maiores sucessos.²

Nascidas com essa inspiração semelhante do ponto de vista econômico concorrencial, que justificava a presença do interesse público como elemento essencial a parametrar a atuação de ambas, os destinos dos dois institutos se separaram. Na sociedade anônima, o interesse público justificou a elaboração de regulamentações rígidas do ponto de vista organizacional, que permitissem a efetiva separação de interesse sócio-sociedade e a criação de órgãos e mecanismos de fiscalização da sociedade. Nas cooperativas ocorreu o contrário. O legislador, impressionado com os objetivos não capitalísticos da cooperativa, pareceu entender que esta fosse por si só e independente da forma organizacional adotada, fator de promoção do interesse público. Como consequência, definiu-se a forma organizacional de maneira pouco rígida desacompanhado de uma proteção efetiva do cooperado em suas relações internas.

No Brasil, outro fator contribuiu para a conformação do sistema. Trata-se da fixação dos objetivos de política econômica a partir do início dos anos 60, com direta influência sobre a regulamentação concorrencial e societária. A política econômica financeira pós revolucionária

no Brasil foi de franco estímulo à agregação empresarial. Criaram-se primeiramente, estímulos fiscais à fusão e incorporação nos setores em que “a excessiva disseminação de empresas nacionais lhes retire o poder de competição e as coloque em condição frágil perante o concorrente estrangeiro” (II PND, item 1,3).³ O passo seguinte foi a introdução de princípios que favorecessem o agregacionismo econômico nas leis societárias. A lei das cooperativas e a lei das sociedades anônimas sofreram sem dúvida essa influência.⁴ Na lei das cooperativas, objeto precípua do presente estudo, deve-se destacar a presença de princípios novos como a possibilidade de existência de cooperados pessoas jurídicas e a possibilidade de participação de cooperativas em outras sociedades.

A questão que se coloca é saber até que ponto tais princípios são compatíveis com a realidade das cooperativas como se apresentam atualmente no Brasil. E aqui a referência é feita em especial à grande cooperativa de produção, que reúne e comercializa a produção de seus cooperados. As proporções assumidas por tais cooperativas são freqüentemente grandes a ponto de influenciar o mercado. Trata-se do aspecto da concorrência que se pode chamar de externo.

Por outro lado o fato de só a cooperativa e não os cooperados ter acesso ao mercado torna importante a discussão do problema concorrencial também do ponto de vista interno, ou seja a concorrência entre cooperado e cooperativa. A seguir analisar-se-ão esses dois aspectos para depois verificar até que ponto as regras societárias, convenientemente interpretadas e aplicadas à realidade atual, podem auxiliar a manter o equilíbrio nas relações cooperado-cooperativa.

Pressuposto para tal análise é o correto posicionamento da grande cooperativa do ponto de vista econômico-societário. É necessário, portanto, partir de uma análise da lei, determinar com

base em elementos aplicativos e regras positivas de qual figura típica a cooperativa mais se aproxima. Tal definição será importante não só para definir as regras de natureza societária a serem aplicadas nos casos em que a lei é lacunosa mas também o tratamento concorrencial a ser dado à cooperativa como operador econômico.

2. A grande cooperativa: natureza econômico-jurídica

As principais características da cooperativa no direito brasileiro vêm definidas claramente no art. 3.º da Lei n. 5.764 de 16 de dezembro de 1971. Trata-se de contrato de sociedade, pelo qual as partes “se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro”.

Da simples definição se depreende claramente a principal característica da sociedade cooperativa: a inexistência de um interesse social próprio, distinto do de seus membros. Não é por outra razão que a posição de sócio vem definida como uma posição dúplice, de sócio e cliente a um só tempo.⁵

Mas é a existência de um interesse social próprio o elemento essencial para a definição de sociedade tanto na doutrina contratualista como na institucionalista.⁶ E não é por outra razão que muito se discute ainda hoje se a cooperativa é uma sociedade, chegando algumas legislações a reconhecê-la como uma forma de associacionismo puro.⁷ Não parece, no entanto, que no estado atual de desenvolvimento da doutrina deva haver dúvida que trata-se de sociedade. O interesse social próprio não pode ser visto exclusivamente na produção de receitas, mas também em proporcionar economias aos sócios. Isto não impede, evidentemente, que se admita que em tal tipo de sociedade existe um menor grau de destaque do interesse privado dos sócios. A questão, como é comum no

direito societário e em todas as questões que envolvem conceitos genéricos como sociedade e personalidade jurídica, passa a ser de grau, quantitativa e não qualitativa.

Se essa diferença quantitativa não justifica a descaracterização como sociedade, justifica sem dúvida uma diferenciação com relação à separação jurídica das esferas sócio-sociedade. Trata-se nada mais nada menos que de tirar as conseqüências lógicas da maior dificuldade na distinção dos interesses do sócio e da sociedade. A tarefa fica mais simples em sistemas como o brasileiro que não vinculam a concessão de personalidade jurídica à limitação de responsabilidade. Não se trata de negar a personalidade jurídica, reconhecida por lei à cooperativa, mas sim de reconhecer que a pessoa jurídica, como centro de imputação de direitos e deveres, é conceito de natureza relativa. Ou seja, existem diferentes graus de personalidade jurídica e de separação da esfera dos sócios da sociedade. Com relação específica às cooperativas a própria lei trata de, em muitos momentos, imputar as relações aos cooperados e não às cooperativas. Cumpre determinar que outras relações, no campo concorrencial e societário devem ser imputadas diretamente aos cooperados para manter o equilíbrio econômico entre as partes e o equilíbrio de mercado.⁸

3. A concorrência sob o aspecto externo

Tradicionalmente dois eram os argumentos utilizados contra a aplicação da legislação sobre abuso do poder econômico às cooperativas.

O primeiro deles decorria diretamente da inexistência, por definição legal (art. 3.º, *fine* da Lei 5.764), de fins lucrativos na atividade cooperativa. A Lei 4.137, reguladora da repressão ao abuso do poder econômico, em seu artigo 6.º definia empresa como “toda organiza-

ção de natureza civil ou mercantil destinada à exploração por pessoa física ou jurídica de qualquer atividade com fins lucrativos”. A referência aos fins lucrativos impedia à época a aplicação dos dispositivos legais às cooperativas.⁹

Para contestar tal tese era necessário fazer uso de artificiosos exegeticos, que ainda que sistematicamente lógicos e sustentáveis davam margem a discussão. O principal deles era afirmar que no conceito de atividade lucrativa pode ser incluída aquela que visa a proporcionar economias a seus associados.¹⁰

A partir da entrada em vigor da nova lei, (Lei n. 8.158 de 8 de janeiro de 1991) o problema parece ter sido superado, manifestando o legislador sua intenção expressa de não excluir do âmbito de aplicação da lei qualquer atividade, ainda que não lucrativa. Suprimiu-se qualquer definição de empresa. Os requisitos para configuração do abuso passaram a ser objetivos, no sentido de dependentes do ato realizado e não subjetivos, i.e. dependentes do tipo de sujeito que os realiza.¹¹ Em muitos dispositivos suprimiu-se inclusive a referência à empresa, substituindo-a pelo termo genérico agente.

O segundo problema referia-se a existência de órgãos reguladores (o Banco Central do Brasil para as cooperativas de crédito, o Banco Nacional da Habitação para as de habitação e o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária para as demais). Argumentava-se que a existência de um órgão de fiscalização impediria a intervenção de outro órgão administrativo como CADE.¹² Trata-se de afirmação evidentemente absurda que levada as últimas conseqüências impediria a instauração de processo administrativo contra qualquer companhia aberta, pela simples existência da CVM como órgão fiscalizador. Parece evidente, como aliás a jurisprudência americana já teve oportunidade de salientar, que a limitação só é aplicável caso exista uma transferência

expressa em lei das competências do órgão repressivo do abuso do poder econômico para o órgão fiscalizador específico.¹³

Fixada essa premissa básica, cumpre verificar os problemas de natureza concorrencial que podem derivar da formação de cooperativas. O primeiro é o da cartelização. É bastante evidente que uma cooperativa de produção e comercialização inclui um acordo de preços. Existiria aí potencial violação ao artigo 3.º d, da nova Lei 8.158 de 8 de janeiro de 1991, que prevê constituir infração à ordem econômica qualquer acordo que vise “impor preços de aquisição ou revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas e margens de lucro, bem assim estabelecer preços através de meios artificiosos”.

A pergunta que se coloca, problema clássico do direito concorrencial é saber como se posicionar com relação ao assunto: a ilegalidade se configura tão somente pela imposição de preços ou é necessário algum qualificativo que torne essa imposição abusiva. Trata-se da tradicional disputa, oriunda do direito americano, entre a chamada *per se doctrine* e a *rule of reason doctrine*.

No sistema legislativo brasileiro não é possível distinguir a adoção clara de qualquer das teorias. De um lado, existem certos elementos que não permitem a adoção pura e simples da *per se doctrine*. O primeiro é a própria Constituição, que fala em *abuso* do poder econômico. Não basta portanto, o poder econômico, caracterizado pela imposição de preços ou pela concentração econômica. É necessário que haja o abuso.¹⁴

Interpretar desta maneira o princípio constitucional não auxilia muito do ponto de vista prático. Duas são as hipóteses de interpretação. Numa primeira pode-se interpretá-lo o princípio em chave subjetiva, ou seja no sentido de exigir a demonstração da intenção deliberada de dominar o mercado. Essa primeira interpretação nada modificaria em rela-

ção à aplicação pura e simples da *per se doctrine*. Com efeito, na grande maioria das práticas, a intenção é decorrência da própria conduta (i.e. não é possível admitir formas culposas de dominação do mercado).

Por outro lado, interpretar o dispositivo no sentido clássico da regra da razão, ou seja entender que o abuso se caracterizaria quando a limitação não fosse razoável, não sendo compensada por outros efeitos benéficos ao mercado esbarrava em óbices *ius* positivos. Com efeito, na vigência da lei anterior (Lei n. 4.137) as práticas caracterizadoras do abuso do poder econômico eram previstas de forma impositiva, sem dar margem a avaliação da intenção de restringir a concorrência ou da razoabilidade desta restrição.¹⁵ A aplicação da regra da razão ficava portanto por conta da interpretação liberal do CADE, principalmente em matéria de concentração econômica.¹⁶ Com a nova lei a situação se modificou: o art. 13 da nova lei, dando nova redação ao art. 74 da lei anterior, possibilita em princípio a aprovação de qualquer acordo que restrinja a concorrência, desde se demonstre razoável, ou seja apresente uma contrapartida benéfica para o mercado. Os critérios para determinação dessa razoabilidade vem definidos no mesmo dispositivo, e consistem basicamente: a) no objetivo de aumentar a produção e produtividade; b) na distribuição equitativa dos lucros decorrentes entre seus participantes e consumidores; c) na proporcionalidade entre objetivos visados e meios utilizados; e d) na não eliminação da concorrência de uma parte substancial do mercado.

Segundo a lei esses requisitos são cumulativos e são necessários para a validade de acordos que potencialmente podem restringir a concorrência. No § 4.º do mesmo artigo fala-se em desconstituição do ato considerado (pelo SNDE) restritivo da concorrência. Isto esclarece o sentido da expressão validade utiliza-

da no *caput*. Trata-se de nulidade relativa e não absoluta. E, como tal, sanável. Dessa maneira, o simples fato de não haver registro não é suficiente para caracterizar a invalidade no plano civil e/ou administrativo. É necessário que o acordo produza efeitos práticos efetivamente restritivos. A decorrência lógica dessa afirmação é a extensão dos critérios excludentes de abuso às práticas definidas nos arts. 2.º e 3.º da lei, independente da existência ou não de registro, ou seja a adoção plena da regra da razão no sistema positivo brasileiro.

Com isso, ganham força critérios comparativos, como a forma de utilização do poder no mercado. É evidente, por exemplo, que se o acordo de preços servir apenas para garantir o equilíbrio em um mercado monopsonico ou oligopsonico, a prática será totalmente lícita.

Existem, porém, situações de mais difícil análise. Um critério razoável em qualquer caso para determinar a existência ou não de abuso parece ser a comparação entre os preços e os custos de produção. Parece bastante evidente que a venda e preços muito superiores aos custos é seguramente danosa ao consumidor e não pode ser justificada por objetivos positivos em relação ao mercado. O mesmo se pode dizer com relação ao *dumping*, venda abaixo do custo, onde pode presumir-se uma intenção de eliminar os competidores. Note-se que tal configuração pode ocorrer ainda que se trate de setor tabelado ou controlado pelo governo — prática em passado recente muito comum em setores dominados por grandes cooperativas (como o do açúcar e álcool, por exemplo). A imposição governamental de preços baseia-se nos custos fornecidos pelos produtores. Não havendo possibilidade de comparação dos custos, o agente que domina o mercado pode transmitir ao governo informações unilaterais, influenciando assim decisivamente na formação dos preços. Em todos os casos, só uma prova efetiva do

preenchimento dos requisitos do artigo 13 da nova lei parece ser suficiente para elidir a punição.

A cumulatividade das causas com relação às cooperativas deve ser interpretada com cautela. Sendo prevista em lei a possibilidade da existência da cooperativa de vendas, cujo objetivo é em si a formação de um acordo de preços, a indagação dos objetivos do acordo firmado não parece relevante com relação às cooperativas. Não parece portanto, que possa ser exigido o preenchimento do requisito “a” supra mencionado, sob pena de inviabilizar e desestimular tal forma societária — o que seria contrário ao art. 174 da Constituição Federal (sobre o problema constitucional v. *infra* item VI).

Outro problema importante decorre de um dos dispositivos da Lei 5.764. Trata-se do art. 88 que prevê a possibilidade de participação das cooperativas em sociedades não cooperativas.

O artigo prevê o caráter excepcional da aquisição, exigindo ainda mais a aprovação por parte do Conselho Nacional de Cooperativismo. A preocupação não é no entanto de natureza concorrencial. Tenta o dispositivo limitar ao máximo a amplitude das participações, de modo a não desnaturar a cooperativa. Por isso prevê que as participações só poderão ser assumidas em atividades complementares às cooperativas.

É evidente que a interpretação do termo complementares, à luz da *ratio* que lhe está subjacente, só poderia ser no sentido de admitir a participação em empresas cujas atividades pudessem servir à cooperativa, no sentido de facilitar a atividade dos cooperados. Só assim a cooperativa estaria agindo realmente como tal.

Constitui resultado pacífico do desenvolvimento da teoria sobre a concorrência de que as formas de integração vertical podem ser tão ou mais nocivas às formas horizontais de integração. As razões são óbvias: a integração vertical,

dando acesso direto ao produtor às fontes de matéria prima não como cliente mas como controlador (ou controlado), facilita tremendamente o *dumping*. Permite também, e isso concerne mais de perto o exemplo aqui citado, que o produtor da matéria prima possa influir sobre as decisões do maior cliente de seus concorrentes. As possibilidades de estrangulamento são portanto imensas.

A lei brasileira (Lei 8.158 de 8 de janeiro de 1991) estabeleceu um sistema que, desde que convenientemente aplicado, pode levar a bons resultados. Trata-se de fixar um patamar de influência sobre o mercado a que pode levar uma concentração — no caso 20% — exigindo que todos os contratos que permitam atingir esse patamar sejam registrados no órgão competente (Secretaria Nacional de Desenvolvimento Econômico) — art. 13. Evidentemente o artigo refere-se mais diretamente aos acordos ou aquisições de controle que impliquem concentração horizontal. Não fazendo porém qualquer exceção à vertical, não há porquê não considerá-lo também aplicável a estas, principalmente quando qualquer das pontas, o produtor de matéria prima ou do produto final, já detiver parcela significativa do mercado. Essa dominação, que até então poderia ter se mostrado neutra do ponto de vista concorrencial, pode revelar-se abusiva com a concentração horizontal.

4. A concorrência interna

A concorrência interna, ou seja aquela estabelecida entre os cooperados ou entre cooperados e cooperativa apresenta aspectos de interesse para o direito concorrencial mais numerosos, decorrentes da própria natureza das sociedades cooperativas.

Característica peculiar da cooperativa de produção é substituir as funções mercadológicas dos cooperados. Os cooperados entregam seus produtos à cooperativa que se encarrega de nego-

ciar condições e preços com os clientes. A vantagem de um tal procedimento é óbvia e consiste no aumento do poder de barganha dos cooperados em conjunto. A concentração das vendas na cooperativa tem a desvantagem de romper ou dificultar o contato dos cooperados com o mercado.

Não é por acaso que os problemas surgem no momento em que o cooperado pretende sair da cooperativa. Nesse momento o pouco contato do cooperado com o mercado pode e é usado como instrumento de pressão para negociar condições de saída mais favoráveis à cooperativa.

Mas que interesses da cooperativa são esses? Tal afirmação parece incompatível com a feita acima a respeito da inexistência de um interesse próprio da cooperativa. É necessário aprofundar mais a questão. Pergunta-se: a igualdade absoluta de votos, independente da participação no capital da cooperativa, é suficiente para garantir absoluta neutralidade e uma posição de mero meio de transmissão da vontade dos cooperados? A resposta parece ser não.

Na verdade a peculiar estrutura da cooperativa se não permite um controle "ativo" de suas atividades, sem dúvida permite um controle do tipo "passivo". Com efeito, sendo os produtos via de regra rigorosamente iguais, ganhos de mercado só podem fazer-se por via de técnicas de marketing ou ganhos de produtividade. Quanto aos primeiros, estão completamente inibidos pela presença da cooperativa. Quanto aos ganhos de produtividade, quando não provenientes de tecnologia desenvolvida pela cooperativa, são normalmente por essa repassados aos demais cooperados.

Aqui mais uma vez um princípio em sua concepção muito positivo, que é a cooperação entre concorrentes para melhoria da produção e competitividade no mercado, pode ser usado para que o cooperado mais forte "controle" seus concorrentes, garantindo a manutenção

da situação de forças existentes e impedindo que estes ganhem novas fatias do mercado.

Tudo isso pode ser impedido através de uma conveniente aplicação da legislação concorrencial e societária.

Aplicar convenientemente a legislação concorrencial implica não admitir cláusulas, muito comuns em estatutos de cooperativas, que exijam notificação prévia de um ano para poder retirar-se da cooperativa. Uma exigência desse tipo importaria em limitação direta ao acesso de novas empresas ao mercado bem como criação de dificuldades ao funcionamento e desenvolvimento de empresas, ferindo portanto cumulativamente os incs. II e XVI do art. 3.º da Lei 8.158, além de indiretamente ser contrária ao princípio constitucional que prevê que ninguém pode ser obrigado a associar-se ou manter-se associado (art. 5.º, inc. XX).

O motivo é simples: parece a essa altura evidente não poder-se atribuir ao princípio constitucional amplitude que permita considerar qualquer dispositivo que de qualquer forma limite a saída de associados como inconstitucional. Tal interpretação levaria por exemplo ao absurdo de ter de considerar a lista de hipóteses justificadoras do direito de retirada contida no art. 137 da Lei da S.A., como meramente exemplificativa e como absolutamente livre a retirada da sociedade. Nesse caso o direito de retirada se transformaria em eficaz substituto da venda das próprias ações e consequentemente em um excelente instrumento de especulação. Bastaria escolher o momento em que o valor patrimonial de uma ação está acima de seu valor de mercado, comprar ações em Bolsa e em seguida exercer o direito de retirada.

Parece evidente, portanto, que pressuposto fundamental para a discussão de eventual inconstitucionalidade decorrente de limitação ao direito de recesso é que esta seja acompanhada de restrição ao direito de negociar as quotas ou

ações. É o que ocorre na cooperativa: a inaccessibilidade da quotas decorre de previsão legal expressa (art. 4.º, IV da Lei n. 5.764).

5. O papel do direito societário no equilíbrio cooperativa-cooperado

Evidentemente, tais situações são patológicas e nelas nada mais se pode esperar que a atuação sancionatória do direito concorrencial.

A mera sanção não é porém suficiente. Faz-se necessário também a aplicação e interpretação de regras no sentido de manter o equilíbrio entre cooperativa e cooperados. Só assim será possível evitar os abusos daquela em relação a estes e ao próprio mercado.

Tal função preventiva compete ao direito societário. É o que a doutrina vem atualmente denominando de não neutralidade do direito societário do ponto de vista concorrencial.¹⁷ Se é verdade que este deve dar liberdade de tipos e formas, não se deixando condicionar por pressupostos político-econômicos do sistema concorrencial, também é correto afirmar que não devem ser incentivadas formas ou interpretadas regras no sentido de favorecer o desequilíbrio entre a cooperativa e seus cooperados. Um direito societário bem estruturado e interpretado, exatamente porquê concebido como um campo não estanque com relação ao direito concorrencial (ou não neutro), tem maior capacidade de ser neutro que o próprio direito concorrencial. Este último ou sanciona ou verifica previamente determinadas formas (a chamada atuação preventiva) através de órgãos de fiscalização e registro, selecionando as formas aceitáveis. Não é capaz, no entanto de influenciar a constituição de formas concorrencialmente desejáveis. Como formas concorrencialmente desejáveis definem-se aquelas que favoreçam o equilíbrio interno (entre cooperados e entre cooperativa e cooperado) e externo

(com clientes, fornecedores e concorrentes da cooperativa) da sociedade. Isto só pode ser feito pelo direito societário.

Na lei das cooperativas, podem ser encontrados pontos merecedores de crítica. O primeiro deles, já mencionado, é a possibilidade de assunção de participações de sociedades. Desempenhar funções de *holding* mista é evidentemente incompatível com a natureza da cooperativa. Se, como visto, sua principal característica é a ausência de interesse próprio não é possível atribuir-lhe atividade que exija atuação destacada dos interesses destes. Como *holding*, titular de participações é obrigada a evitar o conflito de interesse, votando no interesse da sociedade. Como cooperativa, deveria servir-se da atividade complementar da sociedade participada para servir os cooperados. O problema se torna mais grave ainda quando se observa o tratamento dado às inversões (v.g. dividendos) decorrentes dessa participação. Esses serão levados aos fundos de assistência técnica, educacional e social (art. 88, § único), ou seja, não distribuídos entre os cooperados. Por outro lado os cooperados foram chamados diretamente ou indiretamente a participar da compra, ou através da técnica mais comum do desconto direto ou através da utilização dos fundos para os quais contribuíram. Os cooperados são chamados a participar de uma aquisição que não resultará em lucro quer monetário quer econômico *latu sensu*, pois a empresa participada, se gerida sem conflito de interesses, deverá tratar a cooperativa como qualquer outro cliente ou fornecedor — o que, rigorosamente, torna desnecessária a sua compra por parte da cooperativa. A referida compra não pode, portanto, ser caracterizada como ato cooperativo,¹⁸ pois não serve aos objetivos sociais da cooperativa, i.e., prestar serviços e/ou proporcionar economias aos cooperados.

Uma correta interpretação da lei, no sentido não neutro *supra* definido que

nada mais traduz que uma exigência de justiça, impõe que se tirem as consequências lógicas, ainda que extremas, da prática de um ato não cooperativo. Existem algumas opções a serem analisadas. Uma primeira opção seria descaracterizar a atividade como atividade cooperativa. Isso só seria viável, evidentemente, caso a atividade principal assumisse caráter mercantil e não cooperativo.

No caso mais freqüente de prática de atos não cooperativos isolados surge o problema de como qualificá-los. Sendo a classificação dos atos comerciais e cooperativos subjacente e instrumental à definição tipológica da sociedade, a situação parece ser de impasse. É impossível descaracterizar o tipo societário por um ato isolado, não determinante da atividade como um todo. Por outro lado, aplicar a um ato isolado a disciplina das sociedades comerciais, mantendo para outros efeitos a caracterização tipológica da sociedade como cooperativa poderia levar a incoerências e incertezas. Poder-se-ia com efeito por em dúvida a própria utilidade do conceito de sociedade. Dar a desvios funcionais respostas em termos tipológicos, descaracterizando a sociedade como tal, importaria em por em cheque a própria utilidade do conceito de sociedade, que tem como base fundamental a agregação dos atos praticados.¹⁹

A teoria societária moderna desenvolveu uma resposta específica para esse tipo de situação, que permite a separação dos atos sem influir na caracterização tipológica. Trata-se da já mencionada teoria da desconsideração da personalidade jurídica (em seu sentido mais amplo mencionado acima). Por ela é possível imputar diretamente ao sócio e não à sociedade os atos não cooperativos, para os quais não deve subsistir aquele favor legal, decorrente do interesse cooperativo específico e consistente na personificação jurídica. Seria possível dessa maneira repartir diretamente entre os sócios participações em sociedades que desempenham atividades não complementares

ou qualquer negócio realizado com objetivos não cooperativos.

Os problemas com a caracterização do ato cooperativo não surgem apenas nas relações externas mas também nas internas. Dessa maneira é necessário dar resposta a outra prática irregular comum das cooperativas, lançar a débito dos demais cooperados dívidas assumidas para beneficiar um dos cooperados. Não sendo objetivo da cooperativa repartir prejuízos operacionais dos cooperados, ou seja não funcionando a cooperativa como caixa de compensação de receitas e despesas, o ato pelo qual a cooperativa reparte entre os cooperados o valor da dívida paga é não cooperativo. A dívida deveria ser diretamente imputada ao cooperado beneficiado em suas relações com a cooperativa e só dele poderia ser exigida. Trata-se, é verdade, de uma resposta societária que poderia também ser dada com base em princípios gerais do direito civil, que vedam por exemplo o enriquecimento sem causa. A resposta em termos societários, com imputação direta dos valores aos cooperados, tem porém a vantagem de dispensar a longa discussão sobre os critérios de correção das dívidas de dinheiro.

6. A questão constitucional

Rigorosamente a análise constitucional deveria preceder todas as anteriores. Nesse caso específico, pareceu interessante deixá-la para o final já que as disposições constitucionais representam a melhor contraprova de tudo que foi dito.

Tanto a repressão ao abuso do poder econômico quanto o apoio ao cooperativismo vêm previstos no cap. I do tit. VII (da ordem econômica e financeira) da Constituição. Em dispositivos sucessivos, respectivamente os artigos 173 § 4.º e 174 § 2.º. Todos subordinados aos princípios especificados no art. 170, entre eles a defesa da livre concorrência e o tratamento favorecido para as empresas de capital nacional de pequeno porte.

É decorrência direta da análise sistemática que, se o apoio ao cooperativismo representasse objetivo absoluto do sistema, deveria figurar entre os princípios gerais da ordem econômica do art. 170 e não como um parágrafo do dispositivo que regula a intervenção do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174). Na hierarquia de normas constitucionais, os mandamentos de execução se subordinam aos princípios.

E não poderia ser de outra forma. Se, como visto, o movimento cooperativista surgiu como forma de potencializar a atuação e eficiência do sistema econômico, não haveria como admitir sua utilização abusiva.

NOTAS

1. É por isso que P. Verrucoli vê na cooperativa uma representação do superamento da filosofia literal do capitalismo. Trata-se da correspondência a nível econômico da tendência a constituição de corpos intermédios a nível político: "La "scoperta" della società cooperativa in questi ultimi anni, come il rilancio delle forme di cogestione e autogestione, non é altro che uno dei frutti più appariscenti di una siffatta tendenza: como si vedrà meglio in seguito si può individuare in tale strumento, come in altri, un modo di rivitalizzazione della partecipazione attiva dei produttori all'economia e, per questavia, un momento di potenziamento del sistema economico generale" — "Associazionismo economico e cooperativismo: Considerazioni Generali", in *Revista de Direito Mercantil* n. 34 (abril/junho de 1979), p. 11 (12).

2. Foi com efeito na Inglaterra que se constitui a primeira sociedade organizada sob a forma cooperativa, a dos chamados *Equitable Pioners* de Rochdale, em 1844. É também inglesa a primeira regulamentação positiva das cooperativas: o Ato de 30 de junho de 1852 a respeito das *Industrial and Product Societies*. Na verdade o dispositivo se baseou na regulamentação ainda mais antiga, sobre as assim chamadas *Friendly Societies*, do ano de 1793. Segue-se a legislação alemã de 1867, fortemente influenciada pelo movimento cooperativo já a essa época forte na Alemanha e liderado por Schulze-Delitzsch. A idéia cooperativa influenciará mais tarde diretamente

Otto V. Gierke na formulação de sua *Genossenschaftstheorie*, e em conseqüência, por via indireta, todo o direito societário alemão — v. a respeito H. Coing, *Europäisches Privatrecht*, Band II — 19. Jahrhundert, München, Beck, 1989, pp. 130 ss.

3. Cf. T. Sampaio Ferraz Jr., “Lei de defesa da concorrência: origem histórica e base constitucional”, in *Revista dos mestrandos em direito econômico da UFBA* n. 2, p. 65 (70).

4. A respeito da lei das sociedades anônimas, que não constitui objeto do presente estudo v. M. Carvalho, *A nova lei das sociedades anônimas, seu modelo econômico*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Paz e Terra, 1977, p. 146.

5. Cf. W. Bulgarelli, “Cooperativa”, in *RT* 629 (março de 1988), p. 10 (12).

6. A diferença básica entre as duas teorias está em que para os institucionalistas o interesse social é algo superior ao interesse do conjunto de sócios. Não se trata mais de, como à época de Rathenau, atribuir à sociedade uma função pública, mas sim de reconhecer a existência de um interesse à manutenção da empresa, compartilhado por sócios e trabalhadores — para uma exposição completa da teoria v. P. J. Jaeger, *L'interesse sociale*, Milano, 1964, p. 20 ss. Para a corrente contratualista mais seguida hoje em dia o interesse social também vai definido em forma abstrata, como o interesse à maximização dos lucros — cfr. A. Gambino, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 216 e 232, v. no entanto contra, afirmando que o interesse social nada mais é que a somatória dos interesses dos sócios, podendo portanto ser desaplicado em caso de decisão unânime Jaeger, cit., p. 47.

7. Cf. T. Ascarelli, “Cooperativa e società, concettualismo giuridico e magia delle parole”, in *Rivista delle società*, 1957, pp. 398 ss.

8. Assim argumentando, toma-se posição na clássica polêmica Serick — Müller-Freienfels a respeito do fundamento da desconsideração da personalidade jurídica. O primeiro autor, partindo de um concepção unitária da personalidade jurídica, tenta explicar a desconsideração a partir de um raciocínio regra-exceção. Ou seja, a desconsideração só seria possível em caso de desaparecimento (decorrente de fraude) dos pressupostos que justificam a existência da personalidade jurídica — v. R. Serick, *Rechtsform und Realität juristischen Personen*, Tübingen-Berlin, Mohr-de Gruyter,

1955, p. 24. Já Müller-Freienfels vê na pessoa jurídica um conceito relativo, instrumento de atribuição de normas, e conseqüentemente em sua desconsideração uma mera técnica de aplicação de normas (*Regelungstechnik*), que permite dar valor diferenciado a conjuntos normativos diversos “Zur Lehre vom sogenannten Durchgriff bei juristischen Personen im Privatrecht” in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1957, p. 522 ss. A conseqüência, é que a técnica da desconsideração passa a ser usada não apenas para imputar responsabilidade, mas também para atribuir comportamentos e aplicar determinados conjuntos normativos ao sócio e não à sociedade. Trata-se da chamada *Zurechnungsdurchgriff* — v. a respeito desses efeitos aplicativos V. Emmerich in *Scholz Kommentar zum GmbH Gesetz*, 7.ª ed., Köln, Schmidt, 1986, § 13, Rdn. 80. No Brasil ainda predomina, principalmente na jurisprudência a teoria de Serick, motivo pelo qual os casos de admissão da *Zurechnungsdurchgriff* são ainda raros — um exemplo é o citado por F. K. Comparato, *O poder de controle na sociedade anônima*, Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 285. Na decisão citada o interesse em proteger o proprietário levou à equiparação da sociedade ao sócio que detém o controle, para fins de aplicação do art. 8.º, e da Lei de Luvas.

9. Cf. a jurisprudência do CADE, majoritária no sentido de extinguir os processos administrativos sem julgamento de mérito com base no referido art. 6.º, in J. I. Gonzaga Franceschini, J. L. V. de Azevedo Franceschini, *Poder econômico: exercício e abuso — direito antitruste brasileiro*, S. Paulo, RT, 1985, p. 45 e ss.

10. Cf. CADE, processo administrativo n. 7 de 25 de maio de 1971 in Franceschini, cit., p. 56.

11. Não parece admissível sustentar que o art. 6.º da lei anterior continua em vigor. Em primeiro porquê é o próprio art. 23 da Lei n. 8.158 que prevê que serão mantidas em vigor as “normas definidoras de ilícitos e sanções da Lei n. 4.137”. A *contrario sensu* deve-se entender que todas as regras que não se referam a esses dois pontos, ainda que sobre a matéria não haja regulamentação diversa estão revogadas. A reforçar essa opinião existe o fato que a referida regra do art. 6.º constituía dispositivo absolutamente excepcional em relação ao sistema brasileiro. É hoje pacífico para a doutrina comercial que o lucro não faz parte do conceito de empresa, calcado isso na noção de atividade econômica (o perfil funci-

onal de Asquini) — cf. W. Bulgarelli, *A teoria jurídica da empresa*, S. Paulo, RT, 1985, p. 175, v. também p. 445 e ss., onde o autor, analisando a classificação das cooperativas no projeto de Código Civil, destaca seu caráter empresarial, destacando porém a necessidade de análise caso a caso da atividade realizada. Aliás mesmo nas definições tradicionais, como os famosos perfis de Asquini o lucro não aparece em nenhum momento — A. Asquini, "Pofili dell'impresa", in *Rivista del diritto commerciale*, 1943, I, p. 1.

Hoje em dia a noção de lucro tende a ser abandonada até mesmo para fins de definição de comerciante, servindo no máximo como critério negativo, ou seja, como meio de afastar a caracterização de comerciante (ou seja, o lucro para a noção de comerciante é elemento necessário mas não suficiente).

Por outro lado, a inserção da noção de lucro no conceito de empresa não estaria em consonância com a moderna tendência legislativa brasileira. O estatuto da microempresa (Lei n. 7.256 de 27.11.84) considera, em seu art. 2.º, empresa todas as pessoas jurídicas e firmas individuais. Aí incluem-se, portanto, todas as sociedades civis, inclusive as cooperativas.

12. Cf. CADE, processo administrativo n. 21 de 5 e 29 de março de 1982, v. também o voto vencido do conselheiro Wanor Pereira de Oliveira in Franceschini, cit., p. 44.

13. V. P. Arceba e D. Turner, *Antitrust Law, Problems, Text, Cases*, Boston, Toronto, Little, Brown and Company, 1988, p. 123. Admite-se também a exclusão da fiscalização por parte do órgão de controle, quanto a regulamentação pela agência especial "is so pervasive that the courts infer that the Congress must have intended the industry to be supervised by the regulators rather than by the antitrust laws" Este não é o caso nos EUA das cooperativas, como não é também, evidentemente, no Brasil.

14. Cf. Sampaio Ferraz Jr, cit., p. 72.

15. Cf. B. M. Shieber, *Abusos do poder econômico — Direito e experiência anti-truste no Brasil e nos EUA*, S. Paulo, RT, 1966, que após descrever diversa manifestação da regra da razão nos anteprojetos à Lei 4.137 conclui: "malgrado esta história legislativa de lei anti-

truste, cabre-nos frisar que o substitutivo da Comissão de Finanças, que passou a ser lei vigente, não contém qualquer preceito que possa servir como uma regra da razão".

16. Cf. CADE, processo n. 20.620/68, de 5 de dezembro de 1968 in p. 73; v. também Shieber, op. loc. ult. cit., para o qual, tendo em vista a história legislativa brasileira, a regra da razão deveria ser introduzida pela "interpretação administrativa", acatada pelo Poder Judiciário.

17. Cf. B. Grossfeld, *Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär*, Tübingen, Mohr, 1968, p. 190, que afirma: "die Eingriffsintensität eines besonderen Antitrust Gesetzes braucht nicht so stark zu sein, es entstehen weniger Anlässe zum Einschreiten, wenn die Konzentrationshemmenden Kräfte in der Aktiengesellschaft voll zum Zuge kommen". A preocupação é, na realidade, não atribuir excessivos poderes, passíveis de utilização discricionária aos funcionários administrativos, motivo pelo qual o mesmo autor afirma que o direito concorrencial deve estar no fim e não no começo da linha de intervenções estatais (p. 189).

18. A referência a ato cooperativo é feita para diferenciá-lo do ato de comércio. Admite-se como ato cooperativo em sentido lato, todo ato interno ou externo que tenha por objeto o cumprimento dos objetivos sociais. Com isso fica claro que tal ato não constitui ato cooperativo *stricto sensu*, tal qual definido na lei e na doutrina. Segundo o art. 79 da Lei 5.764 o ato cooperativo típico é o ato praticado entre a cooperativa e seus associados ou entre cooperativas. Trata-se daquilo que na doutrina vem qualificado como negócio fim, consistente no "fornecimento de bens ou utilidades ao associado" — cfr. W. Franke, *Direito das Sociedades Cooperativas*, S. Paulo, 1972, p. 24.

19. Uma tal opção seria problemática também do ponto de vista prático. Com efeito, em função dos incentivos fiscais existentes para a atividade cooperativa, seria necessário examinar item por item da atividade realizada e repartir o balanço entre atos cooperativos e não cooperativos para fins de apuração da base de cálculo e fixação de alíquotas.

DIREITO DE RETIRADA DO ACIONISTA NO “FECHAMENTO DE CAPITAL” DE COMPANHIA

RENATO OCHMAN e PAULA A. FORGIONI

1. Do “fechamento de capital” da companhia — 2. Do procedimento necessário ao cancelamento do registro para negociação de valores mobiliários em bolsa ou no mercado de balcão — 2.1 Procedimento para cancelamento de registro de companhias que possuam em circulação no mercado ações representativas de mais de 10% de seu capital social — 2.2 Procedimento para cancelamento de registro de companhias que possuam em circulação no mercado ações representativas de menos de 10% de seu capital social — 2.3 Procedimento para cancelamento do registro de sociedades anônimas beneficiárias de recursos oriundos de incentivos fiscais — 3. Do direito de recesso — 3.1 Considerações gerais sobre o direito de recesso — 3.2 O direito de recesso na legislação brasileira — 4. O direito de retirada na legislação vigente — 4.1 O suposto direito de retirada que seria assegurado pelas instruções CVM n. 156 e n. 185 — 5. Do grupo de sociedades na legislação brasileira — 6. Do direito de retirada na criação dos grupos de sociedade — 7. Conclusões.

A sociedade anônima “X” é controladora de várias sociedades anônimas abertas, das quais uma é beneficiária de recursos oriundos de incentivos fiscais.

Como parte de um projeto de reestruturação societária visando diminuir custos e otimizar a administração das sociedades controladas, a unanimidade dos acionistas da sociedade anônima “X” resolveu proceder a uma reestruturação societária de seu grupo empresarial — grupo este, como se verá, não constituído nos termos do Cap. XXI da Lei das Sociedades por Ações. Com tal finalidade deliberou, a unanimidade dos acionistas da sociedade “X”, “fechar o capital” das sociedades anônimas por ela controladas, incluindo a sociedade beneficiária de recursos oriundos de incentivos fiscais.

Consulta-nos, então, a sociedade “X”, se, em virtude da aprovação em assembléia geral da sociedade anônima beneficiária de recursos oriundos de

incentivos fiscais, do cancelamento de seu registro para negociação de títulos em Bolsa de Valores ou Mercado de Balcão, junto à Comissão de Valores Mobiliários, teria sido dado aos acionistas dissidentes da referida deliberação, direito a retirar-se da sociedade mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos da legislação societária em vigor.

Ressalte-se que as ações de emissão das sociedades controladas seriam *permutadas* por ações de emissão da sociedade *holding* “X”.

Tendo analisado os documentos pertinentes à questão, tecemos as seguintes observações:

1. Do “Fechamento de Capital” da companhia

1. Tem-se demonstrado, nos últimos tempos, que muitas das companhias que têm seus valores mobiliários admitidos

à negociação em bolsa, ou no mercado de balcão, vêm “fechando o seu capital”, ou seja, cancelando seus registros como companhias abertas, junto à Comissão de Valores Mobiliários. A motivação desse fenômeno pode ser dada pela conjugação de vários fatores:

2. O primeiro deles, o mais usualmente alegado, é o desejo dos acionistas controladores da sociedade de evitar os elevados gastos inerentes à manutenção de uma companhia aberta.

3. Um segundo fator decisivo, algumas vezes não declarado expressamente pelos acionistas, é o escopo de evitar a fiscalização — exercida, por força de lei, pela Comissão de Valores Mobiliários — de muitas das atividades desenvolvidas pelas companhias abertas, bem como afastar a incidência de normas jurídicas vinculantes por esse órgão emanadas.

4. Alie-se a esse fator alguns dispositivos da própria Lei das Sociedades por Ações, que estabelecem deveres e ônus apenas para as companhias abertas. Assim sendo, por exemplo, nas companhias fechadas, caso todos os acionistas presentes à Assembléia estiverem de acordo, pode-se deliberar a distribuição de dividendo inferior ao obrigatório, ou ainda, a retenção de todo o lucro¹, contrariamente ao que ocorre nas companhias abertas. Da mesma maneira, a alienação do controle da sociedade anônima aberta depende da prévia autorização da Comissão de Valores Mobiliários, que devem, neste caso, efetuar oferta pública para aquisição das ações de titularidade dos acionistas minoritários².

5. Um terceiro fator a ser apontado é a chamada “economia fiscal”. A título exemplificativo, conforme disposto no art. 1.º, inc. IV, da Lei 8.033 de 12 de abril de 1990, e item 2 da IN-DRF 96, a incidência do imposto sobre operações financeiras, a alíquota de 25% (Vinte e

cinco por cento), tem como fato gerador a transmissão de ações somente das companhias abertas. Assim, uma das alternativas que se coloca para evitar a incidência do referido imposto em operação de venda de ações, facilitando — e muitas vezes viabilizando — a concretização do negócio, é o “fechamento” do capital da companhia cujas ações serão alienadas.

2. Do procedimento necessário ao cancelamento do registro para negociação de valores mobiliários em bolsa ou no mercado de balcão

6. O procedimento necessário à obtenção do cancelamento do registro para negociação de valores mobiliários em bolsa ou no mercado de balcão é estabelecido, atualmente, pela Instrução CVM n. 185, de 17 de fevereiro de 1992, que revogou, expressamente, as Instruções CVM n. 3, de 27 de agosto de 1978, e n. 55, de 20 de outubro de 1986.

7. Essa Instrução prevê dois procedimentos básicos típicos para o “fechamento de capital” de sociedades anônimas abertas: o primeiro, para aquelas que possuam, em circulação no mercado, ações representativas de mais de 10% (dez por cento) de seu capital social, outro, bem mais simples, para aquelas que possuam, em circulação no mercado, ações representativas de menos de 10% (dez por cento) de seu capital social.

8. É previsto, ainda, pela Instrução CVM n. 156, de 14 de agosto de 1991, um procedimento típico para a obtenção do cancelamento de registro de companhias beneficiárias de recursos oriundos de incentivos fiscais.

Analisaremos, a seguir, cada um desses procedimentos:

2.1 Procedimento para cancelamento de registro de companhias que possuem em circulação no mercado ações representativas de mais de 10% de seu capital social

9. A Instrução CVM n. 185, em seu art. 1.º, determina que somente será concedido o cancelamento do registro para negociação de valores mobiliários em bolsa ou no mercado de balcão se:

“I — previamente aprovada deliberação nesse sentido pelos acionistas representantes de, no mínimo, 51% (cinquenta e um por cento) do Capital da Companhia Aberta, com ou sem direito a voto, reunidos em Assembléia Geral Extraordinária especialmente convocada para esse fim;

II — acionistas minoritárias titulares, na data da Assembléia Geral, de, no mínimo, 75% (setenta e cinco por cento) das ações em circulação no mercado vierem a aceitar a oferta pública de aquisição a ser feita pelo acionista controlador, ou concordarem expressamente com o cancelamento do registro, ou ainda não se manifestarem em relação ao cancelamento;

III — acionistas minoritários, em número superior a 100 (cem), na data da Assembléia Geral, e possuidores de mais de 5% (cinco por cento) das ações em circulação no mercado na data da referida Assembléia Geral, não se opuserem ao cancelamento do registro”.

10. Deve-se, entretanto, para a correta interpretação dos enunciados contidos na Instrução CVM n. 185, proceder-se à conjugação da Lei 6.404 de 1976 com essa Instrução.

11. Primeiramente, é necessária a realização de reunião do Conselho de Administração, que deverá deliberar a convocação da Assembléia Geral Extraordinária da Companhia com o fim específico de aprovar o “fechamento do capital”.

12. Deverá ser publicado, em seguida, edital de convocação da Assembléia

Geral Extraordinária que deliberará sobre o “fechamento do capital”.³

13. Decorridos oito dias dessa publicação (conforme exigido pelo art. 123 da Lei 6.404 de 1976), realizar-se-á a Assembléia Geral Extraordinária, que deverá aprovar a deliberação no sentido de cancelar o registro, por acionistas representantes de, no mínimo, 51% (cinquenta e um por cento) do capital da Companhia, com ou sem direito a voto.⁴

14. Verificada a inexistência do *quorum* acima referido, a Assembléia Geral poderá instalar-se com qualquer número, em terceira convocação, e a deliberação será tomada por maioria absoluta de votos, desde que previamente autorizada pela Comissão de Valores Mobiliários.

15. Para a concessão dessa autorização por parte da Comissão de Valores Mobiliários é necessário que as 3 (três) últimas Assembléias Gerais Ordinárias tenham se realizado sem a presença de acionistas detentores de, pelo menos, a metade das ações sem direito a voto.⁵ Sendo concedida a autorização, esta deverá constar do Edital de Convocação da Assembléia.

16. Nessa mesma Assembléia, o acionista controlador — como tal entendido a pessoa natural ou jurídica, ou grupo de pessoas vinculadas por acordo de acionistas, ou sob controle comum, ou representantes de um mesmo grupo de interesses, que nas três últimas Assembléias Gerais Ordinárias da Companhia detinha a maioria dos votos dos acionistas presentes⁶ — deverá declarar que fará a oferta pública, para os efeitos do inc. II do art. 1.º da Instrução CVM n. 185 — ou seja, para que acionistas minoritários, titulares de, no mínimo, 75% (setenta e cinco por cento) das ações em circulação no mercado, aceitem a oferta pública de aquisição a ser feita pelo acionista controlador, ou concordem expressamente com o cancelamento do registro, ou ainda, não se manifestem em relação ao cancelamento

— informando aos acionistas presentes o preço e as condições de pagamento.⁷

17. Aos acionistas que assim o solicitarem, será assegurado, a partir da data da realização da Assembléia, o acesso à relação de acionistas da empresa, com respectivos endereços.⁸

18. Dentro de 2 (dois) dias da data da realização da Assembléia⁹, o acionista controlador deverá, sob pena de responsabilidade, publicar aviso informando que submeterá a registro da Comissão de Valores Mobiliários pedido para a efetivação da oferta, indicando o preço e as condições de pagamento ou permuta, e enviando simultaneamente cópia deste Aviso às Bolsas de Valores nas quais tenha havido, nos últimos dois anos, negociação de valores mobiliários de sua emissão.

19. A oferta pública somente poderá ser feita com a intermediação de banco de investimento, sociedade corretora de valores, ou sociedade distribuidora de valores mobiliários, assim como banco múltiplo com carteira de investimento.¹⁰

20. O projeto do instrumento da oferta pública, instruído dos documentos em que se basearam as informações nele prestadas e da Ata da Assembléia Geral que aprovou o cancelamento do registro, é, então, no prazo fixado pela Assembléia Geral (que não poderá exceder a 30 (trinta) dias, contados da sua realização), encaminhado à Comissão de Valores Mobiliários.

21. No prazo de 30 dias, interrompível apenas uma vez, no caso de solicitação de documentos, deverá a CVM manifestar-se sobre o pedido¹¹. Não o fazendo nesse prazo, o projeto de oferta pública presumir-se-á aprovado.

22. No prazo máximo de 10 dias¹² contados da manifestação da Comissão de Valores Mobiliários, ou após a fluência do prazo de 30 dias referido no item anterior, deverá ser efetivada a oferta, ou seja, deverá ser publicado por duas vezes, com intervalo mínimo de 5 (cinco) dias, o instrumento de oferta de

compra firmado pelo ofertante e pela instituição financeira intermediária¹³.

23. O instrumento de oferta de compra deverá conter, em sua primeira parte, os seguintes elementos:

i) o número de ações em circulação no mercado na data da Assembléia Geral que aprovou o “fechamento do capital”;

ii) o preço e as condições do pagamento;

iii) se a oferta será condicionada ou não ao atendimento dos requisitos para o cancelamento do registro;

iv) o procedimento que deverá ser adotado pelos acionistas minoritários para manifestar a sua aceitação e efetivar a transferência das ações (acionistas minoritários, para fins desta Instrução, são os titulares de ações em circulação no mercado);

v) o prazo de validade da oferta, que não poderá ser inferior a 30 (trinta) nem superior a 90 (noventa) dias, contado esse prazo a partir da segunda publicação da oferta;

vi) o valor médio de cotação em Bolsa de Valores das Ações da Companhia nos últimos doze meses, se houver, em valores nominais e em valores atualizados;

vii) a informação de que se encontram à disposição dos acionistas minoritários, na sede da Companhia, nos escritórios das entidades referidas no art. 15 da Instrução CVM n. 185 (qualquer sociedade corretora membro de Bolsa de Valores, bancos comerciais, de investimento, sociedades distribuidoras de valores mobiliários, bancos múltiplos com carteira comercial ou de investimentos indicados na oferta), e na Comissão de Valores Mobiliários, cópias das peças de avaliação do preço das ações procedida pela instituição financeira intermediária;

viii) as razões que fundamentam a iniciativa do cancelamento do registro;

ix) declaração de que o acionista controlador se obriga a pagar, aos

acionistas minoritários que aceitarem a oferta pública, a diferença, a maior se houver, entre o preço que estes receberem pela venda de suas ações, atualizado monetariamente pelo índice previsto entre as partes no contrato de alienação ou, se inexistente, pelo índice oficial em vigor, e o preço que por elas vier a ser obtido numa eventual alienação do controle da Companhia, quando esta se realizar dentro do prazo de 3 (três) anos contados a partir da data da efetiva liquidação da operação de compra das ações pertencentes aos acionistas minoritários;

x) declaração sobre a situação dos registros da companhia perante a Comissão de Valores Mobiliários;

xi) quadro demonstrativo dos indicadores econômicos e financeiros da Companhia nos 2 (dois) últimos exercícios, e no último trimestre do exercício em curso, com valores acumulados, fundamentados nas demonstrações financeiras elaboradas pelo método de correção integral, apresentado em moeda da data da última informação;

xii) declaração do acionista controlador que desconhece a existência de qualquer fato ou circunstância, não revelados ao público, que possa influenciar de modo positivo e relevante os resultados da Companhia;

xiii) declaração da instituição financeira intermediária informando se é titular ou se administra valores mobiliários de emissão da Companhia e em caso afirmativo, se aceitará ou não a oferta;

xiv) outros elementos esclarecedores considerados relevantes pela Comissão de Valores Mobiliários.

24. Em sua segunda parte, com destaque e clareza, o instrumento de oferta de compra deverá convocar os acionistas minoritários a se manifestarem sobre o cancelamento do registro, com indicação do procedimento que deverão adotar para expressar sua concordância ou discordância quanto ao cancelamento.¹⁴

25. Os acionistas minoritários que atenderem à convocação mencionada no art. 10 da Instrução CVM n. 185 (v. item anterior), deverão firmar documento concordando, ou não, com o cancelamento do registro.¹⁵

26. Se, findo o prazo de oferta — que, conforme estabelecido pelo art. 9.º, V, da Instrução CVM n. 185, não poderá ser inferior a 30, nem superior a 90 dias — o número de ações dos acionistas minoritários que concordaram com o cancelamento do registro, ou não se manifestaram a respeito, for inferior ao percentual de 75% (setenta e cinco por cento), o acionista controlador poderá fazer nova oferta pública.¹⁶

27. A nova oferta pública, de acordo com o inc. I do art. 16 da Instrução CVM n. 185, deverá ser efetuada dentro do prazo máximo de 30 dias do término do prazo da oferta anterior, e não poderá ser por prazo inferior a 20 nem superior a 45 dias.

28. Caso o ofertante houver adquirido ações na oferta anterior, as novas condições, se mais vantajosas para o acionista minoritário, se estenderão aos que tiverem aceito aquela oferta.¹⁷

29. O instrumento de oferta deverá conter as informações prestadas na oferta anterior, será encaminhado à Comissão de Valores Mobiliários e independerá de nova aprovação.¹⁸ É assegurado a todos os acionistas minoritários, o direito de aceitar a nova oferta feita pelo acionista controlador.¹⁹

30. Findo o prazo da oferta, a instituição financeira intermediária comunicará, dentro de 15 (quinze) dias, o resultado à Comissão de Valores Mobiliários e, através dos jornais que publicaram o instrumento de oferta, ao público.²⁰

31. Ressalte-se que caso a instituição financeira informe, por qualquer motivo, que foram atendidos os requisitos para o cancelamento do registro, os acionistas que não tiverem vendido as suas ações terão a faculdade de vender ao preço ofertado, e o acionista controlador terá a obrigação de comprar as

ações por eles possuídas na data da Assembléia Geral.²¹ A faculdade do acionista minoritário poderá ser exercida no prazo de dois anos contados da publicação referida no item anterior, e o controlador terá até 15 (quinze) dias para adquirir as ações ao mesmo preço da oferta pública de compra realizada, atualizado monetariamente, até a data do efetivo pagamento.²²

32. Finalmente, a Comissão de Valores Mobiliários, no prazo de 15 (quinze) dias do recebimento da comunicação do resultado da oferta, verificará se foram atendidas as normas da Instrução CVM n. 185, e procederá ao imediato cancelamento do Registro.

2.2 Procedimento para cancelamento de registro de companhias que possuam em circulação no mercado ações representativas de menos de 10% de seu capital social

33. Pelo disposto no art. 29 da Instrução CVM n. 185, é facultado às companhias que não possuam em circulação no mercado, na data da Assembléia Geral que deliberar sobre o “fechamento de capital”, ações representativas de mais de 10% (dez por cento) de seu capital social, requerer o cancelamento do registro, excetuando-se das regras às quais nos referimos no item 2.1 desta consulta.

34. Assim sendo, essas companhias poderão requerer o cancelamento do registro desde que o acionista controlador se comprometa a formular proposta pública de aquisição da totalidade das ações em circulação no mercado, observadas as seguintes regras.²³

“I — proposta irrevogável de aquisição publicada por pelo menos duas vezes, com intervalo de 5 (cinco) dias, e por prazo de validade mínimo de 2 (dois) anos, a contar da primeira publicação;

II — o preço de aquisição das ações não poderá ser inferior ao seu valor patrimonial, observadas, no que couber,

as regras de apuração e pagamento constantes do art. 45 da Lei 6.404,²⁴ atualizado monetariamente, até a data do efetivo pagamento;

III — caso o valor obtido pela divisão do capital social, acrescido da reserva de correção monetária, pelo número total das ações emitidas, seja superior ao valor apurado conforme o item II anterior, será este valor adotado como preço de aquisição, também devidamente corrigido até a data do efetivo pagamento”.

2.3 Procedimento para cancelamento do registro de sociedades anônimas beneficiárias de recursos oriundos de incentivos fiscais

35. É importante esclarecer que da atual *praxis* do procedimento para o cancelamento de registro de companhia, aberta de sociedades beneficiárias de recursos oriundos de incentivos fiscais depreende-se que o entendimento da CVM é no sentido de que essas companhias, em seu procedimento de “fechamento de capital”, deverão atender, no que lhes for específico, o disposto na Instrução CVM n. 156, de 14 de agosto de 1991, bem como aquilo que lhes for compatível e complementar do que for determinado pela Instrução CVM n. 185.²⁵

36. Percebe-se, já numa primeira leitura da Instrução CVM n. 156, que a sistematização ali elaborada não é adequada e clara, ao menos no que diz respeito à lógica da disposição dos artigos. Por esse motivo, em nossa exposição, atenderemos não à ordem numérica dos artigos da Instrução CVM n. 156, mas sim à *ordem cronológica* dos atos componentes do procedimento necessário ao cancelamento do registro para negociação em bolsa ou no mercado de balcão.

37. Da mesma maneira que a Instrução CVM n.185, a Instrução CVM n. 156 deve ser complementada pelos dispositivos do diploma societário em vi-

gor. Desta maneira, existe a necessidade de realização de reunião do Conselho Administrativo da companhia, de publicação de edital de convocação da AGE que deliberará, especificamente, sobre o “fechamento de capital”.

38. Ressalte-se que a partir da data da publicação do edital de convocação da Assembléia Geral, as ações emitidas pela companhia somente poderão ser negociadas mediante procedimentos especiais a serem estabelecidos pelos Bolsas de Valores.²⁶

39. Ao contrário do disposto no art. 1.º, inc. I, da Instrução CVM n. 185 — que determina que para o “fechamento de capital” da companhia é necessária a deliberação, por acionistas representantes de 51% *do capital da companhia aberta, com ou sem direito a voto* — o art. 2.º da Instrução CVM n. 156 determina, apenas, que o cancelamento do registro deverá ser previamente aprovado pelos acionistas reunidos em Assembléia Geral Extraordinária, especialmente convocada para este fim. Assim, é necessário, apenas, o *quorum* de deliberação previsto no art. 129 da Lei 6404 de 1976 para que a proposta de cancelamento do registro seja aprovada pela Assembléia Geral.

40. E, nessa mesma Assembléia Geral “o acionista controlador deverá declarar que fará oferta pública, informando aos acionistas presentes o preço a ser ofertado e as condições de pagamento”.²⁷ Essa oferta pública de aquisição da totalidade das ações em circulação no mercado, originárias de subscrição através de mecanismos de incentivo fiscal, a ser feita pelo acionista controlador, deverá ser irrevogável, e por prazo de validade mínimo de 1 (um) ano, a contar de sua publicação.²⁸

41. Imediatamente após a realização da Assembléia Geral, o acionista controlador, sob pena de responsabilidade, deverá publicar Aviso de Fato Relevante contendo o teor da decisão da Assem-

bléia Geral e a comunicação que submeterá a minuta de instrumento de oferta pública à CVM, para sua aprovação, dentro dos quinze dias subseqüentes ao término do prazo estabelecido para a manifestação dos acionistas minoritários dissidentes da deliberação da Assembléia Geral que aprovou o cancelamento do registro.

42. Esses acionistas, que desejarem opor-se ao cancelamento, deverão manifestar-se formalmente à Companhia, no prazo máximo de 30 dias subseqüentes à publicação do Aviso de Fato Relevante.

43. Ressalte-se que “o cancelamento do registro só será possível se não houver oposição de acionistas que representem, em conjunto, 30% (trinta por cento) das ações, objeto da oferta e 20% (vinte por cento) do capital social da sociedade”.²⁹

44. O instrumento de oferta de compra deverá conter:³⁰

a) O preço e as condições do pagamento, sendo que esse preço de aquisição das ações não poderá ser inferior ao maior dos seguintes valores:³¹

a.1) patrimônio líquido da ação, com base em demonstração financeira auditada por auditor independente registrado na CVM, atualizado até a data do pagamento pelo mesmo índice de atualização do balanço;

a.2) cotação da ação em bolsa de Valores;

a.3) diverso dos mencionados nos itens *a* e *b* do inc. II, quando a companhia apresentar patrimônio líquido negativo e não houver negociação significativa em bolsa de valores, deste que os parâmetros de valorização das ações sejam devidamente justificados;

b) o estado do direito das ações;

c) o procedimento que deverá ser adotado pelos acionistas para manifestar a sua aceitação e efetivar a transferência das ações;

d) o prazo de validade da oferta, que, como já dito, não poderá ser inferior a um ano;

e) o valor médio de cotação em Bolsa de Valores das ações de emissão da companhia, nos últimos doze meses, se houver;

f) indicadores econômico financeiros da companhia nos últimos dois exercícios;

g) declaração do acionista controlador de que desconhece a existência de qualquer fato ou circunstância, não revelados ao público, que possa influenciar de modo relevante a situação econômico financeira da companhia;

h) endereço, telex e telefone da sociedade emissora.

45. Aprovado o instrumento de oferta pública pela CVM, ou decorrido o prazo para sua manifestação, deverá o mesmo ser colocado à disposição dos acionistas na sede da empresa, nas Bolsas de Valores, no Banco Operador do fundo de Investimento e na própria CVM.

46. E, saliente-se, o instrumento de oferta pública não precisará ser publicado. Bastará que a companhia publique, em jornal de grande circulação editado na capital do Estado em que se situar a sede da companhia, por 2 (duas) vezes, com intervalo mínimo de 15 (quinze) dias, Aviso aos Acionistas, informando os locais nos quais os acionistas poderão obter cópia do Instrumento de Oferta Pública.³²

47. Caso haja pouca dispersão de ações no mercado, ou seja, caso menos de cento e cinquenta acionistas³³ sejam titulares de ações de emissão da Companhia, e os Fundos de Investimento criados pelo Dec. lei 1.376/74 não sejam mais acionistas a publicação do aviso poderá ser dispensada, desde que os acionistas sejam comunicados da oferta pública, através de telegrama ou carta com aviso de recebimento.

3. Do direito de recesso

48. Explicados os procedimentos necessários para cancelamento do registro das Companhias Abertas, sejam elas beneficiárias de recursos oriundos de

incentivos fiscais ou não, passamos a analisar o ponto central dessa consulta, isto é, precisar se assiste ou não, aos acionistas dissidentes da deliberação assemblear que aprovar o cancelamento do registro, direito ao recesso.

49. Para tal fim, é necessário, antes de tudo, analisarmos, brevemente, o instituto do direito de recesso, bem como sua evolução histórica em nossa legislação.

3.1 Considerações gerais sobre o Direito de recesso

50. Se, por um lado, a introdução, em nosso sistema jurídico, da Lei das Sociedades por Ações perseguiu objetivos arrojados e avançados, até então, visando fortalecer e estimular o crescimento da empresa privada nacional,³⁴ e, para tanto, consagrou o princípio da maioria deliberante e as técnicas de reorganizações societárias, procurou também, por outro lado, criar mecanismo de proteção às minorias.

51. Dentre os mecanismos de proteção aos minoritários coloca-se o direito de recesso ou retirada, um direito essencial, individual, de ordem pública e de natureza potestativa uma vez que uma das partes, ou seja o acionista minoritário, tem o poder de extinguir unilateralmente uma relação jurídica, rompendo a relação da vida societária entre acionista e a companhia. A esse respeito, esclarece Ferri que: "recesso é a declaração unilateral de vontade do sócio que não deseja permanecer na sociedade em virtude de alterações aprovadas pela maioria que, direta ou indiretamente, impliquem alterações em sua posição na sociedade ou nos direitos decorrentes das ações de que é titular".³⁵

52. O direito de retirada seria, então, uma proteção do interesse essencial e individual do acionista contra a maioria, como uma conciliação entre a autonomia da entidade e a dos acionistas.³⁶

53. O instituto do direito de recesso sendo aprimorado com o tempo, a custo das experiências nas disputas societárias, mormente das decisões jurisprudenciais. As decisões dos Tribunais reiteradamente entenderam que obrigar o acionista a continuar a ser acionista, impedindo-o de retirar-se da companhia, em certos casos específicos, seria tão injusto quanto reformar ou impedir a implementação da deliberação tomada por maioria em Assembléia Geral, além de ser impossível negar o princípio majoritário, orientador das sociedades por Ações.

3.2 O direito de recesso na legislação brasileira

54. Através do Dec. 21.536, de 15.06.32, surgiu, no Brasil, o direito de retirada do acionista dissidente de deliberação assemblear. Dispôs esse diploma legal sobre a constituição do capital das sociedades anônimas, permitindo a existência das ações preferenciais. O direito de retirada assistia, então, apenas aos acionistas titulares de ações preferenciais, na hipótese de alteração do estatuto social, nas seguintes matérias:

a) alteração nas preferências e vantagens conferidas a uma ou mais classes de preferenciais;

b) criação de nova classe de ações com outras preferenciais mais favorecidas que as existentes; alteração do valor nominal das ações preferenciais.

55. O reembolso do valor das ações deveria ser pleiteado dentro de 30 (trinta) dias, contados da data de realização da Assembléia.

56. Com relação ao valor do reembolso³⁷ ficava estabelecido que este seria o resultado da divisão do ativo líquido da sociedade, constante do último balanço aprovado, pelo número de ações em circulação na data da Assembléia que deliberou sobre a modificação. Todavia, a fórmula referida poderia ser contestada pelos acionistas por uma avaliação

de suas ações, à época da reclamação. Uma vez não sendo substituídos os acionistas dissidentes em sessenta dias, o capital social seria obrigatoriamente reduzido.

57. Com o advento do Dec. 2.627/40, foram ampliadas as hipóteses de cabimento do direito de recesso.

58. Contrariamente ao disposto no Dec.- Lei 21.536, que previa o direito de retirada, apenas, aos acionistas titulares de ações preferenciais, no caso de alteração estatutária no tocante aos direitos atribuídos a essas ações, o Dec.- Lei 2.627 deu maior alcance a esse instituto, concedendo-o a todos os acionistas presentes à assembléia geral que deliberassem sobre as seguintes matérias:

a) criação de ações preferenciais, alterações na preferência ou vantagens conferidas a uma ou mais classes delas ou criação de nova classe de ações preferenciais mais favorecidas;

b) mudança do objeto social da sociedade;

c) incorporação da sociedade em outra ou sua fusão;

d) cessação do estado de liquidação mediante reposição da sociedade em vida normal.

59. Estabelecia-se, também, no mesmo artigo, o procedimento para o exercício do direito de recesso, o critério de valor de reembolso, assim como as regras a serem obedecidas em caso de falência da Companhia.

4. O direito de retirada na legislação vigente

60. Dispõe a atual Lei das Sociedades por Ações: "art. 136 — É necessária a aprovação de acionistas que representem metade, no mínimo, das ações com direito de voto, se maior *quorum* não for exigido pelo estatuto da companhia fechada, para deliberação sobre:

I — criação de ações preferenciais ou aumento de classe existente sem guardar

proporção com as demais, salvo se já previstos ou autorizados pelo estatuto;

II — alterações nas preferências, vantagens e condições de resgate ou amortização de uma ou mais classes de ações preferenciais, ou criação de nova classe mais favorecida;

III — criação de partes beneficiárias;

IV — alteração no dividendo obrigatório;

V — mudança de objeto da companhia;

VI — incorporação da companhia em outra, sua fusão ou cisão;

VII — dissolução da companhia ou cessação do estado de liquidação;

VIII — participação em grupo de sociedades (art. 265)".

(...)

"art. 137 — A aprovação das matérias previstas nos incs. I, II, IV, V e VII do art. 136 desta lei dá ao acionista dissidente direito de retirar-se da companhia, mediante reembolso do valor de suas ações (art. 45), se o reclamar à companhia no prazo de 30 (trinta) dias contados da publicação da ata da assembléia geral".³⁸

§ 1.º — O acionista dissidente de deliberação da assembléia, inclusive o titular de ações preferenciais sem direito a voto, pode pedir o reembolso das ações de que, comprovadamente, era titular na data da assembléia, ainda que se tenha absterido de votar contra a deliberação ou não tenha comparecido à reunião". (nova redação dada pela Lei 7.958, de 20 de dezembro de 1989).

61. Como se pode facilmente perceber, não dá o art. 137 da Lei 6.404 de 1976, direito ao acionista dissidente da deliberação que aprova o cancelamento do registro de que trata o art. 21 da Lei 6.385 de 1976 (Registro de Companhia Aberta), ou ainda o art. 2.º da Instrução CVM n. 92/88, de retirar-se da sociedade, mediante o reembolso do valor de suas ações.

4.1 O suposto direito de retirada que seria assegurado pelas instruções CVM n. 156, e n.º 185

62. Foi questionado se, no caso em tela, assistiria aos acionistas minoritários da sociedade anônima beneficiária de recursos oriundos de incentivos fiscais, direito de retirar-se da companhia, pelo disposto no art. 1.º, parágrafo único, da Instrução CVM n. 156, que dispõe:

"Art. 1.º — As sociedades beneficiárias de recursos oriundos de incentivos fiscais poderão requerer a dispensa do registro a que se refere o art. 2.º, da Instrução CVM n. 92, de 08 de dezembro de 1988, ou o seu cancelamento, desde que a sociedade possua o certificado de empreendimento implantado, emitido pela respectiva Superintendência de Desenvolvimento Regional e que o acionista controlador formule oferta pública de aquisição da totalidade das ações em circulação no mercado, originárias de subscrição através de mecanismos de incentivo fiscal, observadas as seguintes regras:

(...)

III — desde que não haja oposição de acionistas que representem, em conjunto, 30% (trinta por cento) das ações objeto da oferta e 20% (vinte por cento) do capital social da sociedade.

Parágrafo Único — Os acionistas dissidentes da deliberação da assembléia deverão se manifestar formalmente à companhia, no prazo máximo de 30 (trinta) dias subseqüentes à publicação do Aviso a que se refere o art. 5.º".

63. Como se vê, o que está disciplinado pelo parágrafo único do art. 1.º da Instrução CVM n. 156, é o *procedimento através do qual deverão os acionistas minoritários dissidentes da deliberação da assembléia geral que aprovou o cancelamento do registro de que trata o art. 2.º da Instrução CVM n. 92/88 manifestarem-se contra esse cancelamento.*

64. E, no caso de haver oposição de acionistas que representem, em conjunto, 30% (trinta por cento) das ações objeto da oferta e 20% (vinte por cento) do capital social não será permitido o cancelamento do registro.

65. Percebe-se, portanto que o acionista que não concordar com o cancelamento do registro pode a ele opor-se. E, dependendo do número de ações de propriedade dos acionistas dissidentes, não será permitido o cancelamento do registro.

66. Mas isso é muito diverso do direito de recesso. Este, como já vimos, só existe em casos expressos, e nada, absolutamente nada, do disposto na Instrução CVM n. 156 autoriza o acionista minoritário dissidente da deliberação assemblear à retirar-se da sociedade, *recebendo o reembolso pelo valor de suas ações.*

67. Do mesmo modo, a Instrução CVM n. 185, em seu art. 1.º, estabelece os requisitos necessários para a obtenção do cancelamento do registro da companhia junto à Comissão de Valores Mobiliários.

68. Valem, aqui, as observações que já foram feitas em relação à Instrução CVM n. 156: não existe a previsão, em nenhum dos diplomas citados, da existência do direito de retirada do acionista minoritário que não concordar com o cancelamento, e muito menos o reembolso do valor de suas ações.

69. E sustentar-se que as referidas Instruções previriam hipótese de exercício do direito de recesso pelos acionistas minoritários dissidentes é absurdo, vez que tal previsão simplesmente não poderia existir nas referidas Instruções. Isso porque a Comissão de Valores Mobiliários, criada pela Lei 6.385 de 1976, teve, pelo art. 8.º do mesmo diploma legal, fixada sua competência: "Art. 8.º — Compete à Comissão de Valores Mobiliários:

I — regulamentar, com observância da política definida pelo Conselho Monetário Nacional, as matérias ex-

pressamente previstas nesta lei e na lei de sociedades por ações;

II — administrar os registros instituídos por esta lei;

III — fiscalizar permanentemente as atividades e os serviços do mercado de valores mobiliários, de que trata o art. 1.º, bem como a veiculação de informações relativas ao mercado, às pessoas que dele participem, e aos valores nele negociados;

IV — propor ao Conselho Monetário Nacional a eventual fixação de limites máximos de preço, comissões, emolumentos e quaisquer outras vantagens cobradas pelos intermediários de mercado;

V — fiscalizar e inspecionar as companhias abertas, dada prioridade às que não apresentem lucro em balanço ou às que deixem de pagar o dividendo mínimo obrigatório.

70. Percebe-se, portanto, que o poder regulamentar da CVM restringe-se às matérias expressamente previstas na Lei 6.385 de 1976 e na Lei 6.404 de 1976. Desta forma, não poderia aquela autarquia alterar dispositivo da lei societária, determinando a existência de um direito de recesso não previsto no diploma societário.

5. Do grupo de sociedades na legislação brasileira

71. Foi também questionado se, no caso presente, a sede do direito de retirada encontrar-se-ia no art. 270 do diploma societário (criação de Grupo de Sociedades).

72. Tal argumentação, todavia, também não procede, uma vez que trata, aquele artigo, da dissidência de deliberação de associar-se, a companhia, a grupo de sociedades, nos termos do cap. XXI da Lei 6.404 de 1976.

73. E aqui, ainda, não teria qualquer procedência a alegação de estarmos tratando da constituição de um grupo de sociedades, como demonstrar-se-á a seguir.

74. A introdução do instituto do grupo de sociedades, pela atual legislação societária, teve por escopo dar instrumental jurídico necessário à concentração de empresas, à reorganização industrial do país. Por esse motivo, como bem explicitou sua exposição de motivos, disciplinou, a atual Lei das Sociedades por Ações, o grupo de sociedades de maneira minuciosa.

75. A definição do que vem a ser o grupo de sociedades nos é dada pelo art. 265 da Lei de Sociedade por Ações: “art. 265 — A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos desse capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns”.

76. É interessante ressaltar, neste ponto, a distinção, feita pelos comentaristas da Lei 6.404, entre grupo (de sociedades) de fato e grupo (de sociedades) de direito. Por todos, transcrevemos passagem de parecer do próprio coautor do anteprojeto da Lei de Sociedades por Ações: “A vinculação de duas ou mais sociedades mediante relações de participação societária dá origem a uma estrutura de sociedades, e quando essa estrutura é hierarquizada (ou seja, uma sociedade detém o poder de controlar outra ou outras), é usualmente designada como “grupo de sociedades”, que pode ser *de fato* (baseado apenas nas relações de participação societária e de controle) ou *de direito* (se, além disso, é regulado por convenção de grupo registrada nos termos do Cap. XXI da Lei 6.404/76)”.³⁹

77. Qual seria, então, a diferença entre um grupo chamado, pela doutrina, *de fato*, não regulamentado pelo cap. XXI da Lei das Sociedades por Ações, composto por sociedades controladora e controladas, e um grupo *de direito*, cujas relações entre as sociedades, a estrutura administrativa do grupo e a

coordenação ou subordinação dos administradores das sociedades são estabelecidas pela convenção de grupo?

78. A diferença específica é a autorização, que é dada pela lei, aos administradores de empresas componentes de um grupo de sociedades, constituído nos termos do cap. XXI (de direito, portanto), de afastarem-se dos estritos limites do objeto social das empresas que administram, para desenvolverem um objeto social próprio a todo o grupo.

6. Do direito de retirada na criação dos grupos de sociedade

79. Assim sendo, a constituição de um grupo de sociedades pode implicar na alteração do objeto social da Companhia, vez que seus administradores podem perseguir a concretização de interesses diversos dos da companhia que administram, sem, contudo, estarem sujeitos à responsabilização e conseqüentes penalidades impostas pelo desvio do objeto social.

80. E não é por outro motivo que a lei dá, ao acionista dissidente de deliberação que aprova a convenção do grupo, direito de retirar-se da sociedade. Como bem colocou a exposição de motivos da Lei de Sociedades por Ações: “A integração de sociedade em grupo equivale à mudança de seu objeto social. Daí os requisitos do art. 271, para sua aprovação pelos sócios ou acionistas, *o direito de retirada dos sócios dissidentes* (art. 271, parágrafo único) e a aprovação pela autoridade competente, no caso de companhia que, por seu objeto, depende de autorização para funcionar (art. 269).”

81. De fato, sobre o direito de retirada que assiste, nesses casos, ao acionista dissidente, dispõe o art. 270: “art. 270 — A convenção do grupo deve ser aprovada com observância das normas para alteração do contrato social ou do estatuto (art. 136, VIII). Parágrafo único — Os sócios ou acionistas dissidentes da deliberação de se associar a grupo

têm direito, nos termos do art. 137, ao reembolso de suas ações ou quotas”.

82. Especificamente sobre essa questão, já tiveram nossos juristas ocasião de se manifestar. Por todos, José Alexandre Tavares Guerreiro: “(...) inexistindo aprovação formal à convenção grupal (art. 270), não se verifica o pressuposto de exercício do direito de retirada”.⁴⁰

83. Ressaltamos, todavia, que desde o advento da Lei 7.958 de 20.12.89, que suprimiu do art. 137 o direito de retirada aos acionistas dissidentes da deliberação de se associar a grupo, alguns autores entendem que tal direito não mais existiria. Dentre eles, Alfredo Lamy Filho: “Em conclusão: A Lei 7.958, de 1989, pode ser alvo de críticas quanto à técnica adotada, e, mesmo, quanto ao seu mérito (a nosso ver, críticas procedentes) mas é lei; e, enquanto não revogada, terá de ser cumprida: *legem habemus*.”

Por todo o exposto (...), pensamos não caber direito de retirada em caso de deliberação da assembléia geral que aprove fusão, incorporação, cisão, ou *participação em grupo societário*”.⁴¹

84. Portanto, com, mais razão ainda, se nos filiássemos a essa corrente doutrinária, não assistiria aos acionistas dissidentes da deliberação tomada em Assembléia da sociedade beneficiária de recursos oriundos de incentivos fiscais, controlada pela sociedade anônima “X”, direito de retirar-se da sociedade, recebendo o reembolso do valor de suas ações.

85. Convém, ainda, ressaltar que na situação que nos foi apresentada não houve qualquer alteração nas relações jurídicas societárias existentes entre as empresas envolvidas.

86. Daí não ser sustentável a incidência do art. 270 da Lei das Sociedades por Ações, uma vez que não houve a formação de nenhum grupo de sociedades: nem grupo de direito, visto não terem sido preenchidos os requisitos do cap. XXI da Lei das Sociedades por Ações, nem grupo de fato, porque ele

já existia, antes mesmo do início de qualquer procedimento que visasse o “fechamento de capital” das empresas controladas pela empresa “X”.

7. Conclusões

87. Por todo o exposto, podemos concluir que:

a) Existem três procedimentos básicos tipificados para o cancelamento de registro de Companhia para negociação valores mobiliários de sua emissão em Bolsa ou no mercado de balcão:

a.1) procedimento específico para Companhias que possuam, em circulação no mercado, ações representativas de mais de 10% (dez por cento) de seu capital social;

a.2) procedimento específico para Companhias que *não* possuam, em circulação, no mercado, ações representativas de mais de 10% (dez por cento) de seu capital social;

a.3) procedimento específico para Companhias beneficiárias de recursos oriundos de incentivos fiscais.

b) o direito de retirada só assiste aos acionistas dissidentes de deliberações assembleares que versarem sobre matérias previamente determinadas na Lei 6.404 de 1976;

c) não assiste aos acionistas minoritários das empresas envolvidas no processo de reestruturação societária em, questão, direito ao recesso, vez que não existe previsão legal que autorize tal procedimento;

d) a eventual alegação se trataria de formação de grupo de sociedades, e portanto, haveria a incidência do art. 270 do diploma societário vigente não merece prosperar porque:

d.1) o art. 270 refere-se, exclusivamente, a grupo de sociedades, nos estritos termos do cap. XXI da Lei 6.404 de 1976, e, no caso em tela, não existe grupo de sociedades, uma vez que não foram preenchidos os requisitos dos dispositivos legais neste item citados;

d.2) *ad argumentandum*, ainda que se admitisse que o art. 270 incidisse mesmo nos casos de criação de grupos de sociedade de fato, mesmo assim, no caso presente, tal artigo não se aplicaria, uma vez que o grupo de fato sempre houve;

d.3) a Lei 7.958 de 1989, conforme entendimento de parte da doutrina, extingue o direito de recesso dos acionistas minoritários que não concordarem com a integração da sociedade a grupos societários.

e) o art. 1.º, parágrafo único da Instrução CVM n. 156, trata, exclusivamente, do procedimento que o acionista minoritário deve adotar para opor-se ao cancelamento do registro da Companhia junto à CVM. E, ademais, não existe qualquer dispositivo na referida instrução que autorize a retirada do acionista minoritário dissidente e, muito menos, o reembolso do valor de suas ações.

NOTAS

1. art. 202, § 3.º da Lei 6.404 de 1976.
2. art. 254 e seus parágrafos da Lei 6.404 de 1976.
3. Instrução CVM n. 185, art. 1.º, inc. I.
4. Idem.
5. Instrução CVM n. 185, art. 1.º, parágrafo único.
6. Instrução CVM n. 185, art. 2.º, inc. III.
7. Instrução CVM n. 185, art. 4.º.
8. Instrução CVM n. 185, art. 4.º, parágrafo único.
9. Instrução CVM n. 185, art. 5.º.
10. Instrução CVM n. 185, art. 6.º.
11. Instrução CVM n. 185, art. 14.
12. Instrução CVM n. 185, art. 13.
13. Instrução CVM n. 185, art. 8.º.
14. Instrução CVM n. 185, art. 10.
15. Instrução CVM n. 185, art. 11.
16. Instrução CVM n. 185, art. 16.
17. Instrução CVM art. 16, inc. II.
18. Instrução CVM art. 16, inc. III.
19. Instrução CVM n. 185, art. 16, parágrafo único.

20. Instrução CVM n. 185, art. 17.
21. Instrução CVM n. 185, art. 19.
22. Idem.
23. Instrução CVM n. 185, art. 30, *caput*.
24. O art. 45 da Lei 6.404 de 1976 dispõe sobre o valor de reembolso das ações da companhia e a forma de seu cálculo.
25. Além, obviamente, do disposto na Lei 6.404 de 1976.
26. Instrução CVM n. 156, art. 4.º.
27. Instrução CVM n. 156, art. 3.º.
28. art. 1.º.
29. Instrução CVM n. 156, art. 1.º, inc. III.
30. art. 7.º.
31. Instrução CVM n. 156, art. 1.º, inc. II.
32. Instrução CVM n. 156, art. 9.º, § 1.º.
33. Instrução CVM n. 156, art. 9.º, § 2.º.
34. "A Lei das Sociedades por Ações visou basicamente a criar uma estrutura jurídico-normativa necessária ao fortalecimento do mercado de capitais de risco no país e imprescindível à sobrevivência e desenvolvimento da empresa privada, na fase atual da economia brasileira. A mobilização da poupança popular e seu encaminhamento voluntário para o setor empresarial exigem, contudo, mecanismos que assegurem ao acionista minoritário o respeito a regras definidas e eqüitativas, as quais, sem imobilizar o empresário em suas iniciativas, ofereçam atrativos suficientes de segurança e rentabilidade" (Mensagem do Presidente da República Ernesto Geisel ao Congresso Nacional, quando da edição da Lei das Sociedades por Ações).
35. Ferri G. *Manuale di Diritto Commerciale*, 4.º e., 1976, p. 441.
36. Cf. Vivante Cesare, *Trattato de Diritto Commerciale*, Milano, 1902, v. 2, p. 28.
37. art. 9.º, § 1.º do Dec. 21.536.
38. Redação dada pela Lei 7.958 de 20.12.89.
39. José Luiz Bulhões Pedreira, "Alienação de Controle de Companhia Aberta" in Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, *A Lei das S.A.*, Rio de Janeiro, Renovar, 1992, p. 706 — grifos nossos.
40. José Alexandre Tavares Guerreiro, *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*, v. II, S.Paulo, Bushatsky, 1979, p. 777.
41. Alfredo Lamy Filho. "O Direito de Retirada e a Vigência da Lei 7.958/89" in Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, *A Lei das S.A.*, Rio de Janeiro, Renovar, 1992, p. 706 — grifos nossos.

O SEGURO DE RESPONSABILIDADE DO PRODUTOR

JOSÉ JÚLIO BORGES DA FONSECA

1. Transformações da responsabilidade civil — 2. O substrato técnico do contrato de seguro e sua qualificação jurídica — 3. O seguro de responsabilidade do produtor — 4. Observações finais.

1. Transformações da responsabilidade civil

Qualquer resenha historiográfica reclama se verifique a função dos institutos jurídicos. A Ciência do Direito, encarada do ângulo da aplicação das figuras jurídicas, não encerra conceitos absolutos. A ordem jurídica sofre profundas modificações, ao contato com os fatos sociais em constante mutação.

Não constitui escopo desse estudo registrar a evolução da responsabilidade civil desde a civilização romana. Cumpre, no entanto, referir os aspectos essenciais. A *obligatio ex delicto* fundava-se na prática de quatro delitos de direito privado (*furto, rapina, "iniuria", "damnum, iniuria datum"*). A *lex Aquilia* previa repressão ao *damnum iniuria datum*, enquanto, na Lei das XII Tábuas, contemplavam-se o furto e a *iniuria*. No sistema de ações específicas, a pretensão fundada na *lex Aquilia* restringia-se aos danos materiais (*corpore corpori*), atingindo a coisa na sua estrutura física. A situação muda no direito justiniano, abrangendo-se no regime da *lex Aquilia*, os chamados danos não corporais. (Cf. Vincenzo Arangio-Ruiz, *Istituzioni di Diritto Romano*, 11.^a, Eugenio Jovene, Nápoles, 1952, cap. XVI).

Divide-se a responsabilidade civil em dois ramos: a responsabilidade delitual

e a responsabilidade contratual. A Lei 8.078/90 abre ao consumidor a possibilidade de pleitear reparação de danos tanto com fundamento no vínculo contratual, como com base na obrigação legal de fabricar bens seguros ou prestar serviços seguros.

É imperioso, antes de cuidar do seguro de responsabilidade, apontar os novos contornos da responsabilidade civil. O sistema romano, sumariamente referido, constitui parâmetro de comparação. O BGB enumera, no § 823, os bens da vida que, se lesados, oferecem ensejo à reparação de danos. Não se trata de enumeração fachada (vida, corpo, saúde e liberdade); outros dispositivos evidenciam que a reparação de danos pode estribar-se em fundamentos diversos.

O Código Civil brasileiro, de 1916, foi espelhado no sistema francês, no tocante à responsabilidade civil. Não se adotou o critério de discriminação dos delitos; a violação de direito ou o prejuízo causado a outrem, desde que voluntários ou por negligência ou importância, fundamentam a obrigação de reparar o dano. Eduardo Espínola (*Sistema do Direito Civil Brasileiro*, vol. I, Livraria Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1938, pp. 593/594) sintetiza as notas distintivas da responsabilidade aquiliana. Não depende ela de vínculo anterior, a gradação da culpa é irrelevante, uma vez

que *et levissima culpa venit*. Incumbe o *onus probandi* a quem alega a lesão ao direito ou o prejuízo.

A conformação jurídica da responsabilidade civil, nos moldes tradicionais, mostrou-se inadequada para fazer frente ao número ascendente de danos ocasionados em consequência do progresso técnico-industrial. Karl Larenz (*Derecho de obligaciones*, tradução, Editorial Revista de Derecho Privado, Madri, 1958, p. 191) assinala que o pressuposto da responsabilidade não se esgota nas condutas culpáveis e antijurídicas. Embora legítimas, algumas atividades encerram alto risco. A vantagem decorrente do exercício de atividade de risco fundamenta, por equidade, a reparação do dano, apesar de não se configurar qualquer violação à lei.

A reparação do dano constitui imperativo da sociedade moderna, relegando-se a segundo plano a indagação da culpa.

A questão da responsabilidade, emergente das relações de consumo, patenteia que a responsabilidade civil assumiu contorno e extensão bem particulares.

A produção industrial pode causar danos aos consumidores independentemente da intenção do empresário. A reparação dos prejuízos constitui imperativo de justiça.

A perda de relevância da culpa no sistema de responsabilidade civil não significa a derrogação dos princípios éticos estruturadores da sociedade. A culpa como critério de imputação só é irrelevante na exata medida da inexistência de falta consciente do empresário.

Toda vez que se puder estabelecer elo entre determinada conduta culposa e dano, constitui agressão ao Direito pretender adotar responsabilidade objetiva.

A atividade empresarial traduz, como assinalou Ascarelli, uma coordenação de atos voltados a um fim. Os atos materiais praticados no estabelecimento fogem ao

controle do titular da empresa. Quem seria, ante tal situação, responsável pelos danos decorrentes da atividade?

A injustiça na falta de reparação de danos, ao se adotar a culpa como fundamento, fez surgir, como proclamou Savatier, não uma presunção de culpa, mas, sim, uma presunção de responsabilidade.

A Lei 8.078/90, por onerar excessivamente a empresa, há de ser entendida não como lei de tutela do consumidor, mas como estatuto de deveres e responsabilidades da empresa.

A seção II, da citada lei, cuida da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, enquanto, na seção III, trata da responsabilidade por vício do produto e do serviço.

Embora o art. 12, da Lei 8.078/90 defina a responsabilidade do fabricante, do produtor, do construtor, nacional ou estrangeiro, e do importador como independente de culpa, tal não representa a nota essencial do regime que se pretendeu consagrar nesse diploma legal.

Os dispositivos, que evidenciam novo regime de responsabilidade não identificável com a aquiliana ou a contratual, são os §§ 1.º e 2.º, do art. 12, que circunscrevem o que deve ser entendido como produto defeituoso.

Peter Ulmer ("Produktbeobachtungs — , Pruefungs-und Warnpflichten eines Warenherstellers in bezug auf Fremdprodukte?" in *ZHR* 152, 1988, pp. 568-569) intuiu o novo tipo de responsabilidade civil, registrando que o ponto central é a defectibilidade, como pressuposto da responsabilidade do produtor.

Quanto à responsabilidade do fornecedor por vício do produto ou serviço, a Lei 8.078/90 disciplinou, respectivamente, nos arts. 18 a 19 as hipóteses de vícios de qualidade e de quantidade.

A garantia contra vícios e defeitos ocultos, disciplinada no Código Civil (arts. 1.101-1.106), sofreu profundas alterações, na Lei 8.078/90. As normas

são imperativas, não podendo ser derogadas pela vontade das partes. O princípio que norteia a lei é o da execução específica (art. 84). O conceito de impropriedade do produto ou do serviço, sob o aspecto da qualidade ou quantidade, é amplo e matizado.

Supera-se, ademais, o princípio da relatividade dos contratos (*privity of contract, res inter alios acta*), respondendo os fornecedores solidariamente por esses vícios.

Sustentar que o critério de imputação da responsabilidade é, nesse caso, subjetivo não gera conseqüências jurídicas relevantes, uma vez que a mera verificação dos vícios de qualidade ou quantidade já fundamenta a pretensão do consumidor.

A indagação de culpa diz respeito à relação entre fabricante e fornecedor.

O estabelecimento de solidariedade entre fabricante e fornecedor é criticável. O legislador devia ter levado em conta, como o faz a doutrina alemã (Cf. G. Alpa e M. Bessone, *La Responsabilità de Produttore*, 3.^a ed., Giuffrè, Milão, 1987, p. 149) que o revendedor não exerce nenhum controle sobre a atividade do fabricante, não devendo assim responsabilizar-se pelos vícios de produtos selados. Não está, ademais, economicamente apto para arcar com os custos dessa responsabilidade.

O legislador reconheceu, de certa forma, essa realidade, ao determinar a responsabilidade do fornecedor imediato, tão-só quando este fizer a pesagem ou medição diretamente.

O art. 23 da Lei 8.078/90, no entanto, determina que a ignorância do fornecedor não o exime de responsabilidade. Tal norma não espelha as particularidades das relações de consumo. As relações jurídicas cogitadas no Código Civil são relações isoladas; justifica-se assim que a ignorância dos vícios não exima o alienante da responsabilidade, salvo cláusula expressa no contrato (art. 1.102, do CC).

A transposição de textos legais escritos sob a influência de concepções individualistas não é admissível, quando se trata de relações de massa. O argumento decisivo, embora não seja objeto de ocupação da maior parte da doutrina nacional, consubstancia-se na equação econômica da responsabilidade do produtor. As conseqüências econômicas da adoção de determinado modelo jurídico merecem análise; a produção massificada envolve custos altíssimos. As normas jurídicas não de refletir não só a possibilidade de o responsável arcar com os ônus da indenização, mas também a relação entre a qualidade e o preço do produto, G. Alpa e M. Bessone (ob. cit. p. 281). Dedicam algumas páginas à análise econômica da responsabilidade do fabricante, invocando, entre outros, estudos de Pietro Trimarchi e os de Ronald Coase sobre os custos sociais.

As notas introdutórias aqui registradas revelam aspectos essenciais da nova configuração da responsabilidade civil do produtor.

Sob o aspecto processual, mencione-se a inversão do ônus de prova, que tem reflexos substanciais nas relações de direito material.

Não se pretendeu, nessas considerações iniciais, esgotar o estudo da responsabilidade do produtor nas múltiplas implicações jurídicas. Trata-se tão só da premissa básica para a análise do seguro de responsabilidade do produtor.

A Lei 8.078/90 permite concluir, sem embargo das imprecisões e incoerências, que os campos da responsabilidade contratual e da responsabilidade extracontratual tendem a coincidir. Sem aceitar a afirmação radical da morte do contrato (Cf. Grant Gilmore, *The Death of Contract*, Ohio State University Press, Columbus, Ohio, 1974, p. 87) é de admitir-se que a responsabilidade extracontratual tem-se alargado, estando muitas vezes à disposição do consumidor o fundamento contratual e o extracontratual.

2. O substrato técnico do contrato de seguro e sua qualificação jurídica

Esse tema não apresenta originalidade. É tratado nos bons compêndios de direito securitário. A sua compreensão, no entanto, não se mostra satisfatória. O estudo do seguro de responsabilidade reclama se estabeleçam, preliminarmente, os elementos estruturais de qualquer operação de seguro.

O contrato de seguro pressupõe determinada situação fática, que é indispensável à eficácia da operação. Tullio Ascarelli ("O conceito unitário do contrato de seguro" in *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, Saraiva, S. Paulo, 1969, pp. 203-221) assinala, ao cuidar da teoria da necessidade e da teoria da empresa, a dificuldade de transpor os elementos técnicos da operação de seguro para o plano jurídico. Vivante aponta a unidade do seguro na empresa. A aleatoriedade de cada contrato de seguro desapareceria mediante o exercício da atividade securitária por empresa, que enfeixaria uma massa de contratos e, pelo cálculo de probabilidades, poderia prever a ocorrência de sinistros. Ascarelli arre-mata: "Resumindo, poder-se-ia dizer que a tese de Vivante, como a da doutrina francesa, indica a base técnica da indústria seguradora, não, porém, a característica jurídica do contrato".

Ascarelli fundamenta a unidade do seguro de vida e do seguro de danos, mostrando a fragilidade da tese que nega, no seguro de vida, a existência de indenização. A inestimabilidade da vida não autoriza afirmar que, nos seguros de coisas, se estabeleça indenização integral.

O seguro é contrato empresarial; embora a empresa como parte necessária seja nota comum a outros contratos (faturização, franquía-empresa nos dois pólos), não constitui exagero realçar esse fundamento técnico do contrato de seguro.

A. Donati (*Trattato del Diritto delle Assicurazioni private*, volume primeiro, Giuffrè, Milão, 1952, pp. 3-20) apresenta, de forma singela e precisa, os elementos técnicos da operação de seguro. O homem não consegue prevenir todos os danos; resta-lhe neutralizar os efeitos prejudiciais. O risco, evento futuro e incerto, quando realizado, gera desvantagem. O seguro nada mais é que, nas palavras de Donati, a defesa do homem contra a incerteza do futuro. A eficácia do seguro pressupõe o agrupamento de ampla massa de riscos, que, pela quantidade de prêmios, permite compensar os riscos entre si.

Os elementos técnicos do seguro demonstram que a operação reclama uma atividade organizada, orientada com fundamento em técnica estatística.

A Prof^a. Vera Helena de Mello Franco ("O contrato de seguro" in *Novos Contratos Empresariais*, coordenação de Carlos Alberto Bittar, Ed. RT, 1990, p. 183) anota que, sob o aspecto econômico, o seguro é a cobertura recíproca de necessidades fortuitas e estimáveis, relativas a vários interesses igualmente ameaçados. A compensação econômica que caracteriza o seguro é aquela estríbada na distribuição das conseqüências do sinistro por um grande número de patrimônios submetidos aos mesmos riscos.

O seguro supõe uma empresa; não é concebido com base nas relações individuais entre segurador e segurado. Constitui técnica de solidariedade mediante mutualidade. O segurador, que é um profissional, agrupa riscos, que se compensam de acordo com as regras da estatística. O agrupamento dos riscos funda-se no critério da dispersão, da homogeneidade e da freqüência. Tais elementos técnicos permitem a quantificação do prêmio. O segurador, dispondo do valor dos prêmios recebidos, assume o papel de gerente do fundo comum. Em posse desses dados, con-

clua-se que a operação de seguro não é aleatória para a seguradora. O cálculo das probabilidades permite se determinar, com precisão, o número de sinistros em certo período.

O relato dos elementos técnicos da operação de seguro oferece dados para a caracterização do contrato de seguro. Convém esclarecer que não se cuida aqui de seguro social, cujos fundos são formados pela cobrança de verdadeiro tributo. Apesar das semelhanças, o seguro, que resulta de contrato, é fruto da autonomia privada; o mesmo não se pode afirmar dos seguros sociais ou dos obrigatórios.

O contrato de seguro é sinalagmático. Gera para o segurado, obrigação de pagar o prêmio e, para a seguradora, de prestar a garantia de proteger o segurado das conseqüências de evento futuro e incerto. A cobertura do dano é eventual; o que é imediato, pela natureza consensual desse contrato, é a contraprestação da seguradora: a garantia.

A apólice de seguro é *ad probationem*. O que vale é o que as partes estipularam no contrato.

Trata-se de contrato a título oneroso. Paga-se o prêmio com vistas ao oferecimento de garantia de cobertura dos danos pessoais ou patrimoniais.

É contrato de trato sucessivo. A conclusão verifica-se pelo mero acordo de vontades; a execução, contudo, protraí-se no tempo. A garantia prestada pelo segurador alonga-se num certo lapso de tempo e, muitas vezes, o prêmio prestado pelo segurado vence-se de ano a ano. Esse traço do contrato de seguro assume importância, quando se considera o elemento temporal da garantia em face da resolução ou a divisibilidade do tempo diante do período garantido.

Contrato de boa-fé, é, no contrato de seguro, fundamental a lealdade das partes. O segurado deve prestar informações exatas. É com base nelas que o segurador determina o valor do prêmio.

As inexatidões colocam em perigo toda a mutualidade, justificando-se, assim, as sanções severas. A má-fé na declaração dos riscos acarreta a nulidade do contrato ou a caducidade, quando se dá na declaração do sinistro.

Questão controvertida diz respeito a aleatoriedade ou a comutatividade do contrato de seguro. Ivonne Lambert-Faivre (*Droit des Assurances*, 3.^a ed. Dalloz, Paris, 1979, p. 113) sustenta, invocando a diferença entre contrato de seguro e operação de seguro, que aquele é aleatório. A operação de seguro não é aleatória, uma vez que a lei dos grandes números e a compensação dos riscos eliminam a álea. Nota-se, ao contrário, aleatoriedade no contrato de seguro singular, em que se estabelece uma única relação entre segurador e segurado. A álea é manifesta na cobertura de um risco incerto. Ainda que certo o risco, verifica-se álea na data do sinistro e na duração de pagamento do prêmio.

Sem deixar de homenagear a douta opinião contrária, sustento a aleatoriedade do contrato de seguro. No começo desse item, foi registrada a concepção de Ascarelli em crítica à teoria da empresa de Vivante. A preocupação de Ascarelli centra-se na confusão doutrinária entre o substrato técnico da operação de seguro e o contrato de seguro. Ao considerar-se tal contrato em sua individualidade, a natureza aleatória sobressai.

Contrato empresarial, é o seguro contratado em massa. Embora sujeito a regras específicas, que integram o seu conteúdo, no contrato de seguro não se anula a autonomia da vontade.

Cabe, por fim, anotar que o contrato de seguro é de adesão, o que gera determinadas conseqüências jurídicas, a exemplo de, no caso de dúvida, interpretação das cláusulas em favor do segurado.

Mais uma anotação sobre o contrato de seguro se faz necessária. Diz respeito

ao objeto do contrato de seguro. Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, Tomo XLV, Borsoi, 1972, § 4.911), com o rigor de linguagem que caracteriza seu estilo, observa: "O que se segura não é propriamente o bem, razão porque, nas expressões "seguro de bens" ou "seguro de coisas" e "seguro de responsabilidade", há elipse. O que se segura é o *status quo* patrimonial ou do ser humano (acidentes, vida). Segura-se o interesse positivo como se segura o interesse negativo".

O Prof. Fábio Konder Comparato (*O seguro de crédito*, Ed. RT, S. Paulo, 1968, p. 25) esclarece que o objeto do contrato de seguro não é uma coisa, mas, sim, um interesse em relação a coisa. A diferenciação proposta, que não é meramente acadêmica, justifica a possibilidade de diferentes seguros sobre interesses incidentes sobre a mesma coisa.

Define-se interesse segurável como uma relação, economicamente estimável, entre um sujeito e um bem.

Pode-se encerrar este item, apontando, sumariamente, os três elementos essenciais ao contrato de seguro: risco a garantir, prêmio e prestação do segurador.

3. O seguro de responsabilidade do produtor

A) Notas gerais sobre o seguro de responsabilidade

O seguro de responsabilidade tem caráter indenitário. Visa a cobrir o dano ao patrimônio de segurado. Supõe dívida de responsabilidade do segurado em relação a um terceiro, que é a vítima.

Ao contrário do seguro de coisas ou bens, que garante um ativo do patrimônio de segurado, o seguro de responsabilidade cobre um passivo, uma dívida do segurado.

O seguro de responsabilidade por ato culposo era repellido pelo Direito. O ato

culposo não devia ser coberto pelo seguro, já que isso implicaria legitimação do ilícito. Ocorre, no entanto, que a industrialização da sociedade, fazendo surgir novos maquinismos, aumentou os riscos. A consagração da responsabilidade objetiva e da responsabilidade por presunção de culpa enfraquece a tese primitiva, tornando o seguro de responsabilidade indispensável à indenização das próprias vítimas.

A atividade comercial e industrial, associada ao crescimento dos transportes terrestres e aéreos, evidencia a indispensabilidade do seguro de responsabilidade.

Não é segurável a responsabilidade por ato doloso, muito menos a responsabilidade penal. Nada impede que seja objeto de seguro o ato doloso de outrem, ou de fato de animal.

Pontes de Miranda (ob. cit., § 4.970) assinala que a responsabilidade segurável pode ser própria ou direta (da pessoa que contrata o seguro) ou responsabilidade alheia ou indireta (dos menores sob pátrio poder, tutela ou curatela; empregados).

Questão altamente relevante diz respeito ao tempo do sinistro no seguro de responsabilidade. A definição de sinistro no âmbito do seguro aqui tratado gera importantes conseqüências jurídicas, na verificação do período de garantia e na prescrição.

Félix A. Trigo Represas e Rubén S. Stiglitz (*El seguro contra responsabilidad civil profesional del médico*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1983, p. 65 *passim*) tecem excelentes comentários sobre as teorias do momento do sinistro. Cinco são as teorias: a) da reclamação da vítima; b) do pagamento ao prejudicado; c) da liquidação da dívida; d) do evento complexo; e) do débito de responsabilidade.

Na teoria da reclamação da vítima, leva-se em conta o dano causado ao segurado por sua dívida de responsabi-

lidade, ficando em segundo plano o dano sofrido pela vítima. A lei francesa de 1930, espelhada na concepção de Hémard, agasalha a teoria da reclamação da vítima. Apontem-se como conseqüências jurídicas dessa teoria: a) a prescrição corre do dia da propositura da ação ou do dia da indenização; b) o surgimento da garantia do segurador depende da reclamação proposta pela vítima; c) não é relevante a ocorrência do evento, ainda que o segurado haja cometido ato danoso a terceiros; d) o prazo da declaração do sinistro ao segurador é contado a partir da reclamação da vítima.

A teoria do pagamento da indenização à vítima supõe que o segurado, sem prejuízo de insolvência, possa pagar-lhe obtendo posteriormente o reembolso da quantia despendida. A mera possibilidade de o segurador discutir se o segurado pagou bem ou mal constitui negação do escopo de garantia do seguro de responsabilidade.

A teoria da liquidação da dívida, partindo do pressuposto da iliquidez da dívida para com a vítima do evento danoso, supõe erroneamente a natureza constitutiva da sentença que condena o segurado e a inexistência de mora nas obrigações ilíquidas. Quanto ao fato ou ato danoso, a sentença é meramente declarativa. Já, no que diz respeito à mora, o Código Civil brasileiro (art. 962) é expresso ao determinar que o autor do ato ilícito está em mora, desde o dia do fato.

A teoria do evento complexo apresenta o itinerário de realização do sinistro, embora este possa reduzir-se a cada um dos momentos, que constituem uma cadeia lógico-causal. A última fase é a da individualização do dano, o que autoriza aplicar todas as críticas tecidas acerca da liquidação do dano.

A teoria do débito de responsabilidade repousa na aceitação de que o sinistro se integra com o surgimento da dívida

de responsabilidade de segurado. O sinistro não se concretiza no ato ilícito, mas na dívida de responsabilidade que dele decorre. É de assinalar-se que os delitos e os quase delitos são fontes de obrigação desde a sua origem. A existência de uma dívida encerra o perigo de execução.

Félix A. Trigo Represas e Rubén S. Stiglitz (ob. cot. loc. cit.) cuidam da questão sob a perspectiva da análise dualista da obrigação. Sustentam como momento do sinistro a aparição do débito de responsabilidade, notando que a dívida de responsabilidade surge *ex lege* com o evento danoso ou pelo descumprimento de uma obrigação de satisfazer uma prestação. É de invocar-se, nesse passo, o trabalho do Prof. Fábio Konder Comparato (*Essai d'Analyse Dualiste de l'Obligation en Droit Prive*, Dalloz, Paris, 1964) onde o estudo da obrigação sob dois aspectos facilita a compreensão de alguns problemas não resolvidos pela teoria unitária da obrigação. A teoria dualista vislumbra na obrigação uma dívida (Schuld) e uma responsabilidade (Haftung). Transpondo tais considerações para a matéria sob cogitação, há de entender-se o evento danoso como o fato gerador da dívida, ao passo que a responsabilidade apareceria com a agressão ao patrimônio do segurado. As teorias da reclamação, do reembolso e da liquidação da dívida radicam a integração do sinistro num momento posterior ao nascimento da dívida, ou seja, no momento da responsabilidade (Haftung).

A questão referida nos últimos parágrafos é complexa e gera opiniões matizadas. Ivonne Lambert-Faivre (ob. cit. p. 303) menciona a teoria analítica, de acordo com a qual o sinistro varia juntamente com o objeto da garantia. O objeto da garantia do segurador no contrato de seguro de responsabilidade decompor-se-ia em três elementos: a dívida de responsabilidade do segurado, as despesas e os juros.

O débito de responsabilidade, que constitui a realização do dano, ou seja, o sinistro, é o objeto principal da garantia. Acarreta, pois, as seguintes consequências jurídicas:

1. O período de garantia do seguro está intimamente relacionado com o momento do sinistro. Tal período transcorre entre a celebração do contrato e o seu termo de extinção, podendo, ademais, ocorrer suspensão da garantia. É evidente que a cobertura da responsabilidade do segurado reclama que o sinistro se verifique no período de garantia.

2. A declaração do segurado ao segurador sobre o sinistro deve dar-se em determinado lapso de tempo, a partir da realização do sinistro, ou seja, do fato danoso.

3. A prescrição da ação de reparação de danos corre do dia do fato danoso.

Sob o aspecto da garantia das despesas, o sinistro concretiza-se na reclamação judicial da vítima.

No tocante à garantia dos juros, o sinistro materializa-se no pagamento efetuado pelo segurado e daí corre a prescrição.

A ação proposta pela vítima do dano contra o segurado faz com que o segurador, pretendendo resguardar seus interesses, estipulem, no contrato de seguro, cláusulas que tendem a substituir o segurado na defesa do processo de responsabilidade. Estabelecem-se cláusulas que interditam o segurado de reconhecer sua responsabilidade, de transigir com a vítima, além de impor a obrigação de prestar informações e de transferir a direção do processo ao segurador.

Não se exclua a possibilidade de a vítima propor diretamente a ação de reparação contra o segurador. A Lei 8.078/90 prevê, no art. 101, II, a possibilidade, no caso de falência do segurado, se proponha a ação de indenização diretamente contra o segurador: "Art.

101, II — o réu que houver contratado seguro de responsabilidade poderá chamar ao processo o segurador, vedada a integração do contraditório pelo Instituto de Resseguros do Brasil. Nesta hipótese, a sentença que julgar procedente o pedido condenará o réu nos termos do art. 80 do CPC. Se o réu houver sido declarado falido, o síndico será intimado a informar a existência de seguro de responsabilidade, facultando-se, em caso afirmativo, o ajuizamento de ação de indenização diretamente contra o segurador, vedada a denúncia da lide ao Instituto de Resseguros do Brasil e dispensado o litisconsórcio obrigatório com este".

Para concluir esse item em que se procurou definir o momento do sinistro, para, entre outras coisas, determinar o período de eficácia do seguro, convém assinalar que, no seguro de responsabilidade do produtor, se adota o sistema *claims made*. Não é relevante o momento em que o dano se manifesta. O que importa é a demanda de ressarcimento. Na hipótese de várias reclamações fundadas num mesmo defeito, a data da primeira reclamação será tida como a data das demais, ainda que pleiteadas após a cessação do seguro.

B) Riscos

O título "responsabilidade do produtor" delimita o campo de estudo do seguro. Apesar de dizer respeito ao seguro de responsabilidade do produtor, cumpre referir, nesse trabalho, as outras hipótese de responsabilidades consagradas na Lei 8.078/90.

Os danos que podem ser ocasionados pela atividade do fabricante superam aqueles emergentes da mera comercialização. Na formulação de novo modelo de contrato de seguro de responsabilidade não se dissociam as etapas de fabricação e de distribuição dos produtos. A cobertura dos vícios de qualidade eviden-

cia a necessidade de tratar, em conjunto, do seguro de responsabilidade do produtor e do fornecedor comerciante.

A enumeração dos riscos seguráveis reclama se verifiquem os dispositivos da Lei 8.078/90 relativos à responsabilidade do fabricante e à do fornecedor. Já ficou registrado, no item das transformações da responsabilidade civil, que, embora a Lei de Defesa do Consumidor (para alguns códigos), tenha consagrado, no art. 12, a responsabilidade independente de culpa, isso não passa do mau vezo de aplicar modelos antigos a realidades novas. O conceito fundamental, na caracterização da responsabilidade do fabricante, é a noção de defecibilidade do produto.

A Lei 8.078/90, evidenciando excesso de rigor, determina, no § 2.º, do art. 25, que, na hipótese de dano causado por componente ou peça incorporada ao produto ou serviço, são responsáveis solidários seu fabricante, construtor ou importador e o que realizou a incorporação.

O âmbito de responsabilidade do empresário dá a noção dos riscos seguráveis, permitindo, de resto, estudo das formas de operacionalização do novo seguro de responsabilidade.

No tocante aos vícios de qualidade ou quantidade, assegura-se ao consumidor, não sendo o vício sanado em trinta dias, a substituição do produto ou a restituição da quantia paga, sem prejuízo de eventuais perdas e danos.

Marino Bin ("L'assicurazione della responsabilità civile da prodotti" in *Trattato di Diritto Pubblico dell' Economia*, sob a direção de Francesco Galgano, Cedam, Pádova, 1989, pp. 280-281) censura a não segurabilidade do dano puramente econômico, ou seja, aquele que decorre da inadequação do produto em relação às exigências de uso contratualmente estabelecidas.

A tão só segurabilidade do risco emergente da possibilidade de morte ou lesão

ou de dano a coisa limita a proteção do consumidor. A cobertura dos vícios de qualidade ocorre somente quando a qualidade do produto associa-se a dano a pessoa ou coisa. É decisivo o argumento de que a aquisição de medicamento ineficaz pode ser tão ou mais prejudicial que o produto defeituoso.

Convém assinalar que a Lei 8.078/90 consagra a reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos (art. 6.º, VI). Não estabelece limite de responsabilidade.

A lei alemã de responsabilidade pelos produtos defeituosos (*Produkthaftungsgesetz*), de 15 de dezembro de 1989, estatui, nos § 10, que a quantia máxima de indenização (*Haftungshoehchstbetrag*), no caso de danos a pessoa, é de 160 milhões de DM. Tratando-se de dano a coisa, o lesado há de suportar o prejuízo até o teto de 1.125 DM.

O modelo de seguro de responsabilidade do produtor na Alemanha reflete as peculiaridades do regime de responsabilidade do produtor.

A comparação do modelo germânico com o brasileiro leva a concluir que, no Brasil, se adotou um regime que desestimula o intercâmbio comercial. O rigor da Lei 8.078/90, que não prevê limitação da responsabilidade do fabricante, pode inibir um exportador alemão de travar relações comerciais com o Brasil.

O modelo de tutela do consumidor brasileiro, se levado a sério, constituirá rude golpe ao desenvolvimento do país.

A disciplina processual constitui, igualmente, elemento de composição do risco.

Sob o aspecto processual, a Lei 8.078/90 inovou muito, no tocante à competência do Judiciário, aos meios processuais de tutela do consumidor, à legitimação *ad causam*, à matéria probatória, aos limites subjetivos da coisa julgada e ao acesso ao Judiciário. Quanto às inovações assim se pronunciou José

Rogério Cruz e Tucci ("Código do Consumidor e processo civil", aspectos polêmicos, in *RT* 671/32, set/1991). "parece-me que o legislador nacional em alguns pontos cruciais, deixou de assimilar o que de melhor, na esfera do processo civil, já havia sido colocado à prova, há vários lustros, nas experiências jurídicas que serviram de modelo ou, pelo menos, de fonte de inspiração para a redação da lei brasileira".

Hão de observar-se como nota Gert Brueggemeier ("Produkthaftung und Produktsicherheit" in *ZHR* 152, 1988, p. 521) os efeitos preventivos do regime de responsabilidade. O prêmio do seguro implica expectativa de arcar-se com os custos sociais da atividade econômica. São vantagens do seguro de responsabilidade a efetiva reparação dos danos e a superação do princípio da limitação da responsabilidade corporativa e dos riscos da insolvência do produtor. A adoção de um modelo de seguro de responsabilidade é difícil em razão dos múltiplos aspectos da responsabilidade do produtor.

O sistema de segurança de cada empresa deve ser levado em conta, uma vez que a intensidade dos riscos é aferível, com mais precisão, individualmente.

Richard Hettich (*Produkthaftung, Haftungsumfang und Risikobegrenzung*, 2.ª ed., Franz Rehm, Munique, 1990, pp. 127-145) estabelece um paralelo entre as condições gerais do seguro de responsabilidade (*allgemeinen Bedingungen fuer die Haftpflichtversicherung-AHB*) e o *HUK-Modell*, modelo de seguro de obrigação de responsabilidade pelo produto.

No modelo tradicional, são riscos segurados os atos ilícitos, a responsabilidade pelos riscos e a pretensão de reparação de danos com fundamento em contrato ou quase contrato.

Constituem riscos não segurados nem seguráveis os danos à própria coisa distribuída, os danos dolosamente cau-

sados e os decorrentes da não eliminação dos riscos conhecidos.

Embora não seguráveis no modelo AHB, podem ser seguráveis mediante cláusula especial:

- a) interesse no regular adimplemento do contrato;
- b) reparação de danos decorrentes de falha numa qualidade garantida;
- c) pretensão que supera a pretensão legal (com base contratual);
- d) danos meramente patrimoniais;
- e) danos causados pelo aperfeiçoamento da coisa;
- f) danos de irradiação;
- g) danos ocasionados no estrangeiro.

O modelo AHB descreve a cobertura padrão, não leva em conta os riscos especiais, a exemplo do risco de inundação, de vazamento de gás e umidade (danos em série), da distribuição de mercadorias, que integrarão outros produtos, das garantias superiores à legal; da possibilidade de a mercadoria causar dano no exterior, da montagem realizada em imóvel (estabelecimento) estranho, da radioatividade.

O *Huk-Modell* (modelo de obrigação de responsabilidade pelo produto), por sua vez, aumenta a extensão dos riscos cobertos pela AHB. Alcança mercadorias que não foram produzidas pelo segurado, apenas adquiridas e posteriormente alienadas. Inclui, entre os riscos seguráveis, os danos patrimoniais decorrentes de vício na qualidade garantida. São riscos excluídos da cobertura do seguro a interrupção da atividade da empresa ou ataque à produção, a pretensão com base em garantia adicional própria, o dano doloso. A cobertura de risco no exterior depende de estipulação específica. A rigidez da responsabilidade do fabricante nos EUA reclama tratamento diverso. O mesmo se aplica, nas exportações, ao Brasil.

Marino Bin (ob. cit. p. 275) apresenta o modelo contratual da ANIA (Associa-

ção Nacional das Empresas de Seguro), registrando a importância da delimitação do risco segurável, em relação ao dano que o produtor há de ressarcir por defeitos do seu produto.

O art. 13 do referido modelo estatui que o segurador se obriga a cobrir o que o produtor deve, por força de lei, pagar como indenização (capital, juros, despesas), desde que os danos decorrentes de defeito dos produtos sejam involuntários.

Os danos por morte, lesão pessoal e danificação de coisas são seguidos, no campo segurável, pelos danos decorrentes da interrupção ou suspensão total ou parcial, da atividade industrial, comercial, agrícola ou de serviço.

Além dos riscos atômicos e danos de poluição, não são seguráveis:

a) as despesas de substituição do produto, ou de suas partes, bem como as de conserto ou do valor do produto;

b) as despesas de retirada do produto do mercado (produto defeituoso ou presumido como tal);

c) despesas em sede extrajudicial para a verificação da causa do sinistro, salvo quando autorizadas pelo segurador;

d) os danos resultantes da responsabilidade voluntariamente assumida pelo segurador, sem correspondente fundamento legal.

A Suprema Corte italiana entendeu que o conceito de fato acidental é por demais vago e impreciso para qualificar o fato danoso segurável. A boa fé, indispensável no contrato de seguro, não se compadece com o uso de expressão genérica, uma vez que o seguro de responsabilidade civil cobre, salvo o fato doloso, qualquer risco não excluído por cláusula inequívoca (Cf. Marino Bin, ob. cit., p. 289).

O modelo evoluído de seguro de responsabilidade na Itália adotado pela ANIA cobre os danos causados pelos componentes que integram o produto final retirado do mercado.

A cobertura dos riscos deve ser limitada a determinada soma por ano. Os danos são, geralmente, em série. O fato danoso, para efeito do valor do seguro, encampa vários danos isolados. Tal prática desestimula a negligência do produtor e reduz o prêmio.

Pode-se assim exemplificar essa técnica: Um produtor contrata um seguro de 1 milhão de cruzeiros dos danos até o dobro. Ao longo do ano, verificam-se três danos causados a pessoas; o primeiro dano cifra-se em 1,5 milhão de cruzeiros, o segundo em 800 mil cruzeiros e o terceiro em 500 mil cruzeiros. No caso de 1,5 milhão, o segurador só paga 1 milhão; sendo irrelevante que o máximo anual alcance 2 milhões; o que conta é a prestação máxima contratada por dano isolado e não a duplicação da cobertura anual relativa a todos os danos do período. Para a cobertura do segundo dano, resta a metade da duplicação. Pagando-se os 800 mil cruzeiros, sobram ainda 200 mil cruzeiros. No caso da indenização de 500 mil, o produtor terá de arcar com 300 mil cruzeiros.

Ainda no contexto do risco, convém notar que a colocação do produto no mercado constitui pressuposto da garantia oferecida pelo seguro.

Ao longo desse item foi feita referência à experiência alienígena, notadamente a alemã e a italiana. Censurou-se o rigor do regime de responsabilidade adotado na Lei 8.078/90. Para não se restringir a apenas dois Estados da Comunidade Européia, merece transcrição o que João Calvão da Silva, em dissertação de doutoramento (*Responsabilidade civil do produtor*, Livraria Almedina, Coimbra, 1990, p. 537) anotou: “saliente-se que a experiência norte-americana não deixou de estar presente no Conselho de Ministros das Comunidades Européias que aprovou a Diretiva sobre responsabilidade do produtor. E a solução equilibrada que acabou por encontrar, pondo nos pratos da

balança os diferentes interesses de produtores e de consumidores — nomeadamente, o estado da ciência e da técnica como causa de exclusão da responsabilidade pelos chamados riscos do desenvolvimento, o concurso de culpa da vítima e os prazos de prescrição e de caducidade —, permite auspiciar viabilidade e praticabilidade ao correspondente sistema de seguro”.

C) Prêmio

O prêmio, como assinalam M. Picard e A. Besson (*Les assurances terrestres en droit français*, tomo primeiro, 4.^a ed. L.G.D.J., Paris, 1975, p. 42) é o preço do seguro. Constitui a contrapartida da assunção do risco.

O risco e o prêmio correlacionam-se; a quantificação deste depende da intensidade daquele.

O estabelecimento do prêmio expressa o valor do risco. O papel da estatística é relevante na determinação do prêmio. A Lei 8.078/90 ainda não foi aplicada por um período longo; não se dispõe assim de dados estatísticos para agrupar os riscos numa mesma mutualidade. Não há ainda dados estatísticos para compor o substrato técnico essencial a qualquer operação de seguro.

O regime de responsabilidade objetiva é nefasto na quantificação do prêmio, no seguro de responsabilidade do produtor. Embora o seguro se mostre indispensável no regime de responsabilidade independente de culpa, a majoração dos prêmios desestimula a contratação de seguro. É de assinalar-se, por outro lado, que os danos em série podem acarretar a falência e, em consequência, o malogro no ressarcimento das vítimas.

A responsabilidade objetiva levada às últimas consequências ocasionou, nos EUA, a *products liability crisis*. Essa crise centra-se nos aumentos dos prêmio de seguros, nas incertezas na responsabilidade delitual e nas práticas inseguras de

produção. A elevação dos prêmios gerou três sortes de problemas: o encarecimento dos produtos, o desestímulo ao desenvolvimento de produtos de alto risco, embora benéficos para a humanidade e o aumento dos riscos sem cobertura de seguro. Cogita-se assim na alteração desse modelo de responsabilidade rigoroso, excluindo notadamente os riscos de desenvolvimento (Cf. João Calvão da Silva, ob. cit., p. 535-536).

A franquia constitui técnica que permite a redução dos prêmios. O produtor arcaria, pois, com os danos até determinado valor.

São elementos, igualmente, relevantes, no estabelecimento do prêmio a soma segurada, a duração do seguro e a taxa de juro.

O período de um ano é a unidade de tempo normal das estatísticas. Se o risco é variável, o estabelecimento do prêmio assume certa complexidade, já que ele varia de ano a ano. A falta de adaptação do prêmio gera no caso de realização do sinistro, um pagamento proporcional.

O elemento financeiro diz respeito à possibilidade de aplicação dos prêmios recolhidos, uma vez que os sinistros não se realizam imediatamente.

Ao prêmio puro ou simples se adiciona uma taxa de administração do fundo comum e o valor do tributo incidente na operação.

D) Pessoas seguradas

O círculo de pessoas seguradas envolve não só os produtores, mas também os fornecedores comerciantes. Essa conclusão evidencia-se na análise do regime de responsabilidade consagrado na Lei 8.078/90.

4. Observações finais

Procurou-se, nesse ensaio, não só apontar a estrutura técnica do seguro de responsabilidade do produtor, mas tam-

bém fazer indagações mais profundas sobre as novas figuras jurídicas próprias das sociedades industrializadas.

Qualquer estudo do seguro de responsabilidade do produtor reclama se faça uma análise das profundas transformações da responsabilidade civil. A finalidade do seguro é prover segurança ou amenizar os resultados danosos das sociedades, cujos riscos se expandem.

Teve-se presente, como assinala Michel Villey (*Philosophie du droit*, Dalloz, Paris, 1975, n. 128, p. 218) que a escolha das fontes e de um método é função do fim perseguido. Villey prossegue sublinhando que a maior parte dos juristas não tem consciência disso, uma vez que: "Ils se laissent entraîner à suivre telle ou telle méthode par routine, imitation, ou obéissance a leurs maîtres. Ils ne se doutent pas que cette méthode est un héritage du passé; qu'elle s'est constituée dans le cadre d'une philosophie, qu'elle est justifiable d'une critique au niveau de la philosophie".

O contrato de seguro, por ser altamente regulado, constitui negócio integrado. O seu estudo independentemente da modalidade tratada, suscita indagações mais profundas sobre a autonomia de vontade e da liberdade de contratar. A supressão do referido binômio é incogitável. O Prof. Waldírio Bulgarelli ("Atualidade dos contratos empresariais" in *RDM* 84, out/dez 1991, p. 70) anota: "Ora, seria, como é, exagero admitir-se que foi deitada abaixo a autonomia de vontade e a liberdade de contratar, quando na verdade o que se fez, foi desmistificar uma e limitar a

outra, com o objetivo de dar operacionalidade a várias fórmulas contratuais e atender a certos requisitos sociais".

A operacionalização do Direito não dispensa uma meditação, visando a uma definição ou descrição do objeto de estudo. Saindo-se do mundo jurídico, colhem-se lições valiosas ao estudo do Direito. Marco Aurélio nos seus "Pensées" (tradução francesa) alinha, sem pretensão científica, conselhos metodológicos. "A toutes ces règles salutaires il faut en ajouter une encore, c'est de faire toujours la définition ou la description de l'objet qui se présentera à ma pensée, afin de voir distinctement et à nu ce qu'il est dans sa substance, considéré dans son tout et séparément dans ses parties, et afin de pouvoir me dire à moi-même son vrai nom ainsi que le vrai nom des parties dont il se compose et dans lesquelles il doit se résoudre".

O método aplicado às ciências culturais tem-se aperfeiçoado e assumido complexidade. O pensamento de Marco Aurélio, apesar de singelo ante o avanço científico, é útil no campo jurídico. O jurista operacionaliza o direito, procurando desvendar a natureza das figuras jurídicas em contato com os fatos sociais. Seu trabalho envolve necessariamente classificações e definições. Os conceitos, contudo, não se petrificam, assumem, antes, novos contornos e conteúdo.

O seguro de responsabilidade do produtor merece, em razão da novidade da matéria, considerações mais aprofundadas. As anotações feitas nesse ensaio servem de base para maiores indagações.

O SEGURO E O "FRANCHISING" A VERDADE SOBRE A RELAÇÃO

LUIZ FELIZARDO BARROSO

1. O disclosure, o "franchising" e o seguro — 2. O seguro e o "franchising" — O panorama existente — 3. A falta de uma cultura específica — As necessidades mais sentidas pelo sistema de "franchising" — 4. A cobertura de danos físicos a bens e outros — 5. O grande mercado inexplorado — 6. O "Performance Bond" — 7. Condições para análise visando a fixação do prêmio — 8. A multiplicação dos pontos comerciais. Seu financiamento, sua locação e certeza do recebimento dos alugueres — 9. O seguro fiança locatícia suas coberturas — 10. A contratação do seguro fiança locatícia — 11. O seguro locatício — 12. Conclusão.

1. O *Disclosure*, o *Franchising* e o Seguro

A abertura total e sincera dos dados empresariais, por parte do Franqueador, será a tônica dos anos 90 no setor de *Franchising* no Brasil.

Além de se inserir na filosofia de conduta da transparência dos atos e fatos, que vai permear, na década de 90, todos os negócios no Brasil, públicos e privados, esta transferência é a consagração do princípio do *disclosure* (abertura ampla total e sincera dos dados empresariais), único antídoto eficaz contra um mau negócio, para aquele que deseja investir suas poupanças, duramente conquistadas, em um negócio relativamente novo no Brasil chamado arrendamento empresarial (como quer o projeto de lei), franquia de negócios ou *franchising*, termo este já consagrado entre nós.

A figura do *disclosure* já existe no mercado de capitais brasileiro, contemplada pelo nosso direito positivo, exigindo das empresas, ao lançar suas ações ou debêntures, que divulguem informes empresariais, os mais amplos

possíveis, como balanços e demonstrações financeiras relativas aos últimos exercícios, prospecção de ganhos e perdas para o futuro, processos judiciais nos quais por acaso estejam envolvidas, quer como autoras quer como rés; enfim toda uma gama de informações gerais que o franqueado vai precisar para ingressar no novo negócio, e também, específicas como sejam: qual o prazo médio de retorno de seu investimento? De quanto irá necessitar, para pagar a taxa de ingresso na cadeia de *franchising* respectiva e para a aquisição de equipamentos e instalações? Que outras taxas pagará, como *royalties* mensais, taxas de publicidade, etc., enfim dados, de cuja ausência, para a tomada de uma decisão de investimento consciente, o nosso investidor em franquias jamais poderá se queixar, se, afinal, não houver feito um bom negócio.

No âmbito do mercado de capitais, o documento exigido das empresas que queiram abrir seu capital, ou lançar novas ações ou debêntures, contendo todos aqueles dados, chama-se, "prospecto". Já das empresas franqueadoras

que estejam à procura de franqueados, ou de novos franqueados, também será demandado pela lei que regulará o setor, a emissão de um documento, com todas aquelas informações. Este documento chamar-se-á de *Circular de Oferta de Franquia*, como de resto também já é requerido nos Estados Unidos da América do Norte, na França e nos demais países do chamado primeiro mundo.

Com a promulgação da Lei que se seguir à aprovação pelo Senado do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados, Projeto n. 2, de 1992 (N. 318/91 na Casa de Origem), será exigido do Franqueador, dentre outras providências, que, nesta mesma Circular de Oferta de Franquia, indique “especificamente” qual o seguro mínimo que será solicitado ao franqueado.

Donde se concluiu que ao novo Franqueado será demandado que faça alguma espécie de seguro. Mas qual o objetivo deste seguro? Quais os principais riscos a serem cobertos? Quais as características do contrato de seguro a ser firmado? Que espécie de apólice será adotada? Nada disto está dito no Projeto, nem seria o caso a nosso ver, sendo uma questão totalmente nova a ser resolvida a nível de consultoria para, depois, ingressar no mercado.

2. O seguro e o *Franchising* — O panorama existente

Diante de mais esta nova realidade mercadológica, onde a competição ultrapassará os limites do tamanho do desconto a ser concedido, as empresas seguradoras que não se adequarem à demanda por coberturas novas e diferenciadas — que permitam as operações com produtos modernos como, por exemplo, *riscos operacionais* e *riscos nomeados*, como é o caso do *seguro ao “franchising”* — estará imediatamente fadada ao insucesso e, a médio prazo, ao desaparecimento do mercado segurador.

As empresas seguradoras, pois, que quiserem se manter em atividade próspera, deverão ir de encontro ao que for de interesse da comunidade e do setor de seguros, visando o desenvolvimento do mercado segurador, garantindo, assim, o seu sucesso.

Até bem pouco tempo quem estabelecia a espécie e a qualidade do produto a ser vendido, ou do serviço a ser prestado, era o seu próprio produtor, a partir de suas conveniências, e sua visão — nem sempre a longo prazo — de que o lucro era a única alma do negócio.

Hoje o ponto de vista é outro e este conceito egoístico começa a fazer água, pois o padrão elcito deve atender às reais e mais específicas necessidades do mercado ou de determinados segmentos, atendendo, exatamente, o desejo do cliente — consumidor.

Destarte, o segurador que desejar operar de forma eficiente e competitiva deverá estar voltado para o cliente final e suas necessidades de cobertura, ao invés de orientar sua atividade, exclusivamente, para o produto que já tenha na sua prateleira.

Sabemos que o sucesso fácil financeiro de determinada modalidade de seguro, está na razão direta de sua massificação. A realidade é outra, porém, já que a atividade seguradora tende, hoje, por exemplo, à regionalização em busca de maior eficiência e redução dos custos inerentes e um controle centralizado.

Com a regionalização advém, necessariamente, u’a melhor identificação dos riscos inerentes ao funcionamento da empresa a ser segurada, estando, assim, abertos os novos caminhos artesanais da atividade seguradora, como forma de competitividade e até mesmo de sobrevivência.

Novos produtos concebidos com ousadia e criatividade, desde que conduzidos com responsabilidade e seriedade técnica, podem e devem ser comerciali-

zados e difundidos, observados, é claro, os preceitos básicos de aceitação, avaliação e controle, que sempre nortearam a atividade seguradora que tenha algo a perder e muito porque zelar, em qualquer parte do mundo.

3. A falta de uma cultura específica. As necessidades mais sentidas pelo sistema de *Franchising*

O que está faltando para que a atividade seguradora se volte para o *Franchising* e para que haja um bom volume de negócios compensador — ainda que sem massificação — é o perfeito conhecimento das informações, critérios de avaliação e métodos de cotação, por todas as partes interessadas.

Neste ensaio pretendemos fornecer as informações inerentes à atividade de *franchising*, de modo a possibilitar a fixação dos objetivos e dos principais riscos e bens a serem cobertos.

Da mesma forma em que não é encontrada nos meios financeiros, uma cultura sobre *franchising* — sendo recíproca esta sensação, eis que também não existe na atividade seguradora franqueadora conhecimentos específicos que possibilitem uma demanda franca por fontes de financiamento — não há, tampouco, na atividade seguradora uma cultura mínima sobre *franchising* e, na atividade franqueadora, conhecimentos técnicos que viabilizem a demanda por uma cobertura de seus riscos pelo seguro, possibilitando a dinamização eficaz de seu crescimento.

Quais as necessidades hoje já sentidas pela atividade de *franchising* no Brasil? Que tipos de riscos específicos franqueador e franqueado gostariam de ver cobertos por uma apólice de seguros voltada para a sua condição peculiar de franqueador ou franqueado e, genericamente, de acordo com o seu ramo de negócio?

Afinal, onde o “calo mais aperta”? Sob o ponto de vista do franqueador, o

que mais o estaria preocupando? Seria a “má performance” do franqueado, refletida no não pagamento dos *royalties* mensais devidos? Seria o seguro fiança-locatícia, que possibilitaria ao franqueador contrair financiamento para a aquisição de lojas próprias e alugá-las aos seus franqueados, já que ao menos o retorno do aluguel estaria assegurado?

Seria o seguro de todas e de cada uma das lojas de sua cadcia? Ou o seguro difuso de todas elas por um valor bem menor, mas a abranger cada uma em particular sempre e quando necessário, considerando-se que o infortúnio jamais alcançaria, ao mesmo tempo, um grande número de lojas?

Sob o ponto de vista do franqueador (e até mesmo do franqueado, nas franquias de indústria, como nas de engarrafamento de bebidas Coca-Cola), não seria por acaso o *Seguro de Riscos Operacionais*?

Sob o ponto de vista do franqueado, seria a possibilidade de cessação, um dia, quem o sabe, das atividades do franqueador, inviabilizando o seu negócio no qual investiu todas as suas poupanças e para qual fez uma verdadeira opção de vida?

Seriam meramente as coberturas facultativas tradicionais no mercado e altamente rentáveis para os agentes seguradores?

Seria precaver-se contra as responsabilidades civis inerentes a acidentes em seu estabelecimento comercial, ou provenientes de produtos vendidos ou distribuídos pelo franqueado, principalmente, agora, em face do Código de Proteção do Consumidor?

Seria precatar-se contra reparações pecuniárias em consequência de danos pessoais sofridos por empregados seus, inclusive morte ou invalidez quando em serviço, no que exceder à devida pelo seguro obrigatório de acidentes do trabalho? Ou o próprio seguro de acidentes do trabalho quando de sua privatização?

Seria a cobertura de riscos por acidentes relacionados com a prestação de seus serviços em locais de terceiros, considerados estes como sendo as firmas contratantes de seus referidos serviços?

Seriam as reparações pecuniárias conseqüentes de danos a bens de terceiros confiados à sua guarda e responsabilidade?

Seria o seguro de estabelecimentos de ensino, para a cobertura de riscos por acidentes a professores, alunos e funcionários do próprio estabelecimento?

Seria o seguro de chefe de família, a cobrir todas as suas responsabilidades inerentes a esta sua condição, na hipótese de o franqueado ou mesmo franqueador ser obrigado a parar de trabalhar e, conseqüentemente, de produzir?

Seria sua aposentadoria? Ou, simplesmente um pecúlio?

Seria o seguro saúde seu, de seus dependentes, prepostos e funcionários?

Não seriam, por acaso todas estas coberturas e mais, a título meramente exemplificativo, algumas destas outras coberturas facultativas, para danos físicos, a serem oferecidas em condições especiais ao Segurado do sistema *Franchising*?

4. A cobertura de danos físicos a bens e outros

Incêndio, raio, explosão;
 Danos elétricos;
 Vendaval, ciclone, tornado, granizo, alagamento, inundação;
 Impacto de veículo/queda de aeronave;
 Responsabilidade civil;
 Lucros cessantes em decorrência de danos físicos;
 Fidelidade;
 Roubo de bens;
 Roubo de valores;
 Reembolso de grandes despesas;
 Anúncios, luminosos, painéis, letreiros;
 Quebra de vidros e de máquinas;
 Tumulto; greve; saques em supermercados;
 Instalação em novo local;

Pagamento de alugueres a terceiros, assegurando o retorno do investimento feito pelo Franqueador na aquisição do imóvel alugado ao Franqueado?

5. O grande mercado inexplorado

Como se vê pelo espectro não exaustivo das modalidades antes citadas, há todo um mercado amplíssimo, praticamente inexplorado pela atividade seguradora, a não ser de modo solto, esparso, disperso, amadorístico, empírico, rotineiro, improvisado, camuflado e cúvido, à espera de ousadia e criatividade: uma só apólice cobrindo as principais modalidades eleitas, facilitando, destarte, a administração do seguro.

Na franquia, o grande mercado da atividade seguradora é, sem dúvida, o franqueado já que ele é o fator multiplicador dos pontos de venda do franqueador que, nada obstante, não deve ser desprezado como segurado, já que representa um fator de indução irresistível e definitivo na relação, a ponto de alguns contratos de franquia no exterior e a própria Circular de Oferta de Franquia Brasileira possibilitar, em uma interpretação extensiva, que o Franqueador faça o seguro que sua atividade demandar, debitando os respectivos prêmios ao Franqueado.

Para pouco mais de 600 Franqueadores existentes no Brasil, atualmente, registra-se a presença de 52.600 pontos de venda, nele compreendidos, também, os estabelecimentos do próprio franqueador, em que pese em número bem menor, ao lado das unidades franqueadas, com um faturamento global do setor, em 1992, de US\$ 38,1 bilhões, neste total compreendidos os postos de abastecimento de combustível, as engarrafadoras de bebidas e as concessionárias de veículo.

Conquanto na prática, infelizmente, ainda presenciamos ser o preço do seguro o fator decisivo na escolha deste ou daquele produto, deste ou daquele segu-

rador, a principal peça na escolha do seguro *Franchising* estará nas vantagens que ele vai incorporar, tais como simplificação na administração dos seguros e serviços que serão agregados às respectivas apólices.

Não nos esqueçamos de que os principais fatores no gerenciamento de riscos são o perfeito controle e as medidas de segurança, a reduzir, enormemente, as possibilidades de sinistro, com reflexos indiscutíveis na rentabilidade da companhia seguradora.

No *Franchising*, por suas características peculiares de atividade formatada, transmitida aos franqueados através de minuciosos manuais de operação e de gerenciamento, as possibilidades da ocorrência de eventos aleatórios, que possam comprometer, irremediavelmente, a propriedade segurada serão sempre mínimas.

Além do que a seguradora poderá sempre incluir na respectiva apólice uma prestação de serviço de gerenciamento de risco pelo segurador, como forma de complementar o esquema interno, por ventura existente, na cadeia de *Franchising* e/ou em cada uma das lojas de franqueados, já que o seguro não deve servir de escusa ou como substituição à adoção, por parte do segurado, de todas as providências tendentes a evitar danos.

Qualquer agente do mercado segurador que vier a investir no *Seguro Franchising* terá seu retorno certamente assegurado, devido à gama imensa de produtos, os mais rentáveis, que podem ser oferecidos, e que certamente serão amplamente aceitos pelo sistema, em franca expansão e prosperidade comprovada, inobstante a recessão do país.

Se a pujança de um setor pode ser medida pelos números, o *franchising* é, sem dúvida, um dos poucos segmentos da economia brasileira a exibir resultados brilhantes em 1992: uma expansão de 33,5% elevou o total de 10 mil unidades em 1991 para mais de 13 mil

este ano, enquanto o faturamento global do setor de franquias formatadas saltou de US\$ 4,1 bilhões para US\$ 5,6 bilhões no mesmo período, o que se traduz num aumento de 36%.

Todavia, o Seguro de Responsabilidade Civil, amplamente difundido no mercado, agora, principalmente com a existência do Código e Defesa do Consumidor — harmonizando as relações de consumo e colocando as partes envolvidas *in casu* franqueador e franqueado, em situação de igualdade — não devem ser confundidos, em uma visão simplista e imediatista, pronta a faturar lucros instantâneos, com o Seguro de Garantia do Cumprimento de um Contrato, verdadeiro anseio da comunidade de franqueadores e franqueados.

A obrigação relacionada com o perfeito cumprimento de um contrato de *Franchising*, por exemplo, que é o que mais interessa ao Setor, já seria objeto de cobertura, por parte da atividade seguradora em outro ramo, o Ramo das Garantias Contratuais, cobrindo, indiretamente, prejuízos patrimoniais e lucros cessantes, não resultantes diretamente da responsabilidade por danos materiais e corporais, de natureza culposa, cobertas pelo Seguro de Responsabilidade Civil.

6. O *Performance Bond*

O seguro de Garantia do Cumprimento de Obrigações Contratuais é o seguro mundialmente conhecido como *Performance Bond*, uma das modalidades dos *Construction Contract Bonds* que, por sua vez, faz parte dos *Sureties Bonds*, traduzidos para o português como *Garantias Contratuais*.

Constitui-se o *Performance Bond* na garantia de execução do contrato pela Seguradora, onde figura como garantido o executante construtor, o fornecedor ou o prestador de serviços, *in casu* o franqueado e, como beneficiário do seguro, o franqueador.

Sendo a franquia empresarial o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também, ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração do negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, (art. 2.º do citado projeto de lei), nada mais justo que o Franqueador, em face de tanto despojamento, queira assegurar-se de que vai, efetivamente, ao longo de um contrato de cumprimento de obrigação continuada, receber a remuneração a que faz jus.

Assim é que os agentes do mercado segurador deverão estar cientes de que atenderão, efetivamente, às necessidades do sistema de *franchising*, abischoitando lucros altamente compensadores, na medida em que, paralelamente a todas as coberturas de responsabilidade civil e facultativas, antes mencionadas, ofereçam o Seguro de Obrigações Contratuais, com o que se estará garantindo a higidez do respectivo sistema, em uma economia cambiante como a nossa, ainda em busca de sua vocação.

Qual o franqueador que iria recusar um franqueado que apresentasse uma apólice de garantia do desempenho de suas obrigações previstas no contrato de franquia, após, é claro, haver preenchido todos os outros requisitos indispensáveis, apurados em um rigoroso processo de seleção?

É claro que a Seguradora, ao garantir a execução do contrato do afiançado, deverá conhecer, detalhadamente, seus termos, bem como a capacidade, o caráter e o capital do afiançado — franqueado. Mas isto, por acaso, já não é requerido em qualquer contrato de *performance bond*?

Ademais, além de a Seguradora poder valer-se dos serviços especializados de consultores em *franchising*, para poder

assenhorear-se, detalhadamente, de seus termos e de suas implicações jurídico-obrigacionais, terá à sua disposição o contrato de contra-garantia, um dos alicerces do tripé que sustenta o *performance bond*: contrato de *franchising*, chamado de principal, contrato seguro, denominado de garantia e contrato pleno e consentido de ressarcimento, chamado de contra-garantia, e, em alguns casos especiais, uma garantia colateral, constituída por bens livres de ônus ou por direitos líquidos e certos aceitáveis pela seguradora, em valor necessariamente igual, no mínimo, ao valor da importância segurada.

É bem verdade que ao se obrigar contratualmente com um Franqueado, será exigido da Seguradora que ela o conheça e o aceite quase como se fosse seu sócio, no cumprimento de suas obrigações contratuais; daí exigir-se da empresa seguradora ousadia e criatividade, dentro, aliás, das características do novo Plano Diretor para o mercado segurador brasileiro, a demandar maior qualidade dos produtos e novas técnicas operacionais, agora mais do que nunca, para se fazer face à concorrência estrangeira, com a abertura para capital segurador externo, que, aliás, já está batendo à nossa porta.

Seja como for, como apanágio do próprio seguro e *Performance Bond* a Seguradora terá sempre à sua disposição amplos informes para pré-qualificar o franqueado, segundo a tradição dos *bonding*, analisando os 3 *c* do garantido: sua capacidade, seu caráter e seu capital.

Capacidade medida em relação ao conceito da empresa, que deve ser apontada como séria no ramo, comprovar seu desempenho, atestar sua competência profissional e experiência adquirida ao longo de sua existência, e demonstrar possuir recursos humanos e maquinário adequados à realização de seus objetivos sociais.

Caráter, verificado, através de levantamento cadastral completo, tanto quan-

to possível, apurando-se todas as informações sobre seu comportamento junto às entidades financeiras, principais fornecedores, clientes anteriores, fisco, etc.

Capital, avaliando-se a relação entre direitos e obrigações, que deve poder classificar a empresa como líquida e solvente e em condições de apresentar contra-garantias oferecidas por terceiros, seus sócios, acionistas, diretores e outras pessoas físicas ou jurídicas, atentando-se, também, para sua condição financeira, recursos disponíveis, fluxo de caixa, capital de giro, linhas usuais de crédito, etc.

A análise do projeto visa fornecer elementos para a fixação do prêmio comprovando, por conseguinte, sua viabilidade quanto a:

7. Condições para análise visando a fixação do prêmio

Condições Técnico — Econômicas: Macro e Micro — Em que setor da atividade econômica está inserido o negócio do franqueador, que será assumido pelo franqueado? Como está se portando e quais as perspectivas para os próximos 3 a 5 anos?

Qual a posição competitiva do franqueador em face de seus concorrentes?

Em que grupo econômico-jurídico-empresarial se insere o franqueador, se é que, de fato, ele está inserido em algum?

Condições Técnico-Jurídicas — Qual o universo jurídico em que gravita o negócio do franqueador, como empresa e como empresa-franqueadora?

Quais as suas responsabilidades em face da legislação que baliza sua atuação?

Que outros diplomas ou instituições norteiam a atuação do Franqueador: Código de Ética? Associação de Classe?

Condições Econômico-Financeiras — Quais os números do projeto de viabilidade econômico-financeira do negócio a ser franqueado? Há um cronograma financeiro quanto ao retorno do inves-

timento? Quanto o franqueado precisaria investir? Em que nível e qual a densidade de dedicação pessoal ao negócio que lhe será solicitada?

Quais os custos de implantação do negócio?

Quais as taxas de ingresso no respectivo sistema, e de publicidade? Quais os *royalties* mensais a serem pagos?

Qual o capital de giro exigido e durante quanto tempo?

Existem fontes disponíveis para financiamento do empreendimento? A que título? Empréstimo? Venture capital? Do próprio franqueador? De terceiros?

Qual a compatibilidade dos recursos com os encargos ao longo do tempo?

Projeto Arquitetônico — Programação Visual — É moderno, atrativo, compatível com o negócio a ser explorado no ponto comercial escolhido?

Qual o custo do projeto?

Qual o custo da respectiva execução?

Em quanto tempo ficará pronto?

Quem arcará com os respectivos custos?

Há financiamento? Há assistência técnico-gerencial até a abertura do estabelecimento?

E mesmo depois para os necessários ajustes?

Condições Mercadológicas — A atividade do franqueador atende às necessidades do mercado em que está inserido ou de determinados segmentos específicos?

É novidade autêntica?

É de concepção ousada?

Está amparada por uma atividade de marketing?

É esta atividade indispensável?

Condições Administrativas — Seleção e Treinamento do pessoal

Dependeria de treinamento intensivo, específico e custoso? A escolha e seleção obedece a critérios técnicos-científicos, inclusive de adaptação ao negócio e sua não rotatividade excessiva ao longo do tempo?

O treinamento é ao longo da vida, mediante reciclagem, ou se restringiria à época que precede à inauguração do estabelecimento?

Fiscalização — Terá a seguradora condições e direito à fiscalização da atividade, cuja *performance* é assegurada, visando a verificar a compatibilidade dos dados econômicos-financeiros projetados com a realidade candente do dia a dia, de modo a se saber, inclusive, se estão sendo cumpridas, de parte, as condições e obrigações do contrato de franquia pactuado?

Obs.: A fiscalização não será impositiva ou compulsória mas, certamente, será necessária.

8. A multiplicação dos pontos, comerciais. Seu financiamento, sua locação e certeza do recebimento dos alugueres

Uma palavra sobre o seguro-fiança para o *Franchising*.

Na relação Franqueador/Franqueado o “ponto comercial”, e, mais amplamente, o fundo de comércio tem no imóvel que o abriga seu alicerce nevrálgico de sustentação.

Sem medo de errar, diríamos que certas franquias não dinamizaram, ainda, seu fator de multiplicação pela ausência de condições favoráveis para a aquisição de imóveis próprios à disposição de um programa de incremento do número de unidades a serem franqueadas.

Tão loto o setor de financiamentos e investimentos financeiros no país acorde para o *Franchising*, verá que uma das mais sadias e seguras formas de aplicação será o financiamento da aquisição, por parte do Franqueador, de imóveis comerciais e sua locação aos respectivos franqueados, ou, simplesmente, de alienação de seus próprios imóveis a fundos de pensão, por exemplo, e sua sublocação aos seus franqueados. E, quem o sabe, a aquisição de lojas comerciais pelos fundos de pensão para locação aos

franqueadores e sublocação aos seus franqueados por alugueres até de maior valor, como o permitirá a lei de *franchising*.

A assunção deste tipo de financiamento será tão mais aceita, é claro, na medida em que os franqueadores-locadores ou sublocadores tiverem a certeza de que seus franqueadores-locatários terão asseguradas suas performances, através de um seguro de obrigações contratuais, e/ou mais especificamente, na medida em que a locação respectiva possa ser garantida por um tipo de fiança — o seguro fiança locatícia, já perfeitamente caracterizando pela legislação em vigor.

9. O seguro fiança locatícia suas coberturas

O Seguro Fiança Locatícia tem dois tipos de coberturas: a básica e a adicional. A básica é a cobertura do inadimplemento contratual em consequência do não pagamento pelo locatário dos alugueres e/ou encargos, além dos honorários advocatícios e as custas judiciais, em consequência da ação de despejo ou reintegração de posse promovida pelo locador.

As coberturas adicionais são decorrentes de riscos mais gravosos, em que há necessidade de cobrança de prêmios adicionais ou riscos paralelos, decorrentes da garantia principal.

As coberturas adicionais são: sublocação; locação por temporada; locação de imóveis utilizados por hospitais, unidades sanitárias oficiais, asilos, estabelecimentos de saúde e ensino autorizados e fiscalizados pelo poder público; danos ao imóvel causados pelo locatário; multas.

Garantido o franqueador — que receberá, seguramente os alugueres de seus franqueados — estará este tranquilo quanto ao pagamento das prestações dos financiamentos que vier a assumir para este fim

específico, encorajando-se a contrair outros; mais e mais, até atingir um ponto ideal de expansão de sua cadeia.

Não é desconhecido no mercado que a franquia McDonald's partiu para a aquisição dos pontos comerciais, dando-os em locação aos seus franqueados, como forma de robustecimento de seu ativo e melhoria do perfil de desempenho das ações da "corporation" na Bolsa de Valores de Nova York.

Não é, tampouco, afastado do domínio público, porém, que o McDonald's hoje é segunda imobiliária do mundo, só perdendo para a Igreja Católica em número de unidades imobiliárias, sendo que a renda proveniente dos alugueres tem superado, em muitos casos, e em várias oportunidades, a renda operacional proveniente dos *royalties* pagos pelos franqueados.

Por todos os títulos é esta, pois, uma estratégia empresarial nada desprezível e que ficará ao alcance de qualquer franqueador, se este passar a dispor de financiamento para a aquisição de unidades podendo, ainda, desfrutar do seguro de obrigações contratuais e, até, do seguro de fiança locatícia.

10. A contratação do seguro fiança locatícia

O Seguro de Fiança Locatícia, pode ser contratado tanto por pessoa jurídica como física, quer pelo proprietário do imóvel, quer como seu representante (procurador, administradora, etc.).

Quando esta contratação é feita pelo locatário, obrigatoriamente será emitida uma apólice individual, garantindo as relações de contrato entre aquele locatário, por aquele imóvel, junto a seu locador.

Quando a contratação do Seguro é feita pelo locador, a apólice tanto pode ser individual (garantindo um só contrato, um só locatário), como coletiva (garantindo "N" locatários).

O Diário Oficial da União, de 17 de janeiro de 1992, publicou a Circular n. 1, de 14 do mesmo mês, da SUSEP que na forma do art. 36, c, do Dec.-lei 73/66, aprovou as cláusulas de contrato-padrão do seguro de fiança locatícia.

A contratação por Administradora de Imóveis, por *Shopping Center's* ou, *in casu*, pelo Franqueador, será sempre em apólice coletiva, quando se referir a mais de uma unidade dos imóveis administrados ou de propriedade dos contratantes.

No caso de Administradora de Imóveis ela será a estipulante da apólice e Segurados os locadores-proprietários dos imóveis. Já na administração dos *Shopping Center's*, e na administração de uma cadeia de *Franchising*, a administradora e/ou o Franqueador, além de estipulante, pode ser também o Segurado, na qualidade de dono e/ou o sublocador dos imóveis arrendados e, segurado, por excelência, o Franqueado.

Qualquer exclusão de um imóvel da cobertura do seguro, nas apólices da Administradora, deverá ser previamente acertado com a Seguradora. Isto objetiva eliminar a pré-seleção do risco, o que levaria a serem segurados somente os casos de maior possibilidade de sinistro.

Estariam excluídos pela Lei 8245/91, o arrendamento mercantil, em qualquer de suas modalidades, o que, talvez, se constituísse em um óbice ao seguro fiança locatícia no *franchising*, já que este se estabelece nos respectivos imóveis mediante um contrato de locação comercial.

"4. Prejuízos não indenizáveis e riscos exclusivos.

"4.1 O presente seguro não responderá pelos prejuízos resultantes de:

"c. O arrendamento mercantil, em qualquer de suas modalidades".

Queremos crer, porém, que a expressão arrendamento mercantil, refira-se, mais precisa e especificamente, às ope-

rações de *leasing* ou ao aluguel de coisas móveis — que possam ser objeto de *leasing* ou não — como, por exemplo, direito ao fundo de comércio e todos os itens que o constituem, direta ou indiretamente.

O fundo de comércio embora abstrato, ativo não tangível, contém um valor econômico perfeitamente mensurável e que subsiste por força do amparo que lhe empresta a Lei do Inquilinato.

11. O seguro locatício

O Seguro locatício já existia antes da Lei 6.649/79, e foi regulamentado pela Resolução n. 14, de 27 de setembro de 1979, do Conselho Nacional de Seguros Privados. Diferentemente das disposições anteriores, agora a Lei 8.245/91, no seu art. 41, diz que abrangerá a totalidade das obrigações do locatário, o que inoconria, eis que circular administrativa limitava a responsabilidade de seguradora a até doze vezes o valor do aluguel e encargos vigentes do contrato.

É preciso não esquecer, pois, que continua existindo uma cobertura de seguro locatício, na modalidade de Crédito Interno, perfeitamente delineada, a nível de Instituto dos Resseguros do Brasil, cujas condições só foram adaptadas às exigências da nova lei e consubstanciadas na Circular SUSEP 001/92, em 14.01.92.

É necessário, igualmente, lembrar que na impossibilidade total de adotar-se o Seguro Fiança Locatícia para arrendamentos mercantis, o Seguro de *Performance* ou de Obrigações Contratuais, já preconizado — assegurando o pagamento dos *royalties* pelo franqueado ao franqueador — poderia abranger, igualmente, o pagamento dos alugueres devidos, eis que esta também é uma obrigação pecuniária, contratualmente estabelecida, da mesma forma que todas

as demais, contornando-se o impedimento legal.

Assim é que, mesmo os contratos de arrendamentos do fundo de comércio, ou de máquinas e instalações; ou mesmo de concessão comercial, poderiam ter, como objeto de seguro, a *performance* do arrendatário ou do concessionário.

12. Conclusão

Como foi dito no início, tanto o mercado de *Franchising* como o Segurador, tende à profissionalização; a se sofisticar, não comportando mais soluções prontas, ainda que de meia confecção, amadorísticas, improvisadas, imediatistas e cobiçosas.

Conduzindo ao artesanato técnico, a atividade seguradora hoje em dia mostra-se como um desafio às mentes criativas e ousadas e, porque não dizer, ambiciosa de novos ganhos e de lucros certos, servindo, por outro lado, como um instrumento sadio de prestação de um belo serviço à comunidade, na medida em que se atendam aos anseios e suas necessidades, com seriedade e apuro técnico, receita milenar, aliás, de bons lucros e retorno certo, a curtíssimo prazo, em qualquer atividade empresarial.

São estas as considerações que objetivam estabelecer um balizamento normativo à atividade seguradora, junto ao sistema de *Franchising* no Brasil, de modo a ordenar o que está por vir e coibir iniciativas, alvissareiras, porém improvisadas e camufladas sob uma falsa capa de “Seguro ao *Franchising*”, às quais, infelizmente, já estão se dedicando algumas corretoras de seguro, ávidas por ganhos fáceis e imediatos, conspurcando, todavia, a atividade sadia dos verdadeiros agentes do mercado segurador e ludibriando o sistema *franchising*, como um todo.

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO — Dano decorrente de roubo por quadrilha — Integrante foragido da prisão estadual — Alegação da teoria da responsabilidade objetiva do Estado, consagrada pelos arts. 107 da EC 1/69 e 37, § 6.º, da CF de 1988 — Interregno de cerca de 21 meses entre a fuga do preso por omissão da autoridade pública e o fato ocorrido — Inexistência de nexo de causalidade direto e imediato — Recurso extraordinário conhecido e provido — Inteligência e aplicação do art. 1.060 do CC — Declarações de votos.

Ementa oficial: Responsabilidade civil do Estado, Dano decorrente de assalto por quadrilha de que fazia parte preso foragido vários meses antes.

A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no art. 107 da EC 1/69 (e, atualmente, no § 6.º do art. 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes o dano causado a terceiros.

Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no art. 1.060 do CC, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade e a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e da causalidade adequada.

No caso, em face dos fatos tidos como certos pelo acórdão recorrido, e com base nos quais reconheceu ele o nexo de causalidade indispensável para o reconhecimento da responsabilidade objetiva constitucional, e, é inequívoco que o nexo de causalidade inexistente, e, portanto, não pode haver a incidência da responsabilidade prevista no art. 107 da EC 1/69, a que corresponde o § 6.º do art. 37 da atual Constituição. Com efeito, o dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o efeito necessário da omissão da autoridade

pública que o acórdão recorrido teve como causa da fuga dele, mas resultou de concausas, como a formação de quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de 21 meses após a evasão. Recurso extraordinário conhecido e provido.

RE 130.764-1 — PR — 1.ª T. — j. 12.5.92 — rel Min. Moreira Alves — DJU, 7.8.92.

ACÓRDÃO — Vistos, relatados e discutidos estes autos: Acordam os Ministros da 1.ª Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e lhe dar provimento.

Brasília, 12 de maio de 1992 — MOREIRA ALVES, pres. e relator.

RELATÓRIO — O Sr. Min. Moreira Alves: É este o teor do acórdão recorrido, prolatado em grau de embargos infringentes:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Elnfrs. 26/89, de Curitiba, 3.ª Vara da Fazenda Pública, em que é embargante o Estado do Paraná, figurando como embargados H. Kamiński & Cia. Ltda. e outros.

1. Versa a espécie a respeito de ação de reparação de dano, promovida com fulcro nos arts. 107 da CF de 1967, 123 da Constituição estadual 15 e 159 do CC, cujo pedido foi julgado procedente para o efeito de condenar o Estado do Paraná a pagar aos autores H. Kaminski & Cia. Ltda. e outros a quantia de Cz\$ 68.549.762,63, a ser corrigida monetariamente desde o laudo, datado de 26.11.87, lucros cessantes, custas e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Na apelação, a 3.ª Câmara Cível negou provimento a agravo retido e à apelação do Estado do Paraná e deu provimento parcial à remessa obrigatória e ao apelo dos vencedores para ajustar os honorários advocatícios a exegese do art. 20, § 4.º, do CPC, e fixá-los em Cz\$ 10.000.000,00, sujeitos a reajuste.

O acórdão está sintetizado na seguinte ementa: "Comprovado nos autos que bando de marginais, integrado por dois evadidos de prisões estaduais, penetrou hostilmente na residência de conhecida família curitibana, dominando-a completamente e conduzindo a esposa até o distante estabelecimento comer-

cial, de onde se apossou de grande quantidade de jóias, levando o terror àquelas pessoas, agredindo o varão e causando elevado prejuízo, correta e acertada sentença que reconheceu a responsabilidade civil do Estado e o condenou a compor tais danos materiais. É que, consagrando a Carta Magna, a exemplo das anteriores, a teoria do risco integral (art. 37, § 6.º), que se desdobra, modernamente, em o conhecido princípio do acidente administrativo, “basta comprovar a existência de uma falha objetiva do serviço público, ou o mau funcionamento deste, ou uma irregularidade anônima que importa em desvio da normalidade, para que fique estabelecida a responsabilidade do Estado e a consequente obrigação de indenizar” (Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade Civil do Estado*, Seleções Jurídicas, ADV, pp. 17 e ss.). De outra parte, nada há que se objetar ao ato de saneamento processual, atacado por recurso incidental, que repeliu a inépcia da peça exordial e excluiu da lide a parcela atinente a tributo estadual, sujeito a reexame administrativo. No que tange, todavia, a verba honorária, imposta ao vencido, há que ser ajustada a exegese do art. 20, § 4.º, do digesto processual, que não a recomenda em percentual, sobre a condenação, mas consoante apreciação eqüitativa do juiz”.

Segundo os termos do voto vencido, que deu provimento à apelação e ao reexame necessário para julgar improcedente o pedido indenizatório com inversão do ônus da sucumbência, o Poder Público não deve responder, objetivamente, pelas ações de terceiros, como no caso dos autos. Sua responsabilidade só ocorrerá, nesse caso, se houver negligência do serviço. Por isso que “o legislador pátrio entendeu essencial para haver a responsabilidade civil não só a imputabilidade como a necessidade do fato ser culposos, contrário ao direito. A culpabilidade é adotada no sentido mais abrangente, até o dolo”. “Assim, quando o Estado não é o causador do dano, não pode ser responsabilizado objetivamente, por não existir a idéia de risco gerado em atividade por ele desenvolvida. O Estado só responde por ações que potencialmente tragam riscos aos administrados reparando os prejuízos decorrentes de ações ou omissões dos seus agentes nos encargos de suas atividades”.

Com apoio nesse voto, sustenta o Estado do Paraná, em embargos infringentes, em resumo, que a Constituição distingue entre o dano causado por agentes administrativos, e por terceiros e que a responsabilidade objetiva da

Administração só ocorre no primeiro caso, observando-se no segundo caso o princípio geral da culpa civil. Isso porque, segundo o art. 37, § 6.º, da CF de 1988, para que ocorra a responsabilidade do Poder Público é necessário que os danos tenham sido causados por seus agentes, nessa qualidade, a terceiros, o que inexistiu na espécie. Além disso, inexistiu nexo de causalidade entre a omissão causadora do dano e este, porque não se provou que um dos fúgitivos da prisão e autor do roubo, fosse o chefe do bando, nem que a fuga dele tenha sido condição para a verificação do fato. Antes, pelo contrário, provado está que outra pessoa dirigiu o roubo.

A Procuradoria-Geral de justiça manifestou-se pelo recebimento dos embargos.

2. Estabelecia a CF de 1967, em seu art. 107, que “as pessoas jurídicas de Direito Público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros”. E de acordo com o respectivo parágrafo único, “cabará ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo”.

A CF de 1988, no art. 37, § 6.º, repetiu o mesmo princípio, tendo apenas tornado expresso o que estava implícito, ao referir-se também às pessoas jurídicas de Direito Privado prestadoras de serviços públicos, ao dispor que “as pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Yussef Cahali, após examinar as diferentes teorias nas quais estaria baseado o texto constitucional e a opinião de autores como Amaro Cavalcanti, Clóvis Beviláqua, Aguiar Dias, Numa do Vale, Hely Lopes Meirelles, Manuel de Castro Cerqueira, Washington de Barros Monteiro, Pedro Lessa, Orosimbo Nonato, Filadelfo Azevedo, Paul Duez, Caio Mário e outros, anota: “Desenganadamente, a *responsabilidade objetiva* da regra constitucional unânime em considerá-la *objetiva* — se basta com o reconhecimento do nexo de causalidade entre o procedimento comissivo ou omissivo da Administração Pública e o evento danoso verificado como consequência. E não se tem porque temer-se como “brutal, pelas graves consequências que haveria de produzir” (Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo*, p. 602), se aplicado o princípio da responsabilidade objetiva na sua inteireza, tal como esta-

belece a disposição constitucional. É que, deslocada a questão para o plano da causalidade, qualquer que seja a qualificação atribuída ao risco — risco integral, risco administrativo, risco proveito — aos tribunais se permite a exclusão ou atenuação daquela responsabilidade do Estado quando fatores outros, voluntários ou não, tiverem prevalecido ou concorrido como *causa* na verificação do *dano injusto*. Assim: a) o dano é injusto, e como tal sujeito ao ressarcimento pela Fazenda Pública, se tem como causa exclusiva a atividade, ainda que regular, da Administração; b) o dano deixa de qualificar-se juridicamente como injusto, e como tal não autoriza a indenização, se tem como causa exclusiva o fato da natureza ou do próprio prejudicado; c) o dano é injusto, mas sujeito a responsabilidade ressarcitória atenuada, se concorre com a atividade regular ou irregular da Administração, como causa, fato da natureza ou do próprio prejudicado. Desse modo, no pressuposto de que “a Constituição Federal em tema de responsabilidade civil adotou a teoria do risco” (1.ª CC do TJSC, 21.7.77, RT 532/246), permite-se o reconhecimento da responsabilidade do Estado ainda que não se prove culpa ou falha da máquina administrativa”.

E, a seguir, completando seu pensamento, arremata o ilustre Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo e Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do mesmo Estado: “Mas será no exame das *causas do dano*, que se irá determinar os casos de exclusão ou atenuação da responsabilidade do Estado, excluída ou atenuada esta responsabilidade em função da ausência da causalidade ou da causalidade concorrente na verificação do dano injusto” (*Responsabilidade Civil do Estado*, 1982, n. 13).

2.1 Posto isto, na espécie em exame o *evento danoso* está representado, como se viu, pelo prejuízo sofrido pelos autores embargados por consequência do roubo de jóias praticado por bando armado contra a joalheria daqueles. Tratando-se de fato incontroverso, dispensam-se maiores considerações a respeito.

2.2 No que concerne ao *nexo de causalidade*, verifica-se que um dos componentes do banco — Nicolau Verenicz — na qualidade de preso condenado, fugiu, em 13.9.83, de Hospital de Guarapuava, para onde fora provisoriamente removido para suposto tratamento de saúde, tendo, cerca de 21 meses depois, em 21.6.85, participado da referida atividade criminosa.

Sua fuga ocorreu, como é bem de ver, de defeito do sistema penitenciário estadual, configurada pela conduta negligente dos respectivos funcionários encarregados da guarda do preso. O fato deste encontrar-se recolhido temporariamente a uma casa de saúde não importava na redução da vigilância, sabido que se tratava de preso perigoso.

O prejuízo sofrido pelos lesados apresenta consequência direta da conduta desses funcionários que, ao se descuidarem do seu dever de vigilância, deram causa a que o preso, tempos depois da fuga, se associasse a outros elementos igualmente perigosos e, na qualidade de mentor, líder ou chefe do bando, organizasse o roubo, fato este referido na denúncia criminal e confirmado na instrução.

Estabelecido tal vínculo de causalidade entre a conduta do Poder Público e o dano, a consequência é o dever de indenizar.

2.3 Argumenta-se que, não se tratando de dano produzido diretamente por funcionário, mas em razão da atividade de terceiros, dever-se-ia observar o princípio geral da culpa civil. O argumento, contudo, improcede, pois, segundo se viu, basta o prejuízo ligado à atividade ou omissão da Administração, que falhou não apenas na sua *missão de garantir a ordem pública*, como também e sobretudo porque a conduta culposa dos agentes do Estado resultou configurada pela *falha na missão de guarda do preso*, ou seja, por defeito do sistema penitenciário.

2.4 Irrelevante também o fato de não terem sido identificados os funcionários encarregados da guarda, porque tal é atribuição da Administração e o que importa é a relação entre o ato e o serviço, ou que tenha ocorrido para o serviço ou durante este, no exercício das funções (cf. Themistocles Cavalcanti, *Tratado.....* pp. 384 e 385).

3. Diante do exposto: Acordam os Desembargadores do 2.º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em rejeitar os embargos infringentes (fls. 832-840).

Contra essa decisão o Estado do Paraná e o Ministério Público do mesmo Estado interpuuseram recurso extraordinário, sendo ambos os recursos admitidos pelo seguinte despacho:

1. Não conformados com o v. acórdão unânime de fls. 832-840, prolatado em grau de embargos infringentes e que traz ementa assim resumindo a hipótese, *verbis*: “Responsabilidade civil do Estado — Roubo cometido por bando, cujo mentor era preso condenado e

foragido — Procedência do pedido. Comprovada a participação de preso condenado, na qualidade de mentor do bando de ladrões, tempos depois da sua fuga de hospital onde estava provisoriamente recolhido, em roubo de joalheria, com a tirada de grande quantidade de jóias, em prejuízo dos respectivos proprietários, e configurado o nexo de causalidade entre a falha do sistema penitenciário e o evento danoso, impõe-se ao Estado a obrigação de indenizar (cf. CF, art. 37, § 6.º)", tanto o Estado do Paraná (fls. 842-848) como o Ministério Público (fls. 853-866), igualmente com o apoio na alínea "a" do inc. III do art. 102 da CF, interpõem tempestivos recursos extraordinários, nos quais, unissonadamente, invocam ofensa ao § 6.º do art. 37 da CF.

2. Não é demasiado, a meu ver, passe a controvérsia sob o erudito crivo jurídico da nossa mais elevada Corte de Justiça.

E assim concluo, diante da renomada doutrina angariada no recurso do órgão ministerial, principalmente a do festejado Hely Lopes Meirelles, segundo a qual o dispositivo constitucional em questão não responsabilizou objetivamente a Administração por atos danosos praticados por terceiros, subordinando-se a indenização, nesses atos estranhos à atividade funcional, à comprovação da culpa da Administração.

E, quanto à questão da culpa, cuido pertinente a alegação do Ministério Público de que nela falou-se "apenas *en passant*, sem que a mesma pudesse ser identificada, já que tal preocupação passara ao largo da análise feita no decisório increpado" (fls. 861).

3. *Ex positis*, admito os recursos extraordinários interpostos.

Publique-se; intime-se o Ministério Público e prossiga-se. (fls. 872 e 873)

A fls. 915-930, assim se manifesta a Procuradoria-Geral da República, em parecer da Dra. Helenira A. G. Caiado de Acioli:

O Ministério Público do Estado do Paraná e o Estado do Paraná, irresignados com o v. acórdão da E. 1.ª Câmara Cível do TJPR, recorrem extraordinariamente com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, alegando violação ao art. 37, § 6.º, da atual CF, que reproduziu a regra contida no art. 107 da precedente ordem constitucional.

2. Trata-se de ação ordinária ajuizada por H. Kaminski & Cia. Ltda. e outros contra o Estado do Paraná, com fulcro nos arts. 107 da EC 1/69 e 123 da Constituição estadual, 15 e 159 do CC, visando à reparação de danos

causados em decorrência de assalto à joalheria e a residência dos autores, praticado por bando armado, do qual fazia parte um elemento foragido de estabelecimento penal.

3. A ação foi julgada procedente em 1.ª instância para o efeito de condenar o Estado do Paraná a pagar aos autores a quantia de Cz\$ 68.549,63, a ser corrigida monetariamente desde o laudo, datado de 26.11.87, lucros cessantes, custas e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação, sob o fundamento de que incumbia ao Estado o dever jurídico de vigilância de condenado e, que, se assim o fizesse, "se o mantivesse custodiado, não se teria dado o fato. Pela falha responde o réu" (fls. 591).

4. Da sentença, ambas as partes apelaram: os autores pleiteando a extensão do ressarcimento aos objetos que foram roubados da residência e a elevação da verba honorária; o réu, preliminarmente, reportando-se ao agravo retido, requerendo a extinção do processo e, no mérito, a total reforma do *decisum*.

5. A E. 3.ª Câmara Cível, por maioria de votos, acolhendo a teoria do risco integral, negou provimento ao agravo retido e à apelação do Estado do Paraná e deu provimento parcial à remessa obrigatória e ao apelo dos autores, para fixar os honorários advocatícios em Cz\$ 10.000.000,00, sujeitos a reajuste (fls. 689-705).

6. Dessa decisão foram interpostos embargos infringentes pelo Estado do Paraná, rejeitados pelo E. 2.º Grupo de Câmaras Cíveis, que entendeu estar configurado o nexo de causalidade entre a falha do sistema penitenciário e o evento danoso (fls. 832-840).

7. Os recursos são suscetíveis de conhecimento, visto que está em causa a interpretação a ser conferida ao art. 37, § 6.º, da CF, tema devidamente prequestionado, a respeito do qual decidiu o E. Tribunal *a quo* em acórdão que espelha a seguinte ementa: "Responsabilidade civil do Estado — Roubo cometido por bando, cujo mentor era preso condenado e foragido — Procedência do pedido. Comprovada a participação do preso condenado, na qualidade de mentor do bando de ladrões, tempos depois de sua fuga de hospital onde estava provisoriamente recolhido, em roubo de joalheria, com a tirada de grande quantidade de jóias, em prejuízo dos respectivos proprietários, e configurado o nexo de causalidade entre a falha do sistema penitenciário e o evento danoso, impõe-se ao Estado a obrigação de indenizar (cf. CF, art. 37, § 6.º)".

8. A responsabilidade civil objetiva do Estado decorre do texto constitucional que, seguindo a linha básica das Cartas anteriores (CF de 1946, art. 194 e parágrafo único; CF de 1967, art. 105, parágrafo único; EC 1/69, art. 107, parágrafo único), dispõe no art. 37, § 6.º, *in verbis*: “As pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos “responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

9. Tal dispositivo bascia-se na teoria do risco administrativo, ou da *faute du service* dos franceses (cf. Aguiar Dias, *Da Responsabilidade Civil*, v. II/709-722, 8.ª ed., 1987; e Hely Lopes Meirelles, *O Direito Administrativo Brasileiro*, pp. 547 e 548, 16.ª ed., Ed. RT, 1988).

10. Inobstante o caráter objetivo, a responsabilidade civil do Estado insculpida nesse artigo, não se aplica às cegas, admite abrandamentos, pois não acolheu a teoria do risco integral, como equivocadamente supôs o acórdão da 3.ª Câmara Cível, pela qual a Administração estaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros.

11. Este excelso Pretório, à luz da Constituição anterior, assentou: “A responsabilidade objetiva, insculpida no art. 94 e seu parágrafo da CF de 1946, cujo texto foi repetido pelas Cartas de 1967 e 1969, arts. 105-107, respectivamente, não importa no reconhecimento do risco integral, mas temperado” (*RTJ* 55/50).

12. *A contrario sensu*, como destacou o eminente Min. Thompson Flores no precedente invocado, “seria admitir a teoria do risco integral, forma radical que obrigaria a Administração a indenizar sempre, e que, pelo absurdo, levaria Jean Defroidmont a cognominar de brutal”.

13. A questão enfrentada não é simples, haja vista a copiosa doutrina e jurisprudência que se formaram acerca do citado dispositivo constitucional. Embora a maioria tenha acolhido a teoria do risco administrativo, fê-lo com temperamento para evitar excessos ou injustiças.

14. Em ações indenizatórias entre particulares, se vencido, o réu responde com os seus bens pessoais. Na espécie, o Estado vencido responde com *patrimônio público* e, neste caso, os encargos são repartidos igualmente entre todos os cidadãos, face aos princípios da solidariedade social e da igualdade dos encargos que dão suporte à doutrina do risco administrativo.

15. Conforme Caio Tácito:

“Esse princípio de repartições das cargas públicas, ou da igualdade dos indivíduos diante das cargas públicas é usualmente indicado, no Direito francês, como fundamento da responsabilidade sem falta, ou seja, de responsabilidade por risco. Tem sua origem no art. 13 da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789.

“Não é, porém, absoluto nem geral. A compensação é limitada ao dano especial e anormal gerado pela atividade administrativa. Generalizar a noção a todo e qualquer prejuízo, decorrente do funcionamento do serviço público, seria a própria denegação da supremacia do interesse público e da destinação social da propriedade” (in *Direito Administrativo*, Saraiiva, 1975, p. 362).

16. No caso concreto, o exame dos pressupostos necessários à responsabilidade objetiva do Estado reconhecida no art. 37, § 6.º, da CF vigente, tem fundamental interesse na sua fixação.

17. Infere-se do texto constitucional serem os seguintes os pressupostos da pretensão ressarcitória: a) evento danoso; b) nexa da causalidade material; c) a qualidade de agente público na prática do ato.

18. Assim, não basta o dano, para a existência da obrigação de indenizar, mas a relação de causalidade, a *causal connexion*, laço ou relação direta de causa e efeito entre o fato gerador da responsabilidade e o dano (cf. José de Aguiar Dias, *cm ob.*, já cit., v. I/133), e encontra-se o funcionário no exercício da função pública, quando da causação do dano.

19. Sem ligação entre o proceder do agente e dos resultados atingidos, não há nexa de causa e efeito, nem dano a reparar, como enfatiza Luiz da Cunha Gonçalves: “Para se exigir a alguém a responsabilidade civil, não basta alegar e provar que ele praticou um fato ilícito e que outra pessoa sofreu um dano. É indispensável demonstrar que este dano foi efeito daquele fato ilícito, isto é, estabelecer entre os dois fatos a *relação de causa e efeito*” (in *Tratado de Direito Civil, cm Comentário ao Código Civil Português*, v. XII, t. II/560, Max Limonad 1957).

20. Entender-se de outro modo, estaria sendo extravasado o *limite da responsabilidade objetiva*, imputando-se à Administração uma responsabilidade ressarcitória fora dos parâmetros da causalidade em afronta ao estatuido na Constituição Federal.

21. Na hipótese dos autos o fato danoso foi praticado por um bando armado, do qual fazia

parte um preso foragido. Portanto, além de cometido por terceiros, que não agiam na qualidade e agentes da Administração, não se estabeleceu o necessário nexo de causalidade entre a conduta dos assaltantes e a fuga de um deles, 21 meses antes, da penitenciária ou melhor, do hospital, onde estava provisoriamente recolhido.

22. Supor que o assalto não teria se realizado se um dos meliantes estivesse preso, é mera conjectura, ainda mais se não agiu sozinho, pois participaram do assalto outros sete elementos tão ou mais perigosos do que ele.

23. A fuga, considerando que o assalto foi praticado muitos meses depois, não constitui circunstância, sem a qual o dano não teria se verificado, mas mera coincidência entre o fato danoso e procedimento do imputado responsável.

24. Não se pode pretender estabelecer um liame, para efeito da responsabilidade civil do Estado, tal qual posto na Constituição, entre a conduta daqueles indivíduos e fatos remotos, porque neste esforço poder-se-ia discorrer inutilmente para o desate da questão, não apenas sobre as falhas no sistema penitenciário, mas as falhas nos sistemas de educação, saúde, assistência familiar, segurança etc., para responsabilizar o Estado por todas as mazelas que assolam a sociedade. Dessa forma, estar-se-ia, desnaturando o instituto da responsabilidade civil, impondo ao Estado uma *obrigação incompatível com os limites traçados na Constituição*, para efeito de sua responsabilização.

25. A origem da violência não está em discussão, pretende-se apenas demonstrar que não é razoável que se impute ao Estado, para efeito de responsabilidade civil, o crime praticado, se não foi por ele diretamente causado, nem existe um liame de causalidade entre o dano e a suposta falha no sistema penitenciário, ainda mais quando não se sabe se tal falha existiu, já que presumida pelo acórdão recorrido.

26. Não é suficiente que o dano coincida com a inexistência de uma falha ou de um risco para que se atribua ao autor daquela ou ao responsável por este a obrigação de reparar. A coincidência não implica em causalidade. É necessário que se estabeleça entre a falta e o dano uma relação de causa e efeito.

27. Ao discorrer sobre as questões concernentes a *causalidade*, o Prof. Harm Peter Westermann (in *Código Civil Alemão, Direito das Obrigações, Parte Geral*, Fabris, ed. 1983, p. 129) fala da causalidade fundamentadora e implementadora da responsabilidade e discute

a validade do exaceramento dessas formas de conduta, que podem dar nascimento a uma série infinita de causas e conseqüências.

28. A teoria da equivalência ou concausa reclama no Direito Civil, como destacado naquela obra, disciplina específica na busca da responsabilidade, dos danos e resultados que podem efetivamente ser imputados ao agente, pois não é uma espiral infinita onde entre tudo há um liame e, portanto, responsabilidade.

29. No exame as formas de conduta fundamentadoras da responsabilidade, salienta o Prof. Westermann:

“No ponto, deve-se examinar se o resultado ou o ato questionado deixaria de existir ou, respectivamente — com vista à abstenção — se o resultado recriminado também seria sobrevindo quando se acrescentassem em pensamento a ação faltante.

“Trata-se, aqui, da teoria da equivalência que domina no Direito Penal e que, para o juízo causal do Direito Civil, igualmente forma o ponto de partida. Segundo ela, porém, cada evento tem uma cadeia infinita de causas e uma série igualmente longa de conseqüências. Por conseguinte, a valoração há de ser feita na consonância com outros critérios, do Direito, para saber quais são os “resultados e quais os danos que podem ser imputados ao agente ou, respectivamente, ao responsável por um evento. Como isso não pode ser feito com o auxílio do juízo sobre a legitimidade da ação — sob o ângulo da causa, um resultado recriminado pelo Direito pode também ser um agir legítimo — deve-se encontrar um critério para a responsabilidade que faça uma graduação entre as diferentes causas naturais. Para tanto se esforçam diversas teorias. Elas têm em comum isso de que, no sentido de um juízo normativo, procuram uma delimitação da responsabilidade, querem apurar o limite até o qual pode, com justiça, ser exigida do autor de uma condição uma responsabilidade por suas conseqüências” (ob. cit., p. 130).

30. José de Aguiar Dias, a propósito da indispensabilidade desse nexo causal na responsabilidade civil, faz a seguinte abordagem:

“Não há, porém, responsabilidade civil sem relação de causalidade entre o dano e a atividade do sujeito passivo da obrigação de reparar. Todos se entendem sobre a indispensabilidade desse nexo causal, mas é considerável a divergência quanto à colocação do problema quando é necessário designar, entre vários fatos, a qual deve ser atribuída a verdadeira função de causa. A solução tem sido

perturbada pela atribuição do nome de causa a todos os fatos que intervêm no processo que antecede o evento danoso. A confusão parece advir da máxima de Bacon, segundo a qual, na apreciação da responsabilidade civil extracontratual, deve ser levada em conta a causa próxima e não as causas remotas. Daí a denominação de causa eficiente, causa adequada, causa próxima, causa determinada, causa relevante, causa indispensável *et f'en passe*....

"A multiplicidade de causas pode existir, todas elas concorrendo efetivamente para o dano. Não há, então, dificuldade em indicar os responsáveis, o que não acontece quando é preciso entre elas para ligar uma só ao dano.

"O excelente Mestre mineiro, Prof. Wilson de Melo da Silva, tem em seu livro *Responsabilidade sem Culpa*, lapidar estudo sobre a matéria, no qual avulta o seu profundo conhecimento da ciência jurídica e das ciências filosóficas. Citando as teorias da equivalência das condições, da causalidade adequada e da interrupção do nexo causal, pronuncia-se pela da causa necessária, sentido que, acertada e magistralmente, atribui à máxima de Bacon, erradamente interpretada como de proximidade no tempo, em lugar da indispensabilidade na produção do dano. Assim, ainda que vários fatos se sucedam em cadêcia, só se pode levar em conta, para atribuição da responsabilidade, aquele sem o qual o dano não se teria produzido. Causa não se confunde com culpabilidade, pelo que esta, sem revestir aquele caráter, é irrelevante para imposição da obrigação de reparar. Assim, só é causa aquele fato a que o dano se liga com força de necessidade. Se, numa sucessão de fatos, mesmo culposos, apenas um podendo evitar a consequência danosa, interveio e correspondeu ao resultado, só ele é causa, construção que exclui a polêmica sobre a mais apropriada adjetivação. Se, ao contrário, todos ou alguns contribuíram para o evento, que não ocorreria se não houvesse a conjugação deles, esses devem ser considerados causas concorrentes ou concausas. E causas serão também os vários fatos, simultâneos ou sucessivos, se cada um produziu um resultado a ele ligado sem contribuição de outros" (ob. cit., v. II/568 e 569).

31. A dificuldade está em quando se deve considerar que a ação ou omissão de uma pessoa é realmente a causa de um prejuízo e o critério para se determinar esta circunstância, necessária para que o dano possa ser imputado ao seu autor.

32. Agostinho Alvim, em minuciosa exposição a propósito das teorias sobre o nexo causal, concluiu que o nosso Código Civil adotou a do *dano direto e imediato* com a disposição expressa no art. 1.060 (in *Da Inexistência das Obrigações*, ed. 1949, p. 327).

33. Entretanto, qualquer que seja a teoria que se adote, não é plausível concluir-se que o prejuízo dos autores, resultante de assalto e roubo praticado por um bando de criminosos, constitua *dano direto e imediato* da fuga de um dos assaltantes da prisão 21 meses antes, consequência ou mesmo causa adequada da suposta falha no sistema de segurança dos presos, a cargo do Estado.

34. A falta do estabelecimento de parâmetros adequados e a adoção da teoria do risco integral como dito anteriormente, poderia representar para o Estado a assunção de uma responsabilidade ilimitada que conduziria ao absurdo de torná-lo responsável por todos os eventos lesivos de que fossem vítimas os cidadãos, porque entre os deveres do Estado está o de zelar pela segurança deles.

35. A jurisprudência do STF tem rejeitado a responsabilidade objetiva do Estado quando não demonstrada ou inexistente a causalidade entre a atividade do Estado e o dano. Assim, nos casos em que há culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou de força maior.

36. A propósito vale registrar o voto proferido no RE 81.751-SP, relator o eminente Min. Thompson Flores, que considerando a tese sufragada no Tribunal *a quo*, reconheceu como de força maior — excludente da responsabilidade do Município — o fato de resultarem os prejuízos reclamados pelo autor de chuvas torrenciais, dentro da melhor doutrina francesa e italiana (RTJ 78/243).

37. Com apoio nos tratadistas franceses: Laubadère Planiol e Ripert, Marcel Waline e Louis Rolland, o acórdão recorrido assentou que "a inundação consequente de chuvas muito fortes escapam da responsabilidade da Administração Pública, sobretudo da Administração Municipal, porque são estranhas às suas atividades, ainda que fossem previsíveis, mas insuperáveis, ante a impossibilidade da Prefeitura evitar a enchente dos rios, e seu transbordamento, com trabalhos normais de defesa contra as inundações, no perímetro urbano, ou no território a ela sujeito, em face do extraordinário e incontrolável crescimento da metrópole paulista" (RTJ 78/244 e 245).

38. Em oposição a essa tese se alegava que para o dano teria concorrido a omissão de

Municipalidade, que deveria ter feito obras para evitar ou conter a força das águas. Entendeu entretanto, o referido acórdão, que não ocorreria a relação necessária entre as excepcionais inundações que originaram o transbordamento do rio e a falta de serviço municipal e que os danos sofridos pela autora seriam resultantes de força maior.

39. Não apenas naquele caso, como em outros, os tribunais têm admitido a ocorrência de força maior ou de caso fortuito para afastar a responsabilidade objetiva.

40. Esta excelsa Corte, por mais de uma vez, entendeu que a morte de passageiro em decorrência de assalto no interior do transporte, não gerava responsabilidade para o transportador, por ser ato de terceiro, equiparável ao caso fortuito (RE 88.407-RJ, rel. Min. Décio Miranda, *RTJ* 96/1.201 e RE 109.223-8-RJ, rel. Min. Djaci Falcão, *Lex* 97/229). Entendimento semelhante foi sufragado ao caso do passageiro atingido por um estilhaço de vidro, proveniente de uma pedra atirada por terceiro (RE 113.195-RJ, rel. Min. Djaci Falcão, *RTJ* 126/1.081).

41. No RE 88.407-RJ, em que se discutiu a responsabilidade civil do transportador por danos decorrentes da morte de passageiro em assalto a ônibus, não apenas se afastou a culpa presumida e o nexó causal com a aplicação da teoria da causalidade adequada, como se equiparou o ato de terceiro a caso fortuito para excluir a responsabilidade do transportador.

42. Na hipótese *sub judice*, no questionamento do ato praticado por terceiros, cumpre assinalar que a Constituição não responsabilizou a Administração por esses atos. A indenização dos atos estranhos à atividade funcional, afóra o caso fortuito ou força maior, subordina-se à comprovação da culpa da Administração.

43. A propósito ensina Hely Lopes Meirelles: "O que a Constituição em vigor distingue é o dano causado pelos agentes da Administração (servidores) dos danos ocasionados por atos de terceiros, ou por fenômenos da natureza. Observa-se que o art. 37 § 6.º, só atribui responsabilidade objetiva à Administração pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. Portanto, o legislador constituinte só cobriu o risco administrativo da atuação ou inação dos servidores públicos; não responsabilizou objetivamente a Administração por atos predatórios de terceiros, nem por fenômenos naturais que causam danos aos particulares. Para a indenização destes atos e fatos estranhos à atividade administrativa

observa-se o princípio geral da culpa civil, manifestada pela imprudência, negligência ou imperícia na realização do serviço público que causou ou ensejou o dano. Daí por que a jurisprudência, mui acertadamente, tem exigido a prova da culpa da Administração nos casos de depredação por multidões e de enchentes e vendavais que, superando os serviços públicos existentes, causam danos aos particulares. Nestas hipóteses a indenização pela Fazenda Pública só é devida se se comprovar a culpa da Administração. E, na exigência do elemento subjetivo culpa, não há qualquer afronta ao princípio da responsabilidade sem culpa, estabelecido no art. 37, § 6.º, da CF, porque o dispositivo constitucional só abrange a atuação funcional dos servidores públicos e não os atos de terceiros e os fatos da natureza. Para situações diversas, fundamentos diversos" (ob. cit., pp. 552 e 553) (grifamos).

44. Neste mesmo sentido o Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, em excelente estudo, destaca:

"Se não forem eles os causadores do dano, se incorreram em omissão e adveio o dano para terceiro, a causa lesiva é outra; não decorre do comportamento dos agentes. Terá sido propiciada por eles. A omissão haverá condicionada sua ocorrência, mas não a causou. Onde, não há de cogitar, neste caso, da responsabilidade objetiva.

"Logo, se é bastante a mera relação objetiva entre a atuação do agente e a lesão para responsabilizar-se o Estado, cumpre, todavia, que esteja em pauta um comportamento omissivo, vez que sem ele jamais haverá causa.

"Quando o Estado se omite e graças a isso ocorre um dano, este dano é causado por outro evento, e não pelo Estado. Ergo, a responsabilidade aí, não pode ser objetiva. Cumpre que exista um elemento a mais para responsabilizá-lo. Deveras, não haveria de supor, ao menos em princípio, que alguém responda pelo que não fez, salvo se estivesse, de direito, obrigado a fazer.

"Eis, pois, que o Estado só responde por omissões quando deveria atuar e não atuou, vale dizer: quando se comporta ilicitamente ao abster-se. A responsabilidade por omissão é responsabilidade subjetiva, por quanto supõe dolo ou culpa em suas modalidades de negligência, imprudência ou imperícia..." (in *RT* 552/13) (grifamos).

45. Em suma, o Estado só responde objetivamente pelos danos que causar ou por aqueles que estivesse razoavelmente obrigado a impe-

dir. E a responsabilidade por comportamentos omissivos não se transmuda em responsabilidade objetiva nos casos de "culpa presumida". Solução diversa conduziria a absurdos, como adverte o mesmo autor: "É que, em princípio, cumpre ao Estado prover a todos os interesses da coletividade. Ante qualquer evento lesivo causado por terceiro, como assalto em via pública, uma enchente qualquer, uma agressão sofrida em *local público*, o *lesado poderia sempre argüir que o "serviço não funcionou"*. A admitir-se a responsabilidade objetiva nestas hipóteses o Estado estaria erigido em segurador universal! Razoável que responda pela lesão patrimonial da vítima de um assalto, se agentes policiais relapsos assistiram à ocorrência inertes e desinteressados ou se alertada a tempo de evitá-lo, omitiram-se na redação de providências cautelares. Razoável que o Estado responda por danos oriundos de uma enchente se as galerias pluviais e os bueiros de escoamento das águas estavam entupidos ou sujos propiciando o acúmulo da água. Nestas situações, sim, terá havido o descumprimento do dever legal na adoção de providências obrigatórias. Faltando, entretanto, este cunho de injuridicidade, que advém do dolo, ou da culpa tipificada na negligência, na imprudência ou na imperícia, não há cogitar de responsabilidade pública" (in *Elementos de Direito Administrativo*, 2.ª ed., Ed. RT, 1991, pp. 346 e 347) (grifamos).

46. *Data venia* o acórdão recorrido não observou os pressupostos de prestação ressarcitória, nem considerou os elementos delimitadores da responsabilidade objetiva.

47. *In casu*, não há como se reconhecer a responsabilidade civil do Estado, quer por ato omissivo, quer por ato comissivo pelos prejuízos advindos de assalto praticado por bando em joalheria e na residência dos autores, se o evento danoso não foi praticado por agente público, nem resultou da atividade estatal.

48. A vida em sociedade implica a aceitação de uma série de riscos e a sujeição a toda espécie de gravame. Evidentemente que os cidadãos que exercem atividades econômicas lucrativas e aparentam sinais de riqueza ficam mais expostos. Os riscos não são apenas ao patrimônio, mas à vida, à segurança, à saúde. Razão pela qual atuam com eficiência nesses setores as Companhias Seguradoras. Mas, diga-se de passagem: *o Estado não é Companhia de Seguros*, nem responsável pela cobertura dos prejuízos advindos de danos que se inserem na esfera de *risco pessoal dos lesados*.

49. Contrariamente ao que decidiu o v. acórdão recorrido, a pretensão ressarcitória em exame não encontra guarida no citado art. 37, § 6.º, da CF.

50. Na hipótese dos autos, o Estado não foi autor, nem causador do dano. A eventual omissão ou deficiência no sistema penitenciário que permite a soltura ou fuga de presos, não foi causa do dano ocorrido tempos depois.

O parecer, diante do exposto, é de que os recursos extraordinários comportam conhecimento e provimento.

É o relatório.

VOTO — O Sr. Min. *Moreira Alves* (relator):

1. A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no art. 107 da EC 1/69 (c, atualmente, no § 6.º do art. 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente o requisito, também objetivo, do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros.

No caso, o acórdão recorrido, para reconhecer a existência desse nexo de causalidade, declarou:

No que concerne ao *nexo de causalidade*, verifica-se que um dos componentes do bando — Nicolau Verenciz — na qualidade de preso condenado, fugiu, em 13.9.83, de Hospital de Guarapuava, para onde fora provisoriamente removido para suposto tratamento de saúde, tendo, cerca de 21 meses depois, em 21.6.85, participado da referida atividade criminosa.

Sua fuga ocorreu, como é bem de ver, de defeito do sistema penitenciário estadual, configurada pela conduta negligente dos respectivos funcionários encarregados da guarda do preso. O fato deste encontrar-se recolhido temporariamente a uma casa de saúde não importava na redução da vigilância, sabido que se tratava de preso perigoso.

O prejuízo sofrido pelos lesados apresenta consequência direta da conduta desses funcionários que, ao se descuidarem do seu dever devigilância, deram causa a que o preso, tempos depois da fuga, se associasse a outros elementos igualmente perigosos e, na qualidade de mentor, líder ou chefe do bando, organizasse o roubo, fato este referido na denúncia criminal e confirmado na instrução.

Estabelecido tal vínculo de causalidade entre a conduta do Poder Público e o dano, a consequência é o dever de indenizar. (fls. 838-839)

Ora, em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no art. 1.060 do CC, a teoria

No caso, embora sem palavras sacramentais dir-se-á que o acórdão afirmou a existência de culpa na omissão administrativa — e não estaria longe de admiti-lo — ao acentuar que se tratava de condenado perigoso, cuja transferência para o hospital, a fim de submeter-se a tratamento médico, exigiria maiores cuidados de vigilância. A meu ver, ai está afirmada a culpa, e, *data venia*, não me parece indispensável para afirmá-la a identificação do agente público, a quem seja imputável o ato culposo.

De qualquer sorte, ainda no plano puramente objetivo, a teoria da equivalência das condições não é levada, sequer, na ordem penal, às suas últimas conseqüências; ela é temperada pela força interruptiva da cadeia causal, reconhecida a superveniência da causa relativamente independente. Friso o “relativamente independente”, como foi tomado expresso com a nova parte geral do Código, cuja necessidade a doutrina já evidenciara nas críticas que fazia ao texto do Código de 1940, que falava apenas na superveniência de causa independente: ora, a superveniência de causa totalmente independente nada tem a ver com teoria de causalidade; o que limita a teoria da equivalência das condições é a causa relativamente independente, vale dizer, aquela, que levada a teoria às últimas conseqüências, também seria considerada condição do resultado.

No caso, não há dúvida do advento do que seria considerado, para qualquer efeito, como superveniência de causa “relativamente” independente. Ainda quando culposa ou dolosa a participação omissiva do agente público na fuga, entre ela, a fuga, e o prejuízo, houve a intercorrência de outra cadeia causal: o planejamento, a associação e execução do roubo, certamente propiciadas pela fuga mas fugindo inteiramente ao critério do desdobramento normal das conseqüências da omissão ou negligência da administração, seja qual for o elemento subjetivo que tivesse informado essa omissão ou essa negligência.

Com essas considerações, feitas apenas para marcar essas posições, Sr. Presidente, não tenho dúvida em acompanhar o voto de V. Exa., porque não há, no caso, relação de causalidade.

VOTO — O Sr. Min. Octávio Gallotti: Sr. Presidente, os fatos, tidos como certos pelo acórdão recorrido, revelam que não se configurou o nexo causal, que, como bem demonstrou V. Exa., é um pressuposto essencial,

indispensável da boa aplicação do art. 37, § 6.º, da CF vigente, como já o era do correto entendimento do art. 107 da CF revogada.

Sr. Presidente, estando de pleno acordo com o brilhante voto de V. Exa., conheço do recurso e dou-lhe provimento.

EXTRATO DE ATA — *RE 130.764-1, PR*, rel. Min. Moreira Alves, rectes.: Ministério Público e Estado do Paraná (advs.: Cláudio Bonato Fruct e outros), recdos.: H. Kaminski & Cia. Ltda. e outros (advs.: Hugo Mósca e outros).

Decisão: A Turma conheceu do recurso e lhe deu provimento. Unânime. Falou pelos recorrentes o Dr. Júlio César Ribas Boeng, pelos recorridos o Dr. Júlio Militão da Silva e pelo Ministério Público Federal, o Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza. 1.º T., 12.5.92.

Presidência do Sr. Ministro Moreira Alves. Presentes à sessão os Srs. Mins. Octávio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello e Ilmar Galvão, Subprocurador-Geral da República o Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.

DIREITO CIVIL — Responsabilidade civil — Ilícito contratual — Indenização por morte — “Pingente” — Queda de trem em movimento — Culpa presumida — Artigo 17 da Lei (Decreto Legislativo) 2.681/12 — Doutrina — Precedentes do Tribunal — Clandestinidade não demonstrada — Recurso provido — I — Falecendo passageiro, em razão de queda ocorrida quando em movimento o comboio, há culpa presumida da empresa ferroviária, somente elidida pela demonstração de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima (art. 17 do Dec. 2.681/12). II — Nos casos de “pingentes”, porque dever contratual da companhia transportadora impedir que pessoas viajem com parte do corpo projetada para o lado de fora do veículo, afastada resta a possibilidade de culpa exclusiva da vítima. III — A condição de viajante clandestino, em se tratando de transporte coletivo urbano, deve ser comprovada pela empresa transportadora, militando em favor de quem viaja a presunção de que o faz como regular passageiro. (STJ — 4.º T.; Rec. Esp. 23.351-7-RJ; rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; j. 1.9.92; v.u.).

ACÓRDÃO — Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da 4.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, na

conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Mins. Barros Monteiro, Bueno de Souza e Athon Carneiro. Ausente, por motivo justificado, o Min. Fontes de Alencar.

Brasília, 1 de setembro de 1992 (data do julgamento) — Athon Carneiro, pres. — Sálvio de Figueiredo Teixeira, relator.

EXPOSIÇÃO — O Sr. Min. Sálvio de Figueiredo: Cuida-se de ação indenizatória promovida pela recorrente, pleiteando composição de danos morais e patrimoniais sofridos em razão do falecimento de seu filho, como consequência de haver caído de um dos trens de propriedade da recorrida, CBTU-STU-RJ.

O MM. Juiz, analisando a espécie, após consignar a circunstância de que a vítima viajava pendurada na porta do trem, em atitude imprudente, deu pela improcedência do pedido, dada a não comprovação da efetiva culpa da ré, necessária à sua responsabilização pelo evento. A final, assinalou: “No caso, não há a responsabilidade presumida. Não basta a condição de passageiro quando há registro de imprudência da vítima e a única prova apresentada pela autora é de um amigo e também vítima na mesma ocasião, havendo assim até interesse na solução do litígio”.

Interposta apelação a E. 2.^a Câmara do TARJ negou-lhe provimento, em decisão assim ementada: “Responsabilidade civil — Culpa objetiva — Não caracterizado o contrato de transporte, de cuja má execução teria emergido o dano, improcede a pretensão indenizatória”.

Da fundamentação, colho excerto que sintetiza as razões de decidir: “Se, entretanto, admitir-se como verídica a versão constante do registro policial da ocorrência, para o qual, diga-se, contribuiu a testemunha ouvida a fls. 236, onde consta que a vítima viajava como pingente, estará configurada, como assentou o douto sentenciante monocrático, a culpa exclusiva da vítima, a elidir a responsabilidade da transportadora, como dispõe o art. 17 do Dec. federal 2.681, de 7.12.12, isto se não se quiser considerar o pingente como viajante clandestino”.

Inconformada, com arrimo nas alíneas “a” e “c” do autorizativo constitucional, a autora manifestou recurso especial, alegando dissídio e violação do art. 17, II, do Dec. legislativo 2.681/12, na medida em que, segundo entende, esse dispositivo impõe responsabilidade à transportadora por acidentes envolvendo “pingente”. Cita, em apoio a essa tese, acórdão do

STF, publicado na *RTJ* 100/807, no qual restou assentado que “esse decreto estabelece a responsabilidade das estradas de ferro pelos desastres ocorridos em suas linhas em critério nitidamente objetivo”. Aduz, ainda, que a alegação de imprudência da vítima não elide a responsabilidade da recorrida, que age com culpa ao permitir viajantes fora dos assentos e locais adequados da composição. Colaciona, nesse sentido, julgado também do Excelso Pretório, estampado na *RTJ* 48/204, além de outros acórdãos, estes, porém, sem indicação do repositório autorizado de que extraídos, ausente, ademais, a devida autenticação na única cópia acostada.

Sem contra-razões, foi o apelo inadmitido na origem, subindo os autos por força de agravo a que dei provimento.

É o relatório.

VOTO — O Sr. Min. Sálvio de Figueiredo (relator): Da moldura fática fixada pela sentença e pelo acórdão recorrido restou comprovado que o filho da recorrente, à época contando 16 anos de idade, viajava como “pingente” no comboio ferroviário da recorrida quando da queda que ocasionou a sua morte.

Conquanto o acórdão recorrido, sem convicção conclusiva, tenha feito referência à possível clandestinidade, tal circunstância, conforme se depreende do próprio contexto da decisão atacada, não ficou demonstrada, incumbência que, diga-se, caberia à ré recorrida, na medida em que milita, em favor de quem viaja, a presunção de que o faz na condição de passageiro, mormente em se considerando que, na maioria dos casos de transporte urbano, o bilhete de passagem fica retido pela companhia transportadora.

José de Aguiar Dias, fazendo referência a Mazcaud et Mazeaud, menciona interessante precedente alienígena sobre o tema: “Citam estes autores uma decisão do Tribunal de Lião, de 14.6.33, no sentido de que o simples fato de, após o desastre, não poder o viajante ferido apresentar passagem, não prova que ele viajasse sem ela” (*Da Responsabilidade Civil*, v. I, Forense, 7.^a ed., 1983, tit. III, cap. I, Seção Única, n. 106, p. 202, nota 408).

Outrossim, o fato de o menor estar viajando como “pingente”, a teor do que atesta o boletim de ocorrência de fls. 8 e 8-v., não induz à conclusão de não haver adquirido o bilhete de transporte. Tal silogismo não encontra sustentação segura na realidade, vez que, como cediço, nosso sistema de condução

coletiva, nos grandes centros urbanos, é precário e deficiente, obrigando, não raras vezes, que o usuário o utilize de forma inadequada e insegura, colocando em perigo a própria vida. Ademais, da sentença consta como configurado o fato de que a vítima ocupava a condição de passageiro (fls. 288).

Em resumo, o que de concreto se afirmou em 1.º e 2.º graus foi que, viajando como “pingente”, o filho da recorrente se houve com imprudência, sendo de atribuir-lhe culpa exclusiva pelo sinistro, afastada, assim, a responsabilidade da transportadora.

Tal raciocínio, que envolve nítida valoração da prova, não se coaduna com a orientação já sufragada por esta Corte, no sentido de que: “A ferrovia não se exime de responsabilidade ao atribuir culpa exclusiva ao viajante “pingente”, pelo acidente que o vitimou, dado que presta o serviço em condições de não obrigar aos que têm necessidade de usá-lo a viajar em condições perigosas e nem vigia para que tal não se verifique (art. 17, Dec.-lei 2.681 de 7.12.12)” (REsp. 10.911-RJ, DJ de 19.8.91, rel. Sr. Min. Dias Trindade).

À companhia ferroviária, não resta dúvida, cumpre impedir que pessoas viajem do lado de fora do comboio.

É dever do transportador preservar a integridade física do passageiro e transportá-lo com segurança até o seu destino, pelo que se lhe impõe adotar as medidas necessárias a tanto. Assim não sendo, o que se deduz do só fato de passageiros estarem sendo transportados do lado de fora, com inegável risco de vida, impende atribuir-se, por ilícito contratual, plena e exclusiva responsabilidade pela ocorrência do evento.

Havendo infringência do contrato de transporte, a transportadora somente se exime de responsabilidade, a teor do art. 17 do Dec. Legislativo 2.681/12, provando culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. A não ser assim, como, repita-se, nos casos em que consente que passageiros viajem “pendurados”, com parcela do corpo projetada para a parte externa do veículo, assume total responsabilidade civil, com fundamento na culpa presumida.

A propósito de tais considerações, o mesmo José de Aguiar Dias tece os seguintes comentários: “O Dec. legislativo 2.681, como vimos, estabelece a responsabilidade das estradas de ferro pelos desastres ocorridos em suas linhas em critério nitidamente objetivo. A estrada só se exonera da obrigação de reparar provando o caso fortuito ou de força maior ou a culpa

do viajante, sem concorrência de culpa da estrada.

“Observa o insigne Carvalho de Mendonça que, nessa lei, o que se tem em vista não são as cautelas e providências tomadas pela empresa no propósito de desobrigar-se do contrato, mas o resultado útil. Verificado o dano, a única hipótese de liberação está na prova de uma das causas taxativamente enumeradas na lei como eliminatórias da culpa presumida do inadimplemento do contrato.

“Por esse tom se pronuncia o eminente Espinola, que frisa, no Dec. 2.681, o fato de não inovar em matéria de responsabilidade do transportador, o que fora posto em relevo pelo relator do projeto, que afirmou a persistência da regra geral da responsabilidade contratual, a saber, que ao devedor cabe provar o justo motivo que impediu o cumprimento do contrato. Quando, no art. 17, a lei de 1912 estabelece a presunção de culpa contra o transportador, fá-lo “para melhor accentuar que lhe incumbe a prova de que não houve culpa sua...”, porque o condutor é “contratualmente obrigado a transportar com segurança o passageiro ou a coisa...”.

“*Omissis*”

“Se a estrada só se exonera provando caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima, bem é de ver que não pode alegar que a vítima foi imprudente, p. ex.; por permanecer na plataforma do carro, quando isso se deva ao excesso de lotação. Assim foi decidido no regime do Dec. 1.930/1857, cujos arts. 82 e 86 proibiam a venda de bilhetes além da lotação, e assim deve ser julgado ainda hoje, pois, no art. 105 do Dec. 15.673, de 7.9.22, se encontra disposição idêntica:” “A estrada é obrigada a fornecer em cada trem o número de lugares correspondentes aos bilhetes vendidos”.

“*Omissis*”

“A responsabilidade da estrada é sempre excludente da responsabilidade do viajante...” (ob. cit., n. 109, pp. 211-214).

E, em outra passagem: “A obrigação de incolumidade implica, para o transportador, no correspondente direito de proibir ao viajante todos os movimentos que o possam colocar em perigo” (ob. cit., n. 106, p. 204).

Destarte, mesmo havendo culpa concorrente da vítima e do transportador, isso em se admitindo que o passageiro viajava como “pingente” por opção e não por imposição decorrente de superlotação, cabe à companhia ferroviária integral responsabilidade pela recomposição dos danos havidos, dado que

advindos de inadimplemento contratual. Não dessa forma, porém, se fosse o caso de clandestinidade. Nessa hipótese - reafirme-se, não verificada *in casu* - entendo que a culpa concorrente, derivada da conjugação da imprudência da vítima e da falta de vigilância do transportador, conduziria à uma repartição proporcional da responsabilidade.

No caso dos autos, tem-se numa análise valorativa da prova produzida, que a empresa transportadora, ao não oferecer condições adequadas e seguras de transporte, obrigando ou permitindo que o usuário se conduzisse "pendurado" no trem, infringiu o contrato de transporte, não havendo cogitar-se, na hipótese, de culpa exclusiva da vítima.

Nesse sentido o REsp. 3.951-SP, desta Turma, relator o Sr. Min. Athos Carneiro, de cuja ementa se extrai:

"Responsabilidade civil — Estrada de ferro — Queda de passageiro — Juros de mora a partir de citação.

"Culpa contratual da ferrovia, pelo inadimplemento da obrigação de transportar incólume o passageiro até o local de destino" (*DJ* de 10.1.90).

Também assim, reconhecendo em casos tais a culpa presumida da empresa transportadora, o REsp. 1.753-SP, *DJ* de 19.3.90, da E. 3.^a Turma, relator o Sr. Min. Waldemar Zveiter.

Em face do exposto, na linha dos precedentes e da orientação doutrinária referida, conheço do recurso e dou-lhe provimento para, reformando o v. acórdão, julgar parcialmente procedente a pretensão indenizatória, condenando a ré recorrida ao pagamento de:

a) pensão mensal equivalente a 2/3 do salário mínimo, corrigida e acrescida de 13.^o salário, desde a data do acidente até a data do falecimento da recorrente ou até a data em que a vítima completaria 65 anos (prevalecendo o termo que primeiro ocorrer, segundo entendimento da Turma, dentre outros, no REsp. 3.782-SP) (*DJ* de 1.10.90, relator o Sr. Min.

Athos Carneiro), e no REsp. 20.163-2-RJ (*DJ* de 8.6.92, de minha relatoria);

b) indenização por dano moral (Súmula STJ, verb. 37; REsp. 8.768-SP, relator o Sr. Min. Barros Monteiro), que, dada a condição da recorrente, arbitro em Cr\$ 2.000.000,00 corrigidos a partir desta data;

c) juros compensatórios de 6% a.a., contados da data que devida cada prestação;

d) juros moratórios de 6% a.a., a partir da citação, a teor do que decidido nos REsp. 3.951-SP e 9.753-SP.

Dado que a autora decaiu de parte mínima do pedido, relativa às despesas de luto, funeral e sepultura, não concedidas porque não comprovadas, condeno a ré recorrente, ainda, ao pagamento integral das custas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o valor das parcelas vencidas, acrescidas de 12 vincendas (cf. REsp. 7.009-MG, *DJ* 19.8.91, relator também o Sr. Min. Barros Monteiro).

É como voto.

VOTO — *O Exmo. Sr. Min. Barros Monteiro*: Sr. Presidente, estou de acordo com o Sr. Min. Relator, em face dos precedentes desta Turma.

No caso, parece-me bem definida a culpa da estrada ao infringir o seu dever de transportar com segurança o passageiro.

VOTO — *O Exmo. Sr. Min. Athos Carneiro* (pres.): Eminentes colegas, comungo do mesmo ponto de vista, fazendo, todavia, uma observação: a de que não estenderia a responsabilidade das estradas de ferro aos casos daqueles jovens que, mesmo tendo comprado passagem, teimam em se "divertir" no teto dos trens, praticando o que se tem chamado vulgarmente de "surfismo" ferroviário. Estas pessoas assumem inteiramente o risco pelos acidentes que lhes possam ocorrer.

Com essa ressalva, acompanho o eminente Min. Relator.

COMENTÁRIO

Introdução

Os dois arestos acima transcritos serão comentados por um prisma que os une, mesmo considerando não ter sido tal aspecto levado em conta na decisão do segundo caso: trata-se da responsabilidade do Estado por danos pessoais e

patrimoniais experimentados pelos indivíduos diante da real ou pretensa omissão de autoridade pública no exercício dos seus deveres legais.

O ponto é extremamente relevante em todos os campos da atividade do Estado e, quanto ao Direito Comercial - matéria do interesse particular desta Revista -

tem aplicação no caso, por exemplo, da já pretendida responsabilidade da Administração Pública pela quebra de instituições financeiras por alegada infração do dever de fiscalização.

No tocante, precisamente, à responsabilidade civil do Estado quanto à intervenção em instituições financeiras, registre-se um acórdão recente no seguinte sentido:

“Responsabilidade Civil do Estado — Intervenção em Instituição Financeira — Inexistência”.

“Constitucional. Financeiro. Ação proposta por aplicadores contra o Banco Central do Brasil. Prejuízos relacionados com corretora de valores liquidada. Lei 4.595/64 e 6.024/74. I — Inexiste responsabilidade objetiva do Estado quando a composição de danos potenciais deve ser feita com recursos particulares. II — A decretação da intervenção, pelo Banco Central do Brasil, em instituição financeira com situação irregular não infirma, em princípio, culpa no controle e fiscalização dos atos que a precederam. III — Não se indenizam prejuízos futuros e incertos que se constituem em mera expectativa de direito. IV — Sentença que julgou improcedente a ação confirmada”. (Ac. un. da 4.ª T. do TRF da 3.ª R. — AC 13.024-SP — Rel. Juiz Sérgio Lazzarini — j. 30.09.92. — Aptes.: Adeildo José Felix e outros; Apdo.: Banco Central do Brasil — *DJSP* 15.05.93, p. 154 — ementa oficial, in *Repertório IOB de Jurisprudência*, 1/6.031, 1.ª quinzenal/abril/93, n. 7/93, pg. 108).

Voltando aos acórdãos diretamente comentados, verifica-se que ambas as decisões dos dois tribunais, STF e STJ, estão corretas, a meu ver, no exame do caso concreto. Mas a discussão do tema suscita questões não inteiramente respondidas no longo teor dos textos, tendo em conta terem se prendido os julgadores, como é natural, à situação a ser decidida. Há problemas apenas ali aflorados, e outros nem sequer coloca-

dos, no tocante à responsabilidade do Estado no exercício das atribuições a ele cometidas a partir da Constituição Federal, sendo necessária a busca de um critério razoável para o estabelecimento de fronteiras mais claras quanto aos casos onde dá-se e onde não se dá tal responsabilidade, a partir dos argumentos expostos pelos julgadores e outros a serem acrescentados.

Esse é o objetivo do presente comentário.

Caso 1

Em resumo, houve a fuga de um preso por comprovada omissão da autoridade pública, o qual, depois de vinte e um meses da data da evasão, veio a fazer parte de uma quadrilha responsável por um assalto a uma joalheria e à residência das vítimas. Essas ajuizaram ação de reparação de danos, sob o fundamento de que incumbia ao Estado o dever jurídico de vigilância do condenado. Se tivesse levado a cabo a sua função, o roubo não teria ocorrido.

A ação foi julgada procedente e depois confirmada pelo TJPR, em apelação, baseado na teoria do risco integral, a qual teria sido agasalhada pelo art. 37, § 6.º da CF, e modernamente desdobrada no princípio do *acidente administrativo*, bastando “comprovar a existência de uma falha objetiva do serviço público, ou o mau funcionamento deste, ou uma irregularidade anônima que importa em desvio da normalidade, para que fique estabelecida a responsabilidade do Estado e a conseqüente obrigação de indenizar”, citando o acórdão o jurista Caio Mário da Silva Pereira, in “Responsabilidade Civil do Estado”, *Seleções Jurídicas, ADV*, p. 17 e ss.

Houve voto vencido, onde se alegou só ocorrer a responsabilidade do Estado se houver negligência no serviço, não devendo aquele responder objetivamente.

Em embargos infringentes, procurou o Estado do Paraná demarcar a responsa-

bilidade objetiva da Administração com base no dano causado por agentes seus — nunca por terceiros — e mediante a presença do nexo de causalidade entre a omissão originadora do dano e este, inexistente, segundo ali se alegou, entre a fuga do preso por culpa do Estado e o roubo praticado quase dois anos depois.

O TJEP entendeu presente o vínculo de causalidade entre a conduta do Poder Público e o dano, porque o prejuízo sofrido pelos lesados seria consequência direta da conduta dos funcionários da penitenciária, que, ao se terem descuidado do seu dever de vigilância, deram lugar à fuga e, posteriormente, à sua associação com outros marginais, para o fim da prática do roubo, cujos prejuízos pretendiam os autores serem indenizados pelo Estado. Por esse motivo os embargos infringentes acima citados foram rejeitados.

No recurso extraordinário interposto pelo Estado do Paraná e pelo Ministério Público daquela unidade da Federação, chegou-se à solução final, pelo não reconhecimento da responsabilidade do Estado naquele caso concreto.

Importantes subsídios para o deslinde da ação são colhidos da manifestação da Procuradoria Geral da República, onde se reconhece o caráter objetivo da responsabilidade prevista no art. 37, § 6.º da Constituição, mas cuja aplicação não deve ser feita às cegas, admitindo-se abrandamentos, uma vez não se ter adotada a teoria do risco integral, cujo efeito seria o de se levar o Estado a indenizar sempre.

Em outro ponto, a Procuradoria Geral da República afastou o nexo de causalidade, não tendo visto na fuga do preso, por negligência das autoridades penitenciárias, e sua ulterior participação no roubo a chamada *causa eficiente* do dano, ou seja, aquela sem a qual o dano não se teria produzido, considerados vários fatos acontecidos em cadeia.

Lembrou a Procuradoria da República não ter o STF, em sua orientação

jurisprudencial, acatado a responsabilidade objetiva do Estado se não demonstrada ou quando inexistente a causalidade entre a atividade daquele e o dano, existindo culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior.

Entre exemplos de afastamento da responsabilidade objetiva, foram lembrados pela Procuradoria Geral da República, no campo da jurisprudência, a ocorrência de chuvas torrenciais, causadoras de inundações insuperáveis por trabalhos normais de defesa; morte de passageiro em assalto no interior de veículo de transporte; ferimentos em passageiro atingido por estilhaços de vidro; provenientes de uma pedra atirada por terceiro; etc..

A Procuradoria Geral da República, em resumo, esposou a tese de que o legislador constitucional somente teria tratado do risco administrativo da atuação ou da inação dos servidores públicos, não tendo responsabilizado a Administração Pública por atos predatórios de terceiros, nem por fenômenos naturais causadores de danos aos particulares. A responsabilidade do Estado nasceria de forma objetiva somente pelos danos causados ou pelos nascidos de uma omissão que não tivesse sido objeto de um comportamento razoável na busca de seu impedimento.

O Estado não é, na visão da Procuradoria, um *segurador universal*, devendo ser responsabilizado, tendo em conta os exemplos acima citados, se agentes policiais relapsos tivessem presenciado um assalto sem terem procurado impedi-lo; se, alertados a tempo, não tomassem providências para frustrá-lo; se não tiver havido limpeza e desobstrução das galerias pluviais, de cujo fato tenha resultado inundação, etc.

Da longa fundamentação da decisão da Suprema Corte tiram-se os seguintes argumentos desfavoráveis à pretensão da responsabilidade do Estado, na situação sob comento:

a) Inexistência de nexos de causalidade

O Relator, Min. Moreira Alves, entendeu aplicável na solução da pendência, a teoria do dano direto e imediato, ou teoria da interrupção do nexos causal, prevista no art. 1.060 do CC, onde só se admite o nexos de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa, abarcando o dano direto e imediato, sempre, e, por vezes, o dano indireto e remoto, quando, para a produção deste, não haja concausa sucessiva, inexistente na situação sob exame.

A omissão das autoridades penitenciárias somente poderia ter sido vista como uma causa muitíssimo remota do assalto, resultante de outras concausas muito mais próximas. O dano decorrente do assalto não foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública, nada tendo a ver com futura formação de quadrilha da qual um dos membros foi o preso fugitivo.

Houve, para o Min. Sepúlveda Pertence, quanto ao assalto, a superveniência de uma causa relativamente independente daquela relacionada com a fuga do preso, afastando-se inteiramente do critério do desdobramento normal das conseqüências da omissão ou negligência da administração.

b) A omissão quanto a prestação de dever geral não pode causar a responsabilidade objetiva do Estado

Caso, segundo pensa o Min. Ilmar Falcão, tivesse sido alegada e provada a negligência nas providências no sentido de fazerem o preso retornar à cadeia, poder-se-ia pensar na responsabilidade subjetiva do Estado, desde que a tal circunstância se acrescentasse o nexos de causalidade.

A respeito desse ponto, o Min. Sepúlveda Pertence mostrou que a decisão contrariada havia fixado o fato gerador da responsabilidade pretendida na falha

da vigilância penitenciária e não no assalto propriamente dito.

c) Inexistência dos elementos da responsabilidade objetiva, segundo a teoria do risco administrativo

O Min. Celso de Mello entendeu inexistentes, na hipótese, os vários elementos componentes da estrutura e do perfil da responsabilidade objetiva do Estado, a saber, a alteridade do dano; a causalidade material; e a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente omissor do Poder Público.

Aduziu aquele julgador não ter sido acolhida no direito brasileiro positivo a doutrina do risco integral do Estado.

Caso 2

Quanto a esse outro acórdão, merece todos os elogios a decisão do STJ, ao reconhecer a responsabilidade objetiva da empresa de transporte ferroviário pela morte de um "pingente". De se estranhar que ainda permaneça um pensamento em sentido contrário, como aquele esposado pelo douto magistrado de primeira instância e pela Segunda Câmara do Tribunal de Alçada Civil do Rio de Janeiro.

Os argumentos do Relator, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, são irresponsáveis, baseados em orientação já adotada por aquela Corte.

A base da responsabilidade do transportador foi o inadimplemento contratual porque "é *dever* do transportador preservar a integridade física do passageiro e transportá-lo com segurança até o seu destino, pelo que se impõe adotar as medidas necessárias a tanto" (grifei).

Isto quer dizer que, "mesmo tendo o passageiro morto no acidente em tela, viajado como "pingente" por opção sua, e não por excesso de lotação do trem, ainda assim teria lugar a responsabilidade da empresa transportadora porque,

pelos termos do seu contrato, a ela caberia impedir, com o uso de meios idôneos, que houvesse alguém naquela situação”. Seria o caso de só se permitir a partida da composição depois de ter-se certificado inexistirem pingentes, forçando-se os recalcitrantes a entrarem no vagão ou a não fazerem a viagem.

São conhecidos, a propósito, os “empurradores” profissionais de passageiros no metrô do Japão, que, com luvas não de pelica, não os deixam ficar para fora das portas dos vagões da composição, nas estações pelas quais estas passam.

Ora, nossos trens e estações não possuem fiscais, suas portas não se fecham, inexistente qualquer medida de segurança prevista.

Segundo os termos do acórdão comentado, isto caracterizaria o inadimplemento contratual, fundamento da responsabilidade da empresa transportadora.

No voto proferido, acompanhando em linhas gerais a opinião do relator, o Ministro Athos Carneiro (Presidente), ressaltou a situação do “surfista ferroviário”, como caso alheio à responsabilidade da empresa ferroviária.

No entanto, levando-se o raciocínio do Relator a aplicar-se em toda a sua extensão, seria o caso, também, de responsabilizar-se o transportador pela morte de “surfistas ferroviários”, pois a sua existência em um trem caracterizaria negligência em coibir tal prática por parte do transportador.

Nesse sentido aplicar-se-ia como uma luva outra decisão do STJ, transcrita no acerto sob comento, na REsp. 10.91-RJ-DJ de 19.08.91, relator o Min. Dias Trindade, para quem a “ferrovia não se exime de responsabilidade por atribuir culpa exclusiva ao viajante “pingente” (substitua-se por “surfista”), pelo acidente que o vitimou, dado que presta o serviço em condições de não obrigar aos que têm necessidade de usá-lo a viajar em condições perigosas e nem vigia para que tal não se verifique”.

Essa interpretação, quanto ao “surfista”, somente seria afastada caso sua presença no trem não se desse com o objetivo de viajar mediante a execução de um contrato de transporte, mas, apenas, com o de praticar um “esporte” sumamente arriscado. Mas, se o passageiro efetivo, “aproveitasse a viagem” (ou seja, havia contrato de transporte) para fazer aquele tipo perigoso de “surf”, aí também deveria ser responsabilizado o transportador.

Os pontos polêmicos da responsabilidade do Estado

Cabe agora tratar de outro aspecto da questão, conforme referido acima.

Refiro-me ao debate sobre uma possível responsabilidade do Estado pela morte do passageiro “pingente”, tema não explorado na decisão sob exame porque ação foi intentada somente contra a empresa de estrada de ferro.

Como se sabe, o transporte urbano é uma concessão do Estado ao particular, caso não exerça diretamente tal atividade. Nesse sentido, dispõe o art. 30, V da Constituição Federal, ser competência dos Municípios “organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de *transporte coletivo*, que tem *caráter essencial*” (grifei).

Uma das últimas administrações da Capital de São Paulo bem definiu a posição do Poder Público com relação ao transporte de passageiros, colocando os seguintes dizeres em todos os ônibus da cidade: “Transporte: direito do cidadão, dever do Estado”.

Esse dever - e conseqüentemente - a responsabilidade pelo seu inadimplemento - é encontrado esparsamente na Constituição Federal, também em outros de seus dispositivos, como, por exemplo, o art. 5.º, *caput*, onde se lê que “todos são iguais perante a lei, sem

distinção de qualquer natureza, garantindo-se (...) a inviolabilidade do direito à vida, (...) à segurança”, etc.

Ora, admitir que alguém viaje como “pingente” é deixar de garantir o direito à vida e à segurança, obrigação fundamental do Estado brasileiro, presente em sua Lei Maior.

O art. 6.º da mesma Constituição Federal diz serem o trabalho e a segurança direitos sociais, os quais cabe ao Estado democrático assegurar de modo principal.

O direito à segurança está diretamente ligado ao da *liberdade*, pois este seria inócuo caso não houvesse possibilidades reais e tranqüilas de exercê-la (Cf. J. Cretella Jr., *Comentários à Constituição de 1988*, Forense, Rio, 1992, pg. 97).

Quanto ao trabalho, o acesso ao local onde ele será executado também é um direito social, por extensão, e somente se pode entender essa expressão como originadora de uma responsabilidade do Estado quando o contrato de transporte é exercido diretamente ou por concessão sem os mínimos requisitos necessários de segurança para que o trabalhador chegue incólume ao seu destino.

Recentemente a imprensa registrou trágico acidente na cidade de São Paulo de um ônibus do tipo “notoriamente” clandestino, o qual, tendo perdido o freio, abalroou com grande violência um automóvel particular, tendo causado a morte de quatro ocupantes deste, dando-se a fuga do motorista do primeiro veículo.

É quanto a tais situações que se indaga, principalmente, da responsabilidade do Estado porque, com toda a certeza, o transportador irregular - uma vez que “clandestino” no rigoroso sentido da palavra efetivamente não é - poderá não ser identificado e encontrado e, se o for, não terá condições financeiras de pagar a indenização devida.

A gênese da existência de transporte clandestino está, justamente, na insuficiência do serviço público de transporte,

levando esse fato a que os cidadãos se valham de um serviço alternativo de péssima qualidade, pois os veículos nele utilizados não têm fiscalização e não estão em boa ordem técnica, tendo sido visivelmente adquiridos nas sucatas das periferias.

Pode-se até imaginar que empresários poderosos estejam escondidos por trás do transporte clandestino, utilizando-se de “homens de palha” para acobertá-los, com o fim de fugirem ao cumprimento das obrigações legais atinentes ao exercício regular de uma atividade comercial.

O problema que se coloca está, na verificação de saber-se se cabe institucionalmente ao Judiciário e/ou se ele tem condições efetivas de avaliar os seguintes pontos decisivos na matéria: quais são as prioridades básicas de uma determinada coletividade (cuja implementação cabe ao prefeito, quanto aos municípios); se a Administração Pública tem recursos financeiros adequados à sua disposição para o atendimento daqueles; se não privilegiou obras meramente “eleitoreiras”; e se houve desvio e negligência do Estado em cumprir o seu dever de fiscalização - no caso sob exame, das empresas concessionárias de transporte público e daquelas irregulares.

Considerando-se o princípio da autonomia entre os poderes, dentro de uma visão mais tradicional do modelo constitucional, ao Judiciário não competiria emitir juízos de valor respeitantes às prioridades da administração pública, mas, tão somente sobre a negligência na prestação de serviços que efetivamente assumisse. Pergunta-se, a propósito, se não seria o caso de se alterar o sistema diante das novas questões nascidas dentro de uma sociedade dinâmica e complexa, bem diferente daquela observada por Montesquieu.

São muito comuns os desvios de finalidade na atuação do Estado, na pessoa dos titulares do poder administrativo, os quais, ao invés de usarem os recursos públicos de forma plena no atendimento

do interesse geral, preferem gastar boa parte dele no atendimento a interesses pessoais, como, por exemplo, na propaganda política, para o fim de tentarem provar que fazem o que não fazem, desatendendo os deveres constitucionais do Estado para com o povo; ou em obras desnecessárias, envolvendo desapropriações de vulto para construção de avenidas ou estradas que não correspondem às prioridades mais prementes.

É sabido que as obras prioritárias exigem recursos elevados e tempo de realização superiores aos mandatos eletivos, não sendo a mesma pessoa aquela que lhes dá início e a que as inaugura. Na sofrível concepção dos políticos brasileiros, esse tipo de obra "não dá voto", sendo preferidas aquelas que possam ser rapidamente terminadas e que sejam inauguradas festivamente.

Portanto, no momento em que um pingente morre em acidente ferroviário por falta da existência de composições em quantidade suficiente para atender à demanda, ou os passageiros de um carro são mortos em acidente com ônibus pertencente a um sistema de transporte irregular, pergunta-se se, além do causador direto do dano, não competiria ao Estado responsabilizar-se também pela indenização devida.

Caso se entendam os preceitos constitucionais acima lembrados como garantias efetivas e amplas do Estado, inclusive, conforme visto acima, no tocante à segurança, qualquer caso de morte em assalto poderia redundar em responsabilidade do Estado pela inexistência e/ou negligência na prestação dos serviços públicos de segurança.

O mesmo se daria, por exemplo, quanto ao Banco Central do Brasil na quebra de instituições financeiras caso ficasse provada a insuficiência do quadro de fiscais e a negligência na realização desse serviço, já tendo havido tentativas nesse sentido perante a justiça brasileira.

Seriam esses os efeitos de uma aplicação formalmente lógica do reconhecimento de uma eventual garantia por parte do Estado, a partir de uma interpretação extensiva das obrigações e responsabilidades constitucionais deste.

Evidentemente, nesse caso, o Estado passaria a ser o segurador geral e pleno da sociedade, sendo intuitivo que haveria um custo extremamente elevado de reparação de danos, quanto a situações fora do controle administrativo razoável e materialmente possível.

Quanto à responsabilidade pública do Estado por omissão na fuga do preso, participante muitos meses depois desse fato de um assalto, não se pode, evidentemente, falar de responsabilidade objetiva da administração pública, em vista de todos os argumentos expostos no primeiro acórdão, supra.

Poder-se-ia perguntar a respeito da possibilidade da imposição de responsabilidade subjetiva, se fosse o caso de provar-se a negligência do Estado em recapturar o preso, deixando-se de lado aqui, de propósito, o aspecto do nexo de causalidade direta.

Sabe-se que existem milhares de mandados de prisão não cumpridos, não tendo a polícia condições materiais para as providências nesse sentido. Não se pode dizer, além disso, que a existência dos meios necessários pudesse levar, obrigatoriamente, a um resultado altamente favorável na localização de pessoas condenadas, para o fim de serem recolhidas aos presídios.

Mas é inegável que o Estado não dota suas polícias dos recursos mínimos necessários ao seu bom funcionamento, existindo pelas ruas milhares de pessoas perigosas já condenadas, mas soltas e cometendo novos crimes.

Daí se poderia falar da responsabilidade do Estado, provada sua negligência no exercício do dever constitucional de proporcionar segurança aos cidadãos?

Teria o Poder Judiciário, ao ser acionado em ações de indenização, condições para avaliar a existência de negligência do Estado em dar cumprimento às suas funções constitucionais de dar segurança e de prestar o serviço essencial de transportes?

Veja-se quanto ao segundo caso, como é elevado e notório o nível de omissão do Estado em ordenar o sistema de transportes coletivos, permitindo que funcione em caráter precário e reconhecendo quanto à cidade de São Paulo, por exemplo, que 25% da frota de ônibus em circulação é "clandestina", conforme noticiado recentemente em nossos jornais?

Nos trens e nos ônibus urbanos, os passageiros são largados à sanha dos transportadores, sob os olhos omissos do Poder Público, direto explorador dos serviços ou seu concedente a terceiros.

Se não pode falar em responsabilidade do Estado por lesões corporais ou morte na execução do transporte público, então para que servem as normas constitucionais determinadoras do dever de prestação desse serviço essencial?

O ponto fulcral das questões acima levantadas - e para as quais não se pretende dar aqui a solução correta, pois o objetivo presente está principalmente em suscitá-las objetivando um importante debate - está na identificação da natureza das normas constitucionais acima estabelecidas e qual o papel efetivo do Estado perante a população.

Estudando a responsabilidade civil do Estado à luz do § 6.º da Constituição Federal, Hely Lopes Meirelles afirma

estar nela agasalhada a doutrina do direito público, "tendo mantido a responsabilidade civil objetiva da administração, sob a modalidade do risco administrativo, mas não tendo chegado aos extremos do risco integral" (Cf. Opinião manifestada a pgs. 550 do seu *Direito Administrativo Brasileiro*, Ed. RT, 16.ª ed., S. Paulo, 1991).

Reconhece esse autor logo em seguida, que é possível a responsabilidade do Estado em vista da inação dos servidores públicos (p. 552), mas isso dependerá, evidentemente, da relação de causa e efeito a qual, existe no caso da morte do "pingente", mas não no assalto praticado por um antigo fugitivo da cadeia.

Parece ser possível entender existirem - certo ou erroneamente como técnica legislativa - dispositivos constitucionais *programáticos* em nossa Magna Carta, ou seja, destinados a indicar um alvo a ser alcançado pela sociedade, a cargo dos governos, e não a estabelecer uma obrigação efetiva e uma correspondente responsabilidade pelo inadimplemento.

Tais normas estariam mais afeitas a programas de partidos políticos e de governo do que ao conteúdo de uma Constituição, mesmo porque, como vimos, são direta ou indiretamente desprovidas de sanção, o que as esvazia de seu conteúdo obrigatório e, portanto, da responsabilidade por seu descumprimento.

Colocados os problemas acima, e indicados alguns caminhos possíveis, espera-se que nasça uma boa luz do debate.

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa.