

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

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

Edição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

Instituto Macken.13
Biblioteca George Alexandre,
Direito

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Fundador:

WALDEMAR FERREIRA

Diretor:

PIILOMENO 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 DELPIHM DE MORAES, MAURO RODRIGUES PENTEADO, NEWTON DE LUCCA, NEWTON SILVEIRA, PAULO SALVADOR FRONTINI, RACHIEL SZTAJN, VERA HELENA DE MELLO FRANCO.

Edição e distribuição da

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Rua Conde do Pinhal, 78 — Caixa Postal 678 — Fax (011) 607-5802
CEP 01501-060 - São Paulo, SP, Brasil

Diretor Presidente:

CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

Diretor Superintendente:

ANTONIO BELLINELLO

Diretor Editorial:

AFRO MARCONDES DOS SANTOS

Diretor de Produção:

ENYL XAVIER DE MENDONÇA

MARKETING E COMERCIALIZAÇÃO

Diretor:

ROBERTO GALVANE

Gerente: KUNJI TANAKA

Assistente: MELISSA TREVIZAN CHIBANE

CENTRO DE ATENDIMENTO AO LEITOR: Tel. (011) 607-2433

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

SUMÁRIO

DOCTRINA

- **Contratação entre a sociedade por cotas de responsabilidade limitada e seu próprio administrador** — Celso Barbi Filho 5
- **A Lei 7.958, de 20.12.89, e o direito de retirada dos acionistas dissidentes**
— Modesto Carvalhosa 21
- **A propósito da polêmica em torno do art. 38 da Lei 8.880/94** — Luiz Carlos Sturzenegger 28
- **O novo perfil da dívida externa brasileira** — Bolívar Moura Rocha... 46
- **Das compensações múltiplas (“Nettings”) nos “Swaps” e “Derivatives” internacionais** — Sílvio H. Yanagawa 58
- **Reflexões sobre a dissolução judicial de sociedade anônima por impossibilidade de preenchimento do fim social** — Fábio Konder Comparato 67

ATUALIDADES

- **O registro público de empresas mercantis e atividades afins** — Lei 8.934, de 18.11.94 — João Baptista Morello Netto 73
- **Direitos anti-“dumping” e compensatórios: sua natureza jurídica e conseqüências de tal caracterização** — Tércio Sampaio Ferraz Júnior; José del Chiaro Ferreira da Rosa e Mauro Grinberg 87

JURISPRUDÊNCIA

- **Sociedade anônima** — Companhia fechada — Eleição de diretoria — Derrogação das normas contidas em acordo de acionistas para preenchimento de cargos de administração — Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa 97

NOTAS E COMENTÁRIOS

- **Caracterização de condutas contrárias à ordem econômica** — Notas sobre a nova Lei antitruste — Paulo Salvador Frontini 101

- ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO 111

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO

BOLÍVAR MOURA ROCHA

Advogado em São Paulo; Integrou a equipe de negociação da dívida externa, na qualidade de Procurador de Operações Externas da Procuradoria-geral da Fazenda.

CELSO BARBI FILHO

Professor Assistente e Mestre em Direito Comercial na Faculdade de Direito da UFMG; Procurador do Estado de Minas Gerais.

FÁBIO KONDER COMPARATO

Doutor pela Universidade de Paris; Prof. Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP.

JOÃO BAPTISTA MORELLO NETTO

Advogado; Diretor do Instituto Jurídico da Associação Comercial de São Paulo.

JOSÉ DEL CHIARO FERREIRA DA ROSA

Advogado; Ex-Secretário de Direito Econômico.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Prof. Doutor do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP.

LUIZ CARLOS STURZENEGGER

Advogado; Procurador do Banco Central do Brasil; Mestre em Direito pela Universidade de Harvard.

MAURO GRINBERG

Advogado; Ex-Conselheiro do CADE — Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

MODESTO CARVALHOSA

Advogado em São Paulo.

PAULO SALVADOR FRONTINI

Doutor em Direito; Professor da Faculdade de Direito da USP.

SILVIO H. YANAGAWA

Advogado do Banco Interamericano de Desenvolvimento, em Washington, Estados Unidos; Doutor em Direito pela Universidade de Paris; Ex-Assessor Jurídico do Banco Central do Brasil.

TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR

Titular da Faculdade de Direito da USP.

DOCTRINA

CONTRATAÇÃO ENTRE A SOCIEDADE POR COTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA E SEU PRÓPRIO ADMINISTRADOR

CELSO BARBI FILHO

Professor Assistente e Mestre em Direito Comercial na Faculdade de Direito da UFMG.
Procurador do Estado de Minas Gerais

1. A Sociedade por Cotas de Responsabilidade Limitada como Modelo Jurídico da Empresa Coletiva — 2. Desvirtuamento na Utilização do Modelo Jurídico da Sociedade por Cotas de Responsabilidade Limitada — 3. Aplicação da Lei das S/A como instrumento Regulamentar Subsidiário da Sociedade por Cotas de Responsabilidade Limitada — 4. Disciplina da Concorrência de Interesses entre o Administrador e a Sociedade Anônima — 5. Manifestações Doutrinárias quanto à Contratação entre as Sociedades de Pessoas e seus Administradores — 6. A Celebração do Contrato — 7. Contratos Firmados em Situação de Suspeição — 8. O Dever de Lealdade do Administrador — 9. Conclusão.

1. A Sociedade por Cotas de Responsabilidade Limitada como Modelo Jurídico da Empresa Coletiva

A constante mutação evolutiva do processo econômico-capitalista está sempre repercutindo no Direito, exigindo-lhe a todo tempo uma versátil capacidade de adequação às exigências impostas pelos fatos econômicos. Tal fenômeno se verifica particularmente com o Direito Comercial, pois é a atividade mercantil que mais rápida e agilmente se modifica, num movimento ligado à autêntica necessidade de sobrevivência que a conjuntura negocial atribui a todas as atividades produtivas. E, dentro do Direito Comercial, um ramo específico, o societário, vem sendo singularmente cobrado, pois a ele cabe a disciplina da coexistência de múltiplas titularidades patrimoniais dentro de uma mesma célula produtiva: a empresa coletiva.

Com efeito, a empresa, que pode ser individual ou coletiva, necessita de forma jurídica e personalidade para existir no mundo formal. E, sendo coletiva, essa forma será a da sociedade, que constitui a pessoa jurídica, dotada de personalidade. As sociedades, pois, enquanto modelos jurídico-normativos, desempenham importante tarefa: dar existência jurídica e personalidade à empresa coletiva, que em nosso direito não é sujeito, mas objeto, pois pressupõe um empresário, coletivo ou individual, que a exerce.¹ O titular coletivo da empresa mercantil é a sociedade comercial.

E a empresa, por sua vez, enquanto organização profissional de capital e trabalho, destinada à produção, circulação ou prestação lucrativa de bens ou

1. Waldírio Bulgarelli, *A Teoria Jurídica da Empresa*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985, p. 47. O art. 16. do Código Civil, não considera empresa como pessoa jurídica.

serviços, erige-se em “uma instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, serve como elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea”.²

Para o desempenho dessa relevante missão, de dar personalidade e existência jurídica ao titular coletivo da empresa mercantil, o Direito Positivo brasileiro prevê seis tipos de sociedades comerciais: a sociedade em nome coletivo, a em comandita simples, a de capital e indústria, a por cotas de responsabilidade limitada, a anônima e a em comandita por ações. As três primeiras estão previstas e regulamentadas no Código Comercial de 1850, e as três últimas em legislações posteriores, o Decreto 3.708/19 e a Lei 6.404/76.³

Paralelamente a esses tipos societários, há ainda o modelo jurídico da chamada sociedade civil, cuja disciplina se encontra prevista no próprio Código Civil.

Não obstante tal leque de opções para a organização da atividade empresarial coletiva, o direito brasileiro conviveu com uma utilização crescente, e hoje quase que exclusiva, de apenas dois desses tipos societários: a sociedade por cotas de responsabilidade limitada e a sociedade anônima.

A principal razão desse fenômeno foi a possibilidade de limitação da responsabilidade dos sócios, oferecida por esses dois modelos corporativos. Realmente, muito embora em qualquer sociedade a responsabilidade dela, sociedade, seja sempre ilimitada, na sociedade por cotas e na anônima é possível que se limite a responsabilidade do sócio à contribuição deste para o capital social. Tal limitação tem especial significado no que se refere

ao não comprometimento do patrimônio particular do sócio por dívidas da sociedade.

Outros fatores também colaboraram, subsidiariamente, para esse uso cada vez maior dos modelos da sociedade por cotas e da anônima. Mencione-se, por exemplo, a possibilidade de que a sociedade por cotas tenha objeto civil, apesar de sua forma mercantil, e ainda o “poder legal” da sociedade anônima de ser sempre comercial não importando a natureza de seu objeto social.

Por outro lado, se comparadas a sociedade por cotas e a anônima, verifica-se uma utilização bem maior da primeira na prática empresarial. E o motivo é facilmente compreensível, pois ela oferece uma estrutura bem mais simplificada para a disciplina da pequena e média empresa, civil ou mercantil, sem as exigências e o formalismo impostos pela lei à constituição e ao funcionamento da sociedade anônima, modelo jurídico da grande empresa privada nacional.

Assim, a realidade atual na economia brasileira é de uma intensa utilização da sociedade por cotas de responsabilidade limitada como instituto organizacional de titularidade da pequena e média empresa.

2. Desvirtuamento na Utilização do Modelo Jurídico da Sociedade por Cotas de Responsabilidade Limitada

Dentro do contexto acima descrito, a sociedade por cotas concorre, quanto à intensificação de seu uso, com a própria estrutura da firma individual na disciplina jurídica da titularidade da empresa. De fato, no direito brasileiro, conforme já dito, a empresa é objeto de direito, não obstante as ainda infrutíferas tentativas, legais e doutrinárias, de sua subjetivação. Assim sendo, o titular da empresa — o empresário — pode assumir a forma jurídica individual ou coletiva. O empresário individual se

2. Fábio Konder Comparato. “A Reforma da Empresa”, *Revista de Direito Mercantil*, V. 50, São Paulo, Ed. RT, 1983, p. 57.

3. A sociedade em conta de participação não poderia ser incluída nessa lista, pois é desprovida de personalidade.

disciplinará pelo regime da firma individual, reservada aos comerciantes, e que não cria personalidade jurídica distinta da do seu titular. Já o empresário coletivo terá que adotar a forma da sociedade, mercantil ou civil, que terá personalidade jurídica distinta da dos seus sócios, sendo ela o sujeito de direito e titular da empresa.

Nota-se com isso uma acentuada utilização da sociedade por cotas como forma de organização jurídica do titular da empresa, mesmo quando o verdadeiro empresário tem um perfil individual. Com efeito, muitas vezes o efetivo titular e condutor da empresa é uma pessoa natural, que a administra e por ela responde, mas essa pessoa, ao invés de se registrar como empresário individual, cria uma sociedade por cotas para figurar como o sujeito de direito que é proprietário da empresa, aliando-se para tanto a um outro sócio, quase que figurativo, de participação irrisória no capital e totalmente ausente da vida da sociedade.

Podem ser apontadas algumas explicações para esse procedimento tão comum nos dias atuais, começando pela já aludida possibilidade de limitação da responsabilidade do sócio na sociedade por cotas que tenha seu capital totalmente integralizado. Essa realidade decorre do fato de não ter ainda o legislador brasileiro consagrado a figura da sociedade unipessoal de responsabilidade limitada, já há algum tempo existente no direito europeu. A tal respeito, vale mencionar que, na defesa da sociedade unipessoal, existem diversos e preciosos estudos desenvolvidos por nossa doutrina, mas que não galgaram sensibilizar o legislador pátrio para a introdução desse instituto no ordenamento jurídico nacional.⁴

4. Eduardo de Sousa Carmo. "Sociedade Unipessoal por Cotas de Responsabilidade Limitada". *Atualidades Jurídicas*. Belo Horizonte, Del Rey, 1993. p. 103.

Outro motivo identificável poderia ser a circunstância de que só o empresário comercial pode registrar firma individual, ficando excluído dessa alternativa o empresário civil, que se socorre do modelo da sociedade por cotas, a qual, como sabido, poderá ser mercantil ou civil, conforme seu objeto.

Há ainda as razões de ordem tributária. As pessoas jurídicas, no caso as sociedades, podem indistintamente deduzir todas as suas despesas do faturamento na apuração do lucro tributável, faculdade que sofre restrições e condicionamentos na esfera da atividade individual. Além disso, no âmbito específico da prestação de serviços, a legislação previdenciária impõe uma contribuição de 20% (vinte por cento) sobre o valor pago ao profissional autônomo,⁵ incidência que fica excluída se o serviço for prestado em nome de pessoa jurídica. Já houve até quem dissesse que tal norma da legislação previdenciária viola o dispositivo constitucional da liberdade de associação, na medida em que praticamente obriga os prestadores de serviços a constituírem sociedades para, excluindo a incidência da contribuição legal, tornar seus preços competitivos.⁶

O fato é que atualmente esse conjunto de circunstâncias levou a uma utilização exagerada e desajustada do modelo jurídico da sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Como bem anotou o então Ministro Jarbas Passarinho, na Exposição de Motivos do Projeto de Lei Sobre Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, encaminhado ao Pre-

5. Leis 7.787/89, art. 3.º; I, e 8.212/91, art. 22. I, normas que contêm a expressão "autônomos", julgada inconstitucional pelo STF (RE 166.772-9-RS), estando a última com vigência suspensa por liminar deferida em ADIN.

6. Valdir de Oliveira Rocha. "Contribuição Previdenciária das Empresas sobre Remuneração de Segurados Autônomos e Empregadores". *Repertório IOB de Jurisprudência*, 20/92, 1992. p. 368.

sidente da República em agosto de 1991, “a inexistência de uma forma jurídica adequada tem ensejado, ao longo dos anos, que o empresário desceja de exercer atividades econômicas, individualmente, tenha constituído sociedade de responsabilidade limitada, sem que, na realidade, exista um cunho societário. O verdadeiro proprietário figura no contrato com quase totalidade do capital, dando a terceiro uma cota que representa parte insignificante do mesmo. Na realidade, as empresas individuais de responsabilidade limitada existem, embora formadas simuladamente”.

Todo fenômeno jurídico que surge de um contexto desvirtuado tende a irradiar conseqüências para institutos que deveriam funcionar normalmente. Assim, esse quadro, vivido pela má utilização do modelo jurídico da sociedade por cotas, vem gerando o que se poderia chamar de uma nova “crise da personalidade jurídica”. Sociedades formalmente bipessoais, mas verdadeiramente unipessoais se alastram, constituídas por contratos padronizados, que raramente são levados à apreciação judicial, e o “sócio-gerente” desse tipo de instituição celebra, sem maiores cerimônias, contratos entre ele próprio e a sociedade, valendo-se do artifício jurídico da dupla personalidade, pessoal e social, que lhe é posto à disposição pelo art. 20. do Código Civil, mas por vezes apenas com o intuito de obter vantagens tributárias e comerciais.

Nada se teria a opor a esse quadro, se estivesse legalmente instituída no Brasil a sociedade unipessoal ou a empresa individual de responsabilidade limitada, com a conseqüente adaptação do direito positivo tributário, civil e comercial a essa realidade. O problema surge é porque tal modelo ainda não foi assimilado pelo nosso ordenamento, que convive desaparelhado com essa prática desvirtuada do uso fictício, mas legal, de uma dupla personalidade jurídica, do administrador e da sociedade por cotas.

Como se dizia, nota-se hoje que essa prática, que passa pela utilização de modelos padronizados de contratos sociais e pelo pouco rigor formal nos negócios da pessoa jurídica, transcende seus efeitos para instituições verdadeiramente societárias, em que a presença e atuação dos sócios na vida da empresa são uma realidade. Essas “verdadeiras” sociedades vêm se contaminando pelas práticas rudimentares hoje existentes, e que decorrem da aludida institucionalização e utilização desvirtuada de “sociedade unipessoais” em nosso direito.

É assim que administradores de sociedades por cotas com vários e efetivos integrantes firmam por vezes, despreocupadamente, contratos entre eles próprios e as sociedades, representando as duas partes, com finalidades diversas, como locação de veículos particulares à pessoa jurídica, realização de empréstimos, alienação e compra de bens móveis etc.

Tais transações, amparadas pelo poder de representação social emergente de contratos sociais padronizados e rudimentares, coexistem na esfera normal dos expedientes e pretensas operações de “planejamento fiscal” ou de uma agilidade em operações. Elas nascem e proliferam como decorrência do nefasto informalismo que assola as operações societárias, motivado, entre outros fatores, por esse uso desvirtuado, da instituição da sociedade por cotas, que acaba por atingir as corporações que não têm tal perfil.

Tudo isso funciona normalmente enquanto presente e reinante a *affectio societatis*. Entretanto, desaparecida esta, a validade desses contratos, firmados entre a sociedade e seu sócio-gerente, pode ser questionada, e o debate terminar sob o crivo do Judiciário, como já se viu ocorrer. Isso ressuscita, nos tribunais, uma velha questão doutrinária, que merece ser analisada em face do contexto atual: pode o administrador da sociedade por cotas, em nome desta, firmar contrato com ele mesmo, representando ambas as partes?

3. Aplicação da Lei das S/A como Instrumento Regulamentar Subsidiário da Sociedade por Cotas de Responsabilidade Limitada

É sabido que o art. 156, da Lei 6.404/76, disciplina, no âmbito das sociedades anônimas, a contratação entre a companhia e seu administrador, vedando a intervenção deste nas operações em que houver concorrência entre os interesses dele e os da sociedade, a não ser que sejam obedecidas determinadas formalidades, atentando-se para indispensáveis cuidados e critérios.

Dita norma, em princípio, resolveria o dilema aqui proposto, relativo à validade da contratação entre a sociedade por cotas e seu gerente, considerando sua aplicação subsidiária a esta, em face do que dispõe o art. 18, do Decreto 3.708/19.

Entretanto, as acaloradas discussões dos expoentes da doutrina societária pátria mostraram que essa aplicação subsidiária da Lei das S/A à sociedade por cotas não poderia ser sempre admitida *a priori*. Com efeito, são conhecidos os debates acerca desse tema, cuja controvérsia necessita ser aqui brevemente recordada, a fim de se verificar aplicabilidade da lei ao caso em exame.

Discutiu-se, em torno do conteúdo do art. 18, do Decreto 3.708/19, se a Lei das S/A seria aplicável subsidiariamente ao próprio Decreto, apenas ao contrato social, ou a ambos.

Waldemar Ferreira, por exemplo, propugnava que a subsidiariedade era apenas em relação ao contrato social, e não à Lei das Sociedades por Cotas, suprimindo, assim, somente as omissões dos sócios e não as do Legislador. Nesse sentido, indica acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em 28.9.1950.⁷

7. Waldemar Ferreira, *Tratado de Direito Comercial*, V. 3, p. 461.

Mais recentemente, Rubens Requião demonstra que, sendo a sociedade por cotas uma sociedade de pessoas, deve-se primeiro recorrer ao Código Comercial, como legislação subsidiária, tanto para as lacunas do contrato social quanto do próprio Decreto 3.708/19. A Lei das S/A só seria utilizada quando omissa o Código Comercial sobre a questão, ou quando o contrato social instituir um órgão cuja disciplina pormenorizada esteja na Lei das Sociedades Anônimas, como, por exemplo, a Assembléia Geral.⁸

Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto propõe critério híbrido, de aplicação prática um pouco dificultada. Para ele, é mister se verificar antes se a norma da Lei das S/A é ou não compatível com os princípios de uma sociedade *intuitu personae*, que caracterizam comumente a sociedade por cotas. Havendo tal compatibilidade, admite-se a aplicação supletiva.⁹

Talvez a mais criteriosa seja a posição do Prof. João Eunápio Borges, para quem as normas da Lei das S/A se aplicam subsidiariamente, tanto às omissões do contrato social quanto às do Decreto 3.708/19, em tudo que não se refira à constituição da sociedade, que, por força do próprio Decreto, é disciplinada pelo Código Comercial.¹⁰

E nessa linha está também a opinião de Egberto Lacerda Teixeira, para quem a Lei das S/A se aplica como fonte supletiva tanto às lacunas do contrato social quanto do Decreto 3.708/19.¹¹

8. Rubens Requião, *Curso de Direito Comercial*, V. 1, 8.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1977, pp. 316-317.

9. Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, *A Sociedade por Cota de Responsabilidade Limitada*, V. 1, 1.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1956, p. 60.

10. João Eunápio Borges, *Curso de Direito Comercial Terrestre*, V. 2, 1.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1959, pp. 176-177.

11. Egberto Lacerda Teixeira, *Das Sociedades Por Cotas no Direito Brasileiro*, São Paulo, Max Limonad, 1956, p. 27.

sidente da República em agosto de 1991, “a inexistência de uma forma jurídica adequada tem ensejado, ao longo dos anos, que o empresário desceja de exercer atividades econômicas, individualmente, tenha constituído sociedade de responsabilidade limitada, sem que, na realidade, exista um cunho societário. O verdadeiro proprietário figura no contrato com quase totalidade do capital, dando a terceiro uma cota que representa parte insignificante do mesmo. Na realidade, as empresas individuais de responsabilidade limitada existem, embora formadas simuladamente”.

Todo fenômeno jurídico que surge de um contexto desvirtuado tende a irradiar conseqüências para institutos que deveriam funcionar normalmente. Assim, esse quadro, vivido pela má utilização do modelo jurídico da sociedade por cotas, vem gerando o que se poderia chamar de uma nova “crise da personalidade jurídica”. Sociedades formalmente bipessoais, mas verdadeiramente unipessoais se alastram, constituídas por contratos padronizados, que raramente são levados à apreciação judicial, e o “sócio-gerente” desse tipo de instituição celebra, sem maiores cerimônias, contratos entre ele próprio e a sociedade, valendo-se do artifício jurídico da dupla personalidade, pessoal e social, que lhe é posto à disposição pelo art. 20. do Código Civil, mas por vezes apenas com o intuito de obter vantagens tributárias e comerciais.

Nada se teria a opor a esse quadro, se estivesse legalmente instituída no Brasil a sociedade unipessoal ou a empresa individual de responsabilidade limitada, com a conseqüente adaptação do direito positivo tributário, civil e comercial a essa realidade. O problema surge é porque tal modelo ainda não foi assimilado pelo nosso ordenamento, que convive desparelhado com essa prática desvirtuada do uso fictício, mas legal, de uma dupla personalidade jurídica, do administrador e da sociedade por cotas.

Como se dizia, nota-se hoje que essa prática, que passa pela utilização de modelos padronizados de contratos sociais e pelo pouco rigor formal nos negócios da pessoa jurídica, transcende seus efeitos para instituições verdadeiramente societárias, em que a presença e atuação dos sócios na vida da empresa são uma realidade. Essas “verdadeiras” sociedades vêm se contaminando pelas práticas rudimentares hoje existentes, e que decorrem da aludida institucionalização e utilização desvirtuada de “sociedade unipessoais” em nosso direito.

É assim que administradores de sociedades por cotas com vários e efetivos integrantes firmam por vezes, despreocupadamente, contratos entre eles próprios e as sociedades, representando as duas partes, com finalidades diversas, como locação de veículos particulares à pessoa jurídica, realização de empréstimos, alienação e compra de bens móveis etc.

Tais transações, amparadas pelo poder de representação social emergente de contratos sociais padronizados e rudimentares, coexistem na esfera normal dos expedientes e pretensas operações de “planejamento fiscal” ou de uma agilidade em operações. Elas nascem e proliferam como decorrência do nefasto informalismo que assola as operações societárias, motivado, entre outros fatores, por esse uso desvirtuado, da instituição da sociedade por cotas, que acaba por atingir as corporações que não têm tal perfil.

Tudo isso funciona normalmente enquanto presente e reinante a *affectio societatis*. Entretanto, desaparecida esta, a validade desses contratos, firmados entre a sociedade e seu sócio-gerente, pode ser questionada, e o debate terminar sob o crivo do Judiciário, como já se viu ocorrer. Isso ressuscita, nos tribunais, uma velha questão doutrinária, que merece ser analisada em face do contexto atual: pode o administrador da sociedade por cotas, em nome desta, firmar contrato com ele mesmo, representando ambas as partes?

3. Aplicação da Lei das S/A como Instrumento Regulamentar Subsidiário da Sociedade por Cotas de Responsabilidade Limitada

É sabido que o art. 156, da Lei 6.404/76, disciplina, no âmbito das sociedades anônimas, a contratação entre a companhia e seu administrador, vedando a intervenção deste nas operações em que houver concorrência entre os interesses dele e os da sociedade, a não ser que sejam obedecidas determinadas formalidades, atentando-se para indispensáveis cuidados e critérios.

Dita norma, em princípio, resolveria o dilema aqui proposto, relativo à validade da contratação entre a sociedade por cotas e seu gerente, considerando sua aplicação subsidiária a esta, em face do que dispõe o art. 18, do Decreto 3.708/19.

Entretanto, as acaloradas discussões dos expoentes da doutrina societária pátria mostraram que essa aplicação subsidiária da Lei das S/A à sociedade por cotas não poderia ser sempre admitida *a priori*. Com efeito, são conhecidos os debates acerca desse tema, cuja controvérsia necessita ser aqui brevemente recordada, a fim de se verificar aplicabilidade da lei ao caso em exame.

Discutiu-se, em torno do conteúdo do art. 18, do Decreto 3.708/19, se a Lei das S/A seria aplicável subsidiariamente ao próprio Decreto, apenas ao contrato social, ou a ambos.

Waldemar Ferreira, por exemplo, propugnava que a subsidiariedade era apenas em relação ao contrato social, e não à Lei das Sociedades por Cotas, suprimindo, assim, somente as omissões dos sócios e não as do Legislador. Nesse sentido, indica acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em 28.9.1950.⁷

7. Waldemar Ferreira, *Tratado de Direito Comercial*, V. 3, p. 461.

Mais recentemente, Rubens Requião demonstra que, sendo a sociedade por cotas uma sociedade de pessoas, deve-se primeiro recorrer ao Código Comercial, como legislação subsidiária, tanto para as lacunas do contrato social quanto do próprio Decreto 3.708/19. A Lei das S/A só seria utilizada quando omissa o Código Comercial sobre a questão, ou quando o contrato social instituir um órgão cuja disciplina pormenorizada esteja na Lei das Sociedades Anônimas, como, por exemplo, a Assembléia Geral.⁸

Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto propõe critério híbrido, de aplicação prática um pouco dificultada. Para ele, é mister se verificar antes se a norma da Lei das S/A é ou não compatível com os princípios de uma sociedade *intuitu personae*, que caracterizam comumente a sociedade por cotas. Havendo tal compatibilidade, admite-se a aplicação supletiva.⁹

Talvez a mais criteriosa seja a posição do Prof. João Eunápio Borges, para quem as normas da Lei das S/A se aplicam subsidiariamente, tanto às omissões do contrato social quanto às do Decreto 3.708/19, em tudo que não se refira à constituição da sociedade, que, por força do próprio Decreto, é disciplinada pelo Código Comercial.¹⁰

E nessa linha está também a opinião de Egberto Lacerda Teixeira, para quem a Lei das S/A se aplica como fonte supletiva tanto às lacunas do contrato social quanto do Decreto 3.708/19.¹¹

8. Rubens Requião, *Curso de Direito Comercial*, V. 1, 8.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1977, pp. 316-317.

9. Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, *A Sociedade por Cota de Responsabilidade Limitada*, V. 1, 1.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1956, p. 60.

10. João Eunápio Borges, *Curso de Direito Comercial Terrestre*, V. 2, 1.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1959, pp. 176-177.

11. Egberto Lacerda Teixeira, *Das Sociedades Por Cotas no Direito Brasileiro*, São Paulo, Max Limonad, 1956, p. 27.

comprometimento do ajuste.¹⁷ Com efeito, pode-se mesmo dizer que “o conflito de interesse exerce ação paralisante sobre o desenvolvimento normal do fenômeno representativo”.¹⁸

Diante disso, e tomando como subsidiariamente aplicável às sociedades por cotas o princípio mestre constante do art. 156 da Lei das S/A, emerge uma primeira conclusão, no sentido de que é anulável a contratação entre a sociedade por cotas de responsabilidade limitada e seu próprio gerente, quando este representa isoladamente na transação as duas partes, e o negócio é feito fora das condições de mercado. Isso porque surge aí uma concorrência de interesses que macula a validade do contrato, exigindo procedimento especial para a perfeita e regular formalização jurídica do negócio.

A fim de se definir quais seriam os caminhos de viabilização de tal tipo de contratação, cumpre primeiramente examinar como a doutrina estrangeira e nacional tem enfrentado essa questão e se posicionado a respeito.

5. Manifestações Doutrinárias quanto à Contratação entre as Sociedades de Pessoas e seus Administradores

A análise do problema da contratação entre a sociedade e o administrador na doutrina estrangeira, no âmbito das sociedades mercantis em geral, indica uma evolução, partindo-se do repúdio absoluto a esse tipo de negócio e chegando-se à sua admissibilidade em hipóteses excepcionais, nas quais haja interesse da sociedade, aplicando-se aí regras rígidas para a contratação, extraídas comumente da legislação das sociedades anônimas.

17. Rubens Requião, *Curso de Direito Comercial*, 2.ª V., 17.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 180.

18. Francisco de Assis Bomfim Viana, “Do Contrato Consigo Mesmo”, *Revista Forense*, V. 261, Rio, Forense, 1978, p. 396.

Originalmente, a rejeição à idéia do contrato entre o administrador e a sociedade era manifesta, como se vê de referências do Direito Europeu. Na primeira metade do século, E. Feine já propugnava pela nulidade desse tipo de negócio jurídico: “...el gerente no puede celebrar contratos con la sociedad, ni en su propio nombre ni en nombre de un tercero, siendo nulos los que celebrare, aunque esta nulidad se pueda convalidar posteriormente mediante ratificación de la compañía”.¹⁹

Também a esse tempo, os franceses Paul Pic e F. Baratin manifestavam o mesmo entendimento, embora a lei francesa nada dispusesse a respeito.²⁰

Na doutrina francesa atual, é esse o ponto de vista, mas já se encontra referência à solução formal do conflito de interesses pelo uso das normas específicas das sociedades anônimas. Vejam-se as palavras do Prof. Philippe Merle, da Universidade de Nancy: “Il est à craindre que lorsqu'un dirigeant contracte avec sa société, il abuse de sa position pour obtenir des avantages exorbitants. Mais d'un autre côté, le contrat peut être utile à la société, et intéressant pour les deux parties. Pour résoudre ces oppositions d'intérêt, dans des situations où l'on est souvent proche du contrat avec soi-même (le même individu vend à titre personnel et achète en qualité de représentant de la société), la loi de 1867 avait instauré une réglementation dans son article 40. Le dispositif, largement inefficace, a été perfectionné pour mieux protéger les actionnaires, en particulier les minoritaires”.²¹

19. E. Feine, *Las Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Trad. W. Roccs, Ed. Logos, Madrid, 1930, p. 228.

20. Paulo Pic e F. Baratin, *Des Sociétés à Responsabilité Limitée*, Librairie de Juris Classurs, Paris, 1927, p. 343.

21. Philippe Merle, *Droit Commercial — Sociétés Commerciales*, 3.ª ed., Paris, Dalloz, 1992, p. 352.

No Direito italiano, a matéria já encontra regulamentação no Código Civil de 1942, cujo art. 2.391 traça um modelo similar ao da Lei de S/A brasileira para a disciplina da contratação em que haja conflito entre o interesse do administrador e o da sociedade. A inobservância do procedimento legal compromete o poder de representação do administrador contratante, fazendo o negócio anulável, com um prazo prescricional de três meses para a impugnação judicial do mesmo. O comprometimento da capacidade representativa do administrador e a conseqüente anulabilidade do negócio decorrem do perigo de dano que dele resulta para a sociedade. Elucidativa a esse respeito a lição do Prof. da Universidade de Veneza Antonio Brunetti: "L'art. 2.391 non precisa il concetto di interessi in conflitto, ma non si sabaglia dicendo che il conflitto investe il potere di rappresentanza organica dell'amministratore. Esso si presenta perciò come un impedimento al normale svolgimento del rapporto rappresentativo. Chi agisce in conflitto è privo dell'esercizio del potere rappresentativo per incompatibilità con lo scopo per cui esso è stato conferito. Da ciò un pericolo di danno per il rappresentato a causa di tale esercizio illegittimo. Il pericolo poi non va determinato in rapporto alle conseguenze patrimoniali dell'atto per sè prese ma con riferimento alla illegittimità dell'esercizio del potere".²²

Essa disciplina legal da contratação em conflito de interesses, prevista pelo aludido art. 2.391, se refere às sociedades por ações, mas tem aplicação direta às sociedades por cotas de responsabilidade limitada. Assim esclarece o mesmo Prof. Brunetti: "La regola dell'art. 2.391 vale anche per la soc. a resp. limit. in forza del rinvio dell'art. 2.487: si può

dire anzi che qui abbia più vasto campo di applicazione per il carattere familiare e per la frequenza del fenomeno dell'amministratore unico".²³

A construção pretoriana do Direito anglo-saxão conduziu à consolidação do entendimento de que a contratação entre o administrador e a sociedade não deve ocorrer, como regra geral, e, em ocorrendo, só pode sê-lo mediante regras rígidas, já existentes para as sociedades anônimas.

Isso é o que se depreende da notícia dada por Janet Dine: "another situation which can easily bring a director's duty into conflict with his interests is where a director contracts with his company. There are now extensive statutory rules covering this area, but the general rule is that a director is in peril of being in breach of his overriding duty if he makes a contract in which he has a personal interest with his company. In Aberdeen Railway Co. x Blaikie Bros (1854) 1 Macq 461 (HL) Lord Cranworth said: it is a rule of universal application that no one, having (fiduciary) duties to discharge, shall be allowed to enter into engagements in which he has or can have a personal interest conflicting or possibly may conflict with the interests of those whom he is bound to protect".²⁴

Já as cortes norte-americanas acabaram por consolidar três linhas de interpretação quanto à validade dos contratos entre a sociedade e seu administrador, havendo omissão normativa a respeito. Se o negócio foi comprovadamente vantajoso para a sociedade, ele é confirmado. Se envolver fraude ou trazer prejuízo à empresa, o administrador contratante deve repor a vantagem obtida, restaurando o estado anterior. E se

23. Antonio Brunetti, *Trattato del Diritto delle Società*, V. III — La Società a Responsabilità Limitata, Milão, Giuffrè, 1950, p. 213.

24. Janet Dine, *Company Law*, 1.^a ed., Londres, Macmillan, 1991, p. 185.

22. Antonio Brunetti, *Trattato del Diritto delle Società*, V. II — Società per Azioni, Milão, Giuffrè, 1948, p. 382.

a transação não foi claramente prejudicial à companhia, mas se efetivou sem fraude, pode o administrador envolvido assegurar a validade do negócio, demonstrando que dele não participou diretamente, e que o contrato foi aprovado pela maioria dos outros administradores ou sócios.

Tal informação é trazida por Robert W. Hamilton: "The test for self-dealing transactions developed by the courts in absence for statute combines procedural and substantive requirements essentially as follows: a) If the court feels the transaction to be fair to the corporation, it is upheld. The burden of proving fairness is on the self dealing director and requires full disclosure of the dual interest of the director. b) If the court feels that the transaction involves fraud, undue overreaching ou waste of corporate assets it is set aside or the directors are otherwise required to restore the *status quo* efore the transaction. c) If the court feels that the transaction is not clearly fair to the corporation but does not involve fraud, overreaching or waste of corporate assets, the transaction is upheld where the interested director can convincingly show that the transaction was approved (or ratified) by a disinterested majority of the board of directors, without participation by the interested director, or by a majority of the shareholders after full disclosure of all relevant facts".²⁵

Em suma, a lição que nos deixa o Direito estrangeiro é de que a contratação entre o administrador e a sociedade, pelo caráter que possui, só pode ser admitida quando não trouxer prejuízo para a sociedade, inexistir participação direta do interessado no ato, e houver estrita observância de regras legais próprias, previstas normalmente

para as sociedades anônimas, mas que valem para outros tipos societários, entre os quais a sociedade por cotas de responsabilidade limitada.

No Direito brasileiro, nota-se inicialmente que o art. 349, segunda parte, do Código Comercial, admite que o sócio empreste dinheiro à sociedade, não fazendo restrição expressa à figura daquele sócio que seja gerente. Com tal dispositivo, estava a própria legislação mercantil a admitir a contratação entre a sociedade e seu gerente.

Diante disso, uma parte da doutrina brasileira inclinou-se a admitir como válida em princípio, nas chamadas sociedades mercantis "de pessoas", a contratação com o gerente.

Ao estudar a sociedade em nome coletivo, Carvalho de Mendonça manifestou-se pela validade do contrato entre o gerente e a sociedade, concluindo que "a lei não proíbe, pelo que se deve admitir o contrato como válido, desde que o gerente obre ostensivamente, sem deixar suspeitas do seu procedimento. Assim, o gerente, que é o banqueiro, não está proibido de descontar os títulos da sociedade. É o *selbstcontrahiren* dos alemães".²⁶

Entretanto, a evolução da doutrina brasileira demonstrou que tal conclusão não se poderia aplicar à sociedade por cotas.

O mestre mineiro Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, que dedicou extenso trabalho ao estudo desse tipo societário, demonstrou que a conclusão de Carvalho de Mendonça não se adequava às sociedades por cotas, justamente em face da subsidiariedade normativa da Lei das S/A. Após examinar os precedentes do direito estrangeiro

25. Robert. W. Hamilton, *Corporations*, 3.^a ed., St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1992, p. 476.

26. José Xavier Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 4.^a ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1945, p. 167, n. 715.

a respeito, e conjugá-los com a legislação brasileira das sociedades por cotas e das sociedades anônimas, conclui o autor: "a Lei de Sociedade Anônima proíbe ao diretor intervir em qualquer operação social, em que tenha interesse oposto ao da Companhia. Ora, este diploma legal é supletivo da Lei sobre Sociedade por Cota de Responsabilidade Limitada, no que não contrariar os princípios reguladores da sociedade de pessoas. E o dispositivo invocado, ao revés, encerra um preceito altamente moralizador, aplicável a qualquer tipo de sociedade. Não temos dúvida, pois, em afirmar que não é lícito ao gerente da sociedade por cotas de responsabilidade limitada contratar consigo mesmo".²⁷

Da mesma forma entendeu Egberto Lacerda Teixeira em sua monografia sobre sociedade por cotas, anotando que: "É vedado ao gerente intervir em qualquer operação social em que tenha interesse oposto ao da sociedade, bem como na deliberação que a respeito tomarem os demais gerentes, cumprindo-lhe científicá-los do seu impedimento, *ex vi* da aplicação analógica do art. 120, do Decreto-lei 2.627. O gerente, como representante de todos os sócios, deve nortear a sua atividade no sentido de promover e defender os interesses da sociedade, abstando-se da prática de atos que possam, direta ou indiretamente, favorecê-lo em detrimento daquela".²⁸

Mais recentemente, o Prof. Rubens Requião, ao analisar o problema do abuso e do uso indevido da razão social pelo administrador na sociedade por cotas, observou: "Pode ele, todavia, usar da razão social, dentro dos objetivos da sociedade, mas para fins pessoais, o que caracteriza seu uso indevido. Tanto no

caso de abuso como no de uso indevido da firma social, cabe ação de perdas e danos contra ele, promovida pela sociedade ou pelos sócios individualmente, sem prejuízo da responsabilidade criminal".²⁹

A meu ver, o criterioso exame das abordagens doutrinárias existentes, tanto no direito estrangeiro quanto no brasileiro, não conduz à conclusão de que o contrato entre o administrador e a sociedade por cotas seja, *a priori*, inadmissível e nulo de pleno direito. Ao contrário, o contrato é perfeitamente possível. O que há é um princípio, uma regra geral, de que tal tipo de negócio, pelas peculiaridades que envolve, no que tange à própria fidúcia mercantil, deve revestir-se de uma série de cautelas formais, sob pena de tornar-se anulável.

E a fonte de identificação dessas cautelas, no caso da sociedade por cotas de responsabilidade do direito brasileiro, é a própria Lei das Sociedades Anônimas, através de seu art. 156, plenamente aplicável à espécie, por força do art. 18, do Dec. 3.708/19, conforme já se demonstrou.

6. A Celebração do Contrato

A norma prevista no art. 156, da Lei das S/A, traça uma regulamentação para o conflito de interesses no âmbito das sociedades anônimas, que têm estrutura administrativa mais sofisticada do que a das sociedades por cotas. Assim, é necessário que se promova uma adequação das regras traçadas na aludida norma legal à realidade das sociedades por cotas, que comumente não possuem administração bipartida em conselho e diretoria, nem mesmo um conjunto de administradores numeroso e de atuação formalista, com utilização de livros de atas de reuniões etc.

27. Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, op. cit., p. 313, g.n.

28. Egberto Lacerda Teixeira, op. cit., p. 105.

29. Rubens Requião, op. cit., V. I, p. 346.

Ao contrário, as sociedades por cotas convivem com uma realidade administrativa mais simplificada e informal, possuindo muitas vezes um único gerente nominado no contrato social, que nem ao menos registra habitualmente seus atos. Cumpre então tentar aplicar a disciplina do conflito de interesses nesse modelo societário.

Um negócio jurídico é anulável quando, apesar de ter sido firmado por agente capaz, com objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei, é celebrado com um vício na vontade do agente. No caso do contrato entre a sociedade por cotas e seu gerente, quando este age por si próprio e pela sociedade, presume-se que a vontade desta está viciada, pois nela existirá a mácula do conflito entre o interesse individual e o coletivo, presentes no espírito do administrador. Por isso, o contrato entre a sociedade e seu administrador não é nulo, mas anulável, prevalecendo se nenhum interessado contra ele se insurgir.

E assim, para se evitar a anulabilidade, uma primeira regra a ser observada no contrato entre a sociedade por cotas e seu administrador é a de que ele não deverá, em princípio, representar a sociedade no negócio. O art. 156, da Lei das S/A, traz uma regra clara ao dispor que "é vedado ao administrador intervir em qualquer operação social em que tiver interesse conflitante com o da companhia".

Portanto, nesse tipo de negócio, a sociedade deve, como norma geral, ser representada por outro gerente, que não aquele com quem vai ser celebrado o contrato.

Todavia, pode-se invocar uma objeção a isso, tendo em vista que, muitas vezes, a sociedade por cotas só possui um gerente. Em tais hipóteses, a solução analógica é encontrada no próprio art. 156, da Lei das S/A, quando este fala da obrigação do administrador contratante de "cientificar" os demais de seu

interesse no negócio. No caso específico dessas sociedades por cotas, considerando a inexistência de outros administradores, tal cientificação se destina aos demais sócios, e dela resulta a anuência, expressa ou tácita, destes com o negócio.³¹ A concordância expressa dos sócios se dá por sua intervenção direta no negócio, ou ainda pela emissão ou assinatura de algum documento anuindo com a transação. Já a concordância tácita resulta do silêncio diante da comunicação prévia da transação, feita pelo administrador nela interessado.

A esse respeito, vale inclusive frisar que a idéia da necessidade de comunicação obrigatória do negócio aos demais sócios foi acesadamente sustentada, no âmbito das sociedades anônimas, quando dos estudos e discussões que antecederam a edição da atual Lei 6.404/76. Em trabalho específico sobre o tema, Silvio Hitoshi Yanagawa anotou que "a lei não deve restringir-se somente a comunicação, para ciência aos demais administradores, mas impor, além desta comunicação, a ciência à Assembléia Geral, para que todos possam conhecer as deliberações acerca do contrato tomadas pela Administração".³²

Surge então outra dúvida. Essa anuência teria que ser da unanimidade ou apenas da maioria dos sócios. Atendendo ao princípio majoritário, que hoje tem sido amplamente prestigiado nas sociedades por cotas, entendo que a concordância, expressa ou tácita, dos sócios que representem a maioria do

31. Egberto Lacerda Teixeira, ao enumerar os atos que o gerente não pode praticar, inclui: "aplicar os fundos, bens e haveres da sociedade em negócio ou uso de conta própria ou de terceiro sem o prévio consentimento, por escrito, dos demais sócios". op. cit., p. 103 (grifo nosso).

32. Silvio Hitoshi Yanagawa. "Contratos entre Sociedades e seus Administradores. Conflito de Interesses". *RDM* 20/117, S. Paulo, RT, 1975.

capital social legitima a contratação entre a sociedade e seu próprio administrador. Esse, aliás, é o princípio que vigora para as sociedades anônimas, nas quais a assembléia geral pode ulteriormente ratificar o negócio celebrado em conflito de interesses, como admite a jurisprudência.³³

Entretanto, quando o negócio for realizado fora das condições de mercado, mesmo que com a anuência da maioria dos sócios ele será anulável, a teor do que dispõe o § 1.º, do art. 156, da Lei das S/A. Um contrato entre a sociedade e seu administrador realizado fora dos parâmetros de mercado só seria válido se aprovado pela unanimidade dos sócios, desde que não induzida a erro.

Assim sendo, se a sociedade só tiver um gerente, fugindo ao princípio geral, poderá ela ser representada pelo próprio administrador contratante, pois só ele tem a legitimação constitutiva para representá-la. No entanto, para que não haja a anulabilidade da transação, sócios que representem maioria do capital social precisam demonstrar sua anuência, expressa ou tácita, ao negócio, que deverá ser feito dentro das condições de mercado.

Outra situação possível é aquela na qual o contrato social exige a participação no ato de mais de um administrador para que a sociedade por cotas se obrigue em qualquer negócio. Aqui, a solução se mostra mais simples. Com efeito, a norma contratual que impõe a representação social por mais de um administrador supre a exigência constante do art. 156, da Lei das S/A, relativa à "cientificação" dos demais,

pois, ao participarem do negócio dois ou mais gerentes, deixam atendida a imposição legal. Assim, dispensada fica a comunicação aos demais sócios.

De outro lado, a presença no ato do administrador em conflito de interesses, representando a si mesmo de um lado e à sociedade de outro, juntamente com seus pares, não invalida a transação, mas apenas faz com que seja obedecida a norma do contrato social que exigia a representação conjunta da sociedade. De qualquer maneira, imperativo é que sejam atendidas condições eqüitativas vigentes no mercado para se efetivar a transação, sob pena de sua anulabilidade, que pode ser argüida pelos demais sócios.

Podem também ocorrer de o administrador não estar contratando em nome próprio com a sociedade que representa, mas figurar no contrato como representante de outra pessoa jurídica. Em outras palavras, um mesmo administrador representando, em determinado ato, duas sociedades que sejam as partes contratantes. Nessa hipótese, obedecer-se-á aos mesmos preceitos traçados pelo art. 156, da Lei das S/A, e acima expostos.

Como princípio geral, o administrador não deve representar as duas sociedades, exigindo-se que uma delas o seja por outro gestor. Não sendo isso possível, por inexistir outro gerente, correto será obter-se a anuência na transação dos sócios que representem a maioria do capital social. E, em exigindo o contrato social que uma das sociedades seja representada por mais de um administrador, tem-se por cumprida, para o negócio, a exigência legal de cientificação dos demais administradores, conforme exposto anteriormente.

Ressalte-se mais uma vez que, mesmo quando atendidas as orientações de formalização compatíveis com a lei, aqui já expostas, o negócio será anulável se não tiver sido feito em condições razoáveis ou eqüitativas, vigentes no mercado. Os §§ 1.º e 2.º do art. 156,

33. *RTJ*, 52/119, RE 66.403-SP. — "Sociedade por ações — Aplicação do art. 120, do Dec.-lei 2.627, de 16.9.40. Atos praticados por diretor. Inexistentes dolo ou erro, podem ser eles ratificados pela assembléia geral regularmente convocada".

da Lei das S/A, atribuem anulabilidade aos contratos celebrados entre administrador e sociedade em que, mesmo atendidos os requisitos formais de constituição, o negócio não tenha sido celebrado "em condições razoáveis ou equitativas, idênticas às que prevalecem no mercado ou em que a companhia contrataria com terceiros".

A melhor doutrina assinala que essa exigência legal se destina a "evitar a influência indireta do administrador na operação, já que sua influência direta é afastada através das regras expressas estabelecidas na lei. Quer a lei que não haja prejuízos para a sociedade pelo fato de, no negócio, participar um administrador, o que constituiria regalia para o mesmo e, no final de contas, dano para a sociedade".³⁴

Assim, no caso das sociedades por cotas, ainda que respeitadas os critérios norteadores para a celebração do negócio, ele será sempre anulável quando não tenha sido feito em condições razoáveis ou equitativas, correspondentes às vigentes no mercado. A competência para postular tal anulabilidade em juízo é de qualquer sócio ou da própria sociedade.

Daí porque haverá somente uma hipótese em que a inobservância das condições de mercado não ensejará anulabilidade, que será aquela em que todos os sócios anuíram ao negócio ou com ele consentiram expressamente, desde que, é claro, não induzidos por vício de vontade. Entretanto, em outras situações, como aquelas em que a transação foi assentida pela maioria do capital social ou efetuada por um administrador distinto do contratante, será sempre possível ao sócio, que demonstrar prejuízo para a sociedade, postular a anulação do negócio em juízo pela desobediência às condições de mercado.

34. Fran Martins, *Comentário à Lei das Sociedade Anônimas*, v. 2, t. 1, 2.ª ed., Rio. Forense, 1984, p. 390.

Quando a ação de anulação for proposta por sócio, ele estará demandando em nome próprio direito da sociedade. Assim, em sendo anulado judicialmente o contrato, o administrador estará obrigado a ressarcir à sociedade as vantagens que tiver auferido do negócio, ficando aquela com a obrigação de indenizar o sócio autor da ação pelas despesas que teve com a mesma (arts. 156, § 2.º e 159, § 5.º, da Lei 6.404/76).

7. Contratos Firmados em Situação de Suspeição

Outro aspecto relevante é aquele que se refere à extensão ou alcance do conflito de interesses entre a sociedade e seu administrador. Afinal, concorrência de interesses não se configura somente quando o contratante é o próprio administrador, mas também quando se trata de um amigo íntimo ou parente seu.

De fato, o regime de contratação em conflito de interesses aplica-se aos casos em que o administrador esteja em estado de suspeição. Isso significa que o negócio celebrado, p. ex., entre a sociedade e um amigo íntimo ou parente do administrador que a representa merece tratamento jurídico igual àquele em que o administrador é o próprio contratante.

A concepção do conflito de interesses não se pode restringir à concorrência entre o interesse pessoal do próprio administrador e o da sociedade. A caracterização de um quadro de suspeição faz nascer incontestável conflito no espírito do administrador. Daí porque quando ele representar a sociedade em contratos que esta firmar com amigos íntimos ou parentes seus, estar-se-á inequivocamente diante de um quadro de conflito de interesses, atraindo-se para a regulamentação do ato a norma do art. 156, da Lei das S/A, que, se desobedecida, ensejará a anulabilidade da transação.

Note-se que a suspeição nesses casos deve ser verificada através de um critério objetivo. Assim, parece-me que poderia ser aplicado em tal aferição, por analogia, o que dispõem os arts. 134, V, e 135, I a IV, do CPC brasileiro. Ditos dispositivos cuidam das hipóteses de impedimento e suspeição do juiz para exercer suas funções, e servem para definir, analógica e objetivamente, situações em que o administrador da sociedade seja suspeito para representá-la em uma transação, por existir conflito de interesses.

Pelo aludido critério legal, essa suspeição se verificará quando o contratante for cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, do administrador, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau. Igualmente se for amigo íntimo do administrador, seu credor, herdeiro presuntivo, donatário ou empregador. E ainda, se o administrador receber dádivas do contratante, antes ou depois do negócio.

8. O Dever de Lealdade do Administrador

Como palavras finais, vale mencionar sucintamente que o respeito à disciplina legal do conflito de interesses na contratação entre a sociedade e seu administrador liga-se intrinsecamente ao próprio dever de lealdade que este deve ter para com aquela.

Esse dever, previsto no art. 155, da Lei das S/A, sem qualquer dúvida aplicável às sociedades por cotas, consiste no princípio de que o administrador deve servir com lealdade à companhia, mantendo reserva sobre seus negócios.

Por isso, aquele administrador que contrata com a sociedade, ainda que com obediência à disciplina legal do conflito de interesses, mas valendo-se comprovada e dolosamente de informações privilegiadas, realiza negócio anulável, que pode ser judicialmente des-

feito, com responsabilização do administrador pelos prejuízos que da operação resultem para a sociedade.

A proteção da pessoa jurídica contra o eventual conflito entre seus interesses e os de seu administrador não se restringe ao aspecto formal do negócio, mas às próprias condições e ao conteúdo da transação, a qual deverá ser anulada judicialmente sempre que provado que, de alguma maneira, é contrária aos interesses sociais.

9. Conclusão

Em síntese do exposto, conclui-se que é juridicamente possível a contratação entre uma sociedade por cotas de responsabilidade e seu próprio administrador.

Todavia, por força do art. 18, do Dec. 3.708/19, esse negócio jurídico deverá atender aos preceitos regulamentares contidos no art. 156, da Lei 6.404/76, sob pena de ser anulável, por presumir-se viciada a vontade social.

Assim, o administrador não deverá, em princípio, figurar no contrato como representante da sociedade.

Mas, se o administrador contratante participar da formalização do negócio, deverá haver também intervenção de outro administrador ou anuência, expressa ou tácita, dos sócios que representem pelo menos a maioria do capital social.

Mas, mesmo que observados tais requisitos, o negócio estará sujeito à anulação judicial, quando provado que foi celebrado fora de condições razoáveis ou equitativas, correspondentes àquelas de mercado. E, nessa hipótese, estará o administrador obrigado a restituir à sociedade as vantagens que auferiu do negócio.

Se todos os sócios anuíram, expressa ou tacitamente, com a realização do negócio, o fato de ele ter sido feito fora das condições de mercado não o inva-

lida, pois a unanimidade dos cotistas supre a irregularidade. Entretanto, a anulabilidade poderá ser invocada se ficar provado que a anuência unânime foi induzida por algum vício de vontade.

A disciplina legal da contratação em conflito de interesses aplica-se também aos casos em que se verificar um estado de suspeição do administrador, como quando a sociedade contrata com um amigo íntimo ou parente seu. Essas hipóteses podem ser objetivamente identificadas através da aplicação analógica dos arts. 134, V, e 135, I a IV, do CPC

brasileiro, dispositivos cuidam das hipóteses de impedimento e suspeição do juiz para exercer suas funções.

Por fim, registre-se que, mesmo que o administrador da sociedade por cotas com ela contrate observando os preceitos regulamentadores do conflito de interesses, o negócio será igualmente anulável se provado que o administrador se valeu dolosamente de informações privilegiadas, violando o seu dever de lealdade para com a sociedade, e fazendo o negócio contrário aos interesses sociais.

DOCTRINA

A LEI 7.958, e 20.12.89, E O DIREITO DE RETIRADA DOS ACIONISTAS DISSIDENTES

MODESTO CARVALHOSA

Advogado em São Paulo

Como se sabe, a promulgação da Lei 7.958, de 20.12.89, gerou imensa polêmica não apenas no meio jurídico, mas, também no político e empresarial.

O referido diploma cujo projeto foi tramitado, sem qualquer divulgação ou consulta às entidades representativas do mercado de valores mobiliários, e da classe jurídica e empresarial, foi aprovado, sem ter sido sequer submetido à discussão em plenário.

Não obstante este processamento sumário e clandestino, no apagar das luzes de 1989, a Lei 7.958, alterando a redação do *caput* do art. 137 da Lei 6.040, de 1976, aparentemente teria suprimido do elenco de matérias que, se aprovadas em assembléia geral, ensejam ao acionista dissidente o direito de retirada: as operações de incorporação, fusão, cisão e a participação em grupo de sociedade.

Essa ilegítima tentativa de reduzir direitos e garantias, consagradamente, asseguradas aos acionistas minoritários nas sociedades anônimas, provocou, desde logo, a indignação e a revolta dos interessados, entre os quais incluímos, tendo na ocasião sustentado em diversas entrevistas a periódicos e em artigos publicados, nossa opinião de que essa Lei não logrou restringir o direito de retirada dos acionistas.

E, aos poucos, firmou-se entre a maioria esmagadora de nossa doutrina a convicção de que a indigitada lei, com efeito, não derrogou ou suprimiu o

direito de retirada dos minoritários dissidentes, em qualquer das hipóteses anteriormente previstas.

Esse também foi o entendimento manifestado pela Comissão de Valores Mobiliários, todas as vezes em que foi solicitada a opinar, na qualidade de órgão autárquico administrativo competente, como se viu das decisões de seu Colegiado, posicionando-se favoravelmente ao direito de retirada de acionistas minoritários dissidentes de deliberação de incorporação da Sulina Alimentos S/A pela Perdigão Agroindustrial S/A e da cisão parcial da Panex S/A, após a edição da lei em questão.

Para fundamentar tal posicionamento jurídico, cumpre preliminarmente tecer algumas considerações sobre a natureza e o fundamento do direito de retirada.

O direito de recesso tem por objetivo tutelar o interesse do acionista individual, que decide não permanecer vinculado a uma sociedade, cujas transformações institucionais, operadas por decisão assemblear majoritária, não logram alcançar a sua concordância.

Na realidade, o direito de recesso origina-se do reconhecimento legal da natureza contratual da companhia. Trata-se, portanto, de direito que visa a conciliar os interesses da companhia e dos acionistas. A lei, de um lado, dá poderes à maioria para modificar as bases essenciais do contrato social e de outro, garante ao acionista discordante dessas modificação a possibilidade de

denunciar parcialmente o pacto social a que aderiu.

O direito de recesso constitui, portanto, instrumento legal de proteção dos não-controladores.

Ademais, compõe o conflito de interesse representado, de um lado, pela permanência da pessoa jurídica e a preservação do princípio majoritário e, de outro, pelo direito de o acionista retirar-se da companhia, mediante pagamento por esta do valor de suas ações, quando inconformados com determinadas deliberações previstas em lei contrárias a seu interesse.

A lei, assim, admite que o acionista, por sua vontade manifestada oportunamente deixe de suportar determinados efeitos jurídicos, decorrentes da decisão majoritária sobre matérias específicas. Em decorrência, o acionista retira-se, não da sociedade a cuja estrutura jurídica aderiu, mas retira-se, isto sim, por antecipação, da companhia modificada.

É o que pode ocorrer quando da incorporação, fusão e cisão de sociedades. Tais operações representam formas de reorganização societária, que alteram radicalmente a estrutura jurídica da sociedade, as relações entre ela e os seus sócios, criando uma nova situação patrimonial.

Daí porque a lei no art. 230 é expressa em reconhecer que o acionista não deve ficar compelido a permanecer em uma sociedade totalmente diversa daquela que tinha ingressado, possibilitando-lhe a sua retirada e o reembolso de suas ações nessas hipóteses.

Saliente-se que o direito de recesso está hoje inserido em todas as legislações societárias modernas, de forma mais ou menos extensa ou abrangente, sendo reconhecido como uma das mais relevantes garantias individuais do acionista e, assim, incentivadora do investimento no mercado acionário.

Em razão disso, vem o direito de retirada elencado entre os direitos indi-

viduais comuns a todos os acionistas, aos quais não podem os sócios renunciar e tampouco o estatuto ou a assembléia geral derogar. São direitos imutáveis, que resultam da lei, inerentes à própria essência da sociedade e, portanto, intangíveis, como se vê, do enunciado do art. 109, inc. V:

“Art. 109. Nem o estatuto social, nem a assembléia geral poderão privar o acionista dos direitos de:

.....
V — retirar-se da sociedade nos casos previstos nesta Lei”.

Lembre-se, a propósito, que a anterior legislação societária, Dec.-lei 2.627, de 1940, já incluía o direito de recesso como um dos direitos essenciais do acionista, podendo ser exercitado em casos de dissidência quanto à aprovação das seguintes matérias: criação de ações preferenciais, e alteração nas preferências e vantagens, ou ainda criação de nova classe de ações preferenciais mais favorecidas; mudança do objeto essencial da sociedade; incorporação da sociedade em outra, ou sua fusão; cessação do estado de liquidação, mediante a reposição da sociedade em sua vida normal; e transformação da forma societária.

A vigente lei de sociedade por ações, tendo em vista ter sido elaborada com o objetivo precípuo de criar a estrutura jurídica necessária ao fortalecimento do mercado de capitais de risco no País, de molde a propiciar a mobilização da poupança popular e seu encaminhamento voluntário para o setor empresarial, cuidou de assegurar ao acionista minoritário maiores direitos e garantias.

Para tanto, entre outras inovações, a Lei 6.404, de 1976, estendeu a faculdade de recesso a outras alterações do estatuto, como se vê, em primeiro lugar, do disposto na redação original do art. 137:

“Art. 137. A aprovação das matérias previstas nos números I, II e IV a VIII do art. 136 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”.

Assim é que, como se verifica do disposto no art. 137, combinado com o art. 136, foram mantidas todas as anteriores hipóteses de recesso, a elas acrescidas as hipóteses de: aumento de classes existentes de ações preferenciais, sem guardar proporção com as demais (arts. 137, e 136, II), alteração de dividendo obrigatório (arts. 137 e 136, IV), cisão (arts. 137, 136, VI e 230), dissolução (arts. 137 e 136, VII) e participação em grupo de sociedades (arts. 137, 136, VIII e 270).

Nesse passo, é necessário ressaltar que as hipóteses legais de recesso não estão circunscritas ao disposto no art. 137.

Com efeito, temos, em primeiro lugar, as hipóteses de recesso previstas nas Disposições Transitórias, que, embora já despidas de eficácia, prevaleceram no prazo de um ano: fixação do dividendo obrigatório em porcentagem inferior à legalmente prevista (art. 296, § 4.º) e transformação da companhia em sociedade por quotas por deliberação majoritária (art. 298, III).

Em segundo lugar, temos novas hipóteses em que o acionista poderá exercer seu direito de recesso; hipóteses essas nem de longe acenadas pelo referido art. 137, quais sejam transformação de sociedade, prevista estatutariamente (art. 221); aquisição, mediante desapropriação, por pessoa de direito público, do controle da companhia (art. 236, parágrafo único); e compra por companhia aberta do controle de sociedade se o preço de aquisição ultrapassar os valores previstos no inc. II do art. 256 (art. 256, § 2.º).

E, em terceiro lugar, existem hipóteses em que embora aventadas no art.

137, foram especificamente disciplinadas e reguladas em outros artigos: incorporação, fusão e cisão (art. 230); incorporação de companhia controlada (art. 264, § 3.º); fusão de companhia controladora e controlada (art. 264, § 4.º); constituição de subsidiária integral mediante incorporação de ações (art. 252, §§ 1.º e 2.º); participação em grupo de sociedades (art. 270, parágrafo único).

Aliás, em nossos Comentários já havíamos nos manifestado sobre a questão (v. 4, pp. 305 e ss.).

Fica, portanto, evidente que as hipóteses previstas no art. 137 não são exclusivas, como salienta Rubens Approbato Machado:

“Por esses dados, pode-se, desde logo, proclamar que as hipóteses previstas no art. 137 não são exclusivas. Dentro do mesmo corpo legal foram previstas normas que definem e tipificam hipóteses caracterizadoras do recesso. Essas normas, dentro do mesmo corpo legal, não se conflitam, não se contradizem e nem ficam subordinadas umas às outras. Cada uma cuida de situações por ela definidas”. (“Sociedade Por Ações — Incorporação, Fusão e Cisão — Direito de Retirada” in *RDM* n. 82 pp. 50 e 51 e ss.).

Em suma: o direito de recesso do acionista dissidente não se limita às hipóteses aventadas no art. 137. Outras hipóteses estão previstas no mesmo diploma legal, em artigos diversos, como já visto.

E é por esta razão que o art. 109, ao incluir o direito de recesso como um dos direitos inderrogáveis do acionista, expressamente declara tal direito como de “retirar-se da sociedade nos casos previstos nesta Lei”, e não, simplesmente, nos casos previstos no art. 137 desta Lei. Tal direito, pois, prevalece, qualquer que seja o artigo que o assegure.

Ora, a Lei 7.958, de 20.12.89, nada mais fez do que excluir os incs. VI e

VIII das hipóteses de recesso, previstas no art. 137 da Lei 6.404, de 1976, determinando a revogação das disposições em contrário nos seguintes termos:

“Art. 1.º. O *caput*, do artigo 137, da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, passa a vigorar com seguinte redação:

“Art. 137. A aprovação das matérias previstas nos incisos I, II, IV, V e VI, do artigo 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”.

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

Como já visto, a exclusão das hipóteses previstas no item VI (incorporação da companhia em outra, sua fusão e cisão) e VIII (participação em grupo de sociedades) do art. 137 não implica, de forma alguma, a exclusão do direito de recesso nessas mesmas hipóteses.

Com efeito, o direito de recesso, nesses casos, vem assegurado em outras cinco normas dessa mesma Lei, seja no que se refere ao exercício do direito em razão de dissidência das operações de incorporação, fusão e cisão, como se vê dos artigos citados (arts. 225, IV, 264, §§ 3.º e 4.º e 230), seja quanto à constituição de grupo de sociedades (art. 270, parágrafo único).

É o que conclui Mauro Rodrigues Pentado, ao comentar o resultado obtido pelos participantes do processo legislativo de elaboração da Lei 7.958:

“Eliminaram apenas a remissão feita no art. 137, aos incs. VI e VIII da Lei n. 6.404, não se dando ao trabalho de compulsar o texto completo desse diploma legal, onde encontrariam esse mesmo direito potestativo dos acionistas previstos e assegurados em mais cinco outros mandamento, que não foram

feridos pela lei recém-editada: os arts. 225, I, 264, §§ 3.º e 4.º e 230 (para as incorporações, fusões e cisões) e o art. 270, parágrafo único (para a constituição de grupos societários)”. (“A Lei 7.958/89 e a Pretensa Modificação do Direito de Retirada dos Acionistas: Uma Discussão Inócua”, in *RDM* 77/46).

Seria absurdo jurídico entender que todos esses artigos acima referidos, que disciplinam especificamente o direito de retirada estariam revogados, implicitamente, por força do art. 3.º da lei em questão.

Ademais, repita-se, mais uma vez, que as hipóteses previstas no art. 137, não esgotam as hipóteses legais do instituto; trata-se de relação não exaustiva.

Reitere-se que tal direito tem caráter essencial, inderrogável e intangível, como previsto no art. 109 em todos os casos presentes na Lei. Estar ou não previsto o direito de retirada nas hipóteses de incorporação, fusão e cisão no art. 137 é irrelevante, se tal direito vem pormenorizadamente disciplinado em artigos próprios.

A respeito, assim se manifesta mais uma vez Rubens Approbato Machado:

“Na análise teleológica da lei, que é o de assegurar os direitos fundamentais dos acionistas, inclusive o de preservar o equilíbrio das relações entre a maioria-minoria, para solução de conflitos, é de clareza solar que a simples alteração redacional de um artigo de caráter geral não tem o alcance de extinguir esse direito essencial”. (Ob. cit., p. 54).

Com efeito, a interpretação teleológica é a que, na realidade, possibilita uma exata compreensão dos textos legais, como ressalta Carlos Maximiliano:

“Considera-se o Direito como uma ciência primariamente normativa ou finalística, por isso mesmo, a sua interpretação há de ser, na essência, teleológica. O hermeneuta sempre terá

em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática.

.....

O fim que inspirou o dispositivo, deve, por isso mesmo, também servir para lhe limitar o conteúdo, retifica e completa os caracteres na hipótese legal e auxilia a precisão quais as espécies que na mesma se enquadram" (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Forense, Rio, 9.^a ed., pp. 151 e 152).

Mas é de se notar que à interpretação teleológica não se opõe, mas complementa-a o processo sistemático de interpretação, o qual consiste em comparar o dispositivo sujeito à exegese com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto, como leciona ainda Carlos Maximiliano, nessa mesma memorável obra sobre o assunto:

"Cada preceito, portanto, é membro de um grande todo; por isso do exame em conjunto resulta bastante luz para o caso em apreço.

Confronta-se a prescrição positiva com outra de que proveio, ou que da mesma dimanaram; verifica-se o nexa entre a regra e a exceção, entre o geral e o particular, e deste modo se obtêm esclarecimentos preciosos. O preceito, assim submetido a exame, longe de perder a própria individualidade, adquire realce maior, talvez inesperado. Com esse trabalho de síntese é melhor compreendido.

.....

Já não se admitia em Roma que o juiz decidisse tendo em mira apenas uma parte da lei; cumpria examinar a norma em conjunto: *In civile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare, vel respondere* — 'é contra Direito julgar ou emitir parecer, tendo diante dos olhos, ao invés da lei em conjunto, só uma parte da mesma'. (Ob. cit. pp. 128-129).

Dessa análise conjunta fica evidente que o art. 137 estabelece uma norma geral sobre o direito de retirada, regulando de forma genérica os procedimentos a serem observados quando dos pedidos de recesso, as condições para o exercício do direito, e o valor do reembolso.

Com efeito, os procedimentos aí estabelecidos não são aplicáveis a todos os casos, como ainda enfatiza Rubens Approbato Machado: "O art. 137 tem caráter de norma geral. Procurou regular, genericamente, o exercício do direito de recesso, nas hipóteses de dissídio decorrente das matérias descritas na lei como autorizadas dessa dissensão. Ao fazer remissão às hipóteses de *quorum* qualificado previsto em alguns números do art. 136, não esgotou, em si mesmo, todas as demais hipóteses legais de recesso. Nem poderia fazê-lo". (Ob. cit., p. 53).

Assim, também, Mauro Rodrigues Pentecado:

"Nessas condições, optou o legislador por estabelecer a regra geral sobre o direito de recesso, no Capítulo dedicado à assembléia geral (XI) e na seção que versa sobre o conclave extraordinário (III), em art. (137), colocado sob epígrafe "direito de retirada". Esse dispositivo enuncia, em caráter não exaustivo e não exclusivo, hipóteses de retirada, por remissão ao artigo que trata das matérias que exigem *quorum* qualificado, para a deliberação da assembléia geral extraordinária (art. 136).

A esse rol exemplificativo e não exclusivo (art. 137, *caput*), seguem-se as normas gerais que definem o procedimento do pedido de recesso (prazo e respectivos termo inicial e natureza fixados, cf. *caput* e § 3.^o); o valor do reembolso (calculado de acordo com os critérios fixados no art. 45); as condições para o exercício do direito (titularidade de ações, inclusive de preferenciais sem direito a voto, na data da

assembléia e manifestação de dissidência, seja pelo voto contrário à deliberação, seja pela abstenção ou não comparecimento, cf. § 1.º); e, por fim, a instituição da faculdade de a assembléia geral reconsiderar a deliberação e respectivo procedimento (§ 2.º)". (Ob. cit., p. 53).

Na realidade, as normas específicas sobre direito de recesso nas hipóteses de incorporação, fusão e cisão constam dos arts. 230, 225, IV e 264 § 3.º e § 4.º da Lei 6.404, de 1976.

Tais regras específicas são as que, de fato, afirmam ou outorgam o direito de recesso dos dissidentes dessas operações, disciplinando ser exercício, dentro de suas peculiaridades próprias.

Não se pode, portanto, admitir que a supressão de um inciso pela simples mudança de redação do art. 137 possa implicar a supressão de um direito essencial do acionista, disciplinado em normas especiais.

Assim, a promulgação da Lei 7.958, de 20.12.89, não afetou nenhuma das hipóteses de exercício do direito de recesso, que continua íntegro para os acionistas dissidentes da deliberação de incorporação, fusão e cisão, por força do art. 230 da lei societária:

"Art. 230. O acionista dissidente da deliberação que aprovar a incorporação da companhia em outra, ou sua fusão ou cisão, tem o direito de retirar-se da companhia, mediante o reembolso do valor de suas ações".

Como se viu, o citado art. 230, bem como os demais artigos referidos que tratam da matéria (arts. 225 e 264), se não foram revogados expressamente pela Lei 7.958, de 1989, também não o foram, de forma tácita ou implícita, posto que não conflitam com a nova redação do art. 137.

Isto porque a Lei 7.958, de 1989, simplesmente afasta a remissão ao art. 45 da lei societária, com duas conse-

quências evidentes: em primeiro lugar, nessas hipóteses de incorporação, fusão e cisão, não se aplica o disposto no § 2.º, posto que tais operações pressupõem necessariamente a elaboração de laudos de avaliação do patrimônio líquido, os quais servirão de base para o valor do reembolso; em segundo lugar, não se aplica também a determinação legal, no sentido de que a companhia pagará imediatamente 80% do valor do reembolso, na medida em que o pagamento só será devido se e quando as operações virem a ser realizadas.

Desse modo, não obstante a promulgação da Lei 7.958/89 ter alterado a redação do art. 137 da Lei 6.404/76, a maior parte de nossa doutrina, bem como a Comissão de Valores Mobiliários, têm-se manifestado no sentido de que a lei em questão não derogou nem restringiu o direito de retirada dos acionistas minoritários dissidentes em qualquer das hipóteses anteriormente previstas.

A Lei 6.404/76 cuidou de assegurar ao acionista minoritário maiores direitos e garantias para propiciar a estrutura jurídica necessária ao fortalecimento do mercado de capitais de risco no País, ampliando as hipóteses de exercício do direito de recesso dos acionistas.

Nesse contexto, as hipóteses previstas no art. 137 da lei societária não são exaustivas, havendo outros dispositivos legais que asseguram o direito de retirada.

E o direito de retirada tem caráter essencial, inderrogável e intangível, como disposto no art. 109 da Lei 6.404/76, podendo estar previsto em outros artigos da mesma lei, além do já referido art. 137, que não foram alterados.

Ademais, o art. 137 meramente estabelece uma norma geral sobre os procedimentos a serem adotados em caso de recesso, sem conflitar com qualquer dos demais artigos que o asseguram em casos específicos, os quais estabelecem

procedimentos próprios para as hipóteses neles previstas.

E os outros artigos que disciplinam tal direito de retirada não foram expressa ou tacitamente revogados, em nada conflitando com a Lei 7.958/89, de acordo com a moderna interpretação legislativa.

Tem-se, pois, que a Lei 7.958, de 20.12.89, não derogou nem restringiu o direito de recesso, que continua íntegro para os acionistas dissidentes das deliberações de incorporação, fusão e cisão, tudo nos termos dos já citados arts. 230 e 264, § 2.º e § 3.º da Lei 6.404/76.

DOCTRINA

A PROPÓSITO DA POLÊMICA EM TORNO DO ART. 38 DA LEI 8.880/94

LUIZ CARLOS STURZENEGGER

1. A questão

O Programa de Estabilização Monetária implantado pela Lei 8.880/94 contém mandamento que tem suscitado acesa polêmica, tanto entre juristas quanto entre economistas. Trata-se da regra contida no art. 38 da referida lei, a qual determina que “o cálculo dos índices de correção monetária dos meses de julho e agosto de 1994 tomará por base preços em Real, o equivalente em URV dos preços em cruzeiros reais, e os preços nominados ou convertidos em URV dos meses imediatamente anteriores, segundo critérios estabelecidos em lei”. A aplicação de índice, para fins de correção monetária, calculado de forma diferente da assim estabelecida, nos termos do Parágrafo Único do mesmo dispositivo, “é nula de pleno direito e não surtirá nenhum efeito”.

Instituições financeiras credoras de títulos (NTNs) de emissão do Governo Federal com cláusula de reajuste segundo a variação do IGP-M, da Fundação Getúlio Vargas, pleiteiam, junto ao Poder Judiciário, o reconhecimento do direito à aplicação, nos meses de julho e agosto do corrente ano — em que a moeda legal já era o Real e os níveis de inflação mensal se situaram em patamares baixíssimos, próximos de zero —, dos índices de reajuste que refletiram parte da variação ocorrida nos meses de maio e junho, em que a moeda legal era o Cruzeiro Real e os níveis de

inflação mensal se situaram em patamares extremamente altos, próximos de 50%.

Na opinião desse particular segmento de investidores a regra acima transcrita causa desequilíbrio na equação econômica contida na relação obrigacional original, provocando um indevido enriquecimento do devedor em detrimento do credor, ao determinar que um índice inferior àquele estabelecido pelas partes por ocasião do nascimento da obrigação seja utilizado para fixar o seu valor de resgate. Ao interferir com cláusulas contratuais livremente pactuadas entre as partes, argumenta-se, referida regra violaria as garantias constitucionais do direito adquirido e do ato jurídico perfeito.

A essa argumentação contrapõe-se a própria filosofia norteadora do programa de estabilização, centrada, como se sabe, na não contaminação da variação do poder de compra da nova moeda pela inflação da moeda antiga.

A questão é extremamente complexa, envolve cifras de considerável magnitude, e seu deslinde requer, necessariamente, uma análise (i) dos fundamentos do instituto da correção monetária e da metodologia tradicionalmente utilizada no Brasil para sua aplicação, (ii) dos limites impostos pela Constituição Federal ao legislador ao editar regras que interfiram com relações jurídicas preexistentes, e (iii) da extensão da capacidade — que se confunde com a obri-

gação primeira — desse mesmo legislador, também outorgada pela Constituição Federal, de editar medidas destinadas a afastar os entraves que privam a imensa maioria dos cidadãos brasileiros de condições de vida minimamente digna, medidas essas que fatalmente atingem, pela profundidade e extensão que necessariamente hão de ter, os interesses de toda a coletividade.

Entre tais medidas avulta a de debelar a inflação e estabilizar a economia, aspiração legítima e comum de todos os segmentos da sociedade brasileira, sobretudo daqueles que, situados na base da iníqua pirâmide em que se compõe aquela sociedade, não reúnem as condições mínimas de acesso aos mecanismos de um mercado financeiro altamente sofisticado.

2. Os fundamentos da correção monetária e a metodologia utilizada no Brasil para sua aplicação

O fenômeno da inflação, ou aumento constante e generalizado de preços — tal qual verificado na economia brasileira nas últimas décadas — tem por conseqüência a desvalorização da moeda, a qual produz efeitos particularmente importantes no campo das obrigações pecuniárias. Obrigações pactuadas com base em moeda constantemente desvalorizada, é fácil perceber, exigem um remédio para que, no momento de sua satisfação, não haja indevida transferência patrimonial entre as partes contratantes.

O remédio, materializado entre nós no instituto da correção monetária, tem, pois, por fundamento, assegurar equilíbrio nas relações contratuais nascidas e por vigorar em período inflacionário ou, por outra, evitar que haja o enriquecimento de uma das partes, na mesma proporção do empobrecimento da outra, em virtude, tão-só, da desvalorização da moeda. Esse equilíbrio repousa na ga-

rantia de reposição, ao credor, da desvalorização da moeda ocorrida no período de vigência da obrigação.

É com esse fundamento e essa concepção, de inegável logicidade e acentuado conteúdo ético, que o instituto da correção monetária teve crescente — e hoje pacífica — acolhida, na doutrina e nos tribunais do país.

Mas se não há basicamente discórdia quanto ao “direito” a correção monetária a que fazem jus, de uma maneira geral, credores de obrigações pecuniárias nascidas e por vigorar em período inflacionário, há considerável dificuldade, de outro lado, em se aplicar, para o período de vigência da obrigação, o índice de reajuste que reflita a inflação ocorrida naquele exato período.

A principal causa dessa defasagem reside no fato de que o trabalho de apuração de variação de preços leva tempo e, portanto, em geral não se encontram disponíveis índices para aplicação em obrigações cujos vencimentos se situam muito próximos do período de apuração. Invariavelmente, por isso, o que se observa é a aplicação, a título de correção monetária para o período de vigência da obrigação, de um índice de reajustamento que reflete a inflação ocorrida em outro período, de igual duração.

Essa defasagem entre os dois períodos — o de vigência da obrigação e aquele levado em conta para o seu reajuste — constitui uma das principais características da metodologia de cálculo e de aplicação de índices inflacionários no Brasil.

Tomemos como exemplo uma obrigação reajustável pelo IGP-M (FGV) contraída em 10 de janeiro com vencimento em 10 de fevereiro do mesmo ano. Essa obrigação será reajustada pelo índice de “competência” do mês de janeiro (de 01.01 a 31.01), o que significa que um período de 10 dias durante o qual a obrigação não existia (os

10 primeiros dias de janeiro) será levado em consideração, em substituição a um outro período de 10 dias (os 10 primeiros dias do mês de fevereiro), durante o qual a obrigação estava em pleno vigor. Este exemplo permite identificar um primeiro tipo de defasagem, aquela existente entre o período de vigência da obrigação e o de “competência” do índice que a reajustará.

Uma outra defasagem existe entre o período de “competência” do índice e o período de coleta de preços. Aproveitando-se o exemplo acima, da obrigação corrigida pelo IGP-M da FGV vencível em 10 de fevereiro, verifica-se que o índice de “competência” do mês de janeiro, que a reajustará, corresponderá à comparação do “preço médio” ocorrido durante o período de 21 de dezembro a 20 de janeiro com aquele verificado entre 21 de novembro e 20 de dezembro. Com isso, não só o período dos 10 primeiros dias de fevereiro é ignorado — também o é o período dos últimos 10 dias do mês de janeiro, substituído pelos 10 últimos dias do mês de dezembro.

Essas defasagens, ou substituição e certos períodos por outros na aplicação de índices de reajuste de obrigações, não acarretam qualquer consequência patrimonial para as partes se a variação de preços nos dois períodos for idêntica; haverá, naturalmente, consequência patrimonial para as partes na hipótese inversa, pela razão, óbvia, de que a

variação de preços ocorrida no período substituído dá lugar a uma outra variação, maior ou menor, ocorrida no período efetivamente levado em conta para a fixação do índice, conforme a inflação seja crescente ou decrescente no período de vigência da obrigação.

É importante notar que essa defasagem se exacerba pelo fato de que a fórmula de medição de inflação comumente usada no Brasil é a que compara os “preços médios” dentro de um determinado período com os “preços médios” de um período anterior. É a chamada “média contra média”. No caso do IGP-M, por exemplo, que leva em conta o período compreendido entre o dia 21 do mês anterior e o dia 20 do mês seguinte, o “preço médio” estará teoricamente localizado no dia 5 de cada mês.

Invariavelmente utilizando este conceito, alguns institutos publicam a inflação ocorrida em diferentes quadrissemanas, ou seja, a variação do índice de preços em períodos sucessivos de quatro semanas, comparada com a variação dos preços das quatro semanas anteriores. É o caso dos índices do IBGE (INPC e IPCA) e da FIPE (IPC). Já os índices da FGV (IGP, IGP-M, IGP 10) são apurados em bases decendiais (três períodos de coletas mensais em vez de quatro).

Imaginemos, para ilustrar, a seguinte variação de preços num período de 16 semanas, utilizando o conceito “média contra média”:

	1.º mês				2.º mês				3.º mês				4.º mês			
Semanas	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16
Preços	110	120	130	140	150	160	170	180	190	200	210	220	230	230	230	230
Preços médios	125				165				205				230			
Inflação	—				32,0%				24,2%				12,1%			

O índice de inflação ocorrido no segundo mês (da 5.^a à 8.^a semanas) seria de 28,6% se utilizado o conceito “ponta-a-ponta”, que reflete a noção intuitiva, comum, de inflação, resultante da comparação de 140 com 180, que representam os preços no início e ao final do período. Ao utilizar o conceito “média contra média” a inflação do período será, no entanto, de 32,0%, porque serão comparados o preço médio do segundo mês, 165 (resultado da variação de 150 para 180), com o preço médio do primeiro mês, 125 (resultado da variação de 110 para 140). Utilizando-se a mesma fórmula, a inflação do terceiro mês será de 24,2% como resultado da comparação do preço médio daquele período de quatro semanas (205) com o das quatro semanas anteriores (165).

A existência de defasagem produz resultados particularmente significativos quando há eliminação ou queda brusca de inflação. Observe-se que durante as últimas quatro semanas não houve inflação, porque os preços se mantiveram estáveis em 230. A utilização do conceito “média contra média”, no caso, para aferir o índice de inflação desse último período (que a rigor é zero), leva a uma distorção, representada pelo registro do chamado “resíduo inflacionário” do período anterior. Isso porque o preço médio desse período (230), comparado com o preço médio da quadrissemana anterior (205), registrará uma inflação de 12,1%.

Dois conceitos, portanto, merecem ser retidos, ao final deste capítulo:

1.^o o fenômeno da defasagem, uma característica da metodologia de cálculo e de aplicação de índices de inflação no Brasil, assenta-se na presunção (ou expectativa) das partes de que não haverá modificação profunda no comportamento dos preços durante o período de vigência da obrigação. Por isso aceitam elas, ao pactuarem índice de reajuste onde a defasagem esteja embutida, o risco de variação patrimonial — usual-

mente não significativa —, a ele inerente, consubstanciado no fato de que o valor da obrigação será reajustado não pela variação ocorrida durante o período de sua vigência, mas por uma variação diferente, ocorrida em período diferente, embora de idêntica duração;

2.^o alterações bruscas no comportamento de preços (p. ex., eliminação ou redução drástica da inflação) durante o período de vigência da obrigação tendem a causar significativo desequilíbrio na equação econômica em que se baseia a relação contratual, exatamente porque, nesse caso, haverá substancial diferença entre a desvalorização a ser levada em conta para o reajuste da obrigação e aquela efetivamente verificada durante o período de sua vigência; particular relevância assume esse desequilíbrio, do ponto de vista jurídico, quando é ele resultado direto e imediato de ação estranha à vontade das partes (ação não levada em conta por ocasião da formação do ajuste), como, por exemplo, um ato governamental que introduza alterações profundas na economia do país.

3. Os princípios do plano de estabilização monetária e as regras de conversão para o novo padrão monetário

Conforme expresso na Exposição de Motivos Interministerial que acompanhou a MP 457, de 29.3.94 (convertida pelo Congresso Nacional na Lei 8.880/94), três foram os objetivos do Programa de Estabilização Monetária que naquele momento era implantado: o equilíbrio das contas do governo, a criação de um padrão estável de valor — a Unidade Real de Valor (URV), e a futura emissão desse padrão de valor como uma nova moeda nacional de poder aquisitivo estável — o Real (ou seja, 1 URV = 1 Real).

A URV foi instituída para servir exclusivamente como “padrão de valor monetário”, passando a deter poder

liberatório somente quando “de sua emissão como moeda divisionária pelo Banco Central do Brasil”. Até 30.6.94, pois, a moeda antiga, o cruzeiro real, continuou a ser utilizado como meio de pagamento dotado de poder liberatório. A mesma medida provisória estabeleceu a correspondência, em 1.º 3.94, entre a URV e o cruzeiro real (1 URV = CR\$ 647,50), e determinou que a partir daí, até a data de emissão do Real, a paridade diária entre o cruzeiro real e a URV tomaria por base a perda de poder aquisitivo do cruzeiro real medida por três índices de preços correntes no mercado, o IPCA-E, do IBGE, o IGP-M, da FGV, e o IPC (terceira quadrissemana) da FIPE, observado o “intervalo delimitado pela maior e pela menor variação mensal dos três índices”.

Como princípio básico do programa, a conversão para URV das obrigações expressas em cruzeiros reais nos contratos então em vigor dar-se-ia livremente, mediante acordo entre as partes. Para tais contratos, portanto, não haveria qualquer problema de conversão por ocasião da emissão do novo padrão monetário — bastaria transformar seu valor, expresso em número de URVs, por um outro valor, expresso por igual número de Reais. Entre as exceções a essa regra de conversão voluntária incluíram-se (art. 16) as operações financeiras, creditícias e de poupança popular, as quais continuaram a ser expressas em cruzeiros reais até a emissão do Real. Quando da emissão do Real, essas obrigações — bem assim todas as não voluntariamente convertidas pelas partes para URV — teriam de ser compulsoriamente convertidas para a nova moeda, “de acordo com os critérios estabelecidos em lei, preservado o equilíbrio econômico e financeiro do contrato e observada a data de aniversário de cada obrigação” (Art. 7.º, Par. Único).

É importante fixar, aqui, um dos princípios básicos do programa: a apli-

cação dos critérios que viriam a ser baixados pelo legislador para a conversão de tais contratos em Reais em 1.º de julho não poderia produzir resultado diferente daquele obtido pelas partes mediante conversão voluntária. Em outras palavras, se tínhamos dois contratos de igual valor (em cruzeiros reais) em 1.º de abril, sendo um deles convertido voluntariamente para URVs e outro não, a conversão do valor de ambos para Reais em 1.º de julho deveria necessariamente produzir resultados idênticos, sob pena de, aí sim, haver quebra de regra elementar de isonomia e produzir o legislador indefensável desequilíbrio em todas as relações que o programa encontrou vigentes.

Os critérios que foram então estabelecidos para o reajuste e a conversão de tais obrigações em Real, em 1.7.94, e os que definiram as regras para seu reajuste nos dois meses subseqüentes, são os seguintes:

1.º. os valores contratuais expressos em cruzeiros reais seriam reajustados *pro rata tempore* da data de seu último aniversário até 30.6.94, quando então seriam transformados em URVs e convertidos em Real (MP 635/94, art. 20);

2.º. sobre os valores convertidos em Real, na forma acima, seriam aplicados *pro rata tempore*, da data da conversão (30 de junho) até a data do aniversário, os índices de correção monetária constantes do contrato, calculados de conformidade com o art. 38 da Lei 8.880/94 (MP 635/94, art. 24);

3.º. consoante o art. 38 da Lei 8.880/94, o cálculo dos índices de correção monetária nos meses de julho e agosto de 1994 tomará por base preços em Real, o equivalente em URV dos preços em Cruzeiros Reais, e os preços nominados ou convertidos em URV dos meses imediatamente anteriores;

4.º. no cálculo de tais índices os preços em cruzeiros reais deverão ser convertidos em URV pelo valor da

URV no dia de sua coleta (MP 635/94, art. 24, § 3.º).

Não é difícil entender os desígnios do legislador. Alterações de padrão monetário implicam o estabelecimento de regras de conversão de obrigações de uma moeda para outra. Alterações de padrão monetário em economia altamente inflacionada igualmente implicam a adaptação das regras pelas quais se dá a medição do índice de desvalorização da moeda, de forma a tornar possível captar com precisão a variação ocorrida antes e depois da mudança, para que os índices de inflação reflitam, sempre, a variação do poder de compra da moeda em vigor.

Assim, porque houve, no caso concreto, alteração no padrão monetário do país, o cálculo da correção monetária no período imediatamente posterior à entrada em circulação da nova moeda deve resultar da comparação entre preços na nova moeda e preços do período anterior fixados ou convertidos em URV. A razão é óbvia: a moeda antiga (cruzeiro real) já não mais existia e somente a

URV, consoante vimos, podia (e pode) ser comparada com o Real.

Ocorre que, não houvesse o legislador estipulado tal forma de cálculo de correção monetária nos meses de julho e agosto, o fenômeno da defasagem, há pouco discutido, teria o condão de projetar para aquele período — em que o padrão monetário já era o Real e o índice de inflação se situou em patamares baixíssimos, próximos de zero —, parte da inflação registrada nos meses de maio e junho, em que o padrão monetário era o Cruzeiro Real e o nível de inflação mensal se situou em patamares extremamente altos, ao redor de 50%.

Imaginemos, a fim de facilitar o perfeito entendimento da questão, que durante os meses de março, abril, maio e junho tenha havido um índice de inflação constante de 45% ao mês, e que durante os meses de julho e agosto o índice de inflação tenha sido zero. Imaginemos igualmente uma obrigação reajustável pelo IGP-M, contraída em 15 de abril e com vencimento em 15 de julho:

	Março	Abril	Maió	Junho	Julho
Inflação	45 %	45 %	45 %	45 %	0
Período de vigência da obrigação					
Índice de correção monetária sem aplicação do art. 38					
Índice de correção monetária com aplicação do art. 38					

A ilustração, como se vê, permite observar que:

1.º calculando-se o índice de reajuste sem se levar em consideração as regras

do art. 38 da Lei 8.880/94 e dos arts. 20 e 24 da Medida Provisória 635/94, o valor da obrigação sofreria três reajustes de 45%, em 15 de maio, 15 de

junho e 15 de julho, correspondentes às variações de preços ocorridas, respectivamente, nos períodos de 21 de março a 20 de abril, 21 de abril a 20 de maio, e 21 de maio a 20 de junho (em comparação, obviamente, com a variação ocorrida nos períodos mensais anteriores, já que estamos utilizando o conceito “média contra média”).

2.º. calculando-se o índice de reajuste em obediência à fórmula do art. 38 da Lei 8.880/94 e aos critérios dos arts. 20 e 24 da MP 635/94, o valor da obrigação sofreria dois acréscimos de 45% — um em 15 de maio e outro em 15 de junho, tal como no exemplo acima — e um terceiro de 22,5%, este último correspondendo à variação de preços efetivamente ocorrida no período de 15 de junho a 15 de julho.

Facilmente se nota que a diferença de 22,5% entre os dois exemplos resulta do fato de que, no primeiro deles, a um período em que a desvalorização foi efetivamente de 22,5% — de 15 de junho a 15 de julho — corresponderia um reajuste de 45%. Em outras palavras, a não aplicação das regras de correção e conversão do programa levaria a que, no exemplo dado, houvesse uma transferência patrimonial do devedor para o credor da ordem de 22,5%, fruto exclusivo da defasagem entre o período de vigência da obrigação — 15 de abril a 15 de julho — e o período que seria levado em conta para seu reajuste — 21 de março a 20 de julho.

Quando aplicadas as regras de reajuste e conversão do programa o fenômeno da defasagem desaparece, exatamente porque a variação de preços ocorrida no período levado em conta para o reajuste da obrigação é rigorosamente idêntica à variação ocorrida durante o período de vigência da obrigação (15 de abril a 15 de julho).

É extremamente importante observar, mais, que o resultado da aplicação das

regras do programa coincide com o que resultaria da conversão voluntária, para URVs, em 15 de abril, do valor da obrigação então expresso em cruzeiros reais, e sua conversão, em 1.º de julho, de URVs para Reais. Tal circunstância realça o caráter de neutralidade e a rigorosa consistência técnica, em termos de resultados econômico-financeiros, das regras de correção e conversão trazidas pelo programa.

A indagação que cumpre responder, neste momento, é se ao eliminar o efeito do fenômeno da defasagem as regras do programa romperam o equilíbrio econômico subjacente à relação contratual original.

A resposta a essa indagação exige que se faça uma outra ordem de comparação, de forma a identificar quais teriam sido as conseqüências para as partes (primeiro) se não tivesse havido o programa de estabilização ou (segundo) se, tendo ele ocorrido, não existissem as regras de reajuste e conversão dos arts. 38 da Lei 8.880/94 e 20 e 24 da MP 635/94.

É razoável supor, à luz da experiência brasileira dos últimos anos, que, à falta das medidas consubstanciadas no programa de estabilização, a inflação dos meses de julho e agosto situar-se-ia, no mínimo, nos mesmos patamares daquela verificada nos meses anteriores, ao redor de 50% ao mês. Neste caso, é óbvio, a defasagem resultante da cláusula pactuada não teria o condão de acarretar desequilíbrio contratual, pois a existência de um aumento constante e generalizado de preços era imanente à relação jurídica e à pactuação da correção monetária, a despeito das eventuais diferenças, a favor de uma ou de outra parte, resultantes da fórmula adotada e do comportamento, ligeiramente crescente ou decrescente, dos preços no período.

Já no segundo caso — em que hipoteticamente não trouxesse o programa,

ele próprio, as regras de reajuste e conversão dos valores em moeda antiga para a nova moeda — haveria uma significativa transferência patrimonial do devedor para o credor (no exemplo dado, da ordem de 22,5%), correspondente à parcela de variação que excede aquela efetivamente verificada no período de vigência da obrigação.

Não há como deixar de reconhecer, pois, que na presença de relações contratuais amparadas na presunção (ou expectativa) de uma inflação generalizada e constante, nas quais se fazia ínsito o fenômeno da defasagem de períodos, o elemento causador de desequilíbrio seria o próprio programa de estabilização — e tanto mais desequilíbrio ele causaria quanto mais eficaz se mostrasse no cumprimento de sua principal meta, que era a de eliminar ou drasticamente reduzir a inflação —, não trouxesse, ele próprio, o antídoto de tal malefício.

Vozes respeitadas do pensamento econômico atestam tal fenômeno. De acordo com Mario Henrique Simonsen e Rudiger Dornbusch, por exemplo, num contexto inflacionário os contratos “conterão taxas de juros nominais ou preços implícitos refletindo as expectativas de inflação existentes na época em que os contratos foram concluídos... Se a economia passar, de um dia para o outro, de uma situação de inflação elevada a uma de inflação nula, os contratos e instituições vigentes se constituiriam em sérios problemas. Torna-se evidente que os devedores só podem pagar o serviço de seus contratos, envolvendo taxas de juros nominais muito elevadas, caso a inflação esperada na época do contrato realmente se materializar. Um empréstimo por seis meses aprovado com uma expectativa de inflação de 10% ao mês carreará uma taxa de juros de 77% durante os seis meses. Caso a inflação desapareça, a taxa de juros nominal de 77% transforma-se na taxa de juros real e, logo, o ônus do

serviço da dívida torna-se extremamente elevado. É preciso correção em todos os contratos de crédito para evitar uma redistribuição massiva e não intencional de devedores a credores e o concomitante risco de numerosas falências e instabilidade financeira” (“Estabilização da inflação com o apoio de políticas de rendas — um exame da experiência na Argentina, Brasil e Israel”, *Revista Brasileira de Economia*, Rio, v. 41, n. 1, pp. 15-16).

Com as regras do programa, reconhece Joaquim Elói Cirne de Toledo, professor da Faculdade de Economia e Administração da USP, “neutralizam-se perdas e danos ... Na prática, terá sido dada uma correção monetária *pro rata*, sem quebra de regras contratuais. Créditos e débitos serão corrigidos pelo IGP-M, na moeda em que estão expressos (primeiro cruzeiros reais, depois real). Não haverá descasamento de rentabilidade de ativos e custo de passivo sem favor de ninguém. Não perde o governo, nem ganha o sistema financeiro” (“URV e IGP-M, uma solução conciliatória”, *Folha de S. Paulo*, 5.3.94).

Para Cláudio Monteiro Considera, Diretor de pesquisa do IPEA e professor da UFF, “Uma questão controversa colocada desde o início do Plano Real é a do pretense expurgo de parte da inflação do mês de junho, na introdução da nova moeda. Os interessados têm passado para a sociedade, através de pareceres de diversos juristas e da opinião de alguns jornalistas econômicos, a falsa noção de que a remuneração financeira dos títulos em IGP-M deixarão de computar a inflação dos 10 últimos dias do mês, o que equivaleria a uma “garfada” de 15%. Os interessados, grandes aplicadores, sabem que isso não é verdade. Sabem que a remuneração de junho que lhes é devida, referente à inflação de 30 dias mais os juros reais, está sendo integralmente paga. ...O que se percebe claramente é

que há agentes econômicos que desejam ter uma remuneração correspondente a um mês de 40 dias” (“Real sem expurgo”, *Jornal do Brasil*, 8.7.94).

Francisco de Assis Melo de Moura tem idêntica opinião. Para o ex-diretor do Departamento de Índices de Preços do IBGE, ao estabelecer as regras de correção e conversão do Programa de Estabilização, “o governo está impedindo que estes papéis sejam remunerados em pelo menos ‘meio mês a mais’...” (“Artigo 36 é tecnicamente correto e mais inteligente do que usar um vetor”, *Gazeta Mercantil*, 11.4.94).

E no mesmo diapasão esclarece Luiz Carlos Mendonça de Barros, professor do curso de doutorado do Instituto de Economia da Unicamp: “A lei de criação do Real estabeleceu regras claras para a conversão. Os credores não gostaram e ameaçaram entrar na Justiça. Do seu lado, contratados a peso de ouro, alguns dos nomes mais importantes de nosso pensamento jurídico. Essa briga anunciada não tem razão técnica de existir... Do aniversário e até seu vencimento, o valor real do contrato é restabelecido e investidor e devedor recebem e pagam o mesmo valor real contratado no início da operação, além dos juros pactuados... Tudo de acordo com as cláusulas contratuais e com a lógica da indexação financeira. O que os credores estarão tentando receber é, portanto, indevido e ilegítimo” (“A choradeira do IGP-M”, *Folha de S. Paulo*, 5.6.94).

As regras de reajuste e conversão trazidas pelo programa não têm, pois, qualquer efeito desestabilizador de relações jurídicas; pelo contrário, buscam elas exatamente preservar o equilíbrio imanente à relação obrigacional original e evitar que haja o indevido locupletamento do credor às custas do devedor, pois que esse seria o resultado, na ausência daquelas regras, causado pela eliminação ou redução drástica da infla-

ção — convém repetir, efeito desejado do programa, ato legítimo e obrigação primeira do ente governamental e anseio generalizado de todos os segmentos da coletividade então condenados a arcar com o perverso ônus de tal flagelo.

Também não há falar que as regras do programa desvirtuam o instituto da correção monetária, direito assegurado por nosso sistema a todos quantos sejam credores de obrigações pecuniárias em período inflacionário; pelo contrário, ao fazer com que o índice de reajuste coincida com a variação de preços ocorrida no período de vigência da obrigação, as regras de reajuste e conversão estabelecidas no programa guardam perfeita e completa harmonia com os fundamentos lógico e ético que emprestam legitimidade à utilização do instituto da correção monetária em nosso país.

Restaria perquirir, assim, se as regras de reajuste e conversão do programa violam as garantias constitucionais do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, a despeito de se mostrarem tecnicamente consistentes e não causarem qualquer desequilíbrio contratual. Essa hipótese só existirá se se conseguir demonstrar que o credor tinha direito ao recebimento (a palavra ‘reposição’ é inadequada pois não há qualquer desvalorização a ‘repor’, se se levar em conta o período de vigência da obrigação) daquela diferença, nada obstante seu efeito desestabilizador na relação contratual — exatamente porque tal relação se assentava na expectativa de inflação futura constante, e não em sua eliminação ou redução drástica — e o fato de objetivamente exceder, em muito, a variação de preços efetivamente ocorrida no período de vigência da obrigação.

O exame da extensão daquelas garantias constitucionais, no caso, há de estar cotejado com a capacidade congressual, também outorgada pela Constituição, de legislar sobre “matéria monetária”.

4. As garantias constitucionais do direito adquirido e do ato jurídico perfeito e a competência congressional para legislar sobre “Sistema Monetário”

A regra em nosso sistema jurídico é de que a lei em vigor tem efeitos imediatos e gerais (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 6.^o), o que significa que alcança não só as relações ainda não constituídas como também todas aquelas que, iniciadas sob a égide da lei antiga, devam produzir efeitos sob o império da lei nova.

A exceção a essa regra acha-se inscrita na Constituição Federal (Art. 5.^o, XXXVI): “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. O mandamento constitucional é dirigido ao legislador, o que significa que será inconstitucional a lei cuja observância resultar na violação de uma daquelas garantias. Reputa-se ato jurídico perfeito “o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”, e direito adquirido aquele “que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem” (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 6.^o, §§ 1.^o e 2.^o).

Exemplo típico de ato jurídico perfeito é o contrato, naquilo em que materializa e aperfeiçoa relações jurídicas em total harmonia com a vontade das partes e com a lei em vigor. As regras assim pactuadas incorporam-se ao patrimônio das partes no momento em que o contrato se consuma, dando lugar ao direito à manutenção daquelas regras (que se reputa “direito adquirido”), a despeito das ulteriores modificações que a lei vigente ao tempo da formação do contrato venha a sofrer. As cláusulas contratuais protegidas pelas garantias fundamentais são aquelas situadas no campo reservado à autonomia da vontade

das partes, não aquelas derivadas de um estatuto legal (na clássica definição de Roubier, *Le Droit Transitoire*, 2.^a ed., Dalloz et Sirey, 1960, p. 423), sempre alcançáveis pelos efeitos da lei nova. Reconhece-se, ademais, com base na teoria da imprevisão, que aquelas garantias cessam de existir quando fatores estranhos à vontade das partes e por elas não levados em conta quando da celebração do contrato modificam profundamente o equilíbrio em que a relação materializada no ajuste se baseia.

Dispõe o Congresso Nacional, de outro lado, de amplos poderes para legislar sobre “sistema monetário” (Constituição Federal, arts. 22, VI e 48, XIII), o que abrange não só a disciplina da chamada moeda real, ou de pagamento, como também a da chamada moeda de conta, nesta incluídos os indexadores. Referidas normas incluem-se entre aquelas que Roubier classifica como modificadoras de um estatuto legal e que, entre nós, são usualmente denominadas como “de ordem pública”, porque dizem respeito à uma função estatal típica e indelegável — a regulação da moeda — e, pois, ao relacionamento do Estado com toda a coletividade, não sendo passíveis de modificação pela vontade exclusiva de particulares.

Dada sua natureza, as normas baixadas pelo Congresso Nacional com base nessa competência, sobretudo quando alteram a moeda de curso legal no país, aplicam-se imediatamente a todas as relações em curso. Nesse sentido se pronunciou, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 105.137 (Relator o Min. Cordeiro Guerra, citando Paul Roubier): “As leis monetárias, pela própria transcendência de direito público de que se revestem, são de aplicação imediata, segundo o consenso de Direito transitório, sobre os contratos em curso, e, bem assim, sobre qualquer relação jurídica de outra natureza, pública ou privada, não ressalvada pelo

novo texto". Essa linha de entendimento se repetiu, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos REs 106.132-RS (Relator o Min. Cordeiro Guerra), 105.322-RS (Relator o Min. Francisco Rezek), 107.512-RS (Relator o Min. Octávio Gallotti) e 110.930-RS (Relator o Min. Sydney Sanches).

Sendo da própria essência de tais regras sua aplicabilidade imediata a todas as relações em curso, comumente se diz que a elas não podem ser opostas as limitações do direito adquirido e do ato jurídico perfeito (Ver "Retroatividade das Leis de Ordem Pública", Conselheiro Lafayette, *Revista Forense* 6/129, 1906). Assim registra, p. ex., o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 114.982-5/RS, Relator o Min. Moreira Alves: "As normas que alteram padrão monetário e estabelecem os critérios para conversão dos valores em face dessa alteração se aplicam de imediato, alcançando os contratos em curso de execução, uma vez que elas tratam de regime legal de moeda, não se lhes aplicando, por incabíveis, as limitações do direito adquirido e do ato jurídico perfeito...".

Como, no entanto, aquelas garantias constitucionais são dirigidas ao legislador sem distinção entre leis "de ordem pública" e de "ordem privada", e como não existe uma linha demarcatória suficientemente nítida entre esses dois campos do direito, há forte resistência, na doutrina e na jurisprudência, à generalização da idéia de que não há direito adquirido ou ato jurídico perfeito contra leis "de ordem pública", pois isso importaria em anular a garantia constitucional toda vez que o Estado resolvesse rotular uma determinada norma como "de ordem pública". Enfático é, a esse respeito, o voto do Min. Moreira Alves (na qualidade de relator), quando do julgamento da ADIN 493-0-DF: "A idéia de ordem pública não pode ser posta em oposição ao princípio de que,

numa ordem jurídica fundada na lei, a não retroatividade das leis e ela mesma uma das colunas da ordem pública... A lei retroativa é, em princípio, contrário à ordem pública".

Referida decisão — um marco na jurisprudência de nossa Suprema Corte —, embora claramente rejeite a idéia de que o rótulo "lei de ordem pública" é por si só suficiente para afastar o manto protetor das garantias fundamentais, não examinou a questão da aplicabilidade imediata, a contratos pré-existentes, de leis que alterem regras de correção monetária, como se pode ler da própria ementa do acórdão: "... A taxa referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda. Por isso, não há necessidade de se examinar a questão de saber se as normas que alterem índice de correção monetária se aplicam imediatamente, alcançando, pois, as prestações futuras de contratos celebrados no passado...".

A questão, sob esse prisma, não é de fácil deslinde. Com efeito, se é certo que o estabelecimento de um princípio geral no sentido da inoponibilidade do direito adquirido e do ato jurídico perfeito à imediata aplicação de leis "de ordem pública" pode levar ao completo esvaziamento daquelas garantias fundamentais, não menos certo é que a invocação e o acolhimento indiscriminados daqueles direitos podem frustrar ações governamentais legítimas, sobretudo aquelas tendentes a assegurar o alcanceamento daquilo que também a Constituição Federal consagra como objetivos fundamentais do Estado democrático brasileiro: "garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (Constituição Federal, art. 3.º, II e III).

Bastante elucidativa, a esse respeito, a linha de entendimento adotada pelo

Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do RE 22.331-7-RS, relator o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Comungando, naquela ocasião, da posição sustentada por José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Brasileiro*, Malheiros Ed., 8.^a ed., 1992, p. 380), entendeu aquela Corte: “Não é rara a afirmativa de que não há direito adquirido em face da lei de ordem pública ou de direito público, A generalização não é correta nestes termos. O que se diz com boa razão é que não corre direito adquirido contra o interesse coletivo, porque aquele é manifestação do interesse particular, que não pode prevalecer sobre o interesse geral”.

É exatamente essa a posição da doutrina e dos tribunais na França e nos Estados Unidos. Na França uma lei de ordem pública (ou que envolva alteração de “estatutos legais”, segundo o pensamento de Roubier) terá aplicação imediata aos contratos em curso sempre que houver “motifs impérieux d’ordre public”, porque, em tais casos, “la sécurité des particuliers cède devant l’intérêt social” (Mazeaud et Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*, Éditions Montchrestien, 7.^a ed., Paris, p. 197).

Nos Estados Unidos da América, apesar das garantias constitucionais contra qualquer “ex post facto law”, no âmbito federal, e contra “any law impairing the obligation of contracts”, no dos Estados-membros (U.S. Constitution, Article I, Sections 9 and 10), não é diferente a posição do Judiciário sobre o assunto. Exemplo maior — e que se encaixa como uma luva no tema aqui discutido — se colhe no célebre caso das chamadas “cláusula ouro” (Norman v. Baltimore & Ohio Railroad Co., 294 U.S. 240/1935), em que se discutiu a constitucionalidade de Resolução Conjunta do Congresso Americano, de 5.6.33, a qual invalidou todas as cláusulas dos contratos existentes que con-

mento das obrigações ao padrão ouro. A Suprema Corte americana rejeitou a alegação de indevida interferência do Estado em relações privadas livremente pactuadas, reconhecendo que a medida tinha amparo no dispositivo constitucional que confere poderes ao Congresso “to coin money and regulate the value thereof” (Article I, Section 8).

A decisão merece transcrição, em suas partes essenciais. A Resolução do Congresso americano havia declarado que “every provision contained in or made with respect to any obligation which purports to give the obligee a right to require payment in gold or a particular kind of coin or currency, or in an amount in money of the United States measured thereby is against public policy”... “every obligation, heretofore or hereafter incurred, whether or not any such provision is contained therein or made with respect thereto, shall be discharged upon payment, dollar for dollar, in any coin or currency which at the time of payment is legal tender for public and private debts”. Enfatizou a Suprema Corte americana, ao analisar o caso, que: “... Private contracts must be understood as having been made subject to the possible exercise of the rightful authority of the Government, and their impairment, resulting from such exercise, is not a taking of private property for public use without compensation or a deprivation of it without due process of law” ... “In the exercise of the constitutional authority of Congress to regulate the currency and establish the monetary system of the country, existing contracts of private parties, States or municipalities, previously made, and valid when made, but which interfere with the policy constitutionally adopted by Congress, may be set aside, not only through the indirect effect of the legislation, but directly, by express provision. The Court may inquire whether the action of Congress,

invalidating such clauses, was arbitrary or capricious; but if that action has reasonable relation as an appropriate means to a legitimate end, the decision of Congress as the degree of necessity for its adoption is final”.

Ao argumento de que “The Congress is seeking not to regulate the currency, but to regulate contracts, and thus has stepped beyond the power conferred”, assim respondeu a Suprema Corte do país onde mais vicejou o respeito à propriedade privada e às liberdades individuais: “Contracts, however express, cannot fetter the constitutional authority of the Congress. Contract may create rights of property, but when contracts deal with a subject matter which lies within the control of the Congress, they have a congenital infirmity. Parties cannot remove their transactions from the reach of dominant constitutional power by making contracts about them”.

Em diversos outros casos a Suprema Corte americana também entendeu alcançados por normas de ordem pública contratos existentes, diante da necessidade de prevalecer o interesse coletivo sobre o particular. Nesse sentido poderiam ser citados: *Keystone Bituminous Coal Ass'n v. DeBenedictis*, 480 U.S. 470 (1987); *Connolly v. Pension Benefit Guar. Corp.*, 475 U.S. 211 (1986); *Energy Reserves Group, Inc. v. Kansas Power & Light Co.*, 103 S. Ct. 697 (1983); *Allied Structural Steel v. Spannaus*, 98 S. Ct. 2716 (1978); *United States Trust Co. of New York v. New Jersey*, 431 U.S. 1 (1977); *East New York Ac. Vnk c. Hahn*, 326 U.S. 230 (1945); *Bowles v. Willingham*, 321 U.S. 503 (1944); *Faitoute Iron & Steel Co. v. City of Asbury Park*, 316 U.S. 502 (1942); *Veix v. Sixty Ward Bldg. and Loan Ass'n of Newark*, 310 U.S. 32 (1940); *Home Bldg. & Loan Ass'n v. Blaisdell* 290 U.S. 398 (1934); *Block v. Hirsh*, 256 U.S. 135 (1921); *Noble State Bank v. Haskell*, 219 U.S. 104.

Assim, se a idéia genérica de inoponibilidade das garantias fundamentais a leis de ordem pública é de ser relativizada, essa relativização não pode levar ao outro extremo, o de fazer prevalecer o interesse particular sobre o interesse coletivo, fim último e legítimo de toda atuação governamental. A questão só se resolve, pois, quer no campo do direito público, quer no campo do direito privado, com a verificação, em cada caso concreto, da natureza e extensão da medida legislativa, e da existência ou não daquelas situações constitucionalmente protegidas. Essa a posição de Campos Batalha, adotando a lição de Reynaldo Porchat (*Direito Intertemporal*, Forense, 1980, p. 129). Essa também parece ser a posição adotada pelo Min. Moreira Alves, quando do julgamento, no Supremo Tribunal Federal, da já citada ADIN 493-0-DF.

É importante ter em conta, nesse passo, invocando Paul Roubier, que a distinção que normalmente se estabelece, entre “situações legais” e situações contratuais” (se se preferir, cláusulas “de ordem pública” e cláusulas de “de ordem privada”), para o fim de se conferir proteção a estas últimas contra os efeitos da lei nova, fundamenta-se em que os contratos são, sempre, “atos de previsão”. Com efeito, a opção feita pelas partes por ocasião do ajuste seria inútil — para usar as palavras do festejado mestre francês —, “se uma lei nova, modificando as disposições do regime em vigor no dia em que o contrato foi travado, viesse a trazer uma subversão em suas previsões” (*Les Conflits de Lois dans le Temps*, 1.ª ed., 1/587).

Tem-se, assim, que a existência de direito adquirido em relações contratuais (oriunda do ato jurídico perfeito) está intrinsecamente ligada à vontade das partes e ao equilíbrio da relação materializada no ajuste. Em conseqüência, quando fatos posteriores ao contrato,

imprevistos e imprevisíveis pelas partes e a elas não imputáveis, modificam profundamente o equilíbrio contratual, não se pode alegar direito adquirido à manutenção das regras pactuadas, pois que a manutenção (e não a alteração) de tais regras é que importará em subversão do quanto desejado pelas partes por ocasião da celebração do ajuste.

Esse detalhe foi captado pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento da constitucionalidade das “tablitas” que acompanharam planos de estabilização econômica anteriores. Como se recorda, as “tablitas” continham os deflatores que deveriam ser aplicados aos contratos em curso, quando tais contratos contivessem cláusula de correção monetária com índices prefixados. Referidas cláusulas repousavam na previsão de permanência da inflação. Uma vez estancado (ainda que temporariamente), por ato governamental, o processo inflacionário, não há dúvida de que a aplicação daquelas cláusulas geraria um indevido enriquecimento do credor às custas do devedor, com isto rompendo o equilíbrio da equação econômica imanente à relação obrigacional original.

Conforme expõem Mario Henrique Simonsen e Rudiger Dornbusch, “reforma monetária é um conceito amplo, que engloba a revisão de contratos e a reforma de instituições, a fim de torná-las compatíveis com a meta de inflação nula... No caso de contratos que envolvam pagamentos nominais no futuro, uma moeda nova é uma forma de alinhar o valor real dos pagamentos com as expectativas implícitas na época em que os contratos foram concluídos. Uma ‘tablita’ que converta o dinheiro velho em novo, de acordo com uma tabela de depreciação é, na prática, a forma de alcançar este objetivo” (op. loc. cit.).

Acertadamente reconheceu o STJ, no caso das “tablitas”, que se estava frente a alterações de “situações legais”, de

ordem geral, que deveriam incidir sobre todos os contratos cujos vencimentos ocorressem posteriormente ao plano. A questão do direito adquirido ficaria então afastada, porque os comandos da lei nova, contidos nas “tablitas”, teriam a força de impor modificação dirigida a todos, com o fim de evitar locupletamento indevido dos credores em prejuízo dos devedores, “dada a modificação perpetrada na conjuntura econômica do País”, modificação esta que consistia no impedimento de ocorrer “a inflação prevista e que fazia parte dos contratos em curso” (ver, nesse sentido, acórdãos proferidos no julgamento dos REs 3.683-SP, 6.412-SP, 8.037-RS, 7.185-MG, 10.681-RS, 2.658-SP, 2.349-SP, 10.345-MG, 6.887-SP, 13.615-SP, 36.841-3-SP, e 30.862-1-RJ).

Do ponto de vista jurídico há perfeita identidade entre a situação analisada pelo STJ por ocasião do julgamento da constitucionalidade das “tablitas” e a que ora é discutida no Poder Judiciário, a propósito do art. 38 da Lei 8.880/94 e das regras de conversão trazidos no bojo do atual plano de estabilização monetária.

O pressuposto da cláusula de correção monetária é a existência de inflação, e seu fundamento lógico e ético consiste na necessidade de preservação do equilíbrio da equação econômica imanente à relação obrigacional original, o qual repousa na garantia de reposição, ao credor, da desvalorização da moeda ocorrida durante o período de vigência da obrigação.

Consoante já visto, a pactuação de cláusula de correção monetária onde o fenômeno da defasagem se fazia presente (e tal é o caso dos títulos corrigidos pelo IGP-M) assentava-se na presunção das partes de que não haveria modificação substancial no comportamento dos preços durante o período de vigência da obrigação. Em outras palavras, a previsão das partes era a manutenção e

constância da inflação. Radical alteração no comportamento dos preços ocorreu, no entanto, quando da implantação da nova moeda (o Real) em 1.º de julho do corrente ano, fazendo com que de um índice de inflação mensal ao redor de 50% se passasse, bruscamente, a um índice próximo de zero. Na medida em que o fenômeno da defasagem faz com que o reajuste da obrigação se dê por um índice que não leva em conta a desvalorização ocorrida durante seu período de vigência, mas em outro período, de igual duração, a queda brusca da inflação, ocorrida com a implantação do programa de estabilização, tem o condão de gerar brutal desequilíbrio na relação contratual, em prejuízo do devedor, se as regras de correção monetária ali fixadas forem mantidas.

Tal conseqüência — o desequilíbrio contratual — não se pode reputar como desejada pelas partes ou inerente à contratualidade originária, no caso, seja porque (primeiro) sua causa, a redução drástica da inflação, deriva com exclusividade de ação estranha à vontade das partes — o ato governamental que, a par de impor alterações profundas na economia do país, também alterou seu padrão monetário —, seja porque (segundo) a evidência do desequilíbrio, o locupletamento de uma das partes em detrimento da outra, configura evidente afronta aos fundamentos lógico e ético do instituto da correção monetária, tal como hoje sedimentado em nosso sistema jurídico.

Consoante já observado, dois foram os efeitos práticos produzidos pela aplicação do art. 38 da Lei 8.880/94 e das regras de conversão (dos valores em moeda antiga para a nova) trazidas pelo programa:

1. o índice de reajuste das obrigações com vencimento em julho e agosto coincidiu com a desvalorização efetivamente ocorrida durante o período de vigência da obrigação, e

2. o resultado da conversão para Reais, em 1.º de julho, de uma obrigação em cruzeiros reais na qual tenham sido aplicados os critérios de correção e de conversão trazidos pelo programa de estabilização, coincidiu com o resultado obtido pela conversão voluntária para URVs de uma outra obrigação em cruzeiros reais, do mesmo valor, ocorrida no período compreendido entre 1.º de abril e 30 de junho, posteriormente (em 1.º de julho) convertida de URVs para Reais.

Não há falar, assim, que as regras do programa desestabilizam relações jurídicas, impõem perdas a uma das partes (o credor), ou desvirtuam o instituto da correção monetária. Ao contrário do que se alega, o efeito desejado (e alcançado) do art. 38 da Lei 8.880/94 e das regras de conversão do programa — tal como o efeito desejado (e alcançado) das “tablitas” de planos anteriores — foi exatamente o de preservar o equilíbrio da relação contratual e evitar o locupletamento (a todos os títulos indevido) do credor em detrimento do devedor. Mais, ao fazer com que o índice de reajuste coincidissem com a variação de preços ocorrida no período de vigência da obrigação, aquelas regras se puseram em total e perfeita harmonia com os fundamentos lógico e ético que emprestam legitimidade à utilização do instituto da correção monetária em nosso país.

Sob um outro prisma, ainda, a questão pode ser enfocada. Argumenta-se que as medidas do programa têm efeito retroativo, por alcançar pactos ocorridos anteriormente à sua vigência. O argumento não procede. Os casos levados ao Judiciário envolvem contratos de execução sucessiva, em que há uma multiplicidade de prestações ao longo do período de existência da obrigação. As medidas do programa preservam, conforme exaustivamente se viu, aquilo que foi objeto de acerto entre as partes, até o momento de introdução da nova moeda

de curso forçado no país, em 1.º de julho do corrente ano. Tudo aquilo, pois, que naquele momento era “direito adquirido” das partes permaneceu intocado.

A alteração introduzida pelo programa de estabilização — na prática a eliminação dos efeitos da defasagem — afetou apenas aquilo que Roubier denomina de *facta pendentia e facta futura*, que correspondem, na teoria de Gabba, à mera “expectativa de direito”, situação não protegida em nosso sistema jurídico. Essa expectativa se materializa nas conseqüências que a cláusula pactuada, assentada na previsão de continuidade do quadro econômico altamente inflacionário do país, projetava para o futuro, para o período posterior à introdução da nova moeda. Exatamente porque o programa de estabilização (no qual a reforma monetária se inseriu) alterou aquele quadro, e porque era lícito (mais do que lícito, era inadiável obrigação do legislador) fazê-lo — desde que as regras alcançassem, como efetivamente alcançaram, de forma neutra, a generalidade das obrigações em curso —, foram editadas regras destinadas a evitar o desequilíbrio contratual e as brutais perdas que a manutenção daquelas cláusulas geraria para o devedor, no contexto de um quadro econômico radicalmente diferente do previsto pelas partes.

A defesa da tese contrária repousa numa premissa insustentável sob qualquer ângulo pelo qual se a examine mas sobretudo do ponto de vista ético. É como se se pudesse sustentar que, por repousar a cláusula de correção monetária na previsão de aumento constante e generalizado de preços, tivesse o credor, uma vez firmado o contrato, direito adquirido aos efeitos da ocorrência do fenômeno, a despeito de sua inexistência.

Na prática é como se o legislador estivesse impedido de dar solução ao mais angustiante dos problemas do país — a inflação crônica que torna cada vez mais pobres os já miseráveis —, sim-

plesmente porque a persistência de tal problema e de tão escandalosa situação constitui “direito adquirido” de alguns privilegiados.

Há ainda o argumento de que ao editar as regras aqui analisadas o Governo na verdade legislou em causa própria, na medida em que boa parte das obrigações alcançadas por aquelas regras representam débitos do Tesouro federal. O argumento também não procede. As regras de correção monetária para o período imediatamente anterior e posterior à implantação do programa de estabilização, e de conversão de valores em moeda antiga para a nova, aplicam-se a todas as relações jurídicas onde existia uma cláusula de indexação, aqui incluídos contratos de trabalho, benefícios da previdência, aluguéis, mensalidades escolares, títulos públicos, dívidas e créditos financeiros federais, estaduais e municipais, bem assim créditos, obrigações, lançamentos e correções em demonstrações financeiras associadas a UFIR.

Pela abrangência e alcance de tais regras, não há qualquer dúvida de que estamos frente à alteração de um estatuto legal — para usar, mais uma vez, da feliz expressão de Roubier —, de ordem geral, que alcança a generalidade das pessoas, sem qualquer referência ou discriminação de ordem subjetiva.

É óbvio que alcançando todas as relações jurídicas consubstanciadoras de obrigações pecuniárias onde havia um indexador, aquelas regras afetam, necessariamente, obrigações e créditos do Governo, em todos os níveis, sendo irrelevante a aferição de eventuais “ganhos” ou “perdas” do governo com a manutenção ou remoção do mecanismo do art. 38. É até possível que, dado o montante dos débitos do setor privado junto às instituições financeiras federais (BB, BNDES, BNB, BASA, e CEF), o governo fosse ao final beneficiário, em termos líquidos, da remoção do aludido

mecanismo. De qualquer forma, como demonstramos, o efeito desejado e alcançado de ditas normas não foi o de distribuir perdas e benefícios entre os diversos segmentos da economia, conforme estivessem neste ou naquele pólo das mais diversas operações creditícias, mas sim o de preservar o equilíbrio das relações jurídicas onde a cláusula de indexação se fazia presente e evitar, com isso, que o mal que o programa de estabilização objetivou combater — a inflação — projetasse seus efeitos, indevidamente, para o período posterior à implantação da nova moeda.

Com efeito, todo o esforço de estabilização terá sido em vão se não se puder neutralizar, no período posterior à introdução da nova moeda, os efeitos da inflação ocorrida na moeda antiga. Em outras palavras, imaginar o programa de estabilização sem as regras de correção e conversão aqui discutidas seria como misturar no mesmo remédio a droga destinada a curar um determinado vício com a droga que assegura sua permanência.

Daí a vital importância daquelas regras na plena consecução dos objetivos do programa de estabilização. Daí também a conclusão de que o grande perdedor com a ausência daquelas regras seria a coletividade, já que a inflação que o programa objetiva extirpar, e que constitui o elemento central do quadro econômico anterior ao programa, constitui também o fator impeditivo principal do desenvolvimento econômico do país e circunstância que só faz agravar os monstruosos níveis de desigualdade social aqui existentes, na medida em que onera mais pesadamente as classes menos favorecidas, sem condições de acesso a um mercado financeiro altamente sofisticado.

Afastar do mundo jurídico aquelas regras significaria, assim, — numa inversão completa de um dos princípios basilares de nosso sistema jurídico —

fazer prevalecer o interesse particular de alguns poucos sobre o mais legítimo dos interesses coletivos. Como com inegável procedência adverte Carmen Lúcia Antunes Rocha (*Revista Forense*, 308/11), “o princípio do direito adquirido não pode constituir entrave às mudanças da sociedade através de comandos jurídicos próprios e legítimos; não pode petrificar uma situação fática ou jurídica, fazendo do direito não um instrumento assegurador da dinâmica social civilizada, mas um engenho de manutenção de situações irremediáveis e privilegiadoras de pessoas e grupos, em detrimento do todo social”.

5. Conclusão

Se, como exaustivamente visto, a cláusula de correção monetária que se pretende ver mantida nas diversas relações ora discutidas no âmbito do Poder Judiciário assentava-se na previsão de inflação permanente e constante, expectativa que se viu frustrada por um evento estranho à vontade das partes — o programa de estabilização monetária implantado pelo governo;

Se o elemento central de referido programa, a modificação do padrão monetário do país, exigia regras precisas, claras e neutras de conversão, da velha para a nova moeda, das obrigações então existentes;

Se a modificação do padrão monetário do país igualmente exigia regras precisas, claras e neutras de aferição dos índices de desvalorização da velha e da nova moedas, em padrões entre si comparáveis;

Se as regras trazidas pelo programa alcançaram, efetivamente, de forma neutra, a generalidade das situações existentes (“situações legais”, na concepção de Roubier), preservando o que no momento de implantação da nova moeda constituía “direito adquirido” das partes contratantes;

Se referidas regras não acarretaram desequilíbrio nas relações contratuais então vigentes, antes preservaram esse equilíbrio;

Se referidas regras não impuseram quaisquer perdas às partes, antes impediram que essas perdas ocorressem;

E, finalmente, se referidas regras não desvirtuaram o instituto da correção monetária, antes compatibilizaram sua concreta aplicação, no caso, com os fundamentos lógico e ético que emprestam legitimidade à utilização do instituto em obrigações pecuniárias nascidas e por vigorar em período inflacionário;

É imperioso concluir, com a boa doutrina e com a sadia jurisprudência, que não se faz presente, no caso, qualquer das situações que caracterizam ofensa a direito adquirido ou a ato jurídico perfeito.

Vale lembrar, à guisa de reflexão, que em 1905, então fortemente influenciada pelos princípios do "laissez-faire" e da

"sanctity of the contracts", a Suprema Corte dos Estados Unidos, ao decidir *Lochner v. New York*, declarou inconstitucional uma lei da cidade de Nova Iorque que introduzira jornada máxima de trabalho de 10 horas diárias e 60 horas semanais para empregados de padaria, sob o argumento de que tal medida constituía uma indevida interferência estatal na ampla liberdade de contratar conferida às partes ("The right to purchase or sell labor is part of the "liberty" protected by the 14th Amendment", enfatizou a Corte). Fruto de uma completa desatenção ao desequilíbrio de forças das partes, às péssimas condições de vida da população imigrante e à realidade social de então, *Lochner* (sepultada na década de 30 na enxurrada de leis consagradoras das diversas conquistas sociais do povo americano) constitui uma das mais execradas páginas da história da jurisprudência daquele país.

O NOVO PERFIL DA DÍVIDA EXTERNA BRASILEIRA

BOLÍVAR MOURA ROCHA

Em 15 de abril de 1994 foi consumada a renegociação da dívida externa brasileira para com credores externos do setor privado, mediante a emissão, pela República Federativa do Brasil, de títulos negociáveis no mercado internacional. A emissão dos títulos deu-se após longo processo de negociação, e ocorreu pouco mais de dez anos após o início da chamada "crise da dívida externa", em que estiveram envolvidos diversos países em desenvolvimento, e cujo marco inicial foi a declaração de moratória por parte do México, em setembro de 1982.

A implementação do acordo de renegociação confere novo perfil à dívida externa brasileira, perfil este que o presente trabalho descreve, através da apresentação de seus termos jurídicos e financeiros. A apresentação do acordo é precedida de sucinta descrição de seus antecedentes.

1. O acordo de 1988

A exemplo de outros países devedores, desde a eclosão da chamada crise da dívida externa o Brasil celebrou com o universo de credores externos uma série de acordos de reestruturação de seu passivo financeiro, diante da impossibilidade de cumprir compromissos financeiros avençados em moedas estrangeiras, devida à escassez de divisas.¹

1. Há vasta literatura sobre a chamada "crise da dívida". Para um relato genérico, ver Karin Lissakers, *Banks, Borrowers and the Establishment. A Revisionist Account of the Internatio-*

Como antecedente imediato do acordo implementado em 1994, a República Federativa do Brasil e o Banco Central do Brasil celebraram, em 22.9.88, contratos tendo por objeto o reescalonamento e refinanciamento da dívida externa de médio e longo prazos junto a bancos credores do setor privado. Os instrumentos contratuais, então firmados, contemplaram, em síntese, os elementos descritos a seguir:

I — O reescalonamento, pelo prazo de vinte anos, das obrigações externas devidas aos credores do setor privado, com vencimentos compreendidos entre 1.1.87 e 31.12.93, nos termos do *Multi-Year Deposit Facility Agreement*, contrato que passou a ser conhecido como "MYDFA";

nal Debt Crisis. Washington, D.C., Basic Books, 1991, 308 p.; para discussão da evolução jurídico-institucional da crise da dívida, v. Mark H. Stumpf e Whitney Debevoise, "Overview of Techniques: Raising New Money, Growth Facilities, Cofinancing and Collateralized Borrowings", em *Latin American Sovereign Debt Management*, editado por Ralph Reisner, Emilio J. Cardenas e Antonio Mendes, Washington, D.C., Inter-American Development Bank, 1990, 273 pp. (pp. 53-75); para descrição sucinta dos acordos firmados pelo Brasil até 1988, v. *Dívida Externa Brasileira. Constitucionalidade e Legalidade*, Exposição do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, Cid Hércilio de Queiroz, perante a Comissão Mista do Congresso Nacional destinada ao Exame Analítico e Pericial dos Atos e Fatos Geradores do Endividamento Externo Brasileiro, Brasília, Ministério da Fazenda, Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, 1989; em particular, pp. 40-49.

II—O ingresso de US\$ 5.200.000.000,00, a título de “dinheiro novo”, utilizados, entre outras finalidades, no pagamento de juros atrasados, acumulados em decorrência da cessação das remessas para o exterior decretada pela Res. 1.263, do Conselho Monetário Nacional, de 20.2.87; referido montante de “dinheiro novo” resultou da celebração de quatro contratos, a saber: o *Parallel Financing Agreement*; o *Commercial Bank Cofinancing Agreement*; o *New Money Trade Deposit Facility Agreement*; e o *New Money Bond Subscription Agreement*;

III — A troca de parcela da dívida por bônus, de emissão da República Federativa do Brasil (*Brazil Investment Bonds*), com prazo de resgate de 25 anos, incluindo 10 de carência, e taxa de juros, fixa, de 6% a.a., nos termos do *Brazil Investment Bond Exchange Agreement*;

IV — A manutenção, pelo prazo de 30 meses, das linhas de crédito comercial e interbancário de curto prazo, nos termos da 1988 *Trade Commitment Letter* e da 1988 *Interbank Commitment Letter*.

A partir de primeiro de julho de 1989 decidiu o Governo brasileiro, confrontado a novo período de escassez de divisas, suspender as remessas para o exterior de determinados pagamentos, retendo-se tais valores, desde essa data, junto ao Banco Central do Brasil, nos termos da Res. 1.564, do Conselho Monetário Nacional, de 16.1.89, posteriormente regulamentada por normas expedidas pelo Banco Central do Brasil.

2. O acordo sobre juros atrasados de 1989 e 1990

Com o fim de reestruturar em novos termos a dívida externa do País e regularizar sua situação com os credores externos, o Governo brasileiro iniciou em 1990 negociações com o comitê de bancos credores (*Bank Advisory Committee for*

Brazil). Referido comitê exerce informalmente² a função de representação do universo de credores externos do Brasil, à exclusão de credores oficiais, os quais têm seus créditos renegociados no âmbito do chamado Clube de Paris.³

Paralelamente às negociações com os credores externos, as autoridades econômicas excetuaram da retenção de remessas para o exterior de valores de principal e juros compromissos de entidades do setor privado e de instituições financeiras do setor público, a partir de 1.1.91, bem como da Companhia Vale do Rio Doce e da Petróleo Brasileiro S.A. — PETROBRÁS —, estas últimas a partir de 1.4.91.⁴

As normas do Conselho Monetário Nacional que implementaram tal decisão permitiram ainda a remessa, também a partir de 1.1.91, de 30% do valor dos juros devidos por entidades do setor público aos credores externos do setor privado. Por fim, tornaram-se voluntárias as linhas de crédito comercial e

2. V. Alfred Mudge, “Sovereign Debt Restructure: a Perspective of Counsel to Agent Banks, Bank Advisory Groups and Servicing Banks”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 23/59-74. Vale dizer que os credores representados pelo comitê de bancos são habitualmente denominados credores privados, como forma de diferenciação dos credores oficiais, embora figurem nesse universo entidades como o Banco do Brasil S.A. e o Crédit Lyonnais, controladas pelo setor público do Brasil e da França, respectivamente.

3. V. Alex Rieffel, “The Role of the Paris Club in Managing Debt Problems”, *Essays in International Finance*, n. 161. Princeton University, 1985, 38 pp.

4. Referida decisão, consubstanciada nas Res. 1.781, de 26.12.90, e 1.812, de 5.4.91, posteriormente consolidadas por meio da Res. 1.838, de 26.6.91, todas do Conselho Monetário Nacional, foi adotada em decorrência do enfoque dado pela nova administração econômica à questão da dívida externa, segundo o qual as dificuldades no cumprimento dos compromissos externos são motivadas não por um problema de natureza cambial, mas sim fiscal.

interbancário de curto prazo, ao findar, em 30.4.91, o prazo, de 30 meses, das cartas de compromisso mencionadas acima.

Das negociações com os credores externos resultou, em um primeiro momento, acordo para regularização de juros devidos e não pagos em 1989 e 1990. O acordo, alcançado em 8.4.91, previu o pagamento em dinheiro de até 25% do total devido, observado um limite de US\$ 2 bilhões, sendo os restantes 75% novados mediante a emissão, pela República Federativa do Brasil, de bônus denominados em dólares norte-americanos, com prazo de resgate de 10 anos, contado de 1.1.91, incluindo 3 de carência.⁵ Nos termos do acordo, os bônus seriam emitidos, entre outras condições prévias, uma vez alcançado acordo de princípios entre o Brasil e seus credores estrangeiros para a reestruturação do total da dívida, o que efetivamente ocorreu a 9.7.92.

O acordo relativo aos juros atrasados de 1989 e 1990 foi aprovado pelo Senado Federal por meio da Res. 20, de 20.6.91.⁶ Os contratos que consubstanciam o acordo, prevendo a emissão dos novos títulos, foram assinados em 10.9.92. A emissão dos bônus, que vieram a ser conhecidos em mercado por sua denominação em Inglês de *IDU (Interest Due and Unpaid) Bonds*, ocorreu por fim em 20.11.92.

5. Em 21.10.92, o Senado Federal expediu a Res. 53/92, elevando o montante autorizado da operação, ajuste que se fez necessário em virtude de variação, desde a data de conclusão do acordo, na paridade cambial entre o dólar e outras moedas em que se encontram denominadas as obrigações novadas.

6. A autorização do Senado Federal é exigida, desde a entrada em vigor da CF/88, para qualquer "operação externa de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios", nos termos do art. 52, V, da CF.

3. O acordo referente ao estoque da dívida externa

Alcançado o acordo relativo aos juros atrasados de 1989 e 1990, prosseguiram, desde agosto de 1991, em Nova Iorque, as negociações entre representantes do Governo brasileiro e o *Bank Advisory Committee for Brazil*, tendo por objetivo alcançar acordo de reestruturação do principal da dívida externa de médio e longo prazos do setor público brasileiro. A dívida de responsabilidade do setor privado, bem como do setor financeiro nacional, da Petrobrás e da CVRD, havia sido liberada, conforme mencionado, nos termos da Res. 1.838/91, do Conselho Monetário Nacional.

Em 9.7.92 os representantes do Governo brasileiro e o Comitê de Bancos Assessores para o Brasil alcançaram acordo de princípios sobre a reestruturação da dívida externa. Referido acordo de princípios foi detalhado, em seus aspectos jurídico-operacionais, em minuta dos principais termos (*Term Sheet*), negociada em Nova Iorque entre representantes do Governo brasileiro e o comitê de bancos. A celebração de contratos implementando o acordo da dívida, tal como refletido na *Term Sheet*, foi autorizada pelo Senado Federal, nos termos do art. 52, V, da CF, por meio da Res. 98, de 29.12.92.

Os contratos de implementação do acordo da dívida foram assinados em 29.11.93. Com relação a cada um dos novos bônus, descritos abaixo, foi assinado um contrato denominado *bond exchange agreement*, tendo por objeto a permuta dos créditos renegociados pelos novos títulos; e um *fiscal agency agreement*, tendo por objeto principal o relacionamento entre a República Federativa do Brasil, emissora dos títulos, e o agente contratado para efetuar pagamentos de juros e principal dos títulos. Os novos títulos da dívida externa foram por fim emitidos em 15.4.94.

Do ponto de vista da documentação, os contratos da dívida externa guardam semelhança estreita com instrumentos contratuais que amparam a emissão no mercado internacional, por pessoas jurídicas de direito privado, de títulos de dívida, comumente conhecidos pela expressão *eurombonds*.⁷ A diferença essencial consiste no fato de que ao *subscription agreement* de uma emissão regular de títulos correspondeu, no caso dos contratos da dívida externa, um *exchange agreement*, já que houve permuta de créditos existentes, e não desembolso de recursos novos. A exceção coube ao *new money bond*, título descrito abaixo, a cuja emissão correspondeu o desembolso de recursos novos pelos credores, caso em que foi firmado um *subscription agreement*.

Em decorrência do acordo da dívida, a República Federativa do Brasil passou a ser a devedora de todos os novos instrumentos, emitidos em troca da dívida antiga. Nisto o acordo diferiu de reestruturações anteriores da dívida externa do Brasil, em que a operação baseava-se na figura de um depósito junto ao Banco Central, sendo este, formalmente, o responsável principal das obrigações externas.⁸

4. Plano Brady

Em suas linhas gerais, o acordo alcançado entre o Brasil e seus credores

externos do setor privado enquadrou-se, com algumas significativas inovações, na iniciativa Brady de reestruturação da dívida externa dos países em desenvolvimento.⁹ Antes do Brasil, concluíram acordos nos moldes do Plano Brady diversos países, entre os quais o México em 1989, a Venezuela em 1990 e a Argentina em 1992.

O elemento essencial de acordos nos moldes do "Plano Brady" é a novação da dívida objeto de reestruturação mediante sua permuta por títulos representativos de dívida — comumente chamados "bônus" — de emissão do Governo do país devedor, bônus esses cujos termos envolvem redução do encargo da dívida, seja sob a forma de redução de seu principal ou da carga de juros.

Para assegurar a adesão dos credores, os bônus contam com alguma garantia de pagamento de juros e/ou de principal. A garantia de principal é dada, via de regra, sob a forma de caução de títulos emitidos pelo Tesouro americano, com juros capitalizados (*zero-coupon bonds*), cujo montante de resgate, quando de seu vencimento, pode ser utilizado no pagamento de principal dos bônus por eles garantidos. Para a aquisição das garantias, o país em questão conta normalmente com financiamento oriundo das instituições financeiras internacionais — Fundo Monetário Internacional, Banco Mundial e Banco Interamericano de Desenvolvimento. No caso do Brasil, o Governo não contou, na prestação de garantias, com financiamento de terceiros, tendo utilizado exclusivamente recursos de suas reservas internacionais, bem como dinheiro novo desembolsado pelos credores externos.

9. Assim chamada em referência ao Secretário do Tesouro dos Estados Unidos da América — Nicholas Brady — que a anunciou, em março de 1989, respondendo à demanda de países devedores, dentre os quais o Brasil.

7. Sobre documentação relativa a emissão de títulos no exterior, v. Philip Wood, *Law and Practice of International Finance*, v. 2A, International Business Law Series, New York, Clark Boardman Co., Ltd; 1990.

8. Neste sentido, o acordo refletiu o desígnio do Governo brasileiro de reservar ao Banco Central funções típicas de autoridade monetária e controlador das reservas cambiais do País, além de atender ao enfoque dado à questão da dívida externa, centrado no aspecto fiscal e não cambial.

5. A dívida objeto do acordo

Foram objeto do acordo alcançado entre o Brasil e seus credores externos do setor privado as obrigações descritas a seguir:

I — Obrigações externas decorrentes de contratos de empréstimo de médio e longo prazos, contraídos por entidades do setor público junto a credores externos do setor privado, objeto do acordo plurianual de reestruturação firmado em 1988 (MYDFA), tenham ou não os respectivos montantes sido depositados junto ao Banco Central, nos termos do MYDFA;¹⁰

II — Dinheiro novo de 1988 (*1988 New Money*), ou seja, obrigações objeto dos contratos de 1988, descritos anteriormente, que importavam ingresso de recursos novos: o *Parallel Financing Agreement*, o *Commercial Bank Cofinancing Agreement* e o *New Money Trade Deposit Facility Agreement*. Não foram incluídos na reestruturação, no entanto, os montantes relativos aos *New Money Bonds*, emitidos pelo Banco Central do Brasil em virtude do *New Money Bond Exchange Agreement*, cujos termos continuaram sendo cumpridos pelo Banco Central tal como originalmente contratados;

10. O universo da dívida objeto do acordo alcançado em 1992 diferiu daquela reestruturada pelo MYDFA em três particulares: I — foram excluídas obrigações cujos valores tornaram-se livremente remissíveis ao exterior em virtude da Res. 1.838/91, do Conselho Monetário Nacional — setor privado, setor financeiro nacional, Petrobrás e Cia. Vale do Rio Doce; II — foram incluídos na reestruturação vencimentos para além de 31.12.93, de forma a obter uma novação total da dívida externa do setor público: a chamada “janela” do MYDFA compreendia tão-somente vencimentos de 1.1.87 a 31.12.93; III — por fim, foram igualmente incluídos na reestruturação os chamados *Downpayment Amounts*, parcelas de principal que, nos termos do MYDFA, deveriam ter sido remetidas livremente aos respectivos credores externos.

III — Montantes relativos a juros devidos e não pagos no decorrer dos anos de 1991 e 1992, 1993, bem como de 1994, até o momento da implementação do acordo, atualizados até a data da novação e acrescidos de remuneração. O acúmulo de referidos juros atrasados é decorrência da Res. 1.564/89, do Conselho Monetário Nacional que, conforme lembrado acima, determinou a retenção de juros junto ao Banco Central do Brasil.

6. Os bônus emitidos pela União

A dívida “antiga” foi trocada por uma combinação de 6 bônus.¹¹ Os instrumentos oferecidos em troca da dívida a ser reestruturada são os descritos a seguir:

a) *Bônus de desconto*. O credor que optou pelo *Discount Bond* permutou sua dívida antiga, mediante desconto de 35% sobre seu valor de face, por bônus de desconto com 30 anos de prazo, amortização única (*bullet*) ao final do 30.º ano, e taxa de juros, de mercado, de LIBOR (*London Inter-Bank Offered Rate*) de 6 meses mais 13/16% a.a. Este instrumento, em forma nominativa, conta com garantia de 100% do montante de principal — consistente em títulos do

11. A *term sheet* previa ainda, além da emissão de 6 bônus, a celebração de um contrato de reestruturação (*Restructuring Option*), opção destinada a atender a conveniências de ordem regulatória e fiscal de determinados credores. O contrato de reestruturação inicialmente previsto no acordo com os credores não veio a ser implementado, por não ter sido atingido o percentual mínimo de adesão às opções previsto na *Term Sheet*. A *Term Sheet* previa a emissão dos instrumentos em dólares dos EUA e, excepcionalmente — caso fosse atingido um patamar mínimo de demanda por parte dos credores externos —, em marcos alemães e, no caso de alguns instrumentos, libras esterlinas. As características gerais dos instrumentos, a seguir descritas, dizem respeito às opções denominadas em dólares.

Tesouro dos EUA, conforme descrito abaixo —, bem como de 12 meses de pagamento de juros.

b) *Bônus ao par*. A exemplo do *Discount Bond*, o *Par Bond* tem prazo de 30 anos, amortização única (*bullet*) ao final dos 30 anos, garantia total de principal e de 12 meses de juros, e forma nominativa. O *Par Bond* difere do *bônus de desconto*, entretanto, em dois particulares: a conversão dos créditos antigos pelos novos títulos deu-se ao par, sem desconto no valor de face. Ademais, a taxa de juros do *Par Bond* é fixa — de 6% a.a., sem *spread* adicional — do 7.º ao 30.º anos.¹² Do 1.º ao 6.º anos a taxa de juros do *bônus ao par*, igualmente fixa e sem *spread*, obedece a uma escala crescente.

c) *Bônus de redução temporária de juros*. O “FLIRB” (*Front-Loaded Interest Reduction Bond*) tem prazo de 15 anos, incluindo 9 anos de carência, e amortizações semestrais iguais. A taxa de juros obedece a uma escala crescente nos 6 primeiros anos, destinada a propiciar um alívio de caixa ao Tesouro, passando a ser de LIBOR, de 6 meses mais 13/16% a.a. a partir do 7.º ano. O FLIRB tem garantia de pagamento de 12 meses de juros até o 6.º ano inclusive, após o qual o montante da garantia retorna ao Brasil, e não conta com garantia de pagamento de principal. Os FLIRBs são títulos ao portador.

d) *Bônus de capitalização*. O *Front-Loaded Interest Reduction with Capitalization Option*, ou *C-Bond*, tem prazo de 20 anos, incluindo 10 anos de carência. A exemplo do FLIRB, tem taxa de juros em escala crescente nos 6 primeiros anos, e passa a render 8% a.a., sem

spread, a partir do 7.º ano, havendo uma capitalização da diferença entre as taxas iniciais e essa taxa fixa. Sua estrutura de taxa de juros é destinada a propiciar alívio de fluxo de caixa nos primeiros anos, além de previsibilidade e proteção contra flutuações nos juros internacionais nos anos seguintes. O *C-Bond* é um instrumento não garantido, seja quanto a principal, como quanto a juros, e foi emitido ao portador.

e) *Bônus de conversão de dívida* (“*Debt Conversion Bond*”). Título ao portador com prazo de 18 anos, incluindo 10 anos de carência, e taxa de juros de LIBOR de 6 meses mais 7/8% a.a. O *Debt Conversion Bond*, acoplado ao *New Money Bond*, descrito abaixo, foi previsto como o instrumento de opção dos credores que decidissem emprestar dinheiro novo ao País. Para cada 5,5 dólares de dívida antiga transformada em *Debt Conversion Bonds*, o credor externo obrigava-se a emprestar um dólar de dinheiro novo ao Brasil, mediante a aquisição de *New Money Bonds*.

f) *Bônus de dinheiro novo* (“*New Money Bond*”). É o instrumento mais atrativo do ponto de vista financeiro, na medida que tem prazo de apenas 15 anos, incluindo 7 de carência, e rende juros correspondentes à LIBOR de 6 meses mais 7/8% a.a. Sua forma é ao portador. Seus termos atrativos justificam-se por ser o título dado àqueles credores que optaram por emprestar “dinheiro novo” ao Brasil, daí advindo sua denominação.

7. O “dinheiro novo” de 1988

O acordo entre o Brasil e seus credores estrangeiros dispôs que os créditos externos correspondentes aos contratos firmados em 1988 que importaram no ingresso de “dinheiro novo” — o *Parallel Financing Agreement*, o *Commercial Bank Cofinancing Agreement* e o *New Money Trade Deposit Facility Agree-*

12. A taxa de juros fixa do *Par Bond* propicia previsibilidade à administração do passivo financeiro externo da União, bem como proteção contra elevações significativas das taxas de juros internacionais, tais como as observadas nos anos 70 e 80.

ment — recebessem tratamento mais favorável, sob a forma de troca por bônus de conversão de dívida (*Debt Conversion Bond*) e bônus de dinheiro novo (*New Money Bond*), os dois instrumentos de termos mais atrativos do leque de opções.

Créditos relativos ao *Parallel Financing Agreement* e ao *Commercial Bank Cofinancing Agreement* foram permutados por bônus de conversão de dívida (*Debt Conversion Bonds*), descritos acima, sem a obrigação, característica desses títulos, de emprestar dinheiro novo. Créditos relativos ao *1988 New Money Trade Deposit Facility Agreement*, por sua vez, foram convertidos em bônus de dinheiro novo (*New Money Bonds*).

8. Conversão de dívida em capital: “IF Capitalization Option”

Ao tratar do “dinheiro novo” de 1988, o acordo com os credores externos conferiu tratamento diferenciado a parcela dos créditos que, nos termos — não implementados — dos contratos de 1988, poderiam ser convertidos ao par em investimentos diretos no Brasil, tanto no setor público como no setor privado, possibilidade descrita como *investment feature*, à qual consentiu o Brasil em 1988 como forma de incentivar o aporte de dinheiro novo.¹³

Essa parcela de créditos decorrentes dos contratos de 1988 pode, nos termos do acordo alcançado com os credores externos, ser convertida em bônus de dinheiro novo (*New Money Bonds*) ou utilizada por seus detentores para a capitalização, no Brasil, de instituições financeiras ou de companhia controladora (*holding company*) aqui sediadas, sendo o montante de referida capitalização

13. Essa possibilidade tinha adequação regulamentar, no plano interno, através da Res. 1.460, de 27.1.88, do Banco Central do Brasil.

registrado como capital estrangeiro junto ao Banco Central do Brasil.¹⁴ Essa possibilidade foi, no plano regulamentar interno, objeto da Res. 2.063, de 13.4.94, do Conselho Monetário Nacional (“Res. 2.063/94”).¹⁵ O capital registrado, resultante da conversão, está sujeito a prazo de permanência mínimo de 12 anos no País (art. 7.º da Res. 2.063/94).

Nos termos da Res. 2.063/94, a entidade brasileira objeto da capitalização teve a obrigação de adquirir com os recursos investidos, no momento imediatamente subsequente à operação de capitalização, títulos denominados em cruzeiro (*Investment Feature Cruzeiro Bonds*), consistentes em Notas do Tesouro Nacional (NTNs).¹⁶ As NTNs adquiridas com os recursos da capitalização, objeto de uma série especial, foram emitidas com base no Dec. 1.108, de 13.4.94,¹⁷ e na Port. 209, de 14.4.94. As NTNs dessa série especial têm termos idênticos àqueles dos *New Money Bonds*, quais sejam: prazo de 15 anos, incluindo 7 de carência, amortização em

14. O mecanismo de capitalização foi objeto do art. 3.º do contrato denominado *New Money and Debt Conversion Bond Subscription and Exchange Agreement*, datado de 29.11.93.

15. A Res. 2.063 impôs restrições aplicáveis ao capital registrado resultante da conversão não constantes do acordo firmado com o comitê de bancos. Assim, o art. 12 da Resolução restringiu, embora mediante redação pouco clara, a remessa de capital registrado de empresas do mesmo grupo do titular dos créditos convertidos, durante o período de permanência mínimo de 12 anos a que estão sujeitos os créditos convertidos. As restrições constantes da Resolução desmotivaram alguns credores externos a efetuar a conversão de dívida em capital.

16. Essa obrigatoriedade de aquisição das NTNs pela entidade que vier a ser capitalizada refletiu a preocupação das autoridades da área econômica em evitar que referida capitalização tivesse por efeito a expansão monetária, com efeitos inflacionários.

17. Posteriormente revogado pelo Dec. 1.139, de 11.5.94.

17 parcelas de valor igual, e taxa de juros de LIBOR de 6 meses mais 7/8% a.a. As NTN's dessa série especial poderão ser utilizadas, ao par, como moeda para a aquisição de bens e direitos no Programa Nacional de Desestatização (art. 6.º do Dec. 1.139, de 11.5.94).

9. Os juros atrasados de 1991 a 1994

Além de dispor sobre o tratamento a ser dado à dívida "antiga" e ao "dinheiro novo" de 1988, o acordo alcançado entre o Governo brasileiro e seus credores externos do setor privado dispôs ainda sobre a novação de obrigações correspondentes a juros devidos e não pagos durante os anos de 1991 e 1992, 1993, bem como parte de 1994, até a implementação do acordo, decorrentes das Resoluções do Conselho Monetário Nacional, mencionadas acima, que limitaram a remessa de juros a 30% dos valores devidos. Os juros atrasados de 1989 e 1990, conforme mencionado acima, haviam sido objeto de acordo anterior com o mesmo universo de credores, consubstanciado em contratos firmados em 10.09.92.

O acordo quanto a juros atrasados previu essencialmente o pagamento em espécie de 30% dos juros devidos em 1991, e de 50% dos juros devidos em 1992, 1993, e 1994 até a emissão dos novos títulos, com a novação do saldo mediante a emissão de bônus relativos a juros atrasados (*EI Bonds*, onde "EI" significa *eligible interest*, ou juros vencidos passíveis de reestruturação), com prazo de 12 anos, incluindo 3 anos de carência, taxa de juros de LIBOR de 6 meses mais 13/16% a.a. As parcelas de amortização de principal, semestrais, obedecerão a um esquema crescente, sendo as primeiras 7 parcelas de apenas 1% de principal, a 8.ª de 5% e as 10 últimas de 8%.

10. As garantias

Três dos sete títulos da dívida externa contam com garantias de juros e/ou de principal: o bônus ao par (garantia de principal e de 12 meses de juros), o bônus de desconto (garantia de principal e de 12 meses de juros) e o bônus de redução temporária de juros (garantia de 12 meses de juros durante os primeiros 6 anos). A prestação de garantia de pagamento de juros e principal dos títulos pelo Brasil é regida por contrato de caução (*collateral pledge agreement*) firmado entre o Brasil, o administrador das garantias (*collateral agent*) e o agente de pagamento dos títulos (*Fiscal Agent*).¹⁸

A garantia de principal dá-se sob a forma de caução, pelo Brasil, de títulos representativos de obrigações do Tesouro dos EUA (*U.S. Treasury Zero Coupon Bonds*). Referidos títulos têm prazo de trinta anos, da mesma forma que os bônus ao par e de desconto que objetivam garantir, e não rendem juros — daí a denominação *zero coupon*¹⁹ —, refletindo-se a ausência de cupons em deságio em seu preço de aquisição.²⁰

18. O administrador de garantias é o Banco de Compensações Internacionais, BIS, com sede na Basileia, Suíça. Inicialmente, contemplava-se ter como *collateral agent* o *Federal Reserve Bank of New York*. Tendo em vista, entretanto, que o acordo da dívida foi implementado sem que estivesse em vigor entre o Brasil e o FMI um *standby-by arrangement*, o Governo dos EUA não prestou seu apoio formal ao acordo, e o *Federal Reserve Bank* do Estado de Nova Iorque não se dispôs a atuar como administrador de garantias.

19. A palavra *coupon* referindo-se ao "cupom" de pagamento de juros.

20. Os títulos do Tesouro norte-americano foram comprados por aproximadamente 10% de seu valor de face, sendo seu preço efetivo função das taxas de juros vigentes à época de sua aquisição. A realização desse dispêndio significa que, quando do vencimento de principal dos bônus ao par e de desconto a serem

A garantia de 12 meses de juros para os bônus de desconto, para o bônus ao par, bem como para o bônus de redução temporária de juros consiste, por sua vez, em depósito — em espécie ou em títulos previamente acordados com os credores — em conta vinculada, cujo titular será a República Federativa do Brasil, gerida pelo *collateral agent*, também nos termos do *collateral pledge agreement*. O saldo dessa conta corresponderá aos vencimentos de juros dos dois períodos semestrais subsequentes. No caso dos bônus ao par e de desconto, referido depósito deverá perdurar por todo o prazo dos títulos, que é de trinta anos. No caso do bônus de redução temporária de juros o depósito será liberado em favor do Brasil após o 6.º ano.

Os contratos de implementação do acordo da dívida externa prevêm que as garantias de principal e de juros para os bônus ao par, de desconto, e de redução temporária de juros, serão prestadas de forma escalonada, ao longo de 2 anos.²¹ Nos termos acordados com os credores externos, as garantias são entregues em

emitidos pela União, não necessitará o Tesouro Nacional desembolsar recursos para resgatar os títulos, bastando para tanto utilizar os recursos recebidos com o pagamento dos títulos do Tesouro norte-americano, quando de seu vencimento. No caso de bônus de desconto e ao par emitidos em marcos alemães, a garantia de principal tem por objeto títulos de 30 anos emitidos por entidade oficial alemã, designada de comum acordo pelo Brasil e pelos credores em questão.

21. Esse mecanismo de entrega escalonada de garantias (*phase-in*) constituiu inovação com relação aos acordos anteriores firmados por outros países devedores, os quais previam a entrega das garantias no momento da troca da dívida antiga pelos novos títulos (*exchange date* ou *closing date*). Essa obrigação de entrega das garantias no momento inicial da implementação do acordo teria representado considerável carga, concentrada em momento único, sobre a disponibilidade de divisas do país.

uma prestação inicial (*Initial Collateral*), efetuada por ocasião da *exchange date*, e em 4 prestações semestrais subsequentes.²²

11. Utilização dos créditos no Programa de Privatização

O acordo da dívida externa previu que os bônus em que a dívida foi convertida poderão ser utilizados como moeda para aquisição de bens e direitos no âmbito do programa nacional de privatização. A possibilidade de utilização dos novos títulos da dívida externa no programa de privatização foi regulamentada internamente por meio da Res. 2.062, de 12.4.94, do Conselho Monetário Nacional ("Res. 2.062/94"), que tratou ainda da conversão na privatização de outros créditos representativos da dívida externa, como os *IDU Bonds*.

Foram acordados com os credores descontos diferenciados a incidir sobre os títulos por ocasião de sua utilização na privatização, descontos esses regulamentados no art. 4.º da Res. 2.062/94. Assim, o *Discount Bond* é passível de conversão ao par.²³ O bônus ao par é

22. A *term sheet* previa que a prestação inicial fosse no montante mínimo equivalente a US\$ 3.200.000.000,00; isso se traduzia na existência de condição prévia à emissão dos novos títulos — com a consequente novação da dívida —, constante da documentação pertinente, segundo a qual o montante inicial de garantias deveria ser naquele valor. Entretanto, a *term sheet* previa que, mediante solicitação do Brasil, credores detentores de 95% da dívida poderiam alterar referida condição, assentindo a que a emissão ocorresse com menos de US\$ 3,2 bilhões de garantias no momento inicial. Isto foi de fato o que ocorreu, com as garantias iniciais montando a US\$ 2,8 bilhões.

23. Referida conversão ao par justifica-se pelo fato de que os detentores de bônus de desconto já terão sofrido um desconto ao efetuar a troca de seus antigos créditos pelos

conversível mediante desconto inicial de 35% em seu valor de face.²⁴ Referido desconto será gradualmente reduzido ao longo dos anos, como forma de equalização, ao longo do tempo, para efeito de conversão no programa de privatização, dos valores presentes dos bônus ao par de desconto, dadas as diferenças entre as taxas de juros de ambos. Os bônus de conversão de dívida (*Debt Conversion Bonds*) e os bônus de dinheiro novo (*New Money Bonds*) deverão por sua vez ser convertidos ao par. Por fim, no tocante ao bônus de redução temporária de juros, e ao bônus de capitalização a Res. CMN 2.062/94 determinou que referida utilização dar-se-á “mediante deságio fixado por critérios de mercado” (art. 4.º, I), estipulando entretanto desconto inicial de 25%, “que será considerado como parte integrante” de referido deságio (art. 4.º, § 1.º). A Res. 2.062/94 impôs (art. 5.º) prazo mínimo de permanência dos recursos investidos de 6 anos.

12. Fundos de Investimento no Exterior

Além de sua utilização como moeda para aquisição de bens e direitos no Programa de Privatização, os novos títulos da dívida externa podem compor investimentos por pessoas físicas e jurídicas domiciliadas no Brasil, mediante aplicação de recursos em Fundos de Investimento no Exterior, previstos pela Res. 2.111, de 22.9.94, do Conselho Monetário Nacional, e regulamentados pela Circ. 2.485, da mesma data, do Banco Central do Brasil.

Discount Bonds, no percentual de 35% do valor de face dos créditos antigos.

24. A imposição de referido desconto visa a equalizar o bônus ao par ao bônus de desconto, no tocante à determinação do montante do crédito em caso de sua conversão no programa de privatização.

Nos termos da regulamentação dos Fundos de Investimento no Exterior, o investimento em títulos representativos de dívida negociáveis no mercado internacional é possível mediante aquisição de quotas dos referidos fundos. No mínimo 60% dos recursos dos Fundos deverão ser aplicados em títulos representativos de dívida externa de responsabilidade da União — categoria em que se enquadram os novos títulos da dívida externa. Os recursos remanescentes poderão ser direcionados para a aquisição de “outros títulos de crédito transacionados no mercado internacional” — expressão genérica que engloba títulos emitidos por empresas brasileiras.

A previsão normativa dos Fundos de Investimento no Exterior levou à alteração da redação do art. 52 do Dec. 55.762, de 17.2.65, que regulamenta a Lei 4.131, de 3.9.62. O parágrafo único do referido artigo previa o cancelamento do registro de capital estrangeiro no caso de transferência de titularidade de crédito registrado como capital estrangeiro a pessoa física ou jurídica residente, domiciliada ou com sede no Brasil. O Dec. 1.251, de 22.9.94, criou um segundo parágrafo em referido artigo, excetuando do cancelamento os casos de transferência de crédito em favor de Fundo de Investimento no Exterior.

13. Solução de litígios e direito aplicável

Os contratos da dívida externa prevêm em o procedimento arbitral como meio de solução de controvérsias. O direito substantivo aplicável será, como de hábito nos contratos de empréstimos com credores externos do setor privado com Estados soberanos, o do Estado de Nova Iorque.

A estipulação de arbitragem como meio de solução de controvérsias seguiu a prática da República Federativa do Brasil em matéria de contratação inter-

nacional. Além disso, entretanto, atendeu ao disposto na Res. 82, do Senado Federal, de 18.12.90, que veio a estabelecer “condições para a renegociação da dívida externa brasileira”, a qual dispõe, em seu art. 4.º, § 1.º, que os contratos relativos a operações de crédito externo de que participem a União ou suas autarquias “deverão estabelecer que os litígios deles decorrentes serão submetidos a arbitragem”.

14. Conclusão

A implementação do acordo da dívida externa, resultante na troca da dívida objeto de negociação por bônus, reflete a tendência de “securitização” da dívida externa de países em desenvolvimento — ou seja, sua transformação de dívida representada por contratos de mútuo em dívida representada por *securities*, ou títulos emitidos em série e negociáveis publicamente.²⁵ Referida tendência, generalizada no contexto dos recentes acordos de reestruturação de dívida externa de países em desenvolvimento, havia já se iniciado, no caso do Brasil, com os acordos de 1988 — que compreendiam bônus emitidos tanto pelo Banco Central do Brasil (*New Money Bonds*) como pela própria União (*Brazil Investment Bonds*) — bem como com o acordo de juros atrasados de 1989 e 1990, resultante na emissão dos *IDU Bonds*.

Os termos dos novos títulos da dívida externa deverão permitir ao Brasil realizar operações diversas que lhe darão flexibilidade na administração de seu passivo. Assim, e ao contrário dos ter-

25. Acepção mais ampla, portanto, que aquela de valores mobiliários no direito brasileiro. V. Nelson Eizirik, *Aspectos Modernos do Direito Societário*, Rio, Renovar, 1992, 236 pp., em particular pp. 153-157; e Ary Oswaldo Mattos Filho, “O Conceito de Valor Mobiliário”, *RDM* 59/30, jul./set. de 1985.

mos contratuais até então vigentes, o Brasil poderá empreender operações e recompra dos títulos (*debt buy-back*) no mercado; pré-pagamento; e operações de troca dos títulos emitidos por novos títulos de termos distintos (*debt-for-debt exchanges*).²⁶ Além disso, parte significativa das obrigações externas não estará sujeita a flutuações nas taxas de juros internacionais — como é o caso de obrigações ao abrigo do bônus ao par, em que foi convertida parte significativa dos créditos renegociados. As operações de mercado e a contratação de obrigações com taxas de juros fixas, aliadas ao uso de derivativos destinados a minimizar riscos de variações adversas — como *swaps* de taxas de juros e de taxas de câmbio —, deverá possibilitar a proteção contra choques externos como os que precipitaram a crise da dívida no início dos anos 80.²⁷

O acordo da dívida externa possivelmente marcará a regularização do rela-

26. Entretanto, durante o período, de no máximo dois anos e meio, em que o Tesouro Nacional deverá estar acumulando recursos para dar em garantia aos bônus de desconto, ao par e *FLIRB*, conforme descrito acima, o Brasil compromete-se a não utilizar divisas para recomprar títulos, ou para dar em garantia de novos títulos oferecidos em troca dos títulos já emitidos, em seu próprio nome ou por meio de intermédia pessoa, inclusive o Banco Central do Brasil.

27. Entre esses fatores externos, interligados, é possível enumerar o segundo choque do petróleo, o qual levou a políticas recessivas nos países industrializados, bem como a políticas de restrição de importações. A combinação de ambos os fatores levou à elevação brusca das taxas de juros internacionais em que eram referenciados os contratos, assim como à diminuição dos saldos das balanças comerciais dos países devedores exportadores. Para análise criteriosa dos fatores que motivaram a “crise da dívida”, v. William Cline, “*International Debt: Systemic Risks and Policy Responses*”, Washington, D.C., Institute for International Economics, 1984, 336 pp., em particular pp. 14-17.

cionamento entre o Governo do Brasil e a comunidade financeira internacional, representada pelos credores do setor privado, após período de mais de 10 anos de patologia contratual, em que obrigações acordadas contratualmente foram sistemática e ciclicamente descumpridas e renegociadas. Nesse sentido, os novos títulos representativos da dívida externa contêm disposições segundo as quais os créditos por eles representados não estarão sujeitos a eventuais futuras reestruturações do passivo externo do País.

Embora em contexto de escassez aguda de divisas, como aquele que marcou a crise da dívida dos anos 80, essa cláusula possa provar-se não mais que uma declaração de intenções desprovida de eficácia jurídica, ela é indicativa da expectativa das partes de ingressar em novo período de relacionamento, pautado pela adequação das obrigações contratuais à capacidade de pagamento do devedor, com o conseqüente cumprimento dos termos contratuais tal como inicialmente avençados.

DOCTRINA

DAS COMPENSAÇÕES MÚLTIPLAS (“NETTINGS”) NOS “SWAPS” E “DERIVATIVES” INTERNACIONAIS

SILVIO H. YANAGAWA

1. Introdução

1. Curioso é que um velho instituto como o da compensação cuja aplicação automática entre créditos e débitos se aproxima do bom senso, ganhe repentina importância no campo do direito e se torne foco de preocupação dos agentes do mercado e bem assim das autoridades encarregadas de regulamentar operações de mercado.

2. A criatividade da engenharia financeira dos últimos tempos tem utilizado os *swaps* e outros derivados (conhecidos internacionalmente como “derivatives”) nas mais diversas modalidades,¹ envolvendo sobretudo moedas e taxas de juros mas também índices, preços de mercadorias, e até financiamento de projetos. Calcula-se que os valores destas operações envolvem montante superior a doze trilhões de dólares americanos.² Diz-se também que não mais existe empréstimo internacional que não recorra simultaneamente a alguma dessas modalidades de operações.

3. Baseada inicialmente em operação simples de câmbio, a sofisticação alcançada atualmente pelas estruturas financeiras com cruzamentos de operações não só impressiona igualmente

leigos e profissionais mas causa calafrio pelos riscos envolvidos (e até desconhecidos) das operações nos órgãos regulamentadores dos países do Primeiro Mundo. Várias comissões governamentais e intergovernamentais (incluindo o Congresso Americano, o General Accounting Office,³ o Commodities Futures Trade Commission dos Estados Unidos) estudam os riscos potenciais existentes para o mercado em caso de ruptura causada por força maior ou ainda, pela quebra de um grande banco.

4. Traduzidos em termos simples, estas operações podem ser explicadas basicamente como transações onde duas partes concordam em que cada qual fará pagamentos à outra parte dentro de um espaço de tempo. No caso de *swap* de moedas, a operação envolve o câmbio periódico de moedas entre duas partes. Se se trata de *swap* de taxa de juros, normalmente o que ocorre é que uma parte se compromete a fazer pagamentos periódicos de juros fixos sobre um determinado montante ao passo que a outra parte se compromete a pagar nos mesmos vencimentos, juros flutuantes sobre o mesmo montante. Na realidade a primeira parte estará com isto fugindo dos riscos da flutuação das taxas quando a segunda estará especulando com a flutuação. Uma combinação destas modalidades é possível quando além de trocar posições quanto

1. Os tipos básicos de *derivatives* são *forwards*, *futures*, *options* e *swaps*.

2. V. Washington Post de 18.5.94, p. 1. O certo porém é que feitas as compensações, este valor cai brutalmente em termos de riscos para aproximadamente 2% do valor acima indicado.

3. V. U.S. General Accounting Office Report de 18.5.94.

ao pagamento de taxas de juros, as partes combinam o câmbio de moedas ("cross currency interest rate swaps").

5. A estas figuras básicas de *swap* devemos acrescentar os "callable", "putable", "extendable" e "forward" *swaps* que consistem basicamente em opções para compra antecipada, ("callable swap"), opção de venda antecipada ("putable swap"), opção de prorrogar o contrato antecipadamente conferida ("extendable swap") ou ainda, a opção de determinar uma taxa de juros de acordo com os momentos mais oportunos em termos da flutuação dos juros, para uma operação futura ("forward swap").

6. Todas estas modalidades simplisticamente analisadas podem entrecruzar-se formando um emaranhado de operações múltiplas onde cada banco é credor e devedor simultâneo de um número quase ilimitado de operações intercontinentais. A questão prática que se coloca evidentemente é se créditos e débitos são automaticamente compensáveis, ou não, e em que medida. Ademais, importante é saber em caso de quebra a categoria em que é classificado o crédito (já compensado, ou seja, líquido, ou não) proveniente dos *swaps* e outros derivados. Logo o assunto deixa a alçada do direito civil para entrar também no direito falimentar, envolvendo por outro lado, aspectos regulamentares das demonstrações financeiras, ou seja, o tratamento contábil para efeitos de informação ao público e a investidores dos riscos que estão correndo as partes envolvidas.

7. Há vantagem sem dúvida de proceder a cálculos compensatórios entre dívidas ativas e passivas provenientes de *swaps* e outros derivados para efeitos de demonstrações financeiras. Com isto reduzem-se possibilidades de perdas em várias operações assim como os níveis de capital exigidos para uma série de atividades, tendo em vista que os riscos tomados pelas instituições financeiras serão conseqüentemente mais baixos.

8. Tendo este quadro do mercado como pano de fundo, tratarei neste artigo das recentes regulamentações provenientes das autoridades financeiras dos Estados Unidos, da Inglaterra, do Japão e da França que tentaram resolver algumas das intrincadas questões provenientes destas compensações. Deve-se também neste contexto, explorar as revisões do Acordo de Basileia relativo ao capital mínimo dos bancos internacionais.

9. Meus comentários serão baseados sobretudo no modelo de contratos-padrão⁴ do International Swap and Derivatives Association que contém provisões relacionadas com a liquidação dos créditos e débitos antes do vencimento em caso de falência, ou não, e uma cláusula no seu anexo (*schedule*) onde se completa o contrato com a estipulação de cada parte que aceita, ou não, os *nettings*, ou seja, as compensações múltiplas e automáticas com a outra parte e em que medida o faz. Mister se faz também mencionar o modelo de contrato padrão adotado na França pela Associação dos Bancos da França que segue de perto o modelo do ISDA.

10. Para concluir tratarei evidentemente do assunto à luz do direito brasileiro tendo em conta que nos chamados mercados emergentes⁵ há uma participação cada vez maior de corretoras e bancos brasileiros.

2. Disposições contratuais

11. Conforme já aludi, refiro-me ao tratar das disposições contratuais ao

4. *ISDA Master Agreement* 1992 Ed.

5. Os mais recentes números indicam que somente no mercado brasileiro foram negociados até fevereiro de 1994, 41.543 contratos de *swaps* de taxa de juros/taxa de câmbio e 5.954 contratos de *swaps* de moedas. V. *IFR April 1994 Development Bank Report* p. 32. Quanto à regulamentação do registro das operações *over the counter (OTC)* V. Res. 2.042/94 e Circular 2.402 do Banco Central.

contrato padrão do ISDA cujo artigo 2(c) estabelece o quanto segue:

“(c) Compensações. Caso em que, em determinada data quantias são pagáveis: (i) na mesma moeda; e (ii) referindo-se a uma mesma operação, por cada parte à outra, sendo que a obrigação de cada parte, naquela data, de fazer o pagamento será automaticamente satisfeita e caso a quantia total que seria paga por uma das partes exceda a totalidade que a outra deveria pagar, as obrigações serão substituídas por uma única obrigação daquele que deve a quantia maior e que deverá pagar à outra o excesso.

As partes podem ainda, estabelecer que duas ou mais operações vencíveis na mesma data e na mesma moeda sejam compensadas determinando-se o saldo. Tal acordo pode ser feito no Anexo ou através de uma (carta de) Confirmação...”

12. Por outro lado, o contrato padrão, após enumerar a falência entre outros eventos que determinam a terminação do contrato, estabelece os procedimentos para a liquidação dos créditos em caso de término antecipado, para finalmente assentar base contratual da compensação dos créditos (V. Cláusula 6(e)) pela qual qualquer quantia pagável, devido ao término antecipado, estará sujeita à compensação.

3. Legislações estrangeiras

3.1 Legislação Americana

13. Prevalece nos Estados Unidos a doutrina da *common law* relativa à compensação que admite a extinção mútua das obrigações até onde se compensarem, em formas múltiplas estabelecidas em contrato, tanto nos casos de vencimentos coincidentes quanto nos de término antecipado (*close-out netting*).

14. As emendas introduzidas em 1990 à lei federal de quebras aditou uma nova seção de n. 560, e admitiu as compen-

sações nas operações e *swaps* e similares. Com isto, restou a dúvida quanto a estas últimas na medida em que não existe uma definição clara quanto às operações similares aos *swaps* mas estes, em caso de quebra, certamente podem ser liquidados através do mecanismo da compensação.

15. Devemos lembrar outrossim, que a lei de quebras rege somente as falências de sociedades comerciais em geral, não regulando as intervenções e liquidações das instituições financeiras para as quais dois atos relativamente novos foram baixados, e tais atos tratam das compensações.

16. O primeiro deles chamado de *Financial Institutions Reform, Recovery and Enforcement Act of 1989* (“FIRREA”) reconhece expressamente às partes o direito de proceder às compensações, impedindo ainda ao interventor ou liquidante de escolher as operações que interesse manter fora das compensações.

17. Um outro regulamento denominado *Federal Deposit Corporation Improvement Act de 1991* (“FDICIA”) igualmente aceita as compensações entre instituições financeiras.

18. A razão da existência de dois regulamentos no caso se deve ao fato de que o primeiro (editado para fazer face à chamada crise dos “Saving Associations”) se aplica aos casos em que o *Federal Deposit Insurance Corporation* (“FDIC”) funciona como interventor ou liquidante dos bancos ao passo que o segundo regulamento abrange todas as instituições financeiras.

19. Aliás, a definição de instituição financeira para este propósito, é bom que se lembre, consta de um regulamento emitido pelo *Federal Reserve Board* (“FED”) em maio de 1993 estabelecendo que se qualifica como “instituição financeira” aquela pessoa que “participa ativamente num mercado financeiro por sua conta (ou seja, não como intermediário)

e assume a posição de parte nas transações tanto como comprador quanto como vendedor ou que esteve envolvido em transações compreendendo sempre o câmbio de moedas, no valor de US\$ 1 bilhão como valor principal ("Notional value") em algum dia nos 15 meses anteriores ou teve posições (operações contratadas) num montante de US\$ 100 milhões durante um período de 15 meses.

20. Finalmente, quando tratamos do direito americano falamos igualmente da lei de Nova Iorque por ter esta uma influência maior, senão quase total, por reger a esmagadora maioria das transações financeiras internacionais que ocorrem nos Estados Unidos. Esta lei é importante também porque atinge muitas das filiais de bancos estrangeiros estabelecidas em Nova Iorque porque aquelas filiais além de não contar com o seguro de depósitos do FDIC, obtém muitas vezes licenças de funcionamento das autoridades estaduais em lugar da autoridade federal (*U.S. Comptroller of the Currency*).

21. A lei novaiorquina de quebras com as recentes emendas de 1993, reconhece não só as compensações múltiplas nos moldes da legislação FIRREA acima referida como as compensações internacionais nos moldes da legislação de liquidação de bancos estrangeiros em Nova Iorque o que implica que nos casos de quebra, os credores podem reclamar créditos provenientes de contratos envolvendo as filiais novaiorquinas somente.

22. Um último adendo deve ser acrescentado nesta lista esparsa de legislações especiais para lembrar que no rol das contrapartes de *swaps* figuram muitas vezes companhias seguradoras cuja regulamentação legal não prevê nenhum dispositivo relacionado com compensações em caso de quebra.

23. O mais recente evento nesta área nos Estados Unidos consiste numa minuta de regulamento relacionado com capital mínimo e seus cálculos, emanado

do FED para comentários pelas partes interessadas. O FED, com vistas à adequação do capital mínimo das instituições financeiras estabelecidas pelo Acordo de Basiléia, está procurando depurar os conceitos dos valores compensáveis provenientes de *swaps* e derivados.

3.2 *Legislação Inglesa*

24. Em 19.11.93, a Comissão do Direito Financeiro emitiu um regulamento que juntamente com o anexo a este último constitui por assim dizer, o consenso entre os juristas referente às compensações. Estas são plenamente admitidas nos contratos de câmbio de moeda estrangeira, *swaps*, seus derivados, empréstimos e depósitos.

25. Ademais da regulamentação aceitando as compensações no campo das operações, a autoridade monetária inglesa cuidou dos aspectos contábeis para fazer refletir nos balanços o valor líquido destas operações. Neste sentido o Banco da Inglaterra emitiu em dezembro de 1993 os critérios sob os quais as transações espelhadas nos balanços devem aparecer pelo valor líquido. Como se trata aqui de operações na sua maioria internacionais, se requer para que este tratamento seja dispensado a nível contábil, que exista um parecer jurídico que ateste que nos países das contrapartes, as compensações múltiplas são aceitáveis. É evidente por outro lado, que não basta que as operações sejam compensáveis mas que os bancos as considerem pelo valor líquido, principalmente se envolvem grupos de sociedades estendendo linhas mútuas de crédito. Isto implica também que as companhias que queiram envolver-se em compensações múltiplas devam estabelecer tais condições de forma explícita em contrato porquanto a lei inglesa de quebras não admite compensação múltipla automática.

3.3 *Legislação Japonesa*

26. Um comunicado do Ministério da Fazenda do Japão, datado de 27.12.93, informou as instituições financeiras que daquela data em diante estas não mais necessitavam evitar entrar em contratos de *swaps* que implicassem compensações múltiplas em caso de liquidação antecipada.

27. Ao emitir o comunicado, o Ministério certamente o baseou na legislação positiva consubstanciada no Código Civil, na Lei de Falências e na Lei de Concordatas (ali denominadas de Reabilitação de Sociedades). Resulta evidente do comunicado que as autoridades estavam preocupadas com operações transfronteiriças que envolvem mais de uma moeda.

28. Com relação a estas últimas, o Código Civil japonês, no seu art. 403 estipula que: "Qualquer dívida denominada em moeda estrangeira poderá ser paga pelo devedor na moeda japonesa, devendo a conversão ser feita pela cotação do lugar do pagamento".

29. O dispositivo legal vem complementado por uma decisão do Supremo Tribunal japonês que estabelece que também o credor pode exigir o pagamento em moeda japonesa. Conclui-se deste conjunto que em qualquer *swap* uma das partes pode converter a obrigação de pagar o débito em Yen e conseqüentemente proceder à compensação em uma única moeda. Com isto, crê-se que não há razão para que se impeça compensações de obrigações envolvendo duas ou mais moedas.

30. Também inexistente dificuldade de admitir a compensação de obrigações vencidas antecipadamente por força de quebra porquanto a Suprema Corte já teve várias oportunidades de se manifestar em casos onde um depositário de banco vai à falência e cujo débito se vê compensado com os depósitos. Caso o banco depositário quebre e o depositante

tem dívidas para com o banco, a compensação se opera igualmente de acordo com a opinião dos juristas.

31. O resultado da quebra de uma das partes, a rigor, não deveria ser diversa tampouco quando estão envolvidas múltiplas moedas entre os créditos e débitos porquanto elas podem, conforme já se disse, ser convertidas em Yen e compensadas. Este ponto porém, resta ser esclarecido pelos tribunais.

3.4 *Legislação francesa*

32. O art. 8 da Lei 93-1444, de 31.12.93 modificou os arts. 1.º e 2.º da lei de 28.3.1885 para admitir a compensação dos débitos e créditos desde que preencham as condições enumeradas no artigo 2.º e que em seguida serão melhor analisadas. O artigo 2.º vem completado por dispositivo pelo qual tal regra deverá prevalecer contra toda disposição legislativa contrária a ela. Uma norma extremamente forte portanto.

33. Que acontece, pois, em uma falência? A compensação prevalece. E prevalece porque assim o desejou o legislador que aproveitou a oportunidade para mudar os dispositivos da Lei de Quebras (Lei 85-98, de 25.1.85), dispondo no mesmo artigo 2.º que: "os referidos regulamentos ou a referida convenção, quando uma das partes está sujeita a um dos procedimentos previstos na Lei 85-98, de 25.1.85 relativa à reorganização (que vem a ser espécie de concordata) ou à liquidação judicial (falência) das empresas, podem prever a resilição contratual de pleno direito..."

34. Dir-se-á que a Lei 93-1444 veio apenas confirmar o preceito constante do art. 1.290 do Código Civil que estabelece a compensação *ipso jure*, de pleno direito. A razão maior, no nosso entender, da necessidade desta confirmação tem mais que ver com a modificação da lei falimentar onde ficou clara a vontade do legislador moderno

de admitir a compensação nas falências, porquanto a lei francesa admitia que o síndico procedesse à escolha de efetivar a compensação ou não. E também a percepção clara de que o mercado de *swaps* está requerendo que se afirme uma vez mais que os países reconheçam as compensações de *plein droit*.

35. Quanto às condições referidas no parágrafo 30 acima temos a aditar que a lei francesa, seguindo a tradição de definir os atos comerciais segundo o agente envolvido, estabelece que as compensações são admitidas quando uma das partes consiste em: a) Um banco ou instituição financeira (*établissement de crédit*); b) Uma subsidiária de banco ou agente intermediário (*agents de marchés*) referidos nos arts. 8 e 69 da Lei 84-46, de 24.1.84; c) Uma companhia de seguro referida no Artigo L 310-1 do Código de Seguros; d) Uma sociedade corretora de valores definida nos termos da Lei 88/70, de 22.1.88; ou e) Um estabelecimento não residente com um estatuto comparável.

4. Legislação Brasileira

36. As obrigações recíprocas de duas partes extinguem-se até onde se compensarem, é o que reza o nosso Código Civil (art. 1.009). As partes naturalmente podem abdicar do direito da compensação automática através de acordo mútuo (art. 1.018) ou pela renúncia unilateral (Art. 1.016).

37. Este princípio basilar de que as dívidas recíprocas se compensam prevalece mesmo em caso de falência, ainda que o vencimento antecipado de uma das dívidas provenha justamente da quebra de uma das partes (Dec.-lei 7.661, de 21.6.45, Art. 46). Em se tratando de quebra de instituição financeira, este mesmo preceito é aplicável em virtude da invocação do princípio da aplicação subsidiária da lei falimentar constante da lei de liquidações de ban-

cos (V. Art. 34 da Lei 6.024, de 13.3.74).

38. E por fim, quando uma das obrigações está representada em moeda estrangeira, que é o caso típico de *cross currency swap*, o Código Civil Brasileiro, no seu art. 947, após determinar que todo pagamento em dinheiro deve ser feito na moeda do local do pagamento, estipula que as partes podem estipular que se efetue o pagamento em certa e determinada espécie de moeda nacional ou estrangeira. O Dec.-lei 857, de 11.9.69, que procurou restringir a âmbito deste dispositivo a fim de obrigar o curso legal da moeda brasileira no país, exceptuou, entre outros, os contratos de câmbio do rol da regra genérica de que todas as obrigações exequíveis no Brasil deveriam ser estipuladas em moeda nacional. Ora, um *swap* de moedas nada mais é que uma operação de câmbio. Resulta deste raciocínio que nada impede na legislação brasileira que se estipule ou que se pague as obrigações resultantes de *swaps* em moeda estrangeira.

5. Conclusões

39. De todo exposto, resulta que há um esforço concertado dos países⁶ de regulamentar de forma a aproximar as legislações e regulamentos nacionais onde a maioria das operações de *swap* se verificam, e também no sentido de facilitar a adoção das compensações múltiplas pelas partes nos contratos. Em suma, os dispositivos contratuais do ISDA estão sendo cada vez mais palatáveis, ou seja, mais exequíveis de acordo com os seus próprios termos nos vários países.

40. Não se conclua, entretanto, desta afirmação que a problemática está re-

6. Está claro pela proximidade das datas em que os novos regulamentos estão sendo editados que não se trata de um movimento isolado de um ou outro país mas de uma regulamentação globalmente concertada.

solvida. Pelo contrário, estamos ainda num terreno movediço conforme exporemos onde a verdadeira conclusão é a de que todo trabalho de harmonização dos regulamentos pelos países do G-12 está longe de ser terminado.

41. Para adicionar um elemento complicador neste quadro, temos a considerar que a maioria destas operações são transfronteiriças o que implica necessariamente na escolha de lei regente dos contratos, sendo igualmente de estilo, a cláusula determinante da jurisdição onde as querelas jurídicas devem ser solucionadas.

42. No âmbito da legislação brasileira não vemos nenhum problema e se as partes são nacionais com operações múltiplas no Brasil, as compensações são automáticas a menos que as partes determinem o contrário.

43. Já quando um banco brasileiro entra em operações transfronteiriças, conforme já se disse, a eleição da lei regente do contrato se impõe e a primeira questão nesta área para os contratos padrão do ISDA é que estes pela sua estrutura regulam obrigações das mais diversas naturezas envolvendo múltiplas praças porquanto numa das cláusulas do contrato as partes declaram se são *multibranch*, ou seja, se operam em várias praças através de subsidiárias. E mais, é muito comum que um banco se envolva em dezenas ou centenas de contratos diferentes, sob a forma de simples carta de confirmação, com as mais diversas modalidades de obrigações cobertas por um único contrato padrão que pode reger todas as múltiplas cartas de confirmação. Nestas circunstâncias o que pode ocorrer é que a parte pode vir a enfrentar situações onde por exemplo, tenha como contraparte de um *swap* a agência do extremo oriente de um banco suíço, e que as moedas envolvidas sejam o marco alemão e o yen japonês, tendo finalmente, como lei regente do contrato a lei do Reino Unido.

44. Por outro lado, este problema pode facilitar a sua própria solução porque sempre existe a possibilidade para a parte de tentar escolher uma única lei para todos os seus contratos e com isto, contratar sua assessoria jurídica numa única praça e detonar a partir desta praça todas as suas operações transglobais de *swaps* e derivados. Eis a solução prática com o seguinte "caveat": a) verificar se a lei escolhida admite compensações múltiplas; b) verificar se a lei do país onde a agência do banco que está operando como contraparte admite compensações múltiplas; e finalmente, c) constatar que o contrato não contém a chamada cláusula "walk away" que em suma pode ser entendida como aquela que permite à parte que não incorre em mora liquidar o contrato sem pagar aquilo que normalmente deveria ou pagando uma mínima porção do que seria normalmente devido.

45. No âmbito destas conclusões devo alertar entretanto que qualquer que seja a lei nacional escolhida, remanescem problemas. Tomemos portanto, alguns destes problemas por países.

46. No caso dos Estados Unidos, o FED preparou e emitiu uma minuta para comentários do público em geral e dos interessados em particular, dos regulamentos de capital dos bancos onde são reconhecidas as vantagens das compensações múltiplas. A minuta similar da Proposição do Banco Internacional para Compensações ("BIS"), de Basileia, procura estabelecer certos parâmetros para o capital dos bancos.

47. Na Inglaterra dois julgados recentes⁷ procuraram ao lado da regulamentação esclarecer melhor o âmbito no qual as compensações múltiplas podem ser aceitas pelos tribunais. Relevantes questões, no entanto, como as das compensações múltiplas de créditos prove-

7. *M. S. Fashions v. BCCI e Stein v. Blake.*

nientes de garantias prestadas não foram esclarecidas.

48. No Japão já adiantamos (V. parágrafo 29) que resta aos tribunais esclarecer se em caso de quebra as compensações múltiplas de obrigações representadas em moedas diferentes são aceitas, ou não.

49. Finalmente, devemos mencionar que há um trabalho sendo desenvolvido conjuntamente pelos países desenvolvidos e uma proposta do Comitê de Basileia para emendar os requisitos mínimos de capital dos bancos de 1988. Aí, evidentemente, na definição de capital entra o conceito da compensação para medir níveis de capital mínimo exigido aos bancos internacionais.

50. Dir-se-á pois, que nada está concluído em termos definitivos mas

que a tendência é clara no sentido de viabilizar as compensações múltiplas facilitando com isto a exequibilidade dos contratos vigentes no mercado.⁸ A sugestão a título de conclusão para as autoridades monetárias e para os bancos brasileiros é que acompanhem de perto a evolução das decisões dos tribunais dos vários países e das negociações, principalmente do Comitê de Basileia que por volta de 1996 ou início de 1997 fará entrar em vigor uma proposição englobando o capital mínimo de bancos, aí já considerados os aspectos relacionados com as compensações múltiplas.

8. O único temor é de que as autoridades monetárias dos vários países concluam que os riscos potenciais são demasiadamente grandes e revertam as respectivas posições.

DOCTRINA

REFLEXÕES SOBRE A DISSOLUÇÃO JUDICIAL DE SOCIEDADE ANÔNIMA POR IMPOSSIBILIDADE DE PREENCHIMENTO DO FIM SOCIAL

FÁBIO KONDER COMPARATO

1. Questão de fato e questão de direito, no julgamento da lide

Analisando o disposto no art. 138, *b* do revogado Dec.-lei 2.627, de 1940, de redação quase igual à do art. 206, II, *b* da vigente Lei 6.404, escreveu peremptoriamente Pontes de Miranda: "a impossibilidade do preenchimento do fim é *quaestio facti*, e não *quaestio iuris*, como, sem razão, entendeu o Supremo Tribunal Federal, a 27 de agosto de 1951".¹

A opinião do notável jurista é, para dizer o mínimo, discutível e certamente deve ser entendida como uma assertiva elíptica sobre assunto que ele sabia se revestir da maior complexidade.

Com efeito, a distinção entre questão de fato e questão de direito tem, desde sempre, atormentado a doutrina e perturbado a jurisprudência. Pode-se, mesmo dizer, que ela faz parte daquele vasto elenco de problemas que, no âmbito da ciência do direito, somente comportam uma solução relativa e não absoluta; ou seja, são vinculados à visão geral de direito adotada pelo intérprete, ou o julgador.

No pensamento jurídico contemporâneo, por exemplo, Karl Larenz², após

lembrar que a questão de fato diz respeito ao que efetivamente aconteceu e a questão de direito, a como o acontecido é regulado segundo o critério da ordenação jurídica, salienta a inafastável dificuldade em se saber se e como algo efetivamente aconteceu. Tal dificuldade, observa ele, está ligada à necessidade de determinação desse fato acontecido, segundo a descrição tipológica constante da norma.

A aplicação da lei ao fato da realidade social pressupõe o emprego da chamada subsunção, que não é, senão parcialmente, uma operação lógico-formal. Na realidade, o que faz o aplicador da norma é um julgamento fundado em verdades de experiência (*Erfahrungssätzen*), ou seja, um juízo de valor no quadro de uma apreciação concreta de fatos e circunstâncias.

Acontece que a aplicação da norma é operação intimamente ligada à sua interpretação. Para se saber se determinado fato acontecido corresponde bem à hipótese normativa (*Tatbestand*, *fattispecie*), é preciso antes de mais nada entender esta última, fixar-lhe os limites ou contornos. Aqui, portanto, o entendimento preliminar é das palavras empregadas na norma; não dos fatos da realidade social.

Surge então, como assinala Larenz, uma primeira dificuldade, que é a de se determinar o sentido das expressões verbais utilizadas na lei. Na descrição

1. *Tratado de Direito Privado*, t. LI, 3.ª ed., § 5.349, 3.

2. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5.ª ed., Springer Verlag, 1983, pp. 294 e ss.

da hipótese normativa, o legislador usa, ora de palavras do linguajar comum, ora de termos ou expressões técnico-jurídicas. As primeiras, normalmente, são de mais fácil entendimento, na medida em que não se trata de conceitos doutrinários, sujeitos portanto a variações de sentido, conforme a evolução histórica do pensamento jurídico. Mas essa facilidade é, por vezes, desmentida, em razão do emprego do mesmo vocábulo, ora em sentido vulgar, ora em sentido técnico-jurídico. Assim, por exemplo, o Código Civil Brasileiro usa do termo “frutos”, no art. 43 — I, na acepção comum e, no art. 513, em sentido técnico.

Outra dificuldade, ainda, na distinção entre questão de fato e questão de direito, como salienta Larenz, origina-se de que, em certos casos, as esferas de uma e outra questões se interpenetram, sem que se possa, logicamente, extremá-las. É o que sucede quando uma relação fática não pode ser descrita como hipótese normativa, sem que se utilizem expressões que já contêm, em si mesmas, uma valoração jurídica. “O administrador da companhia”, reza o art. 153 da nossa lei de sociedades por ações, “deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios”. Ora, como entender esses *standars* de “cuidado” e “diligência”, fora de um contexto de valoração jurídica?

Temos, pois, que a única questão realmente de fato, na estrutura do juízo jurídico, é a de se saber se e como os fatos aconteceram. Nesse sentido, é irrepreensível a orientação do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário” (Súmula 276), dado que a questão federal — objeto desse *writ* e do atual recurso especial (CF, art. 105, III) — é puramente de direito. Mas tanto a interpretação da

hipótese fática prevista na norma, quanto o enlace desta com os fatos acontecidos, não podem ser tomados, em hipótese alguma, como questões de fato.

Essas considerações preliminares são importantes, para que se possa compreender, em toda a sua extensão e profundidade, o que uma certa doutrina contemporânea denomina “campo normativo” (*Normbereich*).³ A certificação dos fatos entra, constitucionalmente, no âmbito da competência soberana do Judiciário. Cuida-se, apenas, de discutir a relação entre a realidade fática, dada como provada, e a hipótese normativa descrita na norma jurídica que a sentença aplicou. Mas, para tanto, é indispensável compreender o sentido e o alcance do modelo jurídico que constitui essa hipótese normativa, dentro do sistema legal brasileiro referente às sociedades mercantis.

2. Origem do dispositivo legal em exame e seu sentido abstrato

Que significa “fim”, na norma do art. 206 — II, *b* da Lei 6.404, e quando se pode dizer que uma companhia está em situação de não poder “preencher o seu fim”?

Para se encontrar uma resposta correta a essa indagação, é prudente verificar, preliminarmente, de onde surgiu esse dispositivo legal.

Em seu art. 336, I, dispôs o Código Comercial que as sociedades mercantis podem ser dissolvidas, “mostrando-se que é impossível a continuação da sociedade por não poder preencher o intuito e fim social, como nos casos de perda inteira do capital social, ou deste não ser suficiente”.

Deixemos de lado a questão de saber se os termos intuito e fim são, aí,

3. Cf. Friedrich, Müller, *Juristische Methodik*, 4.^a ed., Berlim (Deucher & Humblot), 1990, pp. 143 e 147 e ss.)

empregados como sinônimos, ou não. Fixemo-nos, por enquanto, tão só no fato de que tal dispositivo, embora capitulado, taxinomicamente, entre os referentes às “sociedades comerciais” (capítulo III, do título XV, da Primeira Parte do Código) e não entre os relativos às “companhias de comércio ou sociedades anônimas” (capítulo II, desse mesmo título), aplicava-se também, analogicamente, a estas últimas (ao contrário das hipóteses normativas previstas nas alíneas 2 e 3 desse mesmo artigo).

Em 1882, o Dec. 8.821, regulamentando a nossa primeira lei de sociedades por ações extravagante (Lei 3.150, do mesmo ano), assim dispôs:

“Art. 77. As companhias ou sociedades anônimas se dissolvem:

(...)

7.º. Mostrando-se que a sociedade não pode prehenher o seu fim por insuficiência de capital, ou por qualquer outro motivo”.

Como se percebe, o Decreto regulamentador de 1882 reproduziu, em sua substância, o preceito constante do art. 336, I, do Código Comercial. As duas pequenas alterações textuais não alteraram o sentido básico da norma de 1850. O binômio intuito e fim é suprimido, enquanto a expressão final “ou por qualquer outro motivo” parece confirmar a interpretação de que a indicação dos fatos incluídos na hipótese normativa do Código é meramente exemplificativa.

Sabendo, em 1940, o Dec.-lei 2.627, passou-se a dispor que “a sociedade entrará em liquidação judicial, por decisão definitiva e irrecorrível, proferida em ação proposta por acionistas que representem mais de um quinto do capital social e provem não poder ela preencher o seu fim” (art. 138, *b*). Permaneceu, pois, a mesma locução verbal usada pelo Código: a impossibilidade de preencher o fim social.

Mas, em que consiste esse fim social?

Deparamo-nos, aí, com aquela dificuldade exegética bem assinalada por Karl Larenz: a norma emprega um termo ambíguo, dotado de dupla acepção, comum e técnica. Parece óbvio que as sociedades mercantis, inclusive e sobretudo a anônima, são constituídas na vida real com as mais diversas finalidades. As sociedades de economia mista, por exemplo, pelo menos na sistemática constitucional, não devem ser criadas, primariamente, para a produção e distribuição de lucros, mas por razões de segurança nacional, ou de relevante interesse coletivo (Constituição Federal, art. 173). No campo das sociedades não-estatais, a finalidade concreta perseguida pelos fundadores pode ser, por exemplo, a de organizar o comando de um grupo societário (sociedade *holding*), a de servir de empresa auxiliar de outras do mesmo grupo (sociedade de prospecção de mercados, *v.g.*), ou a de reunir num patrimônio autônomo, por razões fiscais, os imóveis do conjunto empresarial e dos próprios acionistas.

É óbvio, porém, que o modelo jurídico constituído pela hipótese normativa atende, não a concretas e mutáveis razões individuais, e sim a fatos gerais e abstratos, correspondentes ao *id quod plerumque accidit*. O “fim” mencionado pela lei está a indicar, pois, um elemento permanente da estrutura societária.

Esse elemento permanente é o caráter lucrativo da atividade empresarial desenvolvida pela sociedade.

Nas sociedades mercantis, a comum finalidade lucrativa, como *essentialium negotii*, é bem mais reforçada do que nas sociedades civis. Assim, enquanto o Código Civil sanciona com a nulidade “a cláusula, que atribua todos os lucros a um dos sócios, ou subtraia o quinhão social de algum deles à participação nos prejuízos” (art. 1.372), o Código Comercial nulifica, nessa hipótese, a própria sociedade (art. 288). Em se tratando, especificamente, de sociedade

anônima, a lei de regência dispõe que só pode constituir objeto social uma “empresa de fim lucrativo” (art. 2.º).

Essa locução da lei de sociedades por ações indica, aliás, a íntima ligação existente entre o objeto e o objetivo ou fim social. Com efeito, a finalidade lucrativa só pode ser alcançada mediante o exercício de uma atividade empresarial. Se a atividade é puramente assistencial, ou de serviço público, o intuito de lucro é logicamente excluído.

Não é por outra razão que a primeira norma do Código Comercial sobre a matéria societária (art. 287) vincula, na mesma essencialidade (“é da essência das companhias e sociedades”), a licitude do objeto e do fim social, bem como a contribuição de cada um dos sócios para o seu capital. Sem essa contribuição — que, no regime do Código podia ser feita tanto em bens materiais, quanto em “trabalho ou indústria” — é impossível aparelhar-se a sociedade para a organização de uma empresa lucrativa.

No sistema da lei de sociedades por ações, a ligação essencial entre o objeto social e o fim de lucro transparece, também no uso iterativo da expressão técnica “interesse da companhia” (arts. 115; 117, § 1.º, *c e e*; 154). Como tive oportunidade de assinalar,⁴ não se trata de um interesse distinto e superior ao dos acionistas, ligado à idéia de que a companhia existe, tal como a imaginou Gierke no século passado, como *Person an sich*. O chamado “interesse da companhia” nada mais é do que o interesse abstrato e comum dos acionistas enquanto acionistas. E este se realiza, logicamente, com a produção e partilha de lucros pelo exercício da atividade empresarial definida no estatuto.

Em consequência, não pode preencher o seu fim a companhia que já não está em condições de explorar, lucrati-

vamente, a empresa que lhe constitui o objeto.

3. O entendimento da jurisprudência sobre a impossibilidade de preenchimento do fim social

Exposto, assim, o sentido abstrato da norma que autoriza a dissolução de uma companhia pela impossibilidade de se preencher o seu fim, importa agora verificar *in concreto* como tem sido ela aplicada, na experiência jurisprudencial. Teremos, então, testado, pelo sentido predominante dos julgados, a correção ou razoabilidade da exegese legal que acaba de ser dada.

Em acórdão de 3.11.53, a 2.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu que, sempre a sociedade anônima de natureza mercantil, o fato de que não deu nem dá lucros, mas só prejuízos, significa que ela não preenche o seu fim (RT 219/253).

Nessa mesma linha decisória, o Tribunal de Justiça do Paraná; em acórdão de 1962, admitiu igual solução, argumentando com o “preceito de lei que estabelece que a sociedade anônima, qualquer que seja seu objeto, é sempre mercantil, não podendo, por isso mesmo, deixar de ter por finalidade precípua o lucro”. Atendeu o julgado ao fato de que “na espécie, não obstante ter dez anos de existência, a sociedade ainda não distribuiu dividendos” (RT 320/527).

Em idêntico sentido, decidiu o Tribunal de Justiça do então Estado da Guanabara, em 1973, que “a sociedade comercial que não dá lucro não preenche o seu fim e, conseqüentemente, poderá ser dissolvida” (RT 468/207).

No acórdão em julgamento da Ap. Civ. 3.343-1, da comarca da Capital, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em 1981, enfrentou a questão de saber se, numa sociedade anônima fechada, a profunda discórdia entre os acionistas, todos integrantes da mesma família,

4. Cf. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 3.ª ed., Rio, Forense, 1983, n. 117.

seria razão suficiente para a dissolução social. Entendeu o tribunal que essa situação, associada à persistente falta de produção de lucros, era uma indicação segura de que a companhia não estava em condições de preencher o seu fim (RT 554/74). Nessa decisão, o fato da discórdia insuperável no quadro acionário aparece como causa legítima da dissolução social, porque se tratava, no caso, de uma companhia fechada, de caráter familiar. A falta de lucratividade da exploração social atuaria como razão complementar da dissolução.

Importa, no entanto, assinalar que, em julgado de 1973, o Supremo Tribunal Federal admitiu que se pudesse interpretar o "fim" da companhia, tal como expresso na norma legal autorizadora da dissolução social, como significando o seu objeto empresarial, definido no estatuto. Na espécie, tratava-se de companhia constituída para a exploração industrial e comercial de papel e papelão, e que, desde a sua fundação, limitara toda a sua atividade à construção e administração de um imóvel. Não se questionou que a sociedade vinha, regularmente, distribuindo dividendos. O tribunal *a quo* entendera, "em face dos fatos e das provas, que a sociedade recorrente não podia preencher o fim para que fora constituída". "Isso", declarou-se no acórdão do Supremo Tribunal, "podia dar ensejo, como ocorreu, à discussão sobre a exata definição do que seja fim ou objeto das sociedades de comércio. De nenhum modo, porém, a conclusão do julgado importa na inaplicação do preceito inserto no art. 138, b do Decreto-lei n. 2.627, de 1940" (RT 455/273). Pelo teor da argumentação expendida nesse acórdão, porém, não se pode concluir que o Supremo Tribunal Federal haja entendido que a lucratividade de uma companhia seja matéria estranha ao fim social, cuja impossibilidade de preenchimento determina a dissolução da sociedade.

Voltemos, no entanto, à questão da discórdia entre os acionistas, como fundamento de fato para a decisão de se dissolver a companhia. Como se viu, o Tribunal de Justiça de São Paulo, no acórdão de 1981 acima mencionado, entendeu, que tal fato seria uma razão válida para a dissolução de companhia fechada, de cunho familiar. A falta de lucratividade viria corroborar essa solução, pela natureza essencialmente mercantil das companhias.

É interessante assinalar que, na jurisprudência estrangeira, a discórdia entre os acionistas tem sido considerada, em certas circunstâncias, como causa válida para a dissolução da sociedade anônima.

Na França, a Corte de Cassação, em reiteradas decisões, tem julgado que a desinteligência entre os acionistas justifica a dissolução social, quando ela compromete o funcionamento da sociedade.⁵ Entre nós, é bem de ver que uma situação dessa ordem seria reconhecida como obstáculo insuperável ao preenchimento do fim social, caso se traduzisse pela persistente falta de lucratividade da empresa.

Na Suíça, o Tribunal Federal, em acórdão de 1980, decidiu que "o interesse coletivo à existência da sociedade não supera, necessariamente, o interesse do acionista minoritário; esses dois interesses têm em princípio o mesmo peso; o juiz pode levar em consideração as consequências socioeconômicas da dissolução; mas, quando se revela necessário proteger uma minoria, não se justifica ter *a priori* por predominante — com base em considerações gerais — o interesse da sociedade de continuar a existir".⁶ No mesmo acórdão, declara-se que há motivos

5. Cf. René Roblot, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, de Georges Rippert, t. 1, 11.ª ed., Paris, 1984, n. 1.601.

6. Cf. Georges Scyboz e Pierre-Robert Gilliéron, *Code Civil et Code des Obligations annotés*, 4.ª ed., Lausanne, 1988, p. 327.

justos para a dissolução (é a expressão constante do Código Federal das Obrigações, art. 736, 4) “quando, em razão do comportamento do acionista majoritário, torna-se praticamente impossível fazer cessar esse comportamento sem se pronunciar a dissolução”.

4. Conclusões

Como sinopse de tudo o que foi exposto, é possível concluir com as seguintes asserções:

1) No julgamento de uma ação de dissolução de sociedade anônima, com fundamento na norma do art. 206, II, *b* da Lei 6.404, de 1976, só há uma questão de fato a decidir, que é a certificação dos fatos alegados pelo autor. A subsunção desses fatos à hipótese normativa legal é, tipicamente, uma questão de direito, cuja solução depende da prévia determinação do sentido e alcance dessa hipótese normativa;

2) O “fim” da companhia, cuja impossibilidade de preenchimento legitima a sua dissolução judicial, é, basicamente, a produção e partilha de lucros. Mas essa lucratividade deve ser apreciada concretamente, em função do efetivo exercício da atividade empresarial definida no estatuto como sendo o objeto da companhia;

3) Os tribunais brasileiros têm reconhecido que a persistente falta de lucros constitui causa legítima para a dissolução judicial da sociedade anônima;

4) O estado de grave e insuperável discórdia no corpo acionário, quando representa obstáculo ao normal funcionamento dos órgãos sociais e, sobretudo, quando impede a livre realização do fim social, vale dizer, a produção e partilha de lucros, é causa legítima de dissolução judicial de uma sociedade anônima, mormente na hipótese em que os remédios normais de proteção aos minoritários se revelam ineficientes.

ATUALIDADES

O REGISTRO PÚBLICO DE EMPRESAS MERCANTIS E ATIVIDADES AFINS — LEI 8.934, DE 18.11.94

JOÃO BAPTISTA MORELLO NETTO

Na oportunidade em que se acha sancionada pelo Presidente da República a Lei 8.934, de 18.11.94 (*DOU* de 21.11.94), parece-nos conveniente tecer algumas considerações sobre o referido diploma legal, por sua importância no chamado Direito Empresarial.

1. Antecedentes históricos

De início, repetimos, com as adaptações necessárias, texto que elaboramos por ocasião da apresentação do Projeto de Lei 1.791, de 1991, que resultou na atual lei em comento, por terem sido de pequena monta as alterações feitas pelo Legislativo, o qual foi publicado pelo *Boletim JUCESP* n. 605, de 30.7.92.

Não seria necessário que melhor se justificasse a conveniência de editar-se nova lei a respeito do registro do comércio, agora focalizado sob a designação de registro público de empresas mercantis, inovação sobre a qual trataremos adiante.

No passado, constatamos que ressentia-se a nossa legislação comercial de um estatuto jurídico adequado, pertinente ao registro do comércio, a fim de corporificar num só texto várias disposições sobre a matéria, dirimindo as dúvidas e controvérsias existentes.

Foi necessário que se corrigisse a omissão do legislador federal, que atribuía à União competência específica para legislar sobre o assunto.

Anteriormente, o registro do comércio era desenvolvido pelos Estados, de

forma difusa, baseado praticamente no Dec. 596, de 19.7.1890.

Para sanar aquela omissão, o Poder Executivo remeteu ao Congresso Nacional Projeto de Lei 2.661/65, que deu origem à Lei 4.726, de 13.7.65.

Ao examinarmos a evolução histórica do Registro do Comércio no Brasil, verificamos que o mesmo desenvolveu-se dentro de uma linha coerente de tendências que o levaram ao atual estágio, em que se instituiu um sistema de disciplina jurídica da publicidade da atividade mercantil, merecendo toda a atenção do Estado, que passou a legislar sobre ela. Buscou-se por esse sistema conferir a necessária certeza e segurança jurídica aos registros empresariais mercantis.

Oscar Barreto Filho, em judiciosas considerações doutrinárias nos primórdios da elaboração dessa legislação, indagava sobre qual o poder competente para editar normas sobre sua organização; se deveria o registro do comércio ser atribuído a repartições administrativas ou judiciárias; se deveria o órgão competente proceder ou não ao prévio exame dos documentos apresentados a registro; se deveria o registro ser submetido a órgãos federais ou estaduais; quais os limites que deveriam restringir a faculdade legislativa do poder central, no que se refere ao registro do comércio, sem interferir na autonomia dos Estados.¹

1. *RT* v. 253, novembro de 1956, pp. 3 a 17.

Em resposta, não seria demais repisar a lição do festejado comercialista, ao resumir a posição doutrinária da natureza jurídica dos atos praticados pelas Juntas Comerciais:

“A tendência dominante no Direito comparado como se vê, é a de sujeitar a prévio exame atos e documentos levados ao registro mercantil, conferindo-lhe, outrossim, efeitos jurídicos.

“Entre nós, sempre se atribuiu aos Tribunais do Comércio, e depois às Juntas Comerciais, a obrigação de verificar a legalidade dos atos oferecidos a registro, bem como a sua conformidade com a ordem pública e os bons costumes. Não cabe, contudo, em sua competência, para efeito de recusa do registro, entrar na indagação de direito sobre a natureza das cláusulas e dos direitos e deveres recíprocos das partes e de terceiros, o que é da alçada dos Tribunais judiciais. Caracterizam-se, pois, as Juntas Comerciais, como órgãos administrativos dotados de função jurisdicional voluntária”.²

Ao reexaminarmos hoje essas questões fundamentais à apreciação da matéria, verificamos que a Legislação que se seguiu a elas — Lei 4.726, de 1.7.65 e 6.939, de 9.9.81, ora revogadas, deulhes resposta satisfatória, representando a nova lei fase mais avançada e moderna da instituição, porém, no mesmo rumo.

2. A lei nova e sua justificativa

A Exposição de Motivos do sr. Ministro da Justiça, ao justificar o projeto referente à lei em apreço, diz que,

“As profundas transformações verificadas em nossa economia, fruto do processo de desenvolvimento experimentado pelo país, demonstram a urgente necessidade de modernização institucional dos órgãos públicos, visando a

oferecer à iniciativa privada serviços mais ágeis, seguros e eficientes.

“De outra parte, a Constituição brasileira de 1988, ao estabelecer novas sistemáticas no relacionamento e na atribuição de competências entre a União e as unidades federadas, leva, necessariamente, à revisão do contexto legal do registro de empresas mercantis.

“Dessa forma, as Leis ns. 4.726, de 13.7.65, e 6.939, de 9.9.81, requerem adequação à atual realidade nacional.

“O anteprojeto de lei, em anexo, atualiza referidos diplomas legais e reordena o registro de empresas segundo nova dinâmica de prestação de serviços, sob a égide da simplificação processual, racionalização de procedimentos, sobretudo, assimilação de mudanças”.³

Voltando, pois, àquelas questões, podemos dizer que a experiência adquirida por aquelas leis, provou satisfatoriamente, mediante a instituição de um sistema administrativo, com diretrizes claras e bem definidas de seus objetivos pela conciliação de interesses federais e estaduais, conforme a vigente Constituição Federal de 1988.

A atual Constituição, promulgada a 5.10.88, reservou à União, privativamente, competência para legislar sobre registros públicos (art. 22, XXV), e estabeleceu a competência concorrente à União e aos Estados para legislar sobre juntas comerciais (art. 24).

Dentro, pois, desses preceitos, é que vemos o esforço governamental ao propor novo projeto de lei sobre a matéria, no qual pretende-se “propiciar a eliminação de formalismos processuais e ritualismos desnecessários, consolidando os avanços e conquistas alcançados...”⁴

A Lei mantém de modo simplificado, praticamente, as mesmas atribuições

3. Da Exposição de Motivos do Projeto.

4. Exposição de Motivos.

2. Op. cit., p. 6.

constantes do Dec. 596, de 1890, fonte originária da Legislação atinente ao registro do comércio. E, seguindo a tradição, mantém o sistema corporativo de seus órgãos decisórios compostos por representações empresariais e profissionais das atividades sujeitas ao registro.

Não será demais enfatizar que, pela Lei 6.939/81, já se conseguiu grande simplificação pela criação do regime sumário de arquivamento e registro de documentos, executado por decisão singular, o que facilitou sobremaneira o trabalho das Juntas Comerciais.

Agora, em novo esforço de desburocratização, procura-se simplificar ainda mais o sistema vigente.

O mérito da nova Lei é o de reunir num só texto toda matéria relativa ao registro empresarial de forma simplificada, reformulando a terminologia empregada na legislação em vigor, revogando expressamente toda a legislação esparsa.

3. A análise da nova Lei 8.934/94

Isto posto, passaremos a examinar a nova Lei.

A principal inovação diz respeito à modificação da denominação do registro do comércio para registro de empresas mercantis.

O Projeto de Lei 634-B, de 1975, que "institui o Código Civil", aprovado pela Câmara dos Deputados, define o empresário (art. 969), mas não define a empresa.

A Exposição de Motivos ao Anteprojeto de Lei que resultou no referido Código, elaborada pelo Professor Miguel Reale, assim situa a questão:

"....."

Refiro-me à classificação das pessoas jurídicas de direito privado em duas classes, a primeira das quais abrange as entidades de fins não econômicos (culturais, científicos, beneficentes, etc.), sob a forma de associações e fundações.

A segunda classe compreende todas as pessoas jurídicas com objetivos econômicos, subdividindo-se em sociedade simples e sociedades empresárias, pertencendo sempre à primeira dessas categorias as cooperativas, e à segunda as sociedades anônimas.

Não será demais advertir, para dissipar dúvidas e ter-se melhor entendimento da matéria que, na sistemática do anteprojeto, empresa e estabelecimento são dois conceitos diversos, embora essencialmente vinculados, distinguindo-se ambos do empresário ou sociedade empresária que são os 'titulares da empresa'.

Em linhas gerais, pode-se dizer que a empresa é, consoante aceção dominante na doutrina, 'a unidade econômica de produção', ou a atividade econômica unitariamente estruturada para a produção ou a circulação de bens ou serviços. A empresa, desse modo conceituada, implica para a consecução de seus fins, um ou mais estabelecimentos, que são complexos de bens ou 'bens coletivos' que se caracterizam por sua unidade de destinação, podendo, *de per si*, ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos.

Destarte, o tormentoso e jamais claramente determinado conceito de 'ato de comércio' é substituído pelos de empresa e atividade empresarial, assim como a categoria de 'fundo de comércio' cede lugar à de 'estabelecimento'⁵.

A doutrina sobre a matéria é assaz controversa, uma vez que tem-se nítido o conteúdo econômico da empresa. Todavia, é discutível a sua natureza jurídica.

Waldírio Bulgarelli expõe essa questão em sua festejada *A Teoria Jurídica da Empresa*, 1984 (pp. 74-75), abordando-a em toda a sua extensão. Mas, resume:

5. Anteprojeto de Código Civil, publicado pelo Ministério da Justiça. 2.^a ed., 1973. pp. 12-13.

“O que se colhe como substrato das discussões, verificadas quanto à recepção da empresa pelo Direito, decorre de uma dicotomia básica, ou seja: 1) a posição dos que pregam a transposição pura e simples da noção econômica da empresa referida como organização da atividade econômica, pelo empresário que a anima e dirige e corre o risco e por isso se apropria dos lucros; 2) e a daqueles que pretendem a tradução em termos jurídicos das características do fenômeno (mesmo através da noção econômica ou ao menos a atribuída pelos juristas aos economistas).

A tarefa pois, que cabe à teoria jurídica da empresa (como aliás, se impôs naturalmente a partir da enunciação da empresa no Código Comercial napoleônico e dos que o seguiram, e mais propriamente a partir do momento em que a empresa tomou a extraordinária importância que hoje desfruta na vida real) é a de reconhecendo essa importância do fenômeno econômico-social, captar a sua essencialidade, transpondo-o para o plano jurídico, para o fim de estatuir um regime jurídico específico voltado para a fixação de seus direitos e deveres.

.....
Sem muito esforço pode-se perceber que os avanços conseguidos pela Doutrina no estudo da empresa, autorizam a concluir que a construção da sua teoria jurídica já se fez, em grande parte, tendo sido afastadas as mais sérias resistências a sua acolhida no plano jurídico, e expungidos os principais desvios conceituais e de qualificação”.

Constatada, pois, a controvérsia sobre a questão, a Lei firma-se numa solução assaz pragmática, que poderá, certamente, ser objeto de censura por aqueles que propugnam por maior rigor doutrinário.

Lembramos, ainda que, o Projeto do Código Civil, já aprovado, refere-se à vinculação do empresário e da sociedade empresária ao registro de empresas, a cargo das Juntas Comerciais (art. 1.150).

Já existia, portanto, precedente da matéria aprovada pela Câmara dos Deputados sobre a discutida questão concernente ao registro empresarial.

Por conseguinte, apesar de considerar o debate doutrinário da questão, devemos analisar a nova lei sob o ponto de vista pragmático e à luz dos novos conceitos por ela estabelecidos.

Assim, o art. 1.º da Lei refere-se não mais ao registro do comércio, mas ao registro público de empresas mercantis.

Justificar-se-ia, pois, a adoção na lei do conceito de empresa, dando-lhe sob certo aspecto, configuração jurídica, como sujeito de direito no que se refere ao empresário (firma individual) e à sociedade empresária (sociedades).

O art. 2.º da Lei complementa o dispositivo anterior, ao submeter ao Registro de Empresas os atos das firmas mercantis individuais, bem como os atos das sociedades mercantis, independentemente de seu objeto. Prevalce, pois, a teoria da empresa, em detrimento da não resolvida questão relativa aos atos do comércio.

Cumprir notar que o Projeto, originariamente, referia-se a “firmas individuais”, bem como a “atos das sociedades com fins lucrativos”, embora, também, independentemente de seu objeto.

No Senado, foi rejeitada emenda do Sen. Marco Maciel, que propunha a definição de “empresa mercantil”, e que, tendo prevalecido a posição do Relator na Comissão de Assuntos Econômicos, Sen. Henrique Almeida, por entender que a matéria já se achava implícita no Projeto, ou seja, que o art. 2.º não dava margem a dúvidas, podemos concluir que, “os atos das firmas individuais”, bem como os “atos das sociedades com fins lucrativos”, serão arquivados no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, independentemente de seu objeto, salvo as exceções previstas em lei.

O parágrafo único desse artigo contém norma necessária por instituciona-

lizar o Número de Identificação de Registro de Empresas — NIRE.

Sabemos hoje que o NIRC — Número de Inscrição no Registro do Comércio, é precariamente sustentado por atos administrativos de natureza regulamentar.

4. Do Sistema Nacional de Registro de Empresa — Sinrem

A Lei mantém a mesma organização vigente a que nos referimos em nossa exposição preliminar, ao manter os serviços de forma sistêmica, sob a égide do Executivo Federal, com a incumbência de ditar as normas gerais e regulamentares para a sua aplicação, de maneira uniforme, harmônica e interdependente, como já ocorre atualmente.

Mantém o Departamento Nacional de Registro do Comércio, como órgão central do sistema, incumbindo às Juntas Comerciais a execução do registro nas áreas de suas respectivas circunscrições.

A Lei define de forma sintética, mas precisa, as atribuições do Departamento Nacional de Registro do Comércio.

5. Das Juntas Comerciais

Quanto às Juntas Comerciais, mantém-se a mesma organização vigente, sendo vinculadas aos respectivos governos dos Estados, que sobre elas poderão legislar de forma concorrente, ressalvada a competência técnica normativa à área federal, através do Departamento Nacional de Registro do Comércio.

A Lei permite a desconcentração dos serviços — art. 7.º, mediante convênios com órgãos públicos e entidades privadas sem fins lucrativos.

Exemplo desse fato é o convênio existente de longa data no Estado de São Paulo, objeto de recente reformulação para o atendimento das cidades do interior, com utilização do processamento eletrônico de dados.

O art. 8.º enumera os atos sujeitos a competência das Juntas Comerciais, com remissão ao art. 32, que os discrimina de forma minuciosa.

O art. 8.º, inc. III (vide arts. 1.º, III e 32, I), restringe a competência das Juntas Comerciais em suas atribuições e poderes referentes aos agentes auxiliares do comércio, tais sejam, os armazéns gerais, de que trata a Lei 1.102, de 21.11.1903; os leiloeiros (Dec. 21.981, de 19.10.32); e os tradutores públicos (Dec. 13.609, de 21.10.43).

A Legislação mencionada confere várias competências às Juntas Comerciais, anteriormente constantes da Legislação revogada, sem nada dispor complementarmente sobre as mesmas a Lei nova (Lei 8.934/94).

Entendemos que o Regulamento deverá suprir esta falha até que, por legislação própria venha a ser disciplinada a matéria.

As Juntas Comerciais deverão, pois, além de processarem a habilitação e nomeação dos tradutores públicos e intérpretes comerciais, terem também os encargos de fixar o número; processar a habilitação e a nomeação, fiscalizar, punir e exonerar os tradutores públicos e intérpretes comerciais, leiloeiros, avaliadores comerciais, corretores de mercadorias e os prepostos ou fiéis desses profissionais, além de outras atribuições que lhes conferem as leis próprias que regulam as atividades dos agentes auxiliares do comércio a que nos referimos.

O art. 9.º cuida da estrutura básica das Juntas Comerciais, enumerando os órgãos que as integram.

Parece-nos coerente a Lei com a tradição de nosso direito e mesmo com a própria Constituição (art. 24, III, no que se refere expressamente às Juntas Comerciais).

Ora, não seria demais reafirmar a justificativa da manutenção do sistema em vigor, com base em idênticos dispositivos constitucionais que dão à re-

partição o feito corporativo formado pelos exercentes das atividades econômicas e profissionais, cujos legítimos interesses específicos são tutelados pelo Registro de Empresas, tais sejam os empresários de um modo geral, representados por entidades patronais e pelas associações comerciais, bem como os advogados, economistas e contadores (arts. 11 a 17).

O § 1.º do art. 9.º mantém a assessoria técnica com a competência de preparar e relatar os documentos sujeitos à deliberação da Junta Comercial.

A Lei restringe o mandato dos Vogais, permitindo apenas 1 (uma) recondução — art. 16.

A Lei dispõe, nos artigos subsequentes — 23 a 28 — sobre as atribuições e poderes dos vários órgãos — Presidência, Vice-Presidência, Secretaria-Geral, Procuradoria, de forma sucinta, sem especificações mais amplas que melhor caberão em matéria regulamentar.

6. Dos atos sujeitos ao registro — Arquivamentos e proibições

Ao tratar dos atos sujeitos a registro — art. 32 — que é a própria essência do registro público de empresas mercantis, a Lei estabelece as regras fundamentais relativas aos atos objetos de suas atribuições, mantendo em linhas gerais, porém, de forma simplificada, o atual sistema.

Vale notar que a Lei uniformiza o conceito relativo ao ato de registrar, usando apenas a expressão “arquivamento”, inclusive quanto às firmas individuais. Essa uniformização de conceitos é compatível com o atual sistema procedimental do registro de empresas através de arquivamentos sucessivos, não existindo averbações. Arquivam-se os próprios documentos, com a possibilidade de reproduzi-los e recuperá-los por processos tecnológicos mais avançados, tais como a microfilmagem e a informática.

Quanto às proibições de arquivamento, a Lei trata de matéria já assentada, quer como orientação administrativa ou judicial — art. 35.

7. Do nome comercial — Da proteção e composição

Disciplina a Lei a questão relativa à proteção do nome comercial — art. 33 —, que decorrerá automaticamente do arquivamento dos atos constitutivos de firma individual e de sociedades, estabelecendo a proteção em nível estadual, conforme a jurisdição da Junta Comercial.

O Presidente da República vetou os §§ 1.º e 2.º desse artigo, os quais ampliavam a extensão da proteção ao nome a todo território nacional, assim como incumbia às Juntas Comerciais proceder à comunicação referente a essa proteção às demais Juntas.

Conclui o veto no sentido de que o limite da proteção ao nome deve restringir-se a cada Junta, dentro de sua jurisdição. A proteção em nível nacional assegurada inclusive pela Constituição Federal (art. 5.º, inc. XXIX) deve ser requerida, em cada caso, pelo interessado e não *ex officio*, como se pretendia.

Consideremos ainda que a “Convenção da União de Paris”, da qual o Brasil é signatário, prescreve que o “nome comercial será protegido em todos os países da União, sem obrigação de depósito, quer faça ou não parte de uma marca de fábrica ou de comércio”.

Trata-se, certamente, de matéria complexa que, entre nós tem sido resolvida no âmbito do Poder Judiciário, quando escapa dos limites do controle administrativo, ainda não resolvido, quando contrapõe entre si nome comercial e marca.

Quanto à composição do nome comercial, o art. 35, III, a Lei resolve questão que propicia discussões decorrentes da Lei das limitadas que exige, na denominação social, a indicação do

objeto social da empresa, indicação essa que passará a ser facultativa.

8. Capital — Incorporação de imóveis por instrumento particular

Inovação digna de registro diz respeito ao inc. VII do art. 35 e ao art. 64 da Lei.

À semelhança de disposição existente no art. 98, § 3.º, da Lei 6.404/76 — Lei das S/A, permite a Lei nova incorporação de imóveis à sociedade por instrumento particular, para fins de formação do capital social, independentemente da exigência de escritura pública, mediante as condições ali estabelecidas.

9. Da ordem dos serviços e exame das formalidades legais

A Lei simplifica sobremaneira a ordem dos serviços, estabelecendo requisitos mínimos aos documentos que instruirão os pedidos de arquivamento.

Quanto ao exame das formalidades, reportamo-nos a nossas observações preliminares quanto a necessidade de exame prévio do cumprimento das formalidades legais pela Junta Comercial (art. 40), cujos documentos respectivos, além de obedecer a prescrições legais ou regulamentares não poderão conter matéria contrária aos bons costumes e a ordem pública (art. 35, I).

Esse é o limite das atribuições das Juntas Comerciais, que não poderão entrar no mérito das deliberações societárias ou assembleares, no caso das sociedades anônimas.

O dispositivo complementa a simplificação do processo de cumprimento de exigências formuladas pela Junta Comercial.

10. Do processo decisório

Quanto ao processo decisório (art. 41), a Lei mantém a dualidade existente quanto aos regimes ordinário e sumário.

Restringiu as decisões colegiadas para os atos mais complexos, referentes às sociedades anônimas, aos atos referentes a transformação, incorporação, fusão e cisão de empresas mercantis, consórcios e grupos de sociedade, além dos recursos (art. 41).

Quanto ao mais, as decisões serão singulares, proferidas pelo Presidente da Junta Comercial, por vogal ou servidor que possua comprovados conhecimentos de Direito Comercial e de registro de empresas mercantis (art. 42).

As decisões colegiadas deverão ser proferidas em dez dias e as singulares em três dias úteis (art. 43).

11. Do processo revisional — Dos recursos

A Lei simplifica sobremaneira (arts. 44 e 51) o processo revisional de seus atos.

Atualmente, essa questão reveste-se de alguma complexidade pela conciliação das disposições constantes das leis em vigor.

A Lei procura exaurir, no âmbito da Junta Comercial todo o sistema revisional, tendo como última instância o Plenário (art. 47). Entretanto, das decisões do Plenário cabe recurso ao Ministro de Estado da Indústria, do Comércio e do Turismo, que proferirá decisão final, sujeitando as decisões das Juntas Comerciais a um duplo controle administrativo, com maior garantia de defesa às partes interessadas.

Pela atual experiência, o sistema pela simplificação preconizada deverá funcionar satisfatoriamente, por submeter o recurso final ao Ministro de Estado, que tem provado bem, mediante o desempenho eficiente do Departamento Nacional de Registro do Comércio na instrução dos processos que, embora centralizado, tem agido com a necessária presteza, uniformizando a jurisprudência em nível nacional.

12. Disposições gerais

Facilita a Lei o arquivamento da prova das publicações legais, mediante simples anotação nos registros da Junta Comercial (art. 54).

Mantém na integridade o registro, proibindo a retirada de documentos arquivados (art. 56).

Quanto à fixação do preço dos serviços, reserva-se aos Estados, dentro de sua competência concorrente, prevista pela Constituição, dentro das especificações genéricas estabelecidas pelo D.N.R.C., que reservará a si apenas a competência federal (art. 55).

A Lei, nas disposições finais, estabelece várias medidas desburocratizantes, tais como as relativas à restituição dos processos às partes (art. 58); à perda da proteção ao nome comercial, expirado o prazo da sociedade (art. 59), bem como a não atualização de dados após dez anos (art. 60); à dispensa do reconhecimento de firmas (art. 63).

Feitas as considerações acima sobre a nova Lei, daremos ênfase, a seguir, a alguns aspectos peculiares que demandam alguma reflexão.

13. Vigência

O art. 67 dispõe que a Lei será regulamentada pelo Poder Executivo no prazo de 90 (noventa) dias e entrará em vigor na data de sua publicação. Por seu turno, o art. 65 dispõe que as Juntas Comerciais adaptarão os respectivos regulamentos ou regulamentos às disposições da Lei, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias.

Cabe-nos verificar, pois, quais os dispositivos da Lei já em vigor que se acham em plena vigência e os que dependem de regulamentação.

Essa questão é importante porque a Lei revogou expressamente as Leis 4.726, de 13.7.65, 6.939, de 9.9.81, 6.054, de 12.6.74, o § 4.º do art. 71 da Lei 4.215,

de 27.4.63, acrescentado pela Lei 6.884, de 9.12.80 e a Lei 8.209, de 18.7.91.

Como sabemos, as duas primeiras leis citadas dispunham expressamente sobre o Registro do Comércio; a de n. 6.054, de 12.6.94, acrescentou o inc. III do art. 11 da Lei 4.726/65, atribuindo-lhe competência para expedir carteira do exercício profissional de comerciante, industrial e outros legalmente inscritos no Registro do Comércio, matéria disposta no art. 8.º, inc. V da Lei atual, que comentamos.

Revoga também o § 4.º do art. 71 da Lei 4.215, de 27.4.63, acrescentado pela Lei 6.884, de 9.12.80, sobre o "visto" do advogado, matéria superada pela Lei 8.906, de 4.7.94 (Estatuto da Advocacia e da OAB); bem como a Lei 8.209, de 18.7.91, que permitia às firmas individuais e sociedades comerciais que, a partir de 1.1.78, não tivessem exercido atividade econômica ou comercial requerer sua baixa no Registro do Comércio, independentemente da prova da quitação de tributos e contribuições com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal. A revogação dessa Lei se coaduna com o veto aposto pelo Presidente da República aos arts. 52 e 66 ao Projeto de Lei, os quais tinham objetivos similares.

Portanto, doravante, devemos restringir-nos apenas à nova Lei e a regulamentação que vier a ser editada.

14. Do processo decisório

Pelas considerações iniciais deste trabalho deve ficar claro que os registros a serem realizados pelas Juntas Comerciais dizem respeito a atos relativos a firmas individuais e sociedades mercantis e cooperativas e aos demais atos constantes do art. 32, inc. II, que se formalizam através de arquivamentos sucessivos; não se cuida de averbações.

Pela sistemática anterior, objeto da Lei 6.939/81, foram estabelecidos dois

sistemas de arquivamento: o sumário e o ordinário (arts. 1.º, 2.º e 3.º), quer se tratasse de decisão singular ou colegiada.

Doravante, estarão sujeitos à decisão colegiada os atos enumerados no art. 41 da Lei, como prerrogativa exclusiva das Turmas de Vogais ou do Plenário, mesmo porque, pelo art. 21 “compete às Turmas julgar, originariamente, os pedidos relativos à execução dos atos de registro”.

No entanto, o art. 42 da Lei, seguindo a mesma tendência desburocratizante da Lei 6.939/81, dispõe que os atos próprios do Registro de Empresas, que não sejam reservados à decisão colegiada (art. 41), “serão objeto de decisão singular proferida pelo Presidente da Junta Comercial, por Vogal ou servidor que possua comprovados conhecimentos de Direito Comercial e de Registro de Empresas”. Ampliaram-se os atos sujeitos a decisão singular.

Entretanto, partindo desses pressupostos, entendemos serem as Turmas de Vogais competentes para praticarem todos os atos a que se refere o art. 32, incs. I e II. Deste modo, por exemplo, ao decidirem pelo arquivamento de atos referentes à cisão, a mesma abrange todos os demais atos a ela relacionados, inclusive o arquivamento, se for caso, da sociedade ou sociedades dela resultantes, sem necessidade de redistribuição do documento respectivo para exame no regime singular.

A situação inversa, ou seja, a prática de ato no regime singular, em documento de competência de decisão colegiada será tida como irregular, mas, a meu ver, não inválida. Deverá prevalecer, salvo se for objeto de processo que tenha por objeto a sua anulação, podendo o ato ser convalidado em qualquer caso, pelo Colegiado (Turma ou Plenário), a fim de sanar eventual falha de natureza formal.

A Lei não repete a norma do atual art. 2.º, inc. II, combinado com o art. 3.º, § 3.º, da Lei 6.939/81, segundo o qual os documentos sujeitos a prévia

autorização governamental ficam dispensados do exame formal pela Junta Comercial. Estarão eles, doravante, sujeitos às mesmas exigências a que se submetem os atos das demais empresas.

Todavia, esses documentos, se sujeitos a prévia aprovação de autoridade governamental, não poderão ser arquivados pelas Juntas Comerciais sem que se cumpra essa formalidade essencial, conforme a Legislação própria em cada caso (art. 35, VIII).

15. Institucionalização do NIRE

A Lei 8.934/94 institucionalizou o “Número de Identificação do Registro de Empresas — NIRE” (art. 2.º, parágrafo único).

Trata-se de matéria a ser regulamentada pelo Poder Executivo.

Todos conhecemos, até então, o NIRC — Número de Inscrição no Registro do Comércio, criado por ato administrativo. Doravante, teremos esse novo elemento de identificação empresarial, a conviver juntamente com o CGC — Cadastro Geral de Contribuintes, administrado pela Secretaria da Receita Federal.

De qualquer modo, trata-se de um número de amplitude nacional, agora criado por Lei para a identificação dos atos do registro empresarial.

16. Das certidões negativas criminais

O art. 35, inc. II, estabelece que “Não podem ser arquivados: ... — II — os documentos de constituição ou alteração de empresas mercantis de qualquer espécie ou modalidade em que figure como titular ou administrador pessoa que esteja condenada pela prática de crime cuja pena vede o acesso à atividade mercantil”.

A norma não é nova, havendo similar no art. 38, inc. III, da Lei 4.726/65, conforme redação dada pelo art. 16, da Lei 6.939/81.

No passado, pretendeu-se que a comprovação dessa situação fosse feita mediante a apresentação de certidões negativas criminais. Após várias providências então adotadas, inclusive pela via regulamentar adequada (vide Portaria 4, de 10.7.80 do DNRC e Decreto federal 82.842/78), as certidões negativas criminais foram substituídas pela “Declaração de Desimpedimento”, permitindo-se a “inserção nos atos constitutivos das empresas ou em suas alterações da declaração dos sócios, administradores ou conselheiros fiscais de não estarem incursos em nenhum dos crimes previstos em lei que os impeçam de exercer a atividade mercantil”.

Agora, de forma retrógrada e absolutamente injustificável, por Emenda do Senado ao projeto aprovado pela Câmara dos Deputados, é restabelecida a obrigatoriedade de apresentação das certidões negativas criminais, como se vê, pelo texto do art. 37, inc. II, *in verbis*:

“Art. 37 — Instruirão obrigatoriamente os pedidos de arquivamento:

.....
 II — a certidão criminal do registro de feitos ajuizados, comprobatória de que inexistente impedimento legal à participação de pessoa física em empresa mercantil, como titular ou administrador, por não estar incurso nas penas dos crimes previstos no art. 11, inc. II, desta Lei;”.

A norma não pode prevalecer por ser manifestamente inconstitucional. Enquanto se veda o exercício da atividade a quem esteja condenado pela prática de crime cuja pena vede o acesso à atividade mercantil, o dispositivo supracitado refere-se a “certidão criminal do registro de feitos ajuizados...”, com remissão ao art. 2.º, inc. II, que se refere a condenação pelos crimes ali citados com impedimento à nomeação dos Vogais.

Ora, é matéria pacífica que “ninguém será considerado culpado até o trânsito

em julgado de sentença penal condenatória” (Constituição Federal, art. 5.º, LVII).

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, 1/70, Saraiva), “explicita a Constituição um princípio fundamental do direito penal moderno. Ele impede que, antes do trânsito de sentença condenatória, se aplique em relação ao acusado qualquer das conseqüências que a lei somente atribui como sanção primitiva”.

O preceito trata da inocência presumida. Celso Ribeiro Bastos (*Comentários à Constituição do Brasil*, 2.º/277, Saraiva), nos ensina que “A presunção de inocência é uma constante no Estado de Direito. Ela chega mesmo a tangenciar a obviedade. Seria um fardo pesado para o cidadão o poder ver-se colhido por uma situação em que fosse tido liminarmente por culpado, cabendo-lhe, se o conseguisse, fazer demonstração da sua inocência. Uma tal ordem de coisas levaria ao império do arbítrio e da injustiça. A regra, pois, da qual todos se beneficiam é de serem tidos por inocentes até prova em contrário”.

Não se justifica, na ocasião em que o país se dirige para a modernidade, na esperança das ações de um novo governo que se instala com ampla visão de um novo mundo da informação e da comunicação, que um dispositivo retrógrado, de melancólica experiência no passado, cuja resistência foi vencida a duras penas, venha, novamente, retardar o desenvolvimento das empresas, para favorecer, outra vez, o ultrapassado interesse corporativista cartorial.

Ademais, a norma é inócua, porque as pessoas físicas a que se dirige — titulares (firma individual) e administradores de empresas, caso tenham praticado algum dos crimes previstos na Lei, dificilmente estariam sujeitas ao seu alcance. Isso porque: a) a pessoa física pode ter várias residências e vários

domicílios (arts. 31 e 32 do Código Civil); b) a competência para a ação penal será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração (arts. 70 e 71 do Código de Processo Penal).

Além, pois, de outros argumentos de ordem jurídica de maior relevância, bastariam esses para demonstrar a imprestabilidade da certidão negativa criminal.

Onera-se toda a sociedade para satisfazer a discutíveis interesses cartorários.

Ademais, apenas para argumentar, em São Paulo são protocolados diariamente perto de 2.000 documentos. Seria um trabalho insano esse de exigir-se das partes a oneração que se pretende restabelecer, considerando-se, ainda, a oneração dos serviços dos distribuidores criminais — inclusive Justiça Federal, já por demais sobrecarregados.

Sugere-se pois que, em face dessas questões, o Regulamento venha a contemplar as declarações de desimpedimento, que solucionaram a questão no passado.

17. A prova de identidade

Volta-se novamente ao passado. O art. 37, V, exige novamente que, “instruirão obrigatoriamente os pedidos de arquivamento, ...V — prova de identidade dos titulares e dos administradores da empresa mercantil”.

Trata-se, igualmente, de exigência burocrática e inócua.

Deve ser mantido o princípio da veracidade das declarações prestadas, que devem prevalecer até prova em contrário. Trata-se de exigência superada que a experiência provou ser excessiva, onerando com mais papéis os arquivos hoje informatizados das Juntas Comerciais, ou que buscam esse desiderato.

De qualquer forma, sugere-se que o Regulamento disponha de forma ade-

quada, satisfazendo-se apenas com a exibição e conferência dos dados, com restituição à parte do documento (ou cópia autenticada) apresentado.

18. A questão das certidões negativas fiscais

A Lei em comento não trata da questão referente às certidões negativas fiscais. A Lei 6.939/81, em seu art. 10, a fim de evitar a demanda das partes às repartições fiscais para procederem aos pedidos de certidões negativas, transferiu esse ônus às Juntas Comerciais.

Com a revogação da referida Lei, caberá novamente às partes interessadas providenciarem tais certidões, apresentando-as às Juntas Comerciais, salvo se o regulamento da Lei dispuser de modo diverso.

Procuraremos resumir, a seguir, as hipóteses em que, a nosso ver, são necessárias as tais certidões negativas fiscais.

Sob esse aspecto, o art. 37 da Lei em análise refere-se aos documentos que deverão instruir obrigatoriamente os pedidos de arquivamento, sem mencionar as certidões negativas fiscais. Além disso, o seu parágrafo único dispõe que além dos documentos enumerados pelo dispositivo citado, nenhum outro documento será exigido das firmas individuais e sociedades referidas nas alíneas “a”, “b” e “d” do inc. II do art. 32.

Quanto às certidões negativas, o Código Tributário Nacional (Lei 5.172, de 25.10.66), em seus arts. 205 e 206, ao dispor sobre “certidões negativas”, estabelece o seguinte:

“Art. 205. A Lei poderá exigir que a prova de quitação de determinado tributo, quando exigível, será feita por certidão negativa, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade

e indique o período a que se refere o pedido.

Parágrafo único. A certidão negativa será sempre expedida nos termos em que tenha sido requerida e será fornecida dentro de 10 (dez) dias de entrada do requerimento na repartição.

Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa”.

Portanto, nada dispondo a Lei do registro empresarial sobre a matéria, temos que nos socorrer às Leis fiscais que sobre ela dispõem. Sob esse aspecto, mencionamos que a Instrução Normativa 93, de 25.11.93 (*DOU* de 29.11.93), com apoio na legislação federal citada, em que se fundamenta, exige da pessoa jurídica prova de quitação relativa às contribuições sociais administradas pela Secretaria da Receita Federal “no registro ou arquivamento, no órgão próprio, de ato relativo a baixa ou redução de capital de firma individual, redução de capital social, cisão total ou parcial, transformação ou extinção de entidade ou sociedade comercial ou civil” (art. 2.º, *d*).

Por seu turno, a Lei 8.036, de 11.5.90, regulamentada pelo Dec. 99.684, de 8.11.90, que consolida as normas regulamentares do FGTS, exige a apresentação “do Certificado de Regularidade do FGTS” para “registro ou arquivamento, nos órgãos competentes, de alteração ou distrato de contrato social, de estatuto, ou de qualquer documento que implique modificação na estrutura jurídica do empregador ou na extinção da empresa” (art. 44, V, do Dec. 99.684/90).

A Lei 8.212, de 24.7.91, regulamentada pelo Dec. 612, de 21.7.92 (Regulamento do Custeio da Seguridade Social — INSS), exige “documento comprobatório de inexistência de débito relativo às

contribuições sociais no registro ou arquivamento, no órgão próprio, de ato relativo a baixa ou redução de capital de firma individual, redução de capital social, cisão total ou parcial, transformação ou extinção de entidade ou sociedade comercial ou civil, suprida a exigência pela informação de inexistência de débito a ser prestada pelos órgãos competentes de que trata o § 10 deste artigo, observado o disposto nos §§ 1.º e 2.º do art. 10 da Lei 6.939, de 10.9.81” (art. 84, I, *d* do Decreto). Observo que a parte final acha-se prejudicada, pela revogação da Lei 6.939. Prevalece, pois, a certidão negativa de débito.

Resumindo, podemos mencionar serem exigidas as certidões negativas de débitos expedidas pela Secretaria da Receita Federal nos seguintes casos: registro ou arquivamento de ato relativo a baixa ou redução do capital de firma individual; redução de capital; cisão total ou parcial; transformação ou extinção de sociedade mercantil.

No tocante ao INSS e ao FGTS, observar-se-á o seguinte, conforme orientação da JUCESP (vide Deliberação 8, de 15.7.93): a) Para os atos relativos a baixa ou extinção de sociedade, redução do capital social; cisão total ou parcial e transformação de tipo societário, exigir-se-á o certificado de regularidade de FGTS, expedido pela Caixa Econômica Federal e a certidão negativa de débito fornecida pelo INSS; b) Para os atos relativos à fusão e incorporação de sociedades, exigir-se-á apenas o certificado de regularidade do FGTS; c) As certidões negativas (INSS) e o certificado de regularidade do FGTS serão exigidos da sociedade cindida, na cisão total ou parcial; e da sociedade transformada em outro tipo societário; d) Nas hipóteses de fusão e de incorporação será exigido somente o certificado de regularidade do FGTS das sociedades fusionadas e das incorporadas; e) Para os atos relativos a baixa ou extinção e

redução do capital de firma individual exigir-se-ão as certidões negativas da Secretaria da Receita Federal, além das referentes ao INSS e ao FGTS.

Não se aplicam às firmas individuais os processos de transformação, incorporação, fusão e cisão de empresas.

Entendemos serem essas as únicas certidões negativas fiscais exigíveis. Repito: as Juntas Comerciais não mais consultarão as repartições fiscais, conforme dispunha a Lei 6.939, em seu art. 10.

Restaria examinar a competência concorrente dos Estados para legislar sobre Juntas Comerciais, estabelecendo-se, deste modo, a obrigatoriedade de apresentação de certidões negativas estaduais (art. 24, III, e respectivos parágrafos, da Constituição Federal), o que seria objeto de Lei estadual própria, de discutível constitucionalidade em eventual intromissão na Legislação sobre Registro de Empresas.

Aos Municípios não se aplica a norma, não podendo os mesmos estabelecerem a obrigatoriedade de apresentação de certidões negativas municipais vinculadas ao registro de empresas.

Afinal, merece destaque o disposto no art. 60, § 3.º, segundo o qual, a Junta Comercial fará comunicação do cancelamento dos reajustes às autoridades arrecadoras, no prazo de dez dias. Todavia, não estabelece se federais, estaduais ou municipais. Entendemos, pelas razões acima, que a regra se aplica apenas às autoridades federais, salvo disposição regulamentar em contrário, ou convênio que venha a ser celebrado.

19. Dos agentes auxiliares do comércio

A Lei anterior (Lei 4.726/65), de conformidade com a legislação específica incidente sobre a atividade dos armazéns gerais (Lei 1.102, de 21.11.93), dos leiloeiros (Dec. 21.981, de 19.10.32), e dos tradutores públicos e intérpretes

comerciais (Dec. 13.609, de 21.10.43), continha normas complementares a essa legislação, atribuindo determinados atos às Juntas Comerciais, conforme consta especificamente das mesmas. Não será necessário que nesta oportunidade repitamos os respectivos textos legais, conforme menção que, aliás, já fizemos no início destas considerações.

Todavia, a Lei que ora comentamos contém disposições mínimas a respeito dos atos praticados pelas Juntas Comerciais em relação aos agentes auxiliares do comércio, como se vê pelos arts. 1.º, III, 8.º, III, e 32, I, no que se refere apenas às competências das Juntas Comerciais para matricular, habilitar, nomear, cancelar, conforme o caso, a matrícula desses agentes, sem nada dispor sobre os mesmos.

Estabelecem-se verdadeira *vacatio legis* relativamente às prerrogativas das Juntas Comerciais, asseguradas pela Legislação a que nos referimos.

Não vemos, pois, outra solução no momento, senão que o regulamento, de conformidade com a Legislação citada, venha a suprir provisoriamente aquela lacuna até que seja editada lei própria sobre a matéria.

20. Das declarações de microempresa e empresas de pequeno porte

Dentre as atribuições do registro, o art. 32, II, *d*, estabelece o arquivamento das declarações de microempresa.

Sucedo que, enquanto tramitava o projeto convertido na Lei 8.934, de 18.11.94 foi editada a Lei 8.864, de 28.3.94 que, em conformidade com o art. 179 da Constituição Federal, na parte referente ao "registro especial e enquadramento", atribui ao órgão competente, para fim de registro especial, o de microempresa e empresa de pequeno porte — "ME" e "EPP".

Parece-nos que, embora não mencionada expressamente empresa de peque-

no porte ao lado da microempresa, o regulamento poderia suprir a omissão legislativa, atribuindo às Juntas Comerciais também as declarações de empresas de pequeno porte e o respectivo registro, como ocorre com as microempresas.

21. Das incorporações de imóveis à sociedade por instrumento particular

Adotando o símile da Lei de Sociedades Anônimas — Lei 6.404/76, a Lei, em seu art. 35, VII, permite a incorporação de imóveis à sociedade por instrumento particular, não podendo ser arquivado quando do instrumento não constar: “a) a descrição e identificação do imóvel, sua área, dados relativos à sua titulação, bem como o número da matrícula no Registro Imobiliário; b) a outorga uxória ou marital, quando necessária”.

Completa o dispositivo a regra do art. 64 da Lei, *in verbis*: “Art. 64. A certidão dos atos de constituição e de alteração de sociedades mercantis, passada pelas

Juntas Comerciais em que foram arquivados, será o documento hábil para a transferência, por transcrição no registro público competente, dos bens com que o subscritor tiver contribuído para a formação ou aumento do capital social”.

22. Da composição do nome comercial

O art. 35 da Lei, em seu inc. III, ao estabelecer que, nos atos constitutivos das empresas deva constar a declaração precisa de seu objeto, estabelece também que a indicação desse mesmo objeto no nome empresarial é facultativa.

Parece-nos que essa regra derroga o art. 3.º, § 1.º, do Dec. 3.708 de 10.1.19, segundo o qual “a denominação, quando possível”, deve “dar a conhecer objetivo da sociedade”.

A Lei das Sociedades Anônimas, art. 3.º, já dispensa a indicação do objeto social na composição do nome comercial.

Portanto, doravante, é dispensável a indicação do objeto social na composição do nome empresarial.

ATUALIDADES

DIREITOS ANTI-"DUMPING" E COMPENSATÓRIOS: SUA NATUREZA JURÍDICA E CONSEQUÊNCIAS DE TAL CARACTERIZAÇÃO

TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR
JOSÉ DEL CHIARO FERREIRA DA ROSA
MAURO GRINBERG

1. Introdução e situação atual

1.1 GATT

1. O tratado internacional que se denomina *General Agreement on Tarifes and Trade* (GATT) foi firmado em Genebra, em 30.10.47, tendo entrado em vigor em 1.1.48.

2. Os 23 Estados signatários — entre eles o Brasil — e os que aderiram posteriormente aceitaram submeter-se, ativa e passivamente, às suas regras, uma vez que, com o término da Segunda Guerra Mundial, o recrudescimento do protecionismo levantou a preocupação de não se ver repetir as condições econômicas que marcaram a década de 30.

3. Assim, a adesão de cada país ao aludido tratado implica na aceitação de suas regras, inclusive no que diz respeito à prática de *dumping*.

1.2 "Dumping"

4. O *dumping* está previsto no artigo VI do GATT, cujo item 1.º estabelece: "As Partes Contratantes reconhecem que o *dumping* que introduz produtos de um país no comércio de outro país, por valor abaixo do normal, é condenado se causa ou ameaça causar prejuízo material e uma indústria estabelecida no

território de uma parte contratante, ou retarda, sensivelmente, o estabelecimento de uma indústria nacional. Para os efeitos deste artigo, considera-se que um produto exportado de um país para outro se introduz no comércio de um país importador, a preço abaixo do normal, se o preço desse produto: a) é inferior ao preço comparável que se pede, nas condições normais de comércio, pelo produto similar que se destina ao consumo no país exportador; ou b) na ausência desse preço nacional, é inferior: I — ao preço comparável mais alto do produto similar destinado à exportação para qualquer terceiro país, no curso normal do comércio; ou II — ao custo de produção no país de origem mais um acréscimo razoável para as despesas de venda e o lucro".

5. A punição para a prática de *dumping* está prevista no item 2.º do art. VI, do GATT: "Com o fim de neutralizar ou impedir *dumping* a parte contratante poderá cobrar sobre o produto objeto de um *dumping* um direito anti-*dumping* que não exceda a margem de *dumping* relativa a esse produto. Para os efeitos desse artigo, a margem de *dumping* é a diferença de preço determinada de acordo com os dispositivos do § 1.º".

6. Disposições semelhantes existem no GATT relativamente às subvenções para exportações, relativamente às quais

os países importadores podem impor direitos compensatórios.

7. O mencionado tratado foi aprovado no Brasil pelo Dec. Leg. 45, de 20.6.50, e promulgado através do Dec. 76.032, de 25.7.75.

1.3 Códigos anti-“dumping” e de subsídios

8. O GATT pode ser dividido, apreciando-se a sua atuação no tempo, em três partes: a Rodada Kennedy (*Kennedy Round*), a Rodada de Tóquio (*Tokyo Round*) e a Rodada Uruguaí (*Uruguay Round*).

9. A Rodada Kennedy criou o Código Anti-*dumping* de 1968, ao qual o Brasil não aderiu, englobando os direitos anti-*dumping* e compensatórios.

10. A Rodada de Tóquio teve início a partir do encontro de Ministros de Estado ocorrido em Tóquio em setembro de 1973 e produziu vários trabalhos, entre os quais o Código Anti-*dumping* e o Código de Subsídios.

11. A Rodada Uruguaí já foi encerrada, com a aprovação de novos códigos, cuja conversão em lei interna no Brasil ainda é aguardada: todavia, os conceitos aqui oferecidos relativamente à Rodada de Tóquio não sofrem alterações quando confrontados com a Rodada Uruguaí.

12. O Código de Subsídios foi aprovado no Brasil pelo Dec. Leg. 22, de 5.12.86, e promulgado através do Dec. 93.962, de 22.1.87.

13. O Código Anti-*dumping* foi aprovado no Brasil pelo Dec. Leg. 20, de 5.12.86, e promulgado através do Dec. 93.941, de 16.1.87.

14. Foi assim utilizada a competência do Congresso Nacional, de acordo com a CF/69, então vigente, cujo art. 44, I, dava ao Congresso Nacional competência para “resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República”.

15. Tal disposição é repetida, com ressalva e restrição, pelo art. 49, I, da CF/88, pelo qual “é da competência exclusiva do Congresso Nacional” “legislar definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

16. O decreto legislativo, por meio do qual foi aprovado o acordo, estava previsto na CF/69 (art. 46, VI) e se encontra igualmente previsto na CF/88 (art. 59, VI).

17. Também a competência privativa do Presidente da República para “celebrar tratados, convenções e atos internacionais *ad referendum* do Congresso Nacional” estava prevista na CF/69 (art. 81, X), tendo previsão e redação semelhantes na CF/88 (art. 84, VIII: “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”).

18. Sobre a publicidade e a validade dos tratados no Brasil, explica João Grandino Rodas: “A adoção da teoria dualista, que esposa a separação absoluta entre a ordem interna e a internacional, acarreta como corolário a necessidade de promulgar os tratados para que estes, embora já existentes no plano internacional, tenham validade no território nacional.

Aceitando-se, por outro lado, a teoria monista, que consagra a inexistência de limites entre o Direito Internacional e o Direito Interno, não será necessária a realização de qualquer formalidade pertinente ao Direito Interno, após a ratificação. Scelle considera suficiente apenas a publicação do texto do tratado. Tal publicação deveria ser efetuada por meio de um ato internacional para preservar a unidade do texto do trabalho.

A maioria dos Estados, seguindo a concepção dualista, exige que os tratados sejam incorporados a legislação interna para que se tornem executórios no território nacional. Dois são os sis-

temas seguidos para essa integração. O primeiro exige um ato de promulgação que torna o tratado obrigatório e o incorpora na legislação interna. O segundo considera necessária apenas a sua publicação, como medida de pura publicidade.

Seguindo a tradição portuguesa, o Brasil desde a independência adotou a praxe de promulgar os tratados já ratificados, por meio de um decreto do Executivo" (*A Publicidade dos Tratados Internacionais*, RT, S. Paulo, 1980, pp. 199 e 200).

19. José Francisco Rezek explica como os tratados internacionais entram em vigor no Brasil, tornando-se também leis internas: "No Brasil se promulga, por decreto do Presidente da República, todos os tratados que tenham feito objeto de aprovação congressional. Publicam-se, apenas, no Diário Oficial da União, os que hajam prescindido de assentimento parlamentar e da intervenção confirmatória do chefe de Estado. No primeiro caso, o decreto de promulgação não constitui reclamo constitucional: ele é o produto de uma praxe tão antiga quanto a Independência e os primeiros exercícios convencionais do Império. Cuida-se de um decreto, unicamente porque os atos do chefe de Estado costumam ter esse nome. Por nada mais. Vale aquele como ato de publicidade da existência do tratado, norma jurídica de vigência atual ou iminente. Publica-os, pois, o órgão oficial, para que o tratado — cujo texto completo vai em anexo — se introduza na ordem legal, e opere desde o momento próprio" (*Direito dos Tratados*, Forense, Rio, 1984, pp. 385 e 386).

1.4 Aplicação, no Brasil, do Código Anti-"dumping" e do Código de Subsídios

20. Aplica-se atualmente no Brasil o disposto na Res. CPA 1.227, de 14.5.87,

com as alterações constantes da Res. CPA 1.582, de 17.2.89, da Port. 132, de 18.2.92, do Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento, e, sobretudo, da Circ. 161, de 27.12.93, do Secretário de Comércio Exterior.

21. Tais resoluções foram expedidas pela antiga Comissão de Política Aduaneira (CPA), então competente não só para o processamento administrativo relativo às práticas de *dumping* e subsídios, como também para expedir as aludidas resoluções.

22. Atualmente, há um sistema de competências que ainda precisa de alguns esclarecimentos: inicia-se pelo disposto no art. 237 da CF, que estabelece que "a fiscalização e o controle sobre o comércio exterior, essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais, serão exercidos pelo Ministro da Fazenda".

23. Já a Lei 8.490, de 19.11.92, ao dispor, no art. 16, sobre "os assuntos que constituem área de competência de cada Ministério Civil", colocou, no n. II (Ministério da Fazenda), a alínea *h* ("fiscalização e controle do comércio exterior") e, no n. XI (Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo), a alínea *d* ("comércio exterior").

24. Resta saber se a matéria relativa à alínea *d*, do n. XI, do art. 16, da Lei 8.490/92, está enquadrada no disposto no art. 237 da CF ("a fiscalização e o controle sobre o comércio exterior, essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais") e, em caso negativo, se a matéria relativa a *dumping* e subsídios está enquadrada, no âmbito da Lei 8.490/92, na alínea *h*, do n. III (Ministério da Fazenda: "fiscalização e controle do comércio exterior") ou na alínea *d*, do n. XI (Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo: "comércio exterior").

25. O que vem sendo praticado resulta em dupla competência: o processamento é do Departamento Técnico de

Tarifas (DTT), órgão da Secretaria de Comércio Exterior do Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo, mas a decisão final sobre aplicação de direitos anti-*dumping* ou compensatórios é do Ministério da Fazenda.

2. Natureza jurídica

2.1 Natureza jurídica não tributária dos direitos anti-*“dumping”* e compensatórios

26. É certo que o GATT, o Código Anti-*dumping* e o Código de Subsídios não contêm quaisquer disposições a respeito da natureza jurídica dos direitos anti-*dumping* e compensatórios, o que deixa tais conceituações aos direitos nacionais.

27. Tal natureza jurídica, na literatura internacional, aponta para uma certa despreocupação, mostrando-se os diversos autores muito mais preocupados com suas condições substantivas e procedimentais de imposição do que com seu enquadramento jurídico.

28. Não obstante, alguns traços delinearão o problema mesmo à luz do Direito Internacional, sendo que o primeiro aspecto a ser ressaltado é o caráter que se poderia chamar de “paratarifário” dos direitos anti-*dumping* e compensatórios, conforme expõe Valério Di Chiara (*L'Antidumping Nella Politica Commerciale Della CEE*, Cedam, Padova, 1989, p. 117).

29. Diz o referido autor: “Sebbene ci si trovi di fronte ad un dazio, le sue modalità d'applicazione sono, come si è visto, particolari; d'altra parte la frequenza delle procedure e la forzatura dell' concetto di discriminazione possono assere interpretate come un mezzo per eludere il divieto di apposizione dei dazi in via normale a protezione di industrie nazionali” (ob. e p. cit.).

30. Esta segunda razão — evitar a proibição genérica de utilização de

impostos como instrumento de proteção — leva Dominique Carreau, Thénaut Flory e Patrick Juillard a falar em “*mesure de rétorsion légalisée*” (*Droit International Économique*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1990, p. 149).

31. Os mencionados autores insistem em tratar as atividades de repressão ao *dumping* como “obstacles non-tarifaires” (ob. cit. p. 140).

32. Vê-se que a doutrina percebe tratar-se de um instrumento jurídico que não se confunde, apesar da proximidade, com os direitos aduaneiros.

33. Nesse sentido, G. Venturini, interpretando o art. II do GATT — e seus correlatos III.2, VI e VII — cita um caso da jurisprudência italiana, no qual se fala de uma categoria de direitos ou imposições de qualquer forma percebidos na importação ou por ocasião da importação, completando a seguir que, no seu interior, a norma visa a “specifiche sub-categorie”, contemplando, de um lado, os direitos aduaneiros propriamente ditos (art. II.b) e, de outro lado, figuras de imposição, equivalentes a uma taxa interna, dos direitos anti-*dumping* ou compensatórios, e direitos proporcionais e serviços prestados (arts. II — 2a, 2b e 2c —, VI e VIII) (*L'Accordo Generale Sulle Tariff Daganali e il Commercio*, Milano, 1988, p. 218).

34. Note-se que a jurisprudência citada distingue entre direitos aduaneiros propriamente ditos — aí certamente incluídos os impostos sobre a importação — e outros direitos, como é o caso dos direitos anti-*dumping* e compensatórios, incluindo-os em uma categoria geral que engloba quaisquer direitos ou imposições a qualquer título percebidos na importação, isto é, que têm por fato gerador a importação ou são percebidos por ocasião da importação.

35. Em outras palavras, nesta última categoria estão os direitos percebidos pelo Estado por ocasião da importação:

mas seu fato típico não é a importação, mas sim uma ocorrência por ela condicionada: uma distorção nas trocas comerciais.

36. Na Argentina já se chegou a um conceito de Direito Aduaneiro que inclui, entre outras partes, o direito tributário — que se separa do direito de importação.

37. Assim, afirma Ricardo Xavier Basaldua: “Cabe afirmar que el Derecho Aduanero no se agota en un contenido tributario. Resulta evidente que la regulación del tráfico internacional de mercaderías puede efectuarse tanto através de restricciones directas (v.g., prohibiciones, scan estas absolutas o relativas, económicas o no económicas) como mediante restricciones indirectas (v.g., derechos de importación etc.). Por otra parte, es posible concebir un Derecho Aduanero sin tributos o, si se prefiere, sin Arancel. La ausencia de tributos o de Arancel no conmueve la existencia del Derecho Aduanero como tal, ya que no hacen a su contenido necesario. Por ello, sin desconocer la importancia que revisten los derechos de aduana para el Derecho Aduanero, hemos calificado a éstos como elementos naturales, pero no esenciales para el Derecho Aduanero” (*Derecho Aduanero*, Abeledo-Perrot, B. Aires, 1992, p. 231).

38. Veja-se ainda que o *dumping* vem caracterizado pela comercialização (“introduced into the commerce”) do produto de um país em outro país por preço inferior ao valor normal, causando ou ameaçando causar um dano material em uma indústria estabelecida no território de uma parte contratante ou retardando materialmente o estabelecimento de uma indústria.

39. Note-se que a operação de importação e exportação entra na configuração do *dumping* regido pelo GATT apenas porque se trata de uma comercialização de produtos de um país em outro país.

40. Em termos lógicos, a operação de exportação e importação é *conditio sine qua non* mas não é *conditio per quam* do *dumping*; corresponde a primeira a um fato sem o qual o efeito não ocorre mas cuja existência não implica sempre o mesmo efeito (não há *dumping* sem exportação e importação, mas há exportação e importação sem *dumping*), a segunda constitui o caso de uma relação biunívoca: havendo a causa, segue o efeito e, havendo o efeito, terá havido a causa.

41. No Brasil, o artigo 1.º da Res. CPA 1.227/87, qualifica os direitos anti-*dumping* e compensatórios como “imposto de importação adicional”, trata-se, porém, como está aqui sendo visto, de uma impropriedade jurídica que uma nova regulamentação deve evitar.

42. Aliás, o nome que se dá a uma determinada obrigação, por ser nome de tributo, não a torna tributária se a sua natureza jurídica também não for tributária.

43. É o que estabelece o artigo 4.º, I, do CTN: “A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevante para qualificá-la” “a denominação e demais características formais adotadas pela lei”.

44. Assim, o simples fato da Res. CPA 1.227/87, ter qualificado os direitos anti-*dumping* e compensatórios como “imposto de importação adicional” não os transforma em efetivo imposto de importação adicional, já que não estão enquadrados efetivamente em tal figura jurídica.

45. Pode-se dizer, ademais, que os direitos anti-*dumping* e compensatórios constituem medidas de proteção econômica, que as partes contratantes, tendo ratificado o acordo estão autorizadas a estabelecer, desde que ocorram os pressupostos tipificados.

46. Percebe-se que o GATT não impõe às partes contratantes a adoção

das medidas, mas as autoriza; isto significa que fica ao critério do Estado contratante fazer ou não uso de tais medidas.

47. Trata-se, pois, de um ato da Administração Pública estatal resultante de uma avaliação prévia na qual se constata a existência ou não do *dumping* ou do subsídio e, havendo o *dumping* ou o subsídio, é tomada a decisão de impor os direitos anti-*dumping* ou compensatórios ou, apesar de haver a autorização, de não impô-los.

48. O ato da Administração, portanto, contém uma verificação (existência de “dumping” ou subsídio), uma avaliação econômica — em caso de *dumping* — (existência de dano ou ameaça de dano a indústria nacional) e uma eventual imposição (juízo de conveniência e oportunidade).

49. Um ato dessa natureza não tem o caráter de uma imposição tributária do tipo imposto, desde logo em virtude de sua afetação específica, que é corrigir uma distorção prejudicial à economia do país.

50. Poder-se-ia perguntar se não se está diante de uma contribuição de intervenção no domínio econômico (tributo afetado) prevista no art. 140 da CF, aqui também é registrada a falta da exigibilidade compulsória, em decorrência da qual um tributo, verificada a ocorrência do fato gerador, exclui qualquer tipo de juízo de conveniência e oportunidade, obrigando-se a Administração a cobrá-lo, como está visto adiante.

51. Com efeito, estabelece o artigo 3.º do CTN que “tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

52. Há aí um ponto evidente em que a imposição de direitos anti-*dumping* e compensatórios escapa da definição le-

gal de tributo a atividade de sua cobrança não é vinculada (muito menos plenamente vinculada).

53. Efetivamente, os direitos anti-*dumping* e compensatórios são cobrados através de atividade administrativa discricionária, que é exatamente oposta à atividade administrativa vinculada; há, com efeito, dois tipos de atividade administrativa: a vinculada e a discricionária.

54. A atividade administrativa vinculada, em se tratando de alguma forma de cobrança, é aquela que o Poder Público não pode deixar de fazer, sendo vinculado obrigatoriamente a tanto, tendo um único comportamento possível.

55. Maria Sylvia Zanella di Pietro esclarece que “se diz que o poder da administração é vinculado, porque a lei não deixou opções; ela estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração deve agir de tal ou qual forma” (*Direito Administrativo*, Atlas, S. Paulo, 1990, p. 161).

56. Já a atividade administrativa discricionária — que não deve ser confundida com a arbitrária, de que o direito não pode tratar — é aquela em que o Poder Público é livre para agir dentro dos limites legais, sendo certo que a norma que confere poder discricionário é aquela que diz que a autoridade pode (não deve) fazer algo.

57. É a mesma Maria Sylvia Zanella di Pietro que observa que “a atuação é discricionária quando a Administração, diante do fato concreto, tem a oportunidade de apreciá-lo, segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito” (ob. e p. cits.).

58. Esclarece Guillermo Cabanellas, ao analisar a lei argentina, que “la Autoridad de Aplicación no está jurídicamente constreñida a imponer derechos antidumping” (*El Dumping*, Ed. Heliasta, B. Aires, 1981, p. 74).

59. Ao falar da facultatividade (prevista na lei) da aplicação, pelas autoridades administrativas, dos direitos anti-*dumping*, Guillermo Cabanellas esclarece que “en este sentido, los derechos antidumping se distinguen de los derechos de importación, respecto de los cuales la autoridad encargada de su aplicación carece de facultades para decidir su no aplicación, una vez dados los extremos previstos en la legislación para ella” (ob. e p. cit.).

60. É esta exatamente a terminologia utilizada pelo item segundo do artigo VI do GATT, que estabelece que o Governo pode estabelecer direitos anti-*dumping*; pode, não deve; portanto, não há atividade administrativa plenamente vinculada, não se aplicando o art. 3.º do CTN — que, como ficou visto acima, contém o conceito de tributo — aos direitos anti-*dumping* e compensatórios.

61. Ademais, a aplicação dos direitos anti-*dumping* e compensatórios pode ser elidida por ato do próprio autor do *dumping* ou do subsídio, seja, no caso de *dumping*, por meio de um aumento espontâneo dos preços de modo a eliminar a distorção, seja, no caso de subsídio, por meio da pura e simples eliminação ou diminuição do subsídio.

62. Ora, tal possibilidade do sujeito passivo elidir a imposição de uma obrigação não existe no direito tributário, não se aplicando nem na hipótese de imposto nem na hipótese de contribuição.

63. Há, todavia, ainda outro argumento a eliminar qualquer tentativa de qualificar os direitos anti-*dumping* e compensatórios como tributários, que é o da uniformidade ou generalidade dos tributos.

64. Estabelece o art. 151, I, da CF, que “é vedado à União” “instituir tributo que não seja uniforme em todo território nacional (...)”.

65. Por sua vez, dispõe o art. 10 do CTN: “É vedado à União instituir tributo que não seja uniforme em todo o

território nacional, ou que importe distinção ou preferência em favor de determinado Estado ou Município”.

66. Há aí outra evidente razão para não se caracterizar os direitos anti-*dumping* e compensatórios como tributários, pois sua aplicação não pode ser uniforme, já que têm sempre por objetivo, em cada caso, a importação de determinado produto oriundo de determinado país.

67. Guillermo Cabanellas acentua a variabilidade — que ajuda ainda mais a afastar o pretense caráter tributário dos direitos anti-*dumping* e compensatórios — como uma das particularidades dos direitos anti-*dumping*.

68. Diz o referido autor: “Si bien puede argumentarse que los derechos de importación *ad valorem* también presentan un carácter variable, por cuanto su monto es función del valor de los productos importados sujetos a arancel, tal variabilidad se acentúa en el caso de los derechos antidumping, pues el número de parámetros a evaluar en cada caso sujeto ao pago de los mismos excede al de los demás supuestos en que se gravan, por distintos motivos, las importaciones que ingresan em nuestro país. Se agudiza asimismo este carácter variable por el hecho de que los importadores pueden obviar la aplicación de los derechos antidumping mediante la realización de operaciones a precios compatibles con los requisitos de la legislación que impone éstos. Desaparecido el *dumping* desaparecerán, en los casos sucesivos, los derechos antidumping” (ob. cit., p. 76).

2.2 Natureza jurídica dos direitos anti-*dumping* e compensatórios

69. Tendo restado claro que os direitos anti-*dumping* e compensatórios não têm natureza tributária, cumpre esclarecer qual a verdadeira natureza jurídica de tais direitos.

70. No Brasil, o único estudo conhecido a respeito da matéria é o de Aquiles Augusto Varanda que, dado o ineditismo, cumpre aqui transcrever:

“O direito anti-*dumping*, sem dúvida, é sanção, ou seja, medida tendente a assegurar a execução de regra de direito, especificamente da regra de direito que torna condenável o *dumping* que causa dano ou que ameaça causar dano a um ramo de produção nacional.

Quando o exportador deixa de observar a regra que veda a prática do *dumping* condenável, surge a coação ou sanção física na forma do direito anti-*dumping*, que é sanção que se concretiza pelo recurso à força que lhe empresta um órgão, nos limites e de conformidade com os fins do Direito.

O direito anti-*dumping* é sanção do tipo multa (...) (*A Disciplina do "Dumping" no Acordo Geral de Tarifas Aduaneiras e Comércio: Tipificação de um Delito num Tratado Internacional?*, S. Paulo, 1987, p. 142).

71. A colocação acima aludida, não obstante a coragem do pioneirismo, não pode ser aceita face à discricionariedade da aplicação dos direitos anti-*dumping* e compensatórios.

72. Com efeito, a aplicação dos direitos anti-*dumping* e compensatórios é discricionária, como foi visto acima: ora, se o *dumping* ou o subsídio forem considerados atos ilícitos, o Estado terá a obrigação — e não apenas a faculdade — de aplicar as penalidades correspondentes.

73. É evidente que ao ato ilícito não pode corresponder a aplicação de uma sanção facultativa, o que desde logo afasta a possibilidade de se caracterizar os direitos anti-*dumping* e compensatórios como sanções de atos ilícitos, já que se está diante de atuação discricionária do Poder Público.

74. Em seguida, constata-se que os direitos anti-*dumping* e compensatórios constituem proteção ou defesa contra a prática de *dumping* ou subsídio.

75. Expõe, a esse respeito, Ileana de Giovan: “Un procedimiento antidumping es un procedimiento especializado tendiente a compensar precios de importación inferiores a los precios que cobra el vendedor extranjero en su mercado interno.

De manera similar, un procedimiento de derechos compensatorios tiene por fin compensar una subvención extranjera de las importaciones.

En términos económicos, un derecho compensatorio es un gravamen a la importación impuesto por un país para sustraerse a los efectos de las subvenciones de otro país (...).

De esta manera, se entiende que una política “compensa” exactamente a la otra, o sea la neutraliza (...).

Asi pues, en la forma en que los economistas encaran normalmente estos asuntos, un derecho compensatorio es la inversa de una subvención, al igual que la liberación del comercio es la inversa de la protección” (*Derecho Internacional Económico*, Abeledo-Perrot, B. Aires, pp. 138 e 139).

76. Por sua vez dizem J. F. Beseler e A. N. Williams: “Anti-dumping and countervailing action is intended to remove the injury suffered by the domestic industry rather than to raise revenue or to penalise exporters because of their past pricing behavior. The Codes therefore provide that a proceeding may be suspended without the imposition of a definitive duty if a formal undertaking is given to eliminate the dumping or subsidiation or the injury caused” (*Anti-Dumping and Anti-Subsidy Law*, Sweet & Maxwell, Londres, 1986, pp. 212 e 213).

77. Para bem diferenciar os direitos anti-*dumping* e compensatórios dos tributos cobrados com relação às importações, dizem os mesmos autores: “Anti-dumping and countervailing duties are collected by the Member States when the product is entered for free circulation in the Community. The collection is

independent of customs duties, taxes and other charges normally imposed on imports, and anti-dumping and countervailing duties may still be applied even if the goods are entered free of any customs duty. They are collected at the same time as the customs duties, however, and are subject to the same rules for their collection" (ob. cit., pp. 233 e 234).

78. Temos assim que a cobrança dos direitos anti-*dumping* e compensatórios pode ser feita pela mesma autoridade que cobra os impostos de importação — ou por outra autoridade escolhida pelo governo interessado — sem que tal competência tenha influência na determinação da natureza jurídica dos direitos anti-*dumping* e compensatórios.

79. É possível dizer, em suma, que os direitos anti-*dumping* e compensatórios constituem conteúdo de normas de direito econômico internacional, que impõe ao produto exportado/importado condições de acesso ao mercado do país importador, que podem ser o pagamento dos direitos ou a assunção de obrigações por parte dos exportadores de eliminação do *dumping* ou do subsídio, tudo isso de modo que a comercialização seja condizente com o interesse global da economia.

80. Neste sentido, os direitos anti-*dumping* e compensatórios são distintos das meras imposições de direito administrativo, pois os atos impositivos e, em conseqüência, autorizativos emanam de órgãos eminentemente técnicos, revestidos de uma certa competência política e regulamentar (Modesto Carvalhosa, *Direito Econômico*, RT, S. Paulo, 1973, p. 290), visando inclusive imprimir uma direção racional correspondente ao programa socioeconômico estatal (Modesto Carvalhosa, ob. cit., p. 322), cuja premissa básica, até por força de disposição constitucional, está nos critérios da economicidade e da eficiência econômica dos agentes privados em termos de livre mercado e livre concorrência.

81. Em conclusão, a imposição dos direitos anti-*dumping* e compensatórios não constituem pena imposta ao importador, mas uma imposição para-tarifária de direito econômico internacional que reequilibra, para o mercado interno, um equilíbrio de competitividade rompido.

2.3 Retroatividade

82. Com isto fica também solucionada a questão da retroatividade, prevista no art. 11 do Código Anti-*dumping* e no art. 5.º do Código de Subsídios, mas cuja aplicabilidade era negada no Brasil em função da equivocada natureza tributária que era dada aos direitos anti-*dumping* e compensatórios.

83. Dentro do exame da natureza jurídica dos direitos anti-*dumping* e compensatórios, essa questão da retroatividade assume — ou, paradoxalmente, deixa de assumir — extraordinária importância, pois a aplicação do art. 11 do Código Anti-*dumping* e do art. 5.º do Código de Subsídios, embora prevista nos mencionados dispositivos, era deixada de lado pois a Res. CPA 1.227/87, ao declarar os direitos anti-*dumping* e compensatórios como imposto de importação adicional, e conseqüentemente matéria tributária, criava obstáculo intransponível para tal retroatividade.

84. Assim, com a consciente correção do equívoco — equívoco sim porque nem a lei prevê tal natureza tributária nem a natureza é efetivamente tributária, como ficou visto acima —, fica livre o aplicador da lei para, dentro do seu poder discricionário, aplicá-la com a retroatividade prevista e dentro dos limites estabelecidos na própria lei.

2.4 Cobrança dos direitos anti-*"dumping"* e compensatórios

85. A cobrança dos direitos anti-*dumping* e compensatórios pode eventualmente ser feita por um órgão criado

para esse fim; todavia, a criação de uma estrutura burocrática de cobrança acarretaria um ônus adicional e desnecessário para o Poder Público.

86. Tal cobrança pode ser feita pela mesma autoridade encarregada da cobrança dos impostos de importação, sem que com isso fique caracterizada a natureza tributária dos direitos anti-*dumping* e compensatórios.

87. Já existe claro e insofismável precedente jurisprudencial a concluir que a autoridade cobradora não influi na natureza jurídica do direito objeto de cobrança.

88. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, a partir de uma decisão pionei-

ra, relativamente à chamada contribuição social sobre o lucro, julgada constitucional por unanimidade, passou a refutar o argumento de que a cobrança pela autoridade fiscal seria caracterizadora da natureza tributária de tal contribuição, a exemplo do acórdão proferido no RE 144.662-6 (*DJU* de 6.11.92, p. 20.109).

3. Conclusão

89. Diante de tudo o que vai acima exposto, é forçoso concluir que os direitos anti-*dumping* e compensatórios têm natureza jurídica para-tarifária, não-tributária.

SOCIEDADE ANÔNIMA — Companhia fechada — Eleição de diretoria — Derrogação das normas contidas em acordo de acionistas para preenchimento de cargos de administração — Inadmissibilidade — Pacto elaborado na forma da lei, quando da constituição da sociedade — Ratificação quando da modificação da Lei das S/A sendo respeitado pelos acionistas.

Ementa oficial: Sendo a empresa, companhia fechada, é perfeitamente válido acordo de acionistas que indique a forma como serão preenchidos os cargos de administração, desde que tenha sido elaborado quando de sua constituição e arquivado na sede da empresa, com a publicidade do ato.

Assim sendo, o acordo de acionistas pactuado pelas partes, na forma prevista em lei, quando da formação da sociedade, ratificado quando da modificação da lei das sociedades anônimas, não há direito líquido e certo a ser amparado consistente em derogar normas contidas no acordo para eleição da diretoria da empresa.

Ap. 219.618-1/6 — 6.ª C. — J. 3.2.94 — rel. Des. Melo Colombi — RT 706/84.

ACÓRDÃO — Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 219.618-1/6, da comarca de Americana, em que são apelantes Polienka S/A e outra, sendo apelados Dov Orni e outro: Acordam em 6.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Trata-se de ação cautelar inominada, objetivando a condução e manutenção do autor Dov Orni, no cargo de Diretor Administrativo Financeiro da Polienka S/A, em respeito ao acordo de acionista existente.

A r. sentença, cujo relatório se adota (fls.), complementada pelo acolhimento dos embargos de declaração opostos (fls.), julgou procedente a ação, tornando definitiva a liminar concedida, a fim de que cumprisse as rés o acordo de acionistas e conduzido, por formal eleição, o autor ao cargo de Diretor Adminis-

trativo Financeiro da Polienka S/A, na próxima reunião do Conselho da Administração a se realizar a partir desta data, em atenção à indicação feita pelo grupo minoritário de acionistas.

Irresignadas, apelam as vencidas, ratificando, em suma, suas posições anteriores, aduzindo que: a decisão, ao tornar definitiva a liminar, estendeu-a indevidamente; o acordo de acionistas não obriga seus signatários; o grupo minoritário poderia indicar terceiras pessoas mas não os próprios acionistas para o cargo de direção; o grupo majoritário pode se opor à eleição de pessoa a quem falte qualidades profissionais ou que tenham interesses contra a Companhia; o autor é desprovido de qualidades para exercer o cargo, não estando os membros do Conselho da Administração obrigados a respeitar a decisão.

Recurso bem processado e respondido.

É o relatório.

Observa-se, preliminarmente, que o pedido de condução do recorrido ao cargo de Diretor Administrativo Financeiro foi formulado expressamente na ação cautelar e na ação principal, julgadas procedentes, inclusive com medida liminar concedida. Em consequência, a parte dispositiva da sentença está correta, nos limites do pedido.

No mérito, conforme restou assente, no MS 159.915-1/5, desta c. 6.ª C., ao examinar a questão controvertida, com trânsito em julgado:

“Efetivamente, sendo a empresa Polienka S/A, companhia fechada, é perfeitamente válido acordo de acionistas que indique a forma como serão preenchidos os cargos de administração, desde que tenha sido elaborado quando de sua constituição e arquivado na sede da empresa, com a publicidade do ato.

Na esteira do ensinamento doutrinário de Modesto Barros Carvalhosa (reproduzida a fls.) as companhias fechadas são aquelas que obtêm recursos de capital mediante subscrição de ações pelos próprios acionistas ou por um grupo restrito de pessoas, mediante o exercício do direito de preferência dos acionistas ou de contrato de participação acionária, celebrado com terceiros subscritores, previamente conhecidos. Assim, nos casos de financiamento da companhia pelos próprios acionistas ou por um

grupo previamente conhecido de terceiros subscritores, estes podem tutelar seus interesses no próprio âmbito contratual, dispensada a tutela pública.

A hipótese, se enquadra perfeitamente o caso em tela, uma vez que a impetrante Polienka S/A é companhia de capital fechado, tendo no ato de sua constituição os acionistas que a compuseram elaborado pacto, que vem sendo respeitado pelos envolvidos até pouco tempo atrás, ratificando na edição da Lei 6.404/76 e cuja validade ou nulidade não pode ser argüida, em face da regra inscrita no art. 118, da referida norma.

Na forma consignada (fls.): Ademais, e valendo-nos da lição de André Martins de Andrade (in *Anotações à Lei das Sociedades Anônimas*, Atlas, 1977, p. 130), os acordos de acionistas — o *voting trust* do direito norte-americano ou "sindicatos de voto" do direito continental europeu, foram acolhidos pela nova legislação societária dada a sua utilidade nas *joint ventures* ou como instrumento capaz de prevenir os males do controle preconstituído. A execução específica que lhe é atribuída permite que se exija da sociedade a execução do que estava previsto no acordo, ainda que os demais signatários tenham mudado de idéia a respeito da matéria objeto do acordo.

Em resumo: tendo o acordo de acionistas pactuado pelas partes, na forma prevista em lei, quando da formação da sociedade, ratificando quando da modificação da lei das sociedades anônimas, sendo respeitado pelos acionistas, não há direito líquido e certo a ser amparado consistente em derrogar as normas contidas no acordo para eleição da diretoria da empresa.

Ademais, não foram indicados os prejuízos irreparáveis à gestão da empresa, com a eventual eleição de um dos membros do grupo Feldon-Orni, ou mesmo, concretamente qual o tumulto da condução dos negócios sociais".

O acordo de acionistas, deve, pois, ser efetivamente cumprido.

Não há outrossim, nenhuma proibição legal, no sentido de que o próprio acionista Dov Orni possa ser indicado para exercer o cargo de Diretor Administrativo Financeiro. Além de acionista, observa-se que dito cidadão é fundador da Companhia, não havendo qualquer prova que demonstre inexperiência, incapacidade, improbidade ou qualquer conduta ameaçadora de eventual lesão patrimonial.

Por outro lado, não há como se ignorar o fato que o Conselho de Administração da Polienka S/A não é uma entidade autônoma,

possuindo forças próprias para ignorar o acordo de acionistas, especificamente em razão da própria natureza que lastreia a Companhia e circunstâncias que envolvem a empresa e seus próprios acionistas. Em consequência, o Conselho de Administração da empresa recorrida não possui direito autônomo oponível aos direitos dos sócios minoritários com força para vulnerar o acordo de acionistas. Dito Conselho não é mesmo parte na relação jurídica material que liga os acionistas convenientes e, por essa razão não poderia ser parte na presente relação jurídica processual, aliás, conforme ressaltado na resposta ao recurso.

Não sendo pois, bise-se, o Conselho de Administração da Polienka S/A uma entidade autônoma com poderes para descumprir o acordo de acionistas; não tendo o mesmo Conselho, direito autônomo oponível aos acionistas, não sendo o mesmo Conselho parte na relação jurídica material objeto desta ação — é consequência inarredável que dito Conselho não poderia ser parte na presente relação jurídica processual. Destarte, ainda que se pudesse ter o Conselho de Administração de Polienka S/A como um terceiro com interesse a ser atingido pela sentença, ainda assim sofreria os efeitos reflexos da decisão, sem poder a ela se opor, salientando-se o fato de serem caracterizados dos termos da ação (fls. — ação principal).

Isto posto, nega-se provimento ao recurso

O julgamento teve a participação dos Des. P. Costa Manso (pres. sem voto), Almeida Ribeiro e Reis Kuntz, com votos vencedores.

São Paulo, 3 de fevereiro de 1994 — MELO COLOMBI, relator.

COMENTÁRIO

HAROLDO MALHEIROS
DUCLERC VERÇOSA

Trata-se de decisão onde se discute a validade de acordo de acionistas celebrado para condicionar a forma de preenchimento de cargos de administração de sociedade anônima fechada.

Como se sabe, o acordo de acionistas é previsto no art. 118 da Lei das Sociedades Anônimas com as seguintes características: a) Quanto ao objeto —

Destinados a regular entre os signatários a compra e venda de suas ações, a preferência para adquiri-las, ou o exercício do direito de voto; b) Quanto à forma — Para que possam atingir certos efeitos legais, adiante enumerados, é preciso que os acordos vertentes sejam averbados nos livros de registro e nos certificados das ações dos participantes, se emitidos; c) Quanto aos efeitos — Uma vez averbados na forma acima, referidos acordos serão oponíveis a terceiros e comportarão execução específica, ficando, no caso das companhias abertas, proibida a venda das ações correspondentes em bolsa ou no mercado de balcão.

Como se sabe, esse instituto não era previsto na antiga legislação societária (Dec.-lei 2.627/40), mas era conhecido do nosso direito e nele utilizado em vista da permissão constitucional da liberdade das convenções, discutindo-se, todavia, sobre a possibilidade de se conseguir alcançar judicialmente a sua execução específica.

No caso em tela, verifica-se que o acordo de acionistas objeto da controvérsia ali noticiada havia sido celebrado no regime da lei acionária anterior e ratificado ao tempo da edição do texto atual, tendo sido arquivado na sede da empresa.

A recepção do acordo de acionistas de que se fala pelo novo texto legal seria juridicamente aceitável desde que ele se enquadrasse nas exigências ali estabelecidas. A esse respeito o aresto sob comento não é claro, pois somente diz que o documento correspondente havia sido arquivado na sede da empresa. Um simples “arquivamento” não teria sido suficiente para o fim em tela, pois a exigência da lei, ao tempo da ratificação feita pelos acionistas signatários, os deveria levar a providenciar, caso isso não tivesse sido feito, a sua averbação nos livros sociais adequados e nos cer-

tificados das ações que tivessem sido emitidos.

Tenha-se em conta, por outro lado, como já lembrado acima, que a lei diferencia entre as companhias abertas e as fechadas no tratamento desse instituto, apenas para proibir a venda dos títulos no caso destas últimas.

Assim sendo, a ementa do acórdão estaria induzindo o leitor em erro, pois ali se lê que, “sendo a empresa companhia fechada, é perfeitamente válido acordo que acionistas que indique como serão preenchidos os cargos de administração...”. Como visto, é indiferente para a validade do acordo seja a sociedade aberta ou fechada: o tratamento para ambas é idêntico. Por esse motivo, era inteiramente desnecessário, como fez o acórdão, referir-se aos ensinamentos doutrinários de Modesto Carvalhosa sobre a natureza das companhias fechadas e à forma pela qual levantam recursos para a realização do seu objeto social.

A decisão rechaçou corretamente as absurdas pretensões do grupo controlador, o qual alegou em apelação que: o acordo não obrigaria os seus signatários (entendendo-se que ele teria preenchido efetivamente as regras formais aplicáveis); o grupo minoritário poderia indicar terceiras pessoas, mas não os próprios acionistas para o cargo de direção; o grupo majoritário, através do Conselho de Administração, poderia se opor à eleição de pessoas a quem julgasse faltar qualidades profissionais ou que tivessem interesses contra a sociedade, sendo esse, segundo alegado, o caso do autor.

Como já lembrado, o acordo obriga os signatários e dá ensejo à execução específica, desde que preenchidas as formalidades previstas na legislação.

A lei é clara no art. 146, *caput* sobre o fato de poder ser eleita para a diretoria pessoa que seja ou não acionista.

O grupo majoritário, esteja ou não representado pelo Conselho de Administração não pode invadir a esfera interna das decisões dos participantes do acordo de acionistas, muito menos para decidir quem tem ou quem não tem condições para o preenchimento de cargos da diretoria.

O Conselho de Administração é órgão da sociedade e não tem poderes para representá-la em juízo, o que compete somente à diretoria (art. 144).

Dessa maneira, o acórdão ora comentado aplicou corretamente a legislação pertinente, com as ressalvas acima efetuadas.

São Paulo, dezembro de 1994.

NOTAS E COMENTÁRIOS

CARACTERIZAÇÃO DE CONDUTAS CONTRÁRIAS À ORDEM ECONÔMICA — NOTAS SOBRE A NOVA LEI ANTITRUSTE

PAULO SALVADOR FRONTINI

“Se o monopólio persistir, acabará tomando o leme do governo. Não tenho esperanças de ver o monopólio refrear-se por si mesmo. Se houver neste país, homens suficientemente poderosos para comprar o governo dos Estados Unidos, certamente irão fazê-lo.” Woodrow Wilson (28.º Presidente dos EUA — 1913-1921).

1. A Lei 8.884: ementa e alcance — 2. Revogada a lei de repressão ao abuso de poder econômico de 1962, assim como a Lei de defesa da concorrência — 3. Conteúdo administrativo e implicações processuais civis — 4. Breve histórico legislativo — 5. Ordem econômica e interesses difusos — 6. Efeitos processuais — 7. Caracterização das infrações à ordem econômica: “modelo aberto”: crítica — 8. Infrações que a lei desde já define: figuras típicas — 9. Legalização de condutas por prévia autorização do CADE — 10. Mercado relevante — Mercado irrelevante — 11. Reflexões finais.

1. A Lei 8.884: ementa e alcance

O *DOU* de 13.6.94 publicou a Lei 8.884, de 11 de junho precedente. Diz a ementa do citado diploma que “Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE — em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências”.

A ementa sugere, para o diploma em tela, dimensões menores do que aquelas que, inovadoramente, assume no cenário normativo da Nação.

Cuida-se, em verdade, de imprimir toda uma nova estrutura legal à assim chamada legislação antitruste. E tanto isso é verdade que, dentre suas cláusulas de encerramento, a nova lei, além de revogar (genericamente) as disposições em contrário, revogou expressamente a Lei 4.137/62, a Lei 8.158, de 8.1.91 e

a Lei 8.002, de 14.3.90, com a ressalva de que fica mantido o disposto no art. 36 da Lei 8.880 de 27.5.94.

2. Revogada a Lei de Repressão ao Abuso de Poder Econômico de 1962, assim como a Lei de Defesa da Concorrência de janeiro de 1991

É fácil compreender a amplitude da nova legislação, a partir desse dispositivo encerrativo: se a velha e titubeante Lei de 1962 (a seu turno filha da controvertida Lei Malaia — Dec.-lei 7.666/45 — ótimo pretexto para derrubada da ditadura do Estado Novo) desapareceu do ordenamento jurídico, e se a recente lei de defesa da concorrência teve o mesmo destino, é de se supor que o novel diploma veio cuidar dessa matéria, ou seja, muito mais do que dispor sobre a natureza jurídica do

CADE, dando-lhe *status* de Autarquia (como sugere a ementa), tratou de legislar sobre repressão ao abuso de poder econômico e sobre o quadro normativo da concorrência empresarial.

3. Conteúdo administrativo da lei e fortes implicações de processo civil

Desde logo, porém, é de todo interesse analisar a natureza da Lei 8.884. E é possível afirmar, à luz de seu texto, que o diploma em epígrafe não tem caráter penal. Não se trata, pois, de legislação penal, mas sim de diploma fundamentalmente de caráter administrativo, embora contenha, em seu bojo, algumas disposições de Direito Comercial (arts. 17 e 24, V), outras de caráter processual penal (art. 86) e — importantíssimo — sérias implicações processuais civis. Estas decorrem do fato de haver o legislador explicitado como “difuso” o interesse da sociedade civil por um bom e justo funcionamento do sistema produtivo (V. o art. 1.º, parágrafo único: “A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei”). No mesmo sentido, o art. 88, dando nova redação ao art. 1.º da Lei 7.347 — Lei da Ação Civil Pública — incluindo dentre os interesses por ela alcançados, autorizando responsabilização civil, os casos de “infração da ordem econômica”. Trata-se em resumo de lei sobremodo importante, eis que engloba a um só tempo o estatuto do poder econômico, a disciplina dos atos coletivos de concorrência desleal e dos atos indiretos de lesão ao consumidor.

São essas, na verdade, as diversas vertentes que necessariamente devem estar contidas numa lei antitruste. Em síntese, um novo esforço legislativo no sentido de estabelecer parâmetros normativos à atividade econômica, seja ela desenvolvida pela iniciativa privada, seja mesmo por entidades de direito público (art. 15).

4. Breve histórico legislativo

A legislação brasileira, nessa matéria, vem percorrendo trilhas variadas, que oscilam entre extremos, sem contudo alcançar o vero desiderato, ou seja, a decantada harmonia entre os diversos e enormes interesses presentes na cena econômica. De fato, o registro legislativo indica sucessivas preocupações com a economia popular, com a liberdade de concorrer e com a defesa do consumidor.

Assim que, no exterior, após a 1.ª Guerra Mundial e especialmente com o *New Deal* de Roosevelt, os ventos da política passaram a admitir a intervenção do Estado na economia, o legislador brasileiro (leia-se, o Poder Executivo no absolutismo do Estado Novo) brindou-nos com o Dec.-lei 869 de 18.11.38 (“Define os crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego”).

O assunto era tão sério, que o julgamento desses crimes dar-se-ia perante o Tribunal de Segurança Nacional! Ficava aberta a senda da persecução penal nessa angustiante seara, pois, lembrando palavras de Nelson Hungria, “o Dec.-lei 869 considera crime contra a economia popular todo fato que represente um dano efetivo ou potencial ao patrimônio de um indefinido número de pessoas”. E aduzia, mais, que as entidades criminais então definidas podiam ser classificadas como sendo monopólios, artifícios, fraudes e abusos contra a economia popular e a usura (*Dos crimes contra a economia popular*, Ed. Jacintho, Rio, 1939, p. 16).

Em 1945, ensaiou-se a adoção de novo caminho. Nesse ano, através do Dec.-lei 7.666, de 22.06, inaugurou-se a vertente administrativa de combate a “atos contrários à ordem moral e econômica”. Era a Lei Malaia do então Ministro da Justiça Agamenon Magalhães. Surgia um novo órgão administrativo, a CADE (Comissão Administra-

tiva de Defesa Econômica) que, agindo no âmbito do poder de polícia, fora de esfera penal, podia chegar ao extremo de determinar e executar a intervenção em empresas. E o pressuposto para tal seria a ocorrência de ajustes ou acordos entre empresas e grupos, tendo por efeito “elevar o preço de venda dos respectivos produtos”, “restringir ou suprimir a liberdade de outras empresas” ou “influenciar no mercado de modo favorável ao estabelecimento de um monopólio, ainda que regional” (art. 1.º). O texto expraiava-se por outras configurações, mas a grita dos interessados foi tanta que a “Lei Malaia” foi revogada no mesmo ano, dias após a destituição de Getúlio Vargas. Na bibliografia histórica, aliás, há o registro de que o Dec.-lei 7.666 ajudou a derrubar Vargas do poder (Muniz Bandeira, *Presença dos Estados Unidos no Brasil*).

Ainda em 1945, o Dec.-lei 7.903 de 27.8 — Código da Propriedade Industrial — descrevia a figura penal dos “crimes de concorrência desleal” (art. 178), em preceito que, acima de tudo, busca defender a lealdade entre concorrentes e evitar a enganação de consumidores. Essa norma penal continua em vigor, sucessivamente ressalvada pela legislação de propriedade industrial que se seguiu. E, claro, autoriza correlata reparação civil de danos. Inserem-se nessa legislação as normas de contenção aos atos individuais de concorrência desleal.

O esforço do legislador prosseguiu no tempo, talvez porque, com maior intensidade, a crise econômica agigantou-se e ganhou as dimensões atuais.

A Lei de Crimes contra a Economia Popular (Lei 1.521, de 26.12.51) deu nova roupagem ao figurino de 1938, revogando o Dec.-lei 869. Subsistiram, como figuras penais, as manobras destinadas a provocar a alta de preços, e os ajustes, convênios, fusão de capitais,

aptos a impedir ou dificultar a concorrência, “para o efeito de aumento arbitrário de lucros” (art. 3.º, III). Outros preceitos cuidam de condutas apenas porque visam dificultar ou impedir a concorrência ou provocar a alta de preços ou a dominação do mercado (art. 3.º, II, IV, V e VIII).

Em 1962, pela Lei 4.137 de 10.9.62, foi regulada a repressão ao abuso do poder econômico. Ressurgiu a sigla CADE, agora como Conselho Administrativo de Defesa Econômica, e com ele o tratamento administrativo das formas de abuso de poder econômico, com os clássicos contornos de dominação dos mercados, eliminação da concorrência, elevação injustificada de preços, condições monopolísticas, especulação abusiva de preços, formação de grupos econômicos e concorrência desleal (art. 2.º) (sobre os antecedentes da Lei 4.137, v. Alberto Venancio Filho, “Abuso do Poder Econômico”, in *Digesto Econômico*, 173/68).

Operando em regime de auto-executoriedade, sob impulso de ofício, o CADE poderia determinar a cessação de atos de abuso de poder econômico, ou promover em Juízo a execução de suas deliberações, impondo multas ou pleiteando a intervenção judicial na empresa responsável.

Modestos foram os resultados da atuação do CADE, até porque, de 1964 a 1985, no quadro jurídico dos Atos Institucionais — regime militar — sob o império do chamado “milagre brasileiro”, ou sob o impacto da “crise do petróleo” e do impasse da dívida externa e da moratória, parece que inexistiam condições sociopolíticas de combater o poder econômico. Em nossas pesquisas, registramos, como relevante, o episódio chamado “Guerra das Garrafas”, sobre o qual escrevemos na *RDM* 13/133 e *RDE* 5/51.

Expressivo no plano da deliberação administrativa do CADE, o episódio

diluiu-se quando levado aos Tribunais, desaparecendo sem maiores vestígios.

Mais, recentemente, as Leis 7.347 (24.7.85), 8.078 (11.9.90), 8.137 (27.12.90) e 8.158 (8.1.91), cuidando respectivamente da ação civil pública por (dentre outros) danos ao consumidor, da proteção do consumidor (Código de Defesa do Consumidor), dos crimes contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo e a defesa da concorrência ampliaram o leque de dispositivos processuais, comerciais, penais e administrativos, todos, em resumo, estabelecendo comandos de intervenção oficial na economia. Todos expressando, em síntese, nobres intentos de corrigir no plano do Direito distorções econômicas profundas inerentes à natureza estrutural das relações de produção, distribuição e consumo da riqueza no Brasil.

5. Ordem econômica e interesses difusos

Nesse conjunto, dignas de relevo são as Leis 7.347 — conhecida como Lei da Ação Civil Pública — e 8.078 — Código de Defesa do Consumidor — eis que aceleraram a introdução do Brasil na chamada “terceira geração dos direitos do homem”, aquela que, no plano dos direitos sociais, consagra novos valores (bem-estar, meio-ambiente, igualdade não apenas formal etc. (efetivando-os através de adequadas garantias (N. Bobbio, *A Era dos Direitos*, Rio, 1992, Ed. Campus, pp. 25 e ss.).

Ora, a Lei 7.347, criando a ação civil pública e instituindo legitimação processual aos interesses difusos, viabilizou, por via de acesso aos tribunais, a garantia de efetivação de valores e interesses até então desprotegidos na prática. Dentre esses valores, despontou a responsabilidade civil por danos causados ao consumidor (art. 1.º, II). Foi, sem dúvida, uma lei criada em favor do acesso judicial da cidadania aos Tribu-

nais, via entidades civis, ou via Ministério Público, órgão vocacionado à função de patrono judicial da coletividade, função que historicamente exerceu e exerce no processo penal, e passou, desde então, a exercer no processo civil.

Já a Lei 8.078 — Código de Defesa do Consumidor — normatizou, com feição tutelar, as relações de consumo, proclamando, desde logo, a vulnerabilidade do consumidor no mercado (art. 4.º, I). Além da ação civil pública, cujo âmbito ampliou (art. 110), criou outros mecanismos processuais e negociais de tutela do consumidor (ação civil coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos — art. 91 — ação civil para compelir o Poder Público e adotar certas providências — art. 102 — e convenção coletiva de consumo — art. 107).

6. Efeitos processuais da Lei 8.884

Ora, atingido esse estágio legislativo, não era difícil inferir o óbvio, ou seja, que há um interesse difuso da coletividade de que a ordem econômica seja praticada corretamente, tanto no plano formal, como no substancial, assim pelos empresários, como pelo poder público.

De resto, não seria difícil inferir, também, como o fizera Comparato, que a disciplina da concorrência empresarial justifica-se, em suma, na busca da melhor solução econômica para o destinatário final da atividade econômica, que é o público consumidor (“Concorrência Desleal”, in *RT* 375/30).

Pois foi essa uma das principais inovações da Lei 8.884, cujo art. 1.º (já citado, retro, n. 2) e cujo art. 88 colocam expressamente no rol dos interesses difusos o direito à reparação de danos causados “por infração da ordem econômica”. E cuidou de legitimar processualmente as associações civis que tenham por objeto a proteção à livre

concorrência, já que a coletividade é titular dos bens jurídicos por essa lei protegidos.

Por este raciocínio, conclue-se que a Lei 8.884 cria um novo espaço para questionamentos judiciais.

Com efeito, a par das iniciativas processuais de alçada do CADE, representado por sua Procuradoria-Geral (art. 10, I, II e III), ajuizando, como título executivo extrajudicial, as decisões finais de Autarquia impondo multa ou obrigação de fazer ou não fazer, ou a intervenção na empresa (Título VIII, arts. 60 a 78), haverá outros níveis de contraditório processual, quer via ações civis públicas (há legitimação expressa de MP federal, além das entidades civis), quer através de ações, cautelares ou principais, mandados de segurança, etc., que as empresas por certo impetrarão.

Disso resulta que, embora instância final no âmbito administrativo (art. 50), as decisões do CADE ficam sujeitas ao crivo da Justiça Federal (art. 64), podendo-se prever a carga processual que por aí se avizinha. Essa evidência, coerente com o Estado de Direito, induz a outras conclusões quanto ao grau de ansiedade crescente em que, na sociedade moderna, se desenvolvem as relações econômicas.

Infindáveis serão os debates jurídicos, processuais e extraprocessuais, em cima de dispositivos que tentam disciplinar a competição entre empresários, máxime considerando-se que a própria lei afirma que a conquista de mercado, por processo natural e via maior eficiência, não caracteriza a figura denominada "dominação de mercado relevante de bens ou serviços", uma das infrações contra a ordem econômica (art. 20, § 1.º).

7. Caracterização das infrações à ordem econômica

Cabe a esta altura entrar na questão central dessa temática, que diz respeito

à essência da Lei 8.884, ou seja, às infrações da ordem econômica e sua caracterização.

Valeu-se, o legislador, de fórmula genérica de amplo espectro, afirmando constituírem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir como efeito, a limitação, o falseamento ou prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa; a dominação de mercado relevante de bens e serviços; o aumento arbitrário de lucros; o exercício abusivo de posição dominante (art. 20). É um "modelo aberto" de infração.

Ressalvou-se que a conquista de mercado, por processo natural fundado em maior eficiência não caracteriza a infração denominada "dominação de mercado" e explicitou-se que "posição dominante" é o controle de parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou de sua tecnologia (art. 20, § 2.º), presumida como substancial a parcela de mercado que represente a ordem de 30% (art. 20, § 3.º). A MP 542 reduziu esse índice a 20%, art. 55).

Problemática nos parece a ampla generalização do conceito de infração, da ordem econômica. A Lei 8.884 cuida de prevenção e repressão de infrações. Face a esse feito, que o legislador lhe imprimiu é uma lei proibitiva, que restringe direitos e sanciona, com penalidades, condutas consideradas infracionais. Pode uma lei desse tipo estabelecer como infração algo vago e genérico como sugere a redação do art. 20 ao falar em "atos sob qualquer forma manifestados"?

Seria legal e constitucional, em lei proibitiva, deixar assim em aberto os contornos do que é infração à ordem econômica?

É bom lembrar que, pela tradição constitucional do Brasil, existe o direito

à livre iniciativa, ou seja, qualquer cidadão tem o direito constitucional de tornar-se empresário. Na atual Constituição, esse texto é expresso (art. 170, parágrafo único: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”).

Por outro lado, todas Constituições brasileiras sempre afirmaram, como a atual, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5.º, II). Ora, se a lei, como no caso, não é precisa nos contornos de sua proibição, valendo-se de termos genéricos, a conclusão a extrair, em primeiro lugar, é de que os particulares (pessoas físicas ou jurídicas) podem em princípio praticar ações cujo eventual enquadramento em texto proibitivo depende de interpretação subjetiva. Outra conclusão a extrair, em segundo lugar, é de que essa imprecisão de contornos transferirá ao Poder Judiciário a atribuição de dizer a palavra final sobre se determinada conduta constitui, ou não, infração à ordem econômica.

Isto significa que, pela imprecisão de contornos da infração, o controle jurisdicional dos atos administrativos do CADE acabará, na prática, indo além de seu âmbito clássico. Esse âmbito, como sabemos, face à separação dos Poderes da República, é a aferição da legalidade pelo Judiciário dos atos dos outros Poderes. Mas, se a lei não descreve com precisão o que é legal e ilegal, tudo passando a depender de interpretação subjetiva, o controle da legalidade acaba se confundindo com o mérito do ato administrativo. Em síntese, o Judiciário, após longa tramitação processual, dirá em última instância se certo ato por qualquer forma manifestado produziu efeito caracterizador de infração à ordem econômica.

Fácil é perceber como a tentação legislativa de elaborar uma lei ampla,

apta a alcançar qualquer situação, gera o efeito contrário de transferir sua efetiva aplicação à alçada de outro poder, este sem qualquer atribuição relacionada com a condução da política econômica. Invocando o já citado Alberto Venâncio Filho (ob. cit. p. 79) “nessa matéria, como disse Ascarelli, é preferível pecar por falta e não por excesso”. Mais do que essa dificuldade, porém, urge considerar que o sucesso empresarial, calcando-se fortemente na criatividade e na ousadia, sempre se revelou mais ágil do que a aplicação da lei ou a atuação de órgãos administrativos. À luz dessa experiência, há que temer-se o mal maior, tornar-se a lei letra morta, cair em desuso, ficar desacreditada, como inequivocamente aconteceu com a Lei 4.137.

8. Infrações que a lei desde já define

Cabe analisar as hipóteses de condutas que, expressamente, caracterizam infração da ordem econômica. Elas despontam ao longo dos vinte e quatro incisos em que se desdobra o art. 21 da Lei 8.884. Parece-nos cabível tentar uma sistematização dessas 24 condutas, agrupando-as por características comuns.

Assim sendo, quando ao preço, anotam-se os incs. I, VIII, IX, XI, XII, XVIII e XXIV. Estão proibidos os acordos de preço entre concorrentes, no mercado ou para fins de concorrência pública (melhor diria o legislador se falasse em licitação); provocar por meios enganosos a oscilação de preços; impor, no comércio, a distribuidores, varejistas e representantes condições de preço e de comercialização nos negócios destes com terceiros; discriminar preços entre adquirentes ou fornecedores, fixando-os diferenciadamente; vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo e impor preços excessivos ou aumentar sem justa causa o preço de

bem ou de serviço. Nestas hipóteses, o legislador pretende coibir condutas que evitem a fixação natural dos preços pelos mecanismos normais do mercado. A tônica dessas figuras repressivas é o preço, mas o pressuposto fático para manipulá-los artificialmente é a detenção de poder econômico por parte da empresa infratora. Com efeito, somente quem detiver poder econômico, ou seja, condições de impor seus preços contrariando e sobrepondo-se aos mecanismos naturais do mercado, terá aptidão para cometer as infrações acima elencadas (Carvalhosa, *Poder Econômico*, RT, 1967, p. 2).

Outros incisos do art. 21 concentram sua preocupação no objetivo de impedir a formação ou atuação de cartéis na economia. É o que desponta nos ns. II, III, VIII e X, incisos em que se sancionam a conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; a divisão de mercados entre concorrentes; a combinação prévia de preços nas licitações e a dominação tecnológica do mercado. Essa é a forma de atuação, mas o resultado sempre se destinará ao mesmo efeito, ou seja, obtenção de preços artificiais e de volume de lucros que resulta não das forças naturais do mercado, mas da vontade (arbítrio) dos agentes econômicos que assim operam.

Por outro lado, os incs. IV, V, XIV, XV, XVI, XVIII, XX, XXI e XXII do art. 21 centram sua atenção no que se pode chamar abuso de poder. São figuras que aparecem porque a empresa infratora dispõe de excepcional posição de ascendência econômica, de tal forma que pode limitar ou bloquear a entrada de concorrentes no mercado; ou embaraçar sua constituição e funcionamento; ou impor cláusulas e condições injustificáveis para dar continuidade a relações comerciais de prazo indeterminado; contingenciar insumos, semi-acabados ou equipamentos destinados à produ-

ção (restrições à ampliação da oferta), bloquear o exercício de direitos de propriedade industrial ou intelectual (os direitos de tecnologia, também referidos no inciso, entram no âmbito da propriedade industrial); praticar o *dumping* (venda por preço abaixo do custo); redução em grande escala ou supressão da produção (limitação à oferta) inclusive mediante cessação parcial ou total da atividade da empresa, sem justa causa comprovada ou, por fim, reter bens de produção ou de consumo.

O traço marcante, que se enxerga nessas hipóteses, é a aptidão do infrator para restringir ou impedir a existência de maior oferta de bens e serviços ao mercado, o que, obviamente, afeta os preços, e sugere maiores lucros.

Finalmente, os incs. VII (exclusividade para divulgação de publicidade), XIII (recusa discriminatória de venda de bens ou de prestação de serviços) e XXIII (exigência de "venda casada") refletem preocupação prioritária do legislador para o consumidor, defendendo-o em circunstâncias em que sobre ele recai a ação de agente econômico que estará preocupado em exagerar artificialmente seus lucros.

Vale observar, por derradeiro, quanto à infração descrita no n. XXIV do art. 21 (impor preços excessivos ou aumentá-los injustificadamente) que a Lei 8.880, de 27.5.94 (anterior à Lei 8.884) concede poderes e critérios ao Ministério da Fazenda para indentificar as causas de distorções que geram aumentos abusivos de preços em setores de alta concentração econômica, ou quanto a preços públicos e tarifas, servindo como parâmetro a média desses preços, em URV, dos meses de setembro a dezembro de 1993. Esse dispositivo foi expressamente mantido em vigor pela Lei 8.884 (art. 92). Se o aumento não for justificado, ou se a justificação não for

aceita, cabe ao citado Ministério, através da Secretaria de Política Econômica, representar ao Ministério da Justiça (Secretaria de Direito Econômico) para fins de instauração de processo administrativo, conforme dispõe o art. 8.º da MP 553 de 12.7.94.

Eis aí o elenco, em breve enunciação, das condutas que se caracterizam como contrárias à ordem econômica.

Não se pode, porém, e em qualquer caso, perder de vista que essas condutas assumem relevância, como infrações à ordem econômica, se delas resultar, como efeito, ou tenham por objeto, limitar, falsear ou prejudicar a livre concorrência, ou dominar mercado relevante, ou exercer abusivamente posição dominante ou aumentar arbitrariamente os lucros (art. 20, I a IV).

9. Legalização de condutas por prévia autorização do CADE

Mesmo com essa elástica previsão de condutas ilícitas à ordem econômica, a Lei 8.884 abriu flanco a que sejam elas consideradas lícitas. É o que resulta do art. 54, pelo qual o CADE pode autorizar atos que sob qualquer forma possam limitar a concorrência ou gerar dominação de mercados relevantes.

Imprescindível será que tudo se solicite previamente, à Autarquia, demonstrando que haverá ganhos em produtividade, qualidade, eficiência e desenvolvimento tecnológico, com equitativa distribuição dos benefícios entre os seus participantes e os consumidores. E, mais, que permaneçam as concorrentes presentes em parte substancial do mercado de bens ou serviços (art. 54, § 1.º).

Vale dizer, mediante alvará administrativo do plenário do CADE (art. 7.º, XII) podem ser autorizados, mediante pedido expresso, atos que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência ou

acarretar dominação de mercado relevante (art. 54).

10. Mercado relevante e irrelevante

Outro tópico em aberto é o referente ao conceito de mercado relevante, sobre o qual, s.m.j., a lei se omite. Quer dizer que a doutrina e os pretórios deverão lapidar a noção de mercado relevante, sujeito à lei, e mercado irrelevante, excluído do âmbito desta (vale observar que a noção de posição dominante mereceu caracterização expressa, art. 20, § 2.º).

Creemos que a doutrina e os pretórios caminharão no sentido de considerar que o mercado é irrelevante quando não tem — cumulativamente — nem expressão como volume de negócios (v.g., o faturamento dos agentes econômicos no setor é insignificante) nem expressão social de vulto (v.g. os produtos ou serviços negociados são voluptuários).

Por ora, entretanto, esses conceitos não estão assentados nem em termos legais, pois a MP 542, de 30.6.94, sobre regras para emissão da moeda Real, diminuiu para 20% a fração de mercado caracterizadora de dominação relevante e permitiu que o CADE altere esse percentual em áreas específicas (art. 55).

11. Reflexões finais

As figuras infracionais descritas nos 24 incisos do art. 21 são muito expressivas e bastante nítidas escapando do subjetivismo do enunciado geral do art. 20, retrocriticado. Permitem-nos assim concluir que, se houver vontade política, a Lei 8.884 poderá revelar-se útil ao país.

Como a nação vem sinalizando reações contra uma tradição legislativa, nessa área, de marcadas decepções, e

uma herança cultural de absentéismo cívico, é cabível dizer que a sociedade civil está dotada, hoje, de razoável instrumental normativo para fazer valer seus superiores e inalienáveis interesses. Pois, como ensina Miguel Reale, no Estado Moderno as funções deste devem

ter “como centro de referências o primado da sociedade civil sobre as estruturas burocráticas” (*Nova fase do Direito Moderno*, Saraiva, 1990, p. 118).

Esse o desafio que se coloca.

Vamos crer seja o repto vencido pela nação brasileira.

ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO

B

Bolívar Moura Rocha — O novo perfil da dívida externa brasileira 46

C

Caracterização de condutas contrárias à ordem econômica — Notas sobre a nova Lei antitruste — Paulo Salvador Frontini 101

Celso Barbi Filho — Contratação entre a sociedade por cotas de responsabilidade limitada e seu próprio administrador 5

Compensações múltiplas ("Nettings") nos "Swaps" e "Derivatives" internacionais (Das) — Sílvio H. Yanagawa 58

Contratação entre a sociedade por cotas de responsabilidade limitada e seu próprio administrador — Celso Barbi Filho 5

D

Direitos anti-"dumping" e compensatórios: sua natureza jurídica e conseqüências de tal caracterização — Tércio Sampaio Ferraz Júnior, José del Chiaro Ferreira da Rosa e Mauro Grinberg 87

F

Fábio Konder Comparato — Reflexões sobre a dissolução judicial de sociedade anônima por impossibilidade de preenchimento do fim social ... 67

H

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa — Sociedade anônima — Companhia fechada — Elcição de diretoria — Derrogação das normas contidas em acordo de acionistas para preenchimento de cargos de administração 97

J

João Baptista Morello Netto — O registro público de empresas mercantis e atividades afins — Lei 8.934, de 18.11.94 73

José del Chiaro Ferreira da Rosa, Tércio Sampaio Ferraz Júnior e Mauro Grinberg — Direitos anti-"dumping" e compensatórios: sua natureza jurídica e conseqüências de tal caracterização 87

L

Lei 7.958, de 20.12.89, e o direito de retirada dos acionistas dissidentes (A) — Modesto Carvalhosa 21

Luiz Carlos Sturzenegger — A propósito da polêmica em torno do art. 38 da Lei 8.880/94 28

M

Mauro Grinberg, Tércio Sampaio Ferraz Júnior e José del Chiaro Ferreira da Rosa — Direitos anti-"dumping" e compensatórios: sua natureza jurídica e conseqüências de tal caracterização 87

Modesto Carvalhosa — A Lei 7.958, de 20.12.89, e o direito de retirada dos acionistas dissidentes 21

N

Novo perfil da dívida externa brasileira (O) — Bolívar Moura Rocha 46

P

Paulo Salvador Frontini — Caracterização de condutas contrárias à ordem econômica — Notas sobre a nova Lei antitruste 101

Propósito da polêmica em torno do art. 38 da Lei 8.880/94 (A) — Luiz Carlos Sturzenegger 28

R

Reflexões sobre a dissolução judicial de sociedade anônima por impossibilidade de preenchimento do fim social — Fábio Konder Comparato 67

Registro público de empresas mercantis e atividades afins — Lei 8.934, de 18.11.94 (O) — João Baptista Morrello Netto 73

S

Silvio H. Yanagawa — Das compensações múltiplas (“Nettings”) nos “Swaps” e “Derivates” internacionais 58

Sociedade anônima — Companhia fechada — Eleição de diretoria — Derrogação das normas contidas em acordo de acionistas para preenchimento de cargos de administração — Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa 97

T

Tércio Sampaio Ferraz Júnior, José del Chiaro Ferreira da Rosa e Mauro Grinberg — Direitos anti-“dumping” e compensatórios: sua natureza jurídica e conseqüências de tal caracterização 87