

*Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito*

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

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

Edição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Fundador:

WALDEMAR FERREIRA

Diretor:

PHILOMENO J. DA COSTA

Diretor Executivo:

FÁBIO KONDER COMPARATO

Coordenador:

WALDIRIO BULGARELLI

Redatores:

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

Edição e distribuição da

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Rua Conde do Pinhal, 80 — 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 CIBANE

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

DOUTRINA

- Computação de dados. Conceitos fundamentais — Antônio Chaves	5
- L'endettement et les nouvelles perspectives de la conversion de la dette en investissements al'heure des privatisations et du plan Brady: l'experience brésilienne — Arnaldo Wald e Isabella Soares Micali	15
- Mandato assecuratório. Invalidez — Sérgio Sérvulo da Cunha	31
- Anotações sobre o acordo de cotistas — Waldirio Bulgarelli	44

ATUALIDADES

- O espírito empresarial, a empresa e a reforma constitucional — Arnaldo Wald ...	51
- A urgente reforma da Lei 6.385/76 — Nelson Eizirik	58
- Responsabilidade do fabricante pelo fato do produto e do serviço — José Júlio Borges da Fonseca	63

JURISPRUDÊNCIA

- Lei 7.958, de 20 de dezembro de 1989 (Lei Lobão) — Maria Lucia de Araujo Cintra	79
---	----

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- Contrato com pessoa a declarar — Antônio Chaves	85
---	----

NOTICIÁRIO

- Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli	87
---	----

ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO	95
-----------------------------------	----

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO

ANTÔNIO CHAVES

Professor Catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

ARNOLDO WALD

Advogado em São Paulo e Paris; Professor Catedrático de Direito Civil da UERJ; Presidente do grupo brasileiro da Association Henri Capitant; Ex-Presidente da Comissão de Valores Mobiliários — CVM; Ex-Membro do Conselho Monetário Nacional.

ISABELLA SOARES MICALI

Advogada em São Paulo e Paris; Mestre em Direito pela London School of Economics; Doutora em Direito pela Universidade de Paris I (Panthéon-Sorbonne).

JOSÉ JÚLIO BORGES DA FONSECA

Advogado em São Paulo.

MARIA LUCIA DE ARAÚJO CINTRA

Advogada em São Paulo.

NELSON EIZIRIK

Advogado no Rio de Janeiro; Ex-Diretor da Comissão de Valores Mobiliários — CVM.

SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA

Advogado em Santos (SP).

WALDIRIO BULGARELLI

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

COMPUTAÇÃO DE DADOS
CONCEITOS FUNDAMENTAIS

ANTÔNIO CHAVES

Professor do curso de pós-graduação das Faculdades Metropolitanas
Unidas e da Faculdade de Direito da USP

1. Apanhado histórico. Importância — 2. Conceitos fundamentais — 3. Cópia autorizada. *Shareware* — 4. Os sistemas expertos e outros sistemas de inteligência artificial — 5. O *software* é uma criação intelectual.

1. Apanhado histórico. Importância

“O sábio francês Blas Pascal criou em 1640 a primeira máquina de calcular — a “pasqualina” com rodas dentadas. Há mais de quatro séculos, o matemático escocês John Napier idealizou um sistema de varetas graduadas e numeradas que permitia multiplicar e dividir mediante um processo de somas e diminuições (logaritmos), usado mais tarde nas calculadoras.

Durante os séculos 18 e 19, muitos projetos de máquinas aritméticas foram desenvolvidos mas não tiveram aplicação comercial porque não existiam técnicas industriais. Uma rara exceção foi a máquina de calcular criada e produzida em 1820 pelo francês Thomas de Colmar”.

Mas o primeiro computador do mundo foi idealizado em 1847 pelo matemático inglês Charles Babbage (1791-1871), que dedicou a maior parte de sua vida à criação de máquinas para solucionar problemas aritméticos: a *Difference Engine Number 2*, que desenhou mas não conseguiu materializar por falta de recursos financeiros e de instrumentos apropriados.

Suas máquinas foram planejadas para usar cartões perfurados, elas eram

equipadas com um depósito (memória), processador, engrenagens e alavancas responsáveis pela transmissão dos dados. Sua idéia de registrar as operações aritméticas em cartões perfurados foi utilizada em computadores mais de um século depois.

Os projetos de Babbage já apresentavam a maioria das características dos atuais computadores eletrônicos e inspiraram a construção de máquinas menos ambiciosas.

Técnicos do Museu de Ciências de Londres resolveram montar o computador para ser apresentado em julho de 1991, na inauguração da exposição sobre Babbage e sua obra, em comemoração ao bicentenário de seu nascimento: 4 mil peças, 1,80 metro de altura e três toneladas de peso.

O diretor de Informática do Museu de Ciências de Londres, Doran Swade, explicou que a instituição usou os desenhos e muitas peças originais para construir a máquina. “É uma excelente oportunidade para lembrar a história da informática”.

Foi pouco antes da década de 50 que surgiu o primeiro enorme, pesadíssimo, caríssimo e desajeitado computador: o Eniac, que funcionava por meio de 18 mil válvulas de 16 tipos diferentes, tinha

30 metros de largura por três de altura, e consumia 140 kws de energia.

A medida que a técnica foi avançando, foi minguando seu tamanho e, conseqüentemente seu preço e aumentando sua expansão, a ponto de grande número de pessoas dispor hoje de mais de um. Dos dois milhões de computadores que, calcula-se, tenham sido fabricados em 1976, no mundo inteiro, passamos, quatro anos apenas depois, para 100 milhões, correspondendo ao valor de 6 bilhões de dólares, com um aumento estimado de 35% ao ano, calculando-se que, até 1990, haveria 200 milhões.

No Brasil o número de profissionais de nível superior empregados pela indústria na área de hardware e de software, passou de 1.083 em 1982 para 2.623 em 1985, absorvendo, em pesquisa e desenvolvimento, quase 7 milhões de dólares os investimentos nessa ocasião aplicados pelos 64 fabricantes existentes no país.

Nos EUA, somente a IBM, já em 1977 investia quase 2 bilhões de dólares unicamente no setor da pesquisa e desenvolvimento.

Mas a importância dos microprocessadores não se calcula apenas em termos econômicos: sobreleva, em muito, o plano cultural, técnico e estratégico, pela facilidade da compilação, armazenamento e elaboração de dados, a ponto de todas as bibliotecas, não só de um país, mas do mundo inteiro poderem ser contidas na memória de um computador, e postas a disposição dos interessados por meio de terminais telefônicos, pelo rádio e por satélites, instantaneamente.

Analisa Giovanni Giacobbe, *Supunti e Riflessioni sul rapporto tra diritto e informatica*, "Il Diritto di Autore", n. 1, jan.-mar. 1987, pp. 8-22, os efeitos desse aparelho singular, que tomando como ponto de partida as funções do intelecto humano, tem a tendência de

levá-las às conseqüências extremas, superando as próprias dificuldades da inteligência, impossibilitada de alcançar num contexto definido de tempo uma multiplicidade de situações.

O fato que o homem não pode mais dispensar o diálogo com o computador, se pode ter significação no âmbito individual da posição de cada um que o utiliza, tem certamente uma significação mais complexa no plano das relações sociais, quando o uso da máquina se torna um instrumento essencial da convivência social.

Documento preparado pelo Bureau Internacional da OMPI, apresentado no simpósio por ela preparado a respeito do impacto da tecnologia digital nos direitos de autor e conexos, que teve lugar de 31.3 a 2.4.1993 na Universidade de Harvard, Cambridge (Massachusetts), EUA, encarece que a tecnologia digital está se estendendo em novos e freqüentemente imprevistos setores.

Em primeiro lugar, várias espécies de informações e mais e mais espécies de criações literárias e artísticas podem agora ser expressas em código digital, permitindo conseqüentemente manipulação e troca de dados que eram inimagináveis apenas há poucos anos.

Os novos métodos de amostragem e síntese encadeados por computadores usados para a criação de registro de som, a perfeita gravação em discos compactos (CDs), os efeitos especiais gerados por computador para filmes cinematográficos, bem como a distribuição por cabo ou radiodifusão de trabalhos musicais — e, num futuro muito próximo, outrossim de criações audiovisuais — e as reproduções de gravações digitais livres de distorções são todas possíveis através da tecnologia digital.

Em segundo, como resultado da rápida evolução da tecnologia digital, um crescente segmento do público geral

pode agora ter acesso a cada vez mais poderosos e contudo menores computadores com tecnologia avançada, bem como datas-base *on-line*, incluindo as datas-base digitalizadas recíprocas.

Esta tecnologia abre novas perspectivas para a criação e distribuição de produtos protegidos pelo direito de autor e pelos direitos conexos. Ao mesmo tempo, pode conduzir a conflitos com o aproveitamento normal de tais produções e pode prejudicar desastrosamente os legítimos interesses dos respectivos titulares, se aplicados sem medidas legislativas aplicáveis que adotem padrões internacionais e leis nacionais às situações qualitativamente novas. Parece necessário considerar a revisão do sistema de direito de autor frente aos desafios da tecnologia digital. Devem ser considerados não somente a finalidade dos direitos e suas possíveis limitações, mas também determinados métodos técnicos novos oferecidos pela própria tecnologia digital para a proteção e administração de direitos.

Explicação da importância peculiar para o nosso País de Rubens Doria Porto, mencionada em "Clarín", de Buenos Aires, 25.10.1986, recorda: "que solamente três países en el mundo "retienen más de 50% de su propio mercado de informática: Estados Unidos, Japón y ahora el Brasil". Ello explica — por la excepcionalidad de la situación — las polémicas que la misma levanta".

Resumiu os resultados dessa política dizendo que fez crescer a informática entre 20 e 25% nos últimos anos. Havia em 1978 no Brasil uma meia dúzia de empresas no setor. Chegavam, então, a quase 300. Esperava para 1993 um parque industrial consolidado e vários produtos informáticos brasileiros estariam em condições de competir, agressivamente, no mercado mundial: é a realidade dos nossos dias, para despeito de muitos.

Lembrou a Deputada Cristina Tavares, em discurso publicado no DCN, I, 17.10.1979, a preocupação do Governo da França em relação à política de informática: o Presidente Giscard D'Estaing encomendou em 1976, um relatório que tomou o nome de *Simon Nora* e estremeceu a nação, ao descortinar a extraordinária relevância da informática: a revolução tecnológica terá consequência mais ampla sobre a organização da sociedade do que qualquer outra do passado.

A informática não é apenas uma inovação técnica, mas um fator que acelera todos os outros fatores, modificando, assim, o sistema nervoso da sociedade inteira: pesará sobre o equilíbrio econômico, modificará o pacto do poder e colocará em questão a soberania nacional.

No seminário sobre a política da informática, realizado entre 3 e 6 daquele ano, no Rio de Janeiro, promovido pela APPDRJ e co-patrocinado pela ABI, os técnicos em computação chamavam a atenção para o fato de que a Informática não se insere de modo neutro com respeito ao tecido social; pelo contrário, amplifica e introduz desequilíbrios que devem ser corretamente avaliados e corrigidos. E desde que há um claro efeito de escala que tende a agravar as desigualdades do poder entre as classes sociais, as empresas e as nações, e, como tal, passa a ser a espinha dorsal da nova sociedade.

Ainda das conclusões do seminário recolhe a preocupação dos profissionais de computação para as relações desbalanceadas, de real dependência, de dominação entre os países desenvolvidos e as nações subdesenvolvidas. A importação de tecnologia sofisticada por países como o Brasil pode satisfazer as vaidades de poucos. E certamente aliena do processo produtivo a inteligência brasileira.

Ninguém melhor, todavia, de que Ivan Costa Marques, demonstrou ser a informática de massa que deverá doravante se impor, irrigando capilarmente a sociedade com as redes de informação integrada, tal como a rede de distribuição de eletricidade hoje irriga capilarmente a sociedade com energia:

“Se nós brasileiros não tivermos uma presença ampla e autônoma no complexo da indústria da informação nós dependeremos e conseqüentemente passaremos a receber dos países centrais todas as alternativas e valores para a nossa formação e organização não só econômica mas também educacional, ética e cultural. Poderão ser privilegiadas as alternativas e valores mais convenientes para os países centrais e nós brasileiros considerados socialmente não teremos sequer os meios físicos de influenciar este processo. Abdicar o controle do complexo da indústria da informação significa praticamente neste final de século XX, abdicar da soberania nacional”.

2. Conceitos fundamentais

Com muita didática teve oportunidade o Des. Telles Corrêa, relator da apelação cível n. 177.101, julgada por v. u. de 3.8.1992 da 19.^a Câmara Civil do TJSP, Rev. Jurídica n. 182, dezembro do mesmo ano, p. 62, de explicar o que é computador e seu programa: o *hardware*, parte física da máquina, é incapaz de operar sem as informações necessárias de como fazê-lo e, estando ligado, assim permanece apenas consumindo energia elétrica:

“Funciona apenas em termos comparativos, como uma máquina de telex, que permanece ligada até que se lhe transmitam informações. De outro lado, o computador só reconhece e executa as instruções que lhe são transmitidas, se estiverem adequadamente codifica-

das em linguagem que ele possa decodificar. Essa linguagem consiste em sinais eletrônicos expressos sob a forma de um sistema de dois algarismos: 0 e 1, ordenados logicamente, onde 1 significa a existência do sinal e 0 sua ausência. Cada caracter (um espaço, letra, número ou sinal) é representado por uma seqüência particular, uma ordenação convencionada de “zeros” e “uns”.

Os sinais emitidos formam as instruções, comandos para que a máquina opere de forma determinada pelo programador. O *software* (programa) é o envio de instruções ao computador (através de sinais eletrônicos), instruções estas que, interpretadas pela Unidade Central de Processamento, são transformadas em linguagem inteligível ao operador que receberá os comandos que o próprio computador — já instruído pelo *software* — indicará (por exemplo, a introdução de um lado numérico) para que seja efetuada determinada tarefa.

Como definição, teríamos então que *software* é o conjunto de operações e procedimentos que permitem o processamento de dados no computador e comandam o seu funcionamento, segundo os objetivos do usuário, conforme previsto pelo programador. São instruções detalhadas, apropriadas para o computador realizar suas tarefas”.

A Lei n. 7.646, de 18.12.1987, que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programas de computador e sua comercialização no País, e dá outras providências, repetida *ipsis litteris* pelo dispositivo do mesmo número do Dec. n. 96.036, de 12.5.1988, que a regulamenta define, em seu “Art. 2.^o”. Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções, em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de trata-

mento da informação, dispositivos instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados”.

“Contido” quer dizer encerrado, compreendido, incluído, esculpido, embutido, acrisolado num suporte físico.

E aqui se nos depara a diferença fundamental entre o direito de autor que dá apoio apenas à expressão exterior à forma, já tivemos oportunidade de consignar, ao passo que o *software*, por sua própria natureza se concentra no conteúdo.

Nem por outra razão é que se a Lei 7.646 adota o regime da Lei de Direitos Autorais, adverte, porém, logo no art. 2.º, “com as modificações que esta Lei estabelece para atender as peculiaridades inerentes aos programas de computador”.

Na conformidade da emenda de 12.12.80, “*Public Law 86-517 (94 STAT. 3.028-29)*”, a Sec. 10. (a), Seção 101 do título 17 do “*United State Code*”.

“Um “programa de computador” é uma série de enunciados ou instruções a ser usado direta ou indiretamente num computador a fim de obter um certo resultado”.

O Projeto de Lei-Tipo elaborado pela OMPI dá, no art. 1.º, uma série de definições:

I - “programa de computador” é um conjunto de instruções que pode, uma vez transporto num suporte decifrável por máquina, fazer indicar, fazer cumprir ou fazer obter uma função, uma tarefa ou um resultado particulares por uma máquina capaz de fazer tratamento da informação;

II - “descrição de programa”, uma apresentação completa de operações, sob forma verbal, esquemática ou outra, suficientemente pormenorizada para determinar um conjunto de instruções que constituem um programa de computador correspondente;

III - “documentação auxiliar”, toda documentação que não é um programa de computador ou uma descrição de programa, criada para facilitar a compreensão ou a aplicação de um programa de computador, por exemplo, das descrições de problema e das instruções ao uso de um utilizador;

IV - “*software*” (“*logiciel*”), um ou vários dos objetos mencionados nos pontos I a III;

V - “titular” (“*propriétaire*”), a pessoa física ou moral à qual pertencem os direitos conferidos pelo art. 2.1 da presente lei, ou seu cessionário na conformidade do art. 2.2.

Basicamente, diz Georges Charles Fischer, *O Estado de S. Paulo*, 18.3.83, “São duas as categorias de *software*:

a) *Software* aplicativo — aquele destinado à solução de problemas específicos. A função deste *software* é incorporar ao aparelho o conhecimento das técnicas necessárias à resolução do problema do usuário do computador;

b) *Software* básico — aquele comercializado simultaneamente com a venda do aparelho. É um programa que determina ao computador a forma pela qual serão processados os programas aplicativos. Encerra uma técnica específica de como funciona determinado computador e está estreitamente ligado ao *hardware* (que é a máquina em si; o teclado e o circuito eletrônico do computador, por exemplo, são *hardwares*), em especial quando está expresso sob a forma de *firmware*. Há quem diga que neste caso o *software* deixou de ser *soft* para se incorporar ao *hardware*”.

3. Cópia autorizada. *Shareware*

Nem sempre o usuário precisa pagar para ter um *software*: é o que ocorre com os programas de domínio público.

Há também jogos e utilitários — consigna a redação de OESP de 9.10.1991, p. 7, “desenvolvidos por

programadores independentes que autorizam a cópia, circulação e distribuição no mundo todo. Outro método alternativo de distribuição do *software* é o *shareware*: os autores permitem copiar e testar seus programas livremente, apostando no sucesso do *software*. Se a pessoa gostar do programa e pretender usá-lo regularmente deve pagar diretamente ao autor, de acordo com as condições e preços estipulados na documentação que acompanha os programas.

Nos Estados Unidos e outros países desenvolvidos, o *shareware* é exercido por meio de grupos de usuários e serviços, cujos micros são interligados por telefone com uso de um *modem*. O conceito de distribuição desse tipo de *software* nasceu no início dos anos 80. Aqui no Brasil é possível adquirir os dois tipos de programa por meio dos CBBS — do inglês *Computer Bulletin Board System*, que significa Sistema de Pannel de Mensagem por Computador — e há pelo menos uma empresa, a Maple Informática, que distribui esses programas”.

A expressão “base de dados” era originariamente utilizada no sentido estrito de “base de dados eletrônica” e designava um conjunto de informações dispostas de forma sistemática e estocadas em memória num sistema informático.

Pareceu aos peritos reunidos em comitê para um eventual protocolo relativo à Convenção de Berna (Genebra, novembro de 1991, *Le Droit d'Auteur* 1992, p. 38), que a noção não devia ser relacionada ao elemento da estocagem em memória num computador, e que todas as compilações de informações (dados, fatos, etc) deveriam ser consideradas como “base de dados”, apresentem-se elas sob forma impressa em unidades de memória de computador ou sob outras formas.

Da assimilação das bases de dados às coletâneas de obras da Convenção de Berna que seriam outrossim aplicáveis,

foi proposto que o eventual protocolo àquela convenção “a. disponha que as coleções de simples dados ou outros elementos não protegidos devam ser consideradas como obras literárias e artísticas e protegidas ao mesmo título das coletâneas de obras indicadas no art. 2.5 da Convenção de Berna desde que estas coleções constituam criações intelectuais pela escolha, a coordenação ou a disposição destes dados ou outros elementos;

b. cite as bases de dados a título de exemplo na disposição proposta na alínea a abaixo (da mesma maneira que o art. 2.5 da Convenção de Berna menciona as enciclopédias e antologias a título de exemplos);

c. particularize que a proteção das coleções de dados ou outros elementos não protegidos não tem por efeito que estes dados ou outros elementos não protegidos possam eles mesmos ser protegidos pelo direito de autor”.

4. Os sistemas expertos e outros sistemas de inteligência artificial

A expressão “inteligência artificial” — consigna *memorandum* preparado pelo Bureau internacional da OMPI, em suas atividades normativas, para ser submetido ao Comitê de peritos que se reuniu para discutir um eventual protocolo relativo à Convenção de Berna para a proteção das obras literárias e artísticas, em sua primeira sessão de 4 a 8.11.1991, em Genebra, *Le Droit d'Auteur*, 1992, p. 39 — “é geralmente empregada para indicar os sistemas informáticos dotados de certas capacidades que são associadas à inteligência humana, como a percepção, a compreensão, o aprendizado, o raciocínio e a solução de problemas.

Um ramo especializado da informática tem por objeto a pesquisa e o desenvolvimento dos sistemas de inteligência artificial”.

Distingue três categorias de inteligência artificial: os sistemas expertos (ou tendo por base conhecimentos), os sistemas de percepção e os sistemas da linguagem natural.

Detendo-se nos primeiros — atualmente a categoria mais importante sob o ponto de vista das aplicações práticas — acentua o documento que dispõem, em sua memória, de conhecimentos de conjunto de um setor (conhecimentos expertos ou “perícia”), e de um mecanismo que lhes permite responder às questões e resolver problemas, podem também explicar as soluções propostas e os meios pelos quais foram obtidas.

“Os sistemas expertos consistem em dois elementos principais: uma base de conhecimento e um “motor de inferência” que utiliza as regras da lógica para tratar e manipular a base de conhecimentos. Em geral, os sistemas expertos são acompanhados de dois outros elementos, um “editor de conhecimentos” que ajuda a carregar as informações na base de conhecimentos e um “mecanismo de explicação” que pode demonstrar como o sistema encontrou uma resposta a um problema determinado.

O conjunto constituído pelo motor de inferência, o editor de conhecimentos e o mecanismo de explicação forma o que se chama o “envelope” (ou “nó”) do sistema experto (em oposição aos conhecimentos que estão contidos no interior deste “envelope”).

É sobre a base dos conhecimentos que eles contêm e por meio de seus motores de inferência (que se pode considerar como *softwares* específicos) que os sistemas expertos resolvem os problemas e respondem às questões (por exemplo podem determinar a causa da “panne” de uma máquina, diagnosticar a doença a partir de determinados sintomas e descrever os problemas jurídicos que se colocam numa questão, a partir dos fatos que lhe são fornecidos”.

Propõe:

“Os sistemas peritos deveriam, do ponto de vista da propriedade intelectual, ser assimilados aos programas de computador e às bases de dados; não parece necessário, em consequência, incluir disposições específicas relativas a estes sistemas no protocolo eventual. Não é necessário, outrossim, tratar de outras categorias de inteligência artificial no protocolo eventual”.

Para os efeitos do Dec. 792, de 2.4.1993 (incentivos fiscais), traçam seus arts. 12-15 uma série de conceitos.

Considera o art. 12 como empresa que tenha por finalidade ou atividade, única ou principal, a produção de bens e serviços de informática e automação aquela que tenha tal finalidade ou atividade por objeto social e cujo faturamento bruto, proveniente da comercialização dos referidos bens e serviços por esta produzidos ou prestados, seja, no ano-calendário imediatamente anterior, superior ao faturamento bruto decorrente da comercialização de outros bens e serviços, deduzidos, em ambos os casos, os tributos incidentes.

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, entende-se por serviços de informática e automação:

a) a programação e análise de sistemas de tratamento digital da informação;

b) o serviço de entrada de dados, de processamento de dados e de administração de recursos computacionais;

c) os serviços relacionados com sistemas de tratamento digital da informação: serviços de informação que utilizam técnicas de banco de dados, de videotexto e de mensagem eletrônica; planejamento, pesquisa, projeto, consultoria, engenharia, inclusive engenharia de integração, e auditoria técnica em informática e automação; assistência e manutenção técnica em informática e automação; treinamento em informática e automação; e outros correlatos;

d) a comercialização de programas de computador de produção própria.

Art. 13. Para os fins deste Decreto, entende-se por centros ou institutos de pesquisa ou entidades brasileiras de ensino, oficiais ou reconhecidas:

I - os centros ou institutos de pesquisa mantidos por órgãos e entidades da Administração Pública, direta e indireta, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e as demais organizações sob o controle direto ou indireto da União, Distrito Federal, Estados ou Municípios, que exerçam as atividades de pesquisa e desenvolvimento em informática e automação;

II - os centros ou institutos de pesquisa de direito privado que exerçam as atividades de pesquisa e desenvolvimento em informática e automação e preencham os seguintes requisitos:

a) não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a título de lucro ou participação no resultado, por qualquer forma, aos seus titulares;

b) aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

c) destinarem a entidade congênere, que atenda aos requisitos aqui previstos, o seu patrimônio em caso de dissolução.

III - as entidades brasileiras de ensino reconhecidas pelo Ministério da Educação e Desporto e que atendam ao disposto no artigo 213, I e II, da Constituição Federal, ou sejam mantidas pelo Poder Público conforme definido no inciso I.

Art. 14. Para os efeitos deste Decreto, consideram-se atividades de pesquisa e desenvolvimento:

I - pesquisa: trabalho teórico ou experimental realizado de forma sistemática para adquirir novos conhecimentos visando a atingir um objetivo específico, descobrir novas aplicações ou obter uma ampla e precisa compreensão dos fundamentos subjacentes aos fenômenos e fatos observados sem prévia

definição para o aproveitamento prático dos resultados desse trabalho;

II - desenvolvimento: trabalho sistemático utilizando o conhecimento adquirido na pesquisa ou experiência prática para desenvolver novos materiais, produtos ou dispositivos, implementar novos processos, sistemas ou serviços ou, então, para aperfeiçoar os já produzidos ou implantados, incorporando características inovadoras;

III - treinamento em ciência e tecnologia: treinamento especializado de nível médio ou superior, bem como aperfeiçoamento e pós-graduação de nível superior;

IV - serviço científico e tecnológico: serviços de assessoria ou consultoria, de estudos prospectivos, de ensaios, normalização, metrologia ou qualidade, assim como os prestados por centros de informação e documentação;

V - sistema de qualidade: programas de capacitação e certificação que objetivem a implantação de programas de gestão e garantia de qualidade.

§ 1.º. Serão enquadrados como dispêndios de pesquisa e desenvolvimento os gastos realizados na execução ou contratação das atividades especificadas no *caput* deste artigo, referente a:

a) aquisição ou uso de programas de computador, de máquinas, equipamentos, aparelhos e instrumentos, seus acessórios, sobressalentes e ferramentas, assim como de instalações;

b) obras civis;

c) recursos humanos, diretos e indiretos;

d) aquisição de livros e periódicos;

e) materiais de consumo;

f) viagens;

g) treinamento;

h) serviços de terceiros;

i) participação, inclusive na forma de aporte de recursos financeiros, na execução de programas e projetos de interesse nacional considerados prioritários pelo MCT;

j) pagamentos efetuados a título de *royalties*, assistência técnico-científica, serviços especializados e assemelhados, na transferência de tecnologia desenvolvida conforme disposto no *caput* deste artigo, por centros ou institutos de pesquisa e entidades brasileiras de ensino que atendam ao disposto no artigo anterior.

§ 2.º. O montante da aplicação de que trata o artigo 7.º, § 1.º, refere-se à parcela relativa ao pagamento dos dispêndios e remunerações das instituições de ensino ou pesquisa efetuado pela empresa, excluindo-se os demais gastos, próprios ou contratados com outras empresas, realizados no âmbito do convênio.

§ 3.º. Para os efeitos deste Decreto, não se considera como atividade de pesquisa e desenvolvimento a doação de bens e serviços de informática de automação.

§ 4.º. Os dispêndios efetuados na aquisição ou uso de bens e serviços fornecidos pela(s) empresa(s) participante(s), necessários à realização das atividades de pesquisa e desenvolvimento de que trata este artigo, poderão ser computados, para a apuração do montante de gastos, pelos seus valores de custo ou, alternativamente, pelos valores correspondentes a cinquenta por cento dos preços de venda ou de aluguel ou cessão de direito de uso relativo ao período de uso dos mesmos, vigentes, na ocasião, para usuário final.

Art. 15. Para as finalidades previstas neste Decreto, consideram-se bens e serviços de informática e automação aqueles ligados ao tratamento racional e automático da informática, nos termos do artigo 3.º da Lei n. 7.232, de 29 de outubro de 1984.

Art. 16. Para apuração dos valores monetários referidos neste Decreto deverá ser utilizada a Unidade Fiscal de Referência Diária — UFIR, efetuando-se a conversão pelo valor desta no último dia do mês a que corresponder o evento.

5. O *software* é uma criação intelectual

Explica porque, em *El programa es una obra*, Mundo Informativo, Buenos Aires, 2.ª quinzena de junho de 1984, p. 19, Antonio Millé:

“a. Cada uma das partes constitutivas do suporte lógico de computador é inegavelmente uma criação da inteligência humana.

b. Tanto quanto o suporte lógico do computador seja o resultado de uma elaboração própria do autor e não imitativa de outra obra preexistente, tem o suporte lógico de computador nota de originalidade.

c. Trata-se — é redundante dizê-lo — de uma criação intelectual, uma vez que não é industrial ou meramente mecânica.

d. Têm os suportes lógicos de computador forma reproduzível (de fato sempre adquirem forma reproduzível)”. Acrescenta que além da condição de criação autônoma, seus componentes individualmente revestirão muitas vezes a condição simultânea de obras de outro tipo.

Dão-lhe razão dois acórdãos transcritos por Villalba a pp. 132 e 133: um Tribunal de apelação em Nova Gales, Austrália, concluiu que um programa de sistema operativo poderia considerar-se uma “obra que se expressa imprimindo ou escrevendo, com independência de sobressair-se ou não por sua qualidade ou estilo, mérito literário, bom gosto, discernimento ou engenho. Basta que a obra facilite informação capaz de comunicar um significado inteligível, e que sua elaboração acarrete um esforço mental e um trabalho industrial”.

No litígio Babolat-Maillot-Witt x Pachot, o Tribunal de Apelação de Paris concluiu aos 2.11.1982 que: “A elaboração de um programa de aplicações de computador é uma obra intelectual original em sua composição e sua expres-

são, que ultrapassa os limites da mera lógica automática e restritiva; não se trata de um processo mecânico intelectual inevitável, uma vez que de fato os analistas-programadores devem escolher, como os tradutores de obras, entre diversos modos de apresentação e expressão, e portanto sua escolha leva o selo de sua personalidade”.

O Comitê de Peritos Governamentais reunido em Paris de 15 e 19.12.1980 aprovou à unanimidade as conclusões de que a colocação em memória de ordenador indicações usuais da obra, do nome do autor, do título do editor, do ano de publicação, etc. (método dos index) não dá lugar a reivindicações de direito de autor.

O Conselho das Comunidades Europeias, por sua vez, nas Diretrizes que adotou aos 14.5.1991, determina no art. 1.º, objeto da proteção, al. 1. protejam

os Estados membros por meio dos direitos de autor os programas de computador como obras literárias tais como se definem na Convenção de Berna para a proteção das obras literárias e artísticas, compreendida na expressão “programas de computador” sua documentação preparatória.

2. A proteção se aplicará a qualquer forma de expressão de um programa de computador. As idéias e princípios em que se baseie qualquer dos elementos de um programa de computador, incluídos os que servem de fundamento a suas interfaces, não estarão protegidos mediante direitos de autor como regulado nessas Diretrizes.

3. O programa de computador ficará protegido desde que original no sentido de que seja uma criação intelectual própria de seu autor. Não se aplicará nenhum outro critério para conceder a proteção.

DOCTRINA

L'ENDETTEMENT ET LES NOUVELLES PERSPECTIVES DE LA CONVERSION DE LA DETTE EN INVESTISSEMENTS AL'HEURE DES PRIVATISATIONS ET DU PLAN BRADY: L'EXPERIENCE BRESILIENNE

ARNOLDO WALD

Est avocat inscrit aux Barreaux de São Paulo et de Paris,
Professeur de Droit, Président du groupe brésilien de l'Association
Henri Capitant, ancien Président de la COB brésilienne
et ancien membre du Conseil monétaire national brésilien.

ISABELLA SOARES MICALI

Du Cabinet Wald e Associados Advogados, São Paulo (Brésil)
est avocat au Barreau de Paris, "Master of Laws" de la
London School of Economics et Docteur en Droit
de l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne).

"C'est à propos du traitement de la dette privée qu'ont été formulés successivement l'initiative Baker (1985), puis le plan Brady (1989). Le passage de l'une à l'autre est instructif. L'initiative Baker recommande le réaménagement et le rééchelonnement; c'est avec le Plan Brady que l'allégement fait son apparition. C'est là plus qu'une modification technique: c'est une évolution politique. Car poser la solution au problème du surendettement des Etats en termes d'allégement, et non plus en termes de réaménagement ou de rééchelonnement, c'est admettre, implicitement sinon explicitement, que le prêteur, tout comme l'emprunteur, a sa part de responsabilité dans la situation de surendettement, et que, les responsabilités étant partagés, il appartient dès lors à chacun d'en assurer sa juste part".¹

1. L'expérience du Brésil en matière de conversion en investissements: Capitalisation de la dette extérieure et programme de privatisation: 1.1 L'évolution du traitement juridique de la conversion de la dette extérieure brésilienne en investissements; 1.2 Le programme brésilien de privatisation du secteur public et la conversion de la dette extérieure en investissements; 1.2.1 Le cadre général de la loi de 1990 relative au programme brésilien de privatisations; 1.2.2 Eligibilité des titres de la dette extérieure au programme de privatisations — 2. Les nouvelles perspectives offertes à la conversion en investissements par la mise en place du Plan Brady pour le Brésil: 2.1 Eléments de l'accord Brady pour le Brésil: 2.2 Les nouveaux titres de la dette extérieure brésilienne et la conversion en investissements; 2.2.1 Les nouveaux titres de la dette extérieure brésilienne et le programme de privatisations; 2.2.2 Les nouveaux titres de la dette extérieure brésilienne et les programmes spéciaux de conversion — 3. Conclusions.

1. Patrick Juillard, *Rapport sur l'endettement des Etats dans les relations Internationales* présenté aux Journées Argentines de l'Association Henri Capitant, (20-24 février, 1995).

Le problème de l'endettement international et, en particulier, du surendettement est devenu, à partir de la dernière décennie, une question de la plus brûlante actualité et qui exige, de plus en plus, des solutions pluridisciplinaires. En effet, on peut lui appliquer les considérations faites par Henri de Page au sujet de l'érosion monétaire, quand il affirmait qu'elle était devenue "le calvaire des créanciers et des juristes", et ajoutait que ses "répercussions (étaient) aussi étendues dans l'ordre juridique que dans l'ordre économique (et qu'elle avait) fait naître des problèmes d'une ampleur et d'une complexité considérables".²

Tandis que par le passé, la matière a mérité essentiellement l'attention des économistes et des politologues, sans susciter l'intérêt des juristes, ces derniers ont fini par comprendre l'importance des questions soulevées dans ce domaine et la contribution que le droit pouvait fournir à la politique et à l'économie pour permettre une évolution harmonieuse du monde contemporain. Ainsi, en une dizaine d'années, les rapports, les articles, les thèses et les travaux juridiques divers sur ce sujet se sont multipliés dans tous les pays, comme le démontre le thème des dernières Journées de l'Association Henri Capitant réalisées à Buenos Aires au mois de février 1995.

En une douzaine d'années, les deux crises qui ont éclaté avec à leur origine les crises mexicaines d'août 1982 et de décembre 1994, reflètent les difficultés d'un surendettement qui, pour l'Amérique Latine à elle seule, atteindrait presque cinq cents milliards de dollars.³

2. Henri de Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome III, 2^{ème} édition, Bruxelles, 1950, pages 431 et 432.

3. Rapport de M. l'Ambassadeur Miguel Angel Espeche Gil aux Journées Argentines de 1995.

A partir du moment où le monde financier a reconnu que, contrairement à la conception qui prévalait antérieurement, l'Etat souverain pouvait également, sinon faire faillite, du moins ne plus être solvable, la situation a littéralement basculé: cette nouvelle perception a constitué ce que la presse financière américaine a appelé, en utilisant les termes consacrés par la tragédie grecque, une véritable *anagnorisis*, c'est-à-dire la "rencontre de l'homme avec son destin".⁴ Il s'agit là d'une véritable révolution rendue explicite par la disparition de l'un des postulats qui dominait antérieurement la vie bancaire et l'économie mondiale et qui s'accompagnait d'importantes conséquences juridiques.

Au fond, la huitième décennie de notre siècle a abandonné le dogme de

4. *Fortune*, 22.6.1987, page 26. Ceci s'applique tout particulièrement aux grandes banques américaines qui, à partir du milieu des années 70 ont prêté des sommes très importantes aux Etats souverains, considérant, selon la thèse défendue à l'époque par Walter Wriston que les Etats souverains ne pouvaient être faillis (contries never go bankrupt). Les banques américaines formaient en 1982, le groupe de créanciers le plus exposé. Le rapport prêts à des Etats en développement/capital ("relative exposure") atteignait 235% pour les neuf premières banques commerciales américaines (Isabella Soares Micali, *Aspects juridiques de l'endettement international*, thèse de doctorat, Université Paris I, 1993, pp. 16-18). Les crises mexicaines, de 1982, comme de 1994, ont menacé, dans un premier temps, la solvabilité d'un bon nombre de grandes banques et l'image empruntée à la tragédie grecque par la presse financière n'a rien d'excessif: une véritable tragédie financière mondiale a bien failli éclater. La vigilance est toujours de mise aujourd'hui car les problèmes d'endettement, de crise financière et cambiaire loin d'appartenir à un passé révolu sont toujours d'actualité: la crise qui a frappé le Mexique en décembre 1994 n'est pas sans rappeler à plusieurs égards celle d'août 1982.

l'inafaillibilité financière de l'Etat souverain. Ce fait, parmi d'autres, a obligé les juristes à revoir le concept et les conséquences de la souveraineté. Cette transformation correspond d'ailleurs à une évolution du droit public vers le relativisme juridique.⁵ Ainsi, dans le domaine particulier des relations de crédit, l'Etat tend à se rapprocher des sociétés commerciales et les solutions proposées pour résoudre ses problèmes de surendettement sont en partie analogues à celles que nous offrent les diverses branches du droit privé.⁶

On a d'ailleurs pu signaler⁷ qu'en réalité l'évolution du régime juridique du surendettement sur le plan international ne s'éloignait pas beaucoup de celui que le droit interne applique, dans de nombreuses circonstances, pour alléger la position critique du débiteur. Il est, en outre, intéressant de constater l'importance croissante que sont en train d'acquérir dans ce domaine les techniques modernes du droit de l'ingénierie

financière⁸ et même les anciennes formules traditionnelles du droit civil et du droit commercial. Cette présence croissante des structures juridiques privées dans le droit public économique avait d'ailleurs déjà été remarquée il y a presque un demi-siècle par Roger Houin et Georges Vedel, quand ils reconnaissaient que, sur le plan interne, l'Etat avait "exproprié les capitalistes non seulement de leurs entreprises mais aussi de leur expérience et de leurs recettes".⁹

Il nous a paru, ainsi, intéressant, d'examiner le rôle de la conversion de la dette en investissement, une formule qui, au fond, rappelle celle de la dation en paiement que le débiteur en difficulté fait à son créancier, mais qui est, en même temps, par sa modernité, imprégnée d'un esprit proche de celui qui préside à la conclusion d'entreprises conjointes (*joint ventures*) ou à tout partenariat, quelle que soit la forme empruntée: cet esprit obéit à une nouvelle tendance du droit qui va dans le sens d'une plus grande collaboration entre les Etats et dont le but est de bâtir un tout nouvel ordre économique régional et international, très différent de celui préconisé par les grandes résolutions économiques adoptées durant les années 70 par l'Assemblée générale des Nations Unies,¹⁰ mais plutôt fondé sur un certain

5. André Hauriou, *Le droit administratif de l'Etat*, in *Mélanges offerts au Doyen Louis Trotabas*, 1970, pages 197 et suivantes et, en particulier, page 224.

6. Cette évolution est illustrée parfaitement par la théorie moderne de l'immunité relative qui a progressivement remplacé celle classique de l'immunité absolue. La théorie moderne de l'immunité relative rencontre aujourd'hui le plus large écho dans la pratique des Etats et en droit international. Dans cette optique, l'Etat ne bénéficie d'aucune protection liée à son immunité de juridiction et d'exécution en ce qui concerne ses activités commerciales et économiques, actes de *jure gestionis*, par opposition aux actes politiques pratiqués de *jure imperii* et qui bénéficient d'une immunité totale. Or, les emprunts internationaux conclus par des Etats souverains ont été consacrés quasi-universellement comme étant des actes de *jure gestionis*.

7. En particulier dans le cadre des travaux des Journées argentines de l'Association Henri Capitant.

8. Michel Vasseur, *L'ingénierie financière*, Revue Banque, n. 501, janvier 1990, p. 7, et Jean-Pierre Betrel et Michel Jeantin, *Droit de l'ingénierie financière*, Paris, Litec, 1990.

9. Georges Vedel, *La technique des nationalisations*, *Droit Social*, 1946, p. 96 et Roger Houin, *La gestion des entreprises publiques et les méthodes de droit commercial*, in *La distinction du droit privé et du droit public et l'entreprise publique*, Archives de Philosophie du Droit, nouvelle série, 1952, p. 79.

10. Mario Bettati, *Le nouvel ordre économique international*, Paris, Presses Universitaires de France, 1983; John Williamson, *The open economy and the world economy*, Basic Books, N. York, 1983, Brigitte Stern, *Un nouvel ordre économique international*, Paris, Economica, 1983.

consensus relativement à la coopération économique entre Etats développés et en développements dans la perspective commune de la prospérité économique fondée sur des concepts concurrentiels de type néo-classique.

La conversion ou capitalisation des dettes consiste à échanger les titres de la dette extérieure d'un pays contre une participation dans le capital d'une entreprise nationale privée ou publique de ce pays. Dans la plupart des cas, une banque créancière vend, sur le marché secondaire de la dette d'un pays débiteur, des titres de créance à un investisseur international qui les acquiert avec une décote. Ce dernier transfère alors ces titres à la banque centrale, ou tout organisme en tenant lieu, du pays en question qui lui remet en échange des ressources en monnaie locale ou des titres nationaux publics, avec ou sans décote, par rapport à la valeur nominale des titres de la dette extérieure remis. L'investisseur les utilise alors pour acquérir des participations dans le capital d'entreprises déjà existantes, que celles-ci soient privées ou en phase de privatisation, ou investit dans la création de nouvelles entreprises. Cette opération permet au pays endetté de réduire sa dette extérieure, à la banque de se défaire de certains titres et à l'investisseur de réaliser un investissement avantageux.

Telle est du moins la vision la plus optimiste des choses. Dans la réalité, la conversion des dettes nécessite une machinerie juridique assez complexe et s'accompagne de conditions et de limites qui ne peuvent l'assimiler à une panacée. L'option de la conversion reste néanmoins une formule très intéressante en matière d'investissement international.

Le Brésil, qui est le pays en développement le plus endetté,¹¹ a joué

et continue à jouer un rôle pionnier en matière de conversion de la dette extérieure en investissements. Dans les développements qui suivront, nous présenterons un rapide aperçu de l'expérience menée, jusqu'à présent, au Brésil en matière de conversion, que celle-ci ait eu lieu dans le cadre de programmes généraux de capitalisation des titres de la dette extérieure ou dans celui du programme brésilien de privatisation des entreprises publiques lancé en 1990. Ces programmes ont représenté une innovation financière et juridique majeure. Cependant la conclusion des accords signés par le Brésil avec ses créanciers internationaux bancaires, en avril 1994, qui correspond à la cinquième phase de la renégociation de la dette brésilienne depuis l'avènement de la crise de 1982, a ouvert des perspectives nouvelles à la conversion en investissements de la dette extérieure du Brésil, dans le cadre de l'application du Plan Brady.¹² Ce contexte juridique

12. En mars 1989, dans le cadre de la réunion annuelle du Fonds monétaire international et de la Banque mondiale, M. Nicholas F. Brady, alors Secrétaire américain au Trésor, prononça un discours dans lequel il attirait l'attention de la communauté internationale sur la nécessité de financer des opérations de réduction de la dette et du service de la dette, opérations qui devaient être librement consenties et s'adapter à la situation du marché et des débiteurs. Le "Plan Brady de réduction de la dette et du service de la dette" constitue une innovation juridique majeure dans le traitement réservé à la dette des pays surendettés depuis le début de la crise de 1982. En effet, le Plan Brady est une reconnaissance implicite de l'inefficacité des méthodes antérieures de restructuration, d'une part, et de l'impossibilité des pays débiteurs de payer leur dette dans les termes contractuels initiaux, d'autre part. Dans le cadre de ce Plan, les dettes commerciales des pays éligibles — ceux qui mettent en place des politiques d'ajustement structurel destinées à libéraliser et à équilibrer leur économie interne sous

11. La dette extérieure brésilienne se monte à environ 100 milliards de dollars.

favorable se double d'un contexte politique tout aussi favorable avec l'arrivée au pouvoir, le 1^{er} janvier 1995, de la nouvelle équipe gouvernementale du Président Fernando Henrique Cardoso.

1. L'EXPERIENCE DU BRESIL EN MATIERE DE CONVERSION EN INVESTISSEMENTS: CAPITALISATION DE LA DETTE EXTERIEURE ET PROGRAMME DE PRIVATISATION

Au Brésil, la possibilité ouverte à des créanciers internationaux de convertir leur créances en investissements n'est pas récente: elle date de 1965.¹³ Cependant, avec la crise de l'endettement brésilien en 1982, la conversion des dettes en investissements a pris un nouvel essor. En 1988, fut adoptée une réglementation globale relative à la conversion de la dette extérieure brésilienne en investissements et le Brésil s'engagea dès 1990 dans une politique de privatisation du secteur public. En

1995, les propositions de réforme constitutionnelle, la nouvelle loi sur les concessions de marchés et de services publics ainsi que l'accélération du processus de privatisations voulues par le nouveau gouvernement sont autant d'éléments encourageants qui militent en faveur d'une plus grande utilisation de la conversion par les créanciers internationaux.

1.1 L'évolution du traitement juridique de la conversion de la dette extérieure brésilienne en investissements

Aux débuts de la crise brésilienne de la dette, de petites banques créancières ont cherché à se défaire de leurs titres brésiliens; à la même époque, la réduction importante du flux des capitaux étrangers au Brésil rendit les entreprises locales désireuses de trouver de nouvelles sources de financement.¹⁴ Face aux risques sérieux de pressions inflationnistes

l'égide du FMI et de la Banque mondiale — bénéficient d'une réduction du capital et/ou des intérêts contre fourniture par le pays candidat à ce type de rééchelonnement, de garanties en faveur des créanciers bancaires internationaux. Ces garanties sont en général des titres émis par le Trésor américain appelés "bons coupon zéro" (*zero coupon bonds*) que le pays débiteur doit acquérir. A l'échéance, les créancier pourront récupérer ces titres si le pays débiteur n'honore pas ses engagements. Jusqu'à présent neuf pays ont signé avec leurs créanciers privés des accords de réduction de leur dette extérieure conformément aux principes du Plan Brady: Mexique, Philippines, Costa Rica, Vénézuéla, Uruguay, Argentine, Brésil, Nigéria, Pologne. Dans les prochains mois, l'on pense que devraient être signés des accords de ce type avec la Bulgarie, la République dominicaine et la Jordanie. Ce seront au total près de 80% de la dette des pays débiteurs qui feront ainsi l'objet d'une renégociation.

13. En effet, l'article 50 du décret 55762, adopté le 17 février 1965, autorisait la capitalisation de la dette extérieure. Le paragraphe a) de cet article prévoyait en particulier que "la Superintendance de la monnaie et du crédit (prédécesseur de la Banque Centrale) pouvait autoriser la conversion en investissements du principal d'emprunts enregistrés ou de sommes quelconques (y compris les intérêts) dues à l'étranger".

14. Entre 1982 et 1984, l'on pense qu'environ 700 millions de dollars furent convertis grâce aux opérations de "relending" prévues dans les accords de rééchelonnement de la dette signés par le Brésil et ses créanciers bancaires internationaux en 1983 et en 1984. Dans le cadre des opérations de "relending", les multinationales ayant des filiales au Brésil rachetaient avec une décote le titres de la dette extérieure brésilienne détenus par des banques désireuses d'"assainir" leur portefeuille. Les recours en monnaie locale étaient alors reprêtés ("relent") aux filiales brésiennes des multinationales en question.

que présentaient ces opérations, les autorités brésiliennes, et en particulier le Conseil monétaire national et la Banque Centrale du Brésil, décidèrent alors d'encadrer juridiquement de façon plus stricte les opérations de conversion de la dette en investissements.

Si les premières réglementations relatives à la capitalisation de la dette extérieure brésilienne, après la crise de l'endettement, datent de 1984, 1986 et 1987,¹⁵ ce n'est véritablement qu'en 1988, avec l'adoption de la Résolution 1.460, par le Conseil Monétaire National du Brésil, que ce type d'opération a pris une nouvelle dimension.

Cette résolution a établi un cadre juridique détaillé pour la mise en place d'un programme de conversions de la dette extérieure en investissements au Brésil;¹⁶ étaient ainsi éligibles pour la

15. La Lettre circulaire 1.125 du 9 novembre 1984 et la Résolution 1.189 du 8 septembre 1986 ont permis, jusqu'en juillet 1987, la conversion sans décote à des fins de capitalisation pour un montant de près de 845 millions de dollars. En juillet 1987, face aux dangers de pressions inflationnistes, ces opérations furent suspendues. Le 17 novembre 1987, le Conseil monétaire national adopta la Résolution 1.416 qui établissant un "Programme de conversion de la dette extérieure en investissements" qui ne reçut pas un écho favorable de la communauté financière internationale et fut remplacée peu de temps après, par la Résolution 1.460. Cette réglementation a été le fruit d'un travail commun entre la Banque centrale et la Commission des valeurs mobilières. CVM (COB brésilienne) lequel a abouti à l'adoption de la Circulaire 1302 que le premier auteur de ces lignes a eu l'occasion de signer en tant que Président à l'époque de la CVM. Cette circulaire fixait les règles de procédure qui devaient être suivies lors des ventes aux enchères.

16. Voir à ce propos: Arnoldo Wald, "La conversion de la dette brésilienne en investissements" — Revue de droit des affaires internationales n. 2, 1990, pp. 231-252; "A conversão da dívida", Revista de Informação

Legislativa, Brasília, n. 99, 1988, pp. 217-224; "A conversão no presente e no futuro", Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro, n. 69, 1988, pp. 15-18; Barry Wolfe, "Brazil", in "Debt Equity Swaps in the 1990s", Volume 1: Swaps Under The Brady Umbrella, The Economist Publications, Special Report n. 1.203, by S. M. Rubin, Chapter 7, pp. 88-103.

17. C'est-à-dire, les obligations extérieures à moyen-long terme (emprunts et financements) de la Banque centrale et leurs intérêts; les dépôts en devises constitués auprès de la Banque centrale relatifs aux paiements échus du principal et des intérêts; dépôts en devises constitués auprès de la Banque centrale du Brésil dans le cadre du moratoire de février 1987.

18. En effet, les opérations de conversions, parce qu'elles créent de la monnaie (monnaie locale ou titres publics), provoquent des pressions inflationnistes: pour l'année 1988, ce sont au total 6,24 milliards de dollars de dette brésilienne qui ont été convertis. En d'autres termes, les conversions ont "injecté" 6,24

Deux années plus tard, le programme brésilien de privatisations des entreprises publiques est venu donner un nouveau (bien que modeste) souffle à la conversion de la dette extérieure brésilienne en investissements.

1.2 Le programme brésilien de privatisation du secteur public et la conversion de la dette extérieure en investissements

La conversion de la dette extérieure brésilienne a pris un nouveau élan avec l'adoption de la Loi 8.031 du 12 avril 1990 qui institue le "Programme national de privatisation" ("Programa Nacional de Desestatização" - PND) et établit un cadre juridique et des règles de procédure pour les privatisations au Brésil. Le but de ce programme est de réduire la taille du secteur public dont l'hypertrophie est considérée comme un élément de rigidité dans l'économie brésilienne. Par ailleurs, l'Etat brésilien compte, par ce biais, réduire le déficit budgétaire et assainir les finances publiques.¹⁹

milliards de dollars dans l'économie brésilienne, une valeur modeste si on la compare à la taille de l'économie du Brésil, mais cependant significative dans un contexte d'inflation endémique. Ces chiffres incluent les 2,8 milliards de dollars de conversions informelles, c'est-à-dire celles qui concernent la dette privée non échue et par le moyen desquelles un créancier étranger demande à son débiteur brésilien de régler sa dette en monnaie locale. Le créancier étranger peut alors vendre le montant reçu en monnaie locale sur le marché non résident. Pour éviter les effets pernicieux d'une telle conversion (appelés "round tripping"), la Banque centrale a exigé que le créancier lui notifie l'accord conclu avec le débiteur (Résolution 1.326, 1987).

19. Dès 1992, soit deux années après le lancement du programme de privatisation, le Gouvernement brésilien avait réduit sa dette publique interne d'environ 4 milliards de dollars (Gazeta Mercantil — "Privatização reduziu dívida da União em US\$ 4 bi" —

1.2.1 Le cadre général de la loi de 1990 relative au programme brésilien de privatisations

La Loi 8.031 du 12 avril 1990, telle que modifiée,²⁰ prévoit, dans ses articles 2 et 3, que toutes les entreprises contrôlées, directement ou indirectement, par l'Etat ainsi que tous les services publics objets d'une concession à un agent privé pourront être privatisées sauf celles du secteur des télécommunications et le Banco do Brasil S. A. Les transferts de propriété des actions de la Société Petrobrás (Petróleo Brasileiro S. A.) appartenant à l'Etat sont par ailleurs soumis à une législation spéciale,²¹ un monopole de l'Union Fédérale étant assuré par la Constitution brésilienne.²²

11 juin 1992). Cette réduction a atteint 7,25 milliards de dollars en 1994 (Rapport Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social — BNDES — Programa Nacional de Privatização — Sistema de Informação — Août 1994).

20. Cette loi a été récemment modifiée par le Décret 1.204 du 29 juillet 1994, par le Décret-loi provisoire ("Medida Provisória") n. 588 du 25 août 1994 et par le Décret-loi provisoire ("Medida Provisória") n. 841 du 19 janvier 1995. Une "Medida provisória" ("mesure provisoire") est une sorte de décret-loi qui entre en vigueur pour une durée d'un mois sous réserve au-delà de ce délai de son approbation par le Congrès. En général ces mesures gouvernementales de politique économique sont adoptées, mois après mois, jusqu'à ce qu'elles soient approuvées, modifiées ou rejetées par le Congrès.

21. Loi 2.004 du 3 octobre 1953, articles 11 et 18.

22. Art. 171 de la Constitution de 1988. Cette situation pourrait changer avec la réforme constitutionnelle que le Gouvernement brésilien vient récemment de proposer au Parlement: cette proposition modifie la conception qui s'attachait à la notion de "société brésilienne", en abandonnant le critère du contrôle et établit de nouvelles règles moins nationalistes en ce qui concerne l'exploitation des télécommunications et du pétrole.

La législation brésilienne adopte une définition large de la privatisation: est considérée comme telle, toute aliénation, par l'Etat, des droits détenus directement ou par l'intermédiaire d'autres sociétés contrôlées par l'Etat, droits qui lui garantissent une voix prépondérante dans les délibérations ou la possibilité de désigner la majorité des administrateurs.

Les droits et les biens qui peuvent faire l'objet de privatisations sont listés à l'article 4 de la loi. Ces droits et ces biens peuvent être des participations majoritaires ou minoritaires dans les sociétés d'économie mixte ou dans les entreprises publiques (actions ou parts sociales), des biens et installations détenus directement ou indirectement par l'Etat, ainsi que des concessions de service public. La privatisation peut revêtir plusieurs formes: aliénation de la participation actionnaire majoritaire de l'Etat et mise en vente dans le public; ouverture du capital social de l'entreprise publique; augmentation du capital social avec cession totale ou partielle des droits souscrits par l'Etat; incorporation, scission ou fusion de l'entreprise publique; vente ou location des biens et installations de l'entreprise publique; dissolution de l'entreprise publique et vente totale ou partielle de son actif.

L'organe administratif de tutelle du programme national de privatisation est le "Conseil national de la privatisation" ("Conselho Nacional de Desestatização"), ci-après dénommé Conseil qui est placé sous l'autorité directe du Président de la République et est lié techniquement au Ministère de l'Economie. Conformément à la "Medida provisória 841" du 19 janvier 1995, ce Conseil réunit quatre Ministres: le Ministre chargé des relations de la Présidence de la République qui préside ce Conseil, le Ministre de la planification et du budget, le Ministre de l'économie et le Ministre de l'administration fédérale et de la réforme de l'Etat. En cas de

privatisation d'une institution financière, le Président de la Banque centrale du Brésil sera invité à participer au Conseil, sans droit de vote. Un représentant de la Banque nationale de développement économique et social (BNDES) participe également aux délibérations, sans droit de vote. Le Conseil agit par voie réglementaire (en adoptant des résolutions) et se réunit une fois par mois.

Les fonctions du Conseil sont les suivantes: recommander au Président de la République l'utilisation des moyens de paiements pour chaque cas de privatisation, l'adoption de règles opérationnelles, l'inclusion ou l'exclusion d'une entreprise du secteur public ou semi-public ou d'un service public dans le programme des privatisations. Le Conseil approuve les modalités opérationnelles de chacune des privatisations, les aménagements de nature juridique, comptable ou financière éventuellement nécessaires pour chaque société d'économie mixte ou entreprise publique privatisée (y compris fusions ou scissions des entreprises concernées) et les conditions générales qui s'appliqueront,²³ la création d'éventuelles classes spéciales d'actions détenues par l'Etat, la destination des fonds obtenus grâce à des opérations d'aliénation ou d'autres opérations similaires provenant des privatisations. Par ailleurs, le Conseil adopte toute mesure réglementaire nécessaire à la réalisation de sa mission et délibère sur toute question relative au Programme national des privatisations. Il présente également un rapport annuel.

23. Ces conditions générales incluent, entre autres, les pourcentages minima de paiement en titres publics, y compris ceux liés à la conversion, et en monnaie nationale, le déroulement chronologique des privatisations, l'approbation des projets de privatisation, la détermination des procédures à suivre, la forme et la date du paiement, les mécanismes de contrôle etc.

Est également institué un "Fonds national de privatisation" ("Fundo Nacional de Desestatização"), ci-après dénommé Fonds, de nature comptable et qui est constitué par le dépôt comptable des actifs sociaux des sociétés d'économie mixte et des entreprises publiques incluses dans le programme des privatisations. Ce Fonds est géré par la Banque nationale de développement économique et social (BNDES).

La procédure des privatisations qui s'inspire, en partie des modèles français et britannique, est la suivante: dans un délai de cinq jours à compter de la publication du décret incluant telle entreprise publique dans le programme de privatisations, les actions ou parts sociales de l'entreprise en question seront déposées auprès du Fonds qui émettra des reçus en faveur du déposant,²⁴ lequel donnera alors mandat au Fonds pour les aliéner. Ces reçus seront automatiquement annulés lorsque sera réalisée la privatisation.

Chaque privatisation fait l'objet d'une ample publicité destinée à informer le public sur les caractéristiques, les modalités et les conditions générales de l'opération. Cette publicité sera réalisée dans le Journal officiel de la République et dans deux quotidiens de grande circulation et de portée nationale. La publicité doit contenir des données relatives au passif à court terme et à long terme de ces sociétés, au paiement des dividendes à l'Etat, aux contributions en capital fournies par l'Etat depuis les 15 dernières années ainsi que des données concernant l'éventuelle création d'une classe spéciale d'actions détenues par l'Etat. L'avis contient également un résumé d'une étude sur la situation

économique et financière de la société en question, le pourcentage du capital social devant être aliéné, les critères de détermination du prix minimum des actifs sociaux²⁵ et d'autres informations pertinentes relatives à la procédure de la privatisation. Chaque privatisation fera l'objet d'un audit externe de contrôle par une entité indépendante inscrite auprès de la COB brésilienne, la "Commission des valeurs mobilières" (CVM — "Comissão de Valores Mobiliários").

Les privatisations se réalisent au moyen d'enchères publiques, sauf dans des cas exceptionnels où des participations minoritaires peuvent être vendues sur le marché international. Les entités de nationalité étrangère peuvent participer au programme national de privatisation et acquérir jusqu'à 100% du capital votant de l'entreprise nationalisée, sauf détermination expresse contraire du pouvoir exécutif.

Dans le cadre de ce programme, les obligations du Trésor et divers titres de la dette publique sont acceptés comme moyens de paiement aux fins de la privatisation, sauf en ce qui concerne la

25. Le modèle à suivre pour la mise en vente et la détermination du prix-plancher pour la mise à prix résultent d'études économique-financières élaborées sur le fondement d'une analyse détaillée du marché en question et des perspectives de croissance de la société. Ces études sont menées par des consultants techniques indépendants et portent sur des aspects économiques et juridiques. Par ailleurs, le prix plancher devra recevoir l'approbation des autorités gouvernementales. Tout récemment, le Gouvernement brésilien a décidé d'inclure dans le programme des privatisations les banques publiques des Etats fédérés (Banespa, banque de l'Etat de São Paulo; Banerj, banque de l'Etat de Rio de Janeiro; etc.). Il a également publié son intention d'obtenir du Congrès l'adoption des mesures nécessaires pour que le capital étranger puisse être largement admis dans ces privatisations.

24. Selon la nature juridique des sociétés publiques (S.A. ou S.A.R.L.) objets de la privatisation, seront émis soit des "Reçus de dépôt d'actions" ("Recibos de Depósitos de Ações — RDA) instranférables et non-négociables soit des "Reçus de parts sociales".

privatisation d'entreprises publiques de haute technologie. Les porteurs de titres publics reçoivent des "certificats de privatisation" ("Certificados de Privatização") en échange de ces titres. Ces certificats ne pourront être utilisés que pour l'acquisition de participations dans les entreprises privatisées.²⁶

A ce jour 32 entreprises ont été inscrites au programme de privatisation: un bon nombre d'entre elles ont déjà été privatisées,²⁷ d'autres sont en phase de l'être. Ces entreprises sont actives dans des secteurs d'activité très divers: secteurs sidérurgique, minier, chimique et pétrochimique, électromécanique, aéronautique, informatique, électrique, financier mais également secteurs des services de génie civil, des biens d'équipement, des transports fluviaux et ferroviaires.

1.2.2 Eligibilité des titres de la dette extérieure au programme de privatisations

Le 27 mars 1991, le Conseil monétaire national du Brésil a adopté la Résolution 1.810 qui inclut parmi les titres éligibles pour le programme de privatisations, les titres de la dette extérieure brésilienne. Conformément à l'article 1^{er} de cette résolution, ces titres peuvent être:

I - des obligations (prêts et financements) extérieures à moyen/long terme à la charge de la Banque centrale du Brésil et incluses dans les accords de restructuration de la dette brésilienne;

26. Conformément à la Loi 8.018 du 11 avril 1990.

27. En août 1994, 20 entreprises publiques avaient ainsi été privatisées dans les secteurs suivants: sidérurgie, chimie et pétrochimie, électromécanique et équipements ainsi que dans le secteur des transports et fertilisants industriels (Rapport Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social — BNDES — Programa Nacional de Privatização — Sistema de Informação - Août 1994).

II - des dépôts en devises auprès de la Banque centrale du Brésil liés aux accords de restructuration de la dette brésilienne;

III - des obligations émises en conformité avec les accords de restructuration de la dette brésilienne.

Une décote initiale (avant enchères) de 25% est appliquée à ces titres et les ressources converties ne peuvent faire l'objet d'un transfert à l'étranger pendant une durée de deux ans. Cette résolution est complétée par la Résolution 1.850 du 31 juillet 1991 qui prévoit, entre autres, que les conversions réalisées dans le cadre du programme de privatisations seront soumises à la législation et à la réglementation brésiliennes relatives aux investissements internationaux.

La possibilité pour les titres de la dette extérieure brésilienne d'être admis comme éligibles pour le programme de privatisations a été confirmée par le Décret-loi provisoire ("Medida Provisória") n. 299 approuvé par le Congrès brésilien le 23 octobre 1991.²⁸ Dès le

28. La constitutionnalité de ce décret-loi a été mise en cause en vain dans une action d'inconstitutionnalité intentée par le Procureur général de la République qui arguait du fait que, la loi 8.031 n'ayant pas prévu l'utilisation des titres de la dette extérieure dans le cadre d'un mécanisme de conversion, le gouvernement aurait agi *ultra vires* en adoptant le Décret-loi provisoire n. 299. Dans une consultation juridique qui avait été à l'époque sollicitée par le BNDES au sujet de la constitutionnalité de ce décret-loi, le premier auteur de cet article avait conclu que la "Medida Provisória" contestée était constitutionnellement valable en tant que règlement d'application et mesure interprétative d'une loi, sans que l'on puisse en aucun cas conclure à une violation du principe de la séparation des pouvoirs. (Arnoldo Wald, *Privatização — Lei 8.031/90 — Medida Provisória interpretativa — Parecer*, Revista de Direito Administrativo, vol. 185, jul.-sept. 1991, pp. 349.373).

lendemain, 24 octobre 1991, les enchères de privatisation de la première entreprise publique privatisée du "Programa Nacional de Desestatização", Usiminas, avaient lieu.

Cependant, la conversion de la dette extérieure brésilienne dans le cadre du programme de privatisation brésilien, institué par la Loi 8.031 telle que modifiée, a été assez limitée. En août 1994, seulement 69 millions de dollars de titres de la dette extérieure représentant à peine 1% des titres de la dette publique brésilienne utilisés dans le cadre du processus de privatisation, avaient ainsi été convertis.²⁹ Sans doute, comme le notait Georges Chaix de la "Banco Francês e Brasileiro" associé au Crédit Lyonnais, une participation étrangère plus importante dans le programme de privatisation au moyen de conversion de la dette extérieure brésilienne, nécessitait l'adoption d'un cadre intégré dans les renégociations de la dette extérieure.³⁰ Un autre facteur inhibant était lié au cours de ces titres sur le marché secondaire de la dette extérieure brésilienne, cours qui était nettement supérieur à celui des titres de la dette publique interne. L'utilisation des titres de la dette extérieure dans le programme brésilien de privatisation montre ainsi les limites d'un mécanisme de conversion au cas par cas.

L'accord définitif de la cinquième phase de renégociation de la dette brésilienne (*Brazil's Brady Plan*) signé entre le Brésil et ses créanciers bancaires internationaux en 1992 et mis en place en 1994, remédie à cette lacune en instituant de nouveaux titres (*Brady*

Bonds) offrant à l'investisseur international de nouvelles options de conversion en investissement sur le territoire brésilien, options que nous nous proposons désormais d'étudier.

2. LES NOUVELLES PERSPECTIVES OFFERTES A LA CONVERSION EN INVESTISSEMENTS PAR LA MISE EN PLACE DU PLAN BRADY POUR LE BRÉSIL

Après avoir conclu avec le Fonds monétaire international, le 29 janvier 1992, un accord de confirmation de 2,1 milliards de dollars et avoir renégocié, le 26 février 1992, 14 milliards de dollars de dettes gouvernementales dans le cadre du Club de Paris, le Brésil est devenu le septième pays à signer avec ses banques créancières un accord de restructuration de sa dette commerciale sur le modèle Brady de réduction de la dette lancé en 1989. Bien que les négociations entre les banques et le Brésil aient duré plus de trois années,³¹ ce n'est qu'avec la conclusion d'un accord de confirmation avec le FMI et la signature d'un procès-verbal d'entente avec le Club de Paris, c'est-à-dire avec les Etats créanciers, que s'ouvrit

31. En effet, dès l'instauration du moratoire de fait de juillet 1989 et l'abandon des termes de la renégociation de la dette brésilienne conclus en 1988, le Brésil et ses créanciers entament un long "chassé-croisé". Le processus qui devait conduire à la conclusion du Plan Brady pour le Brésil n'a vraiment été lancé qu'à partir du moment où le Brésil a consenti à négocier avec ses créanciers privés, un accord conclu le 20 juin 1991 destiné à régler temporairement la question des arriérés. En effet, tant que cette situation perdurait, les organismes internationaux, et en particulier le FMI, refusaient d'accorder leur assistance, ce qui rendait le pays inadmissible pour obtenir des avantages prévus par le Plan Brady de réduction de la dette et de son service.

29. Rapport Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social — BNDES — Programa Nacional de Privatização — Sistema de Informação — Août 1994.

30. Gazeta Mercantil — "Participação externa requer acerto da dívida, diz Presidente do BFB" — 10 juin 1992.

véritablement la voie vers la conclusion d'un accord sur la dette bancaire.³²

L'accord de principe, dénommé "1992 Financing Plan", signé le 9 juillet 1992 à New York avec les 17 représentants des banques commerciales internationales membres du Comité de banques ("Steering Committee"³³) prévoyait six options principales, c'est-à-dire six titres financiers contre lesquels devaient être "échangés" les anciens titres de la dette extérieure brésilienne. Il s'agit du menu le plus complexe auquel soient parvenus des banques créancières et un pays endetté depuis le lancement du Plan Brady.

En septembre 1992, les banques du Comité et le Brésil ont adopté un "Term Sheet" décrivant les principaux éléments de l'accord de restructuration de la dette extérieure brésilienne établi selon les

32. Ainsi, selon le modèle désormais classique, un pays endetté, et le Brésil ne fait pas exception à cette règle, doit se présenter devant ses créanciers officiels, multilatéraux (organisations internationales) et gouvernementaux (Etats créanciers), pour pouvoir prétendre renégocier avec ses créanciers bancaires. Ces derniers voient dans cette procédure la seule garantie possible de ce que le pays débiteur appliquera une politique économique qui lui permettra d'honorer ses engagements extérieurs. Dans les faits, cette procédure s'est révélée relativement illusoire.

33. Les négociations portant sur les dettes bancaires des pays endettés sont généralement réalisées au sein du Comité de banques réunissant les banques qui sont commercialement les plus engagées dans le pays candidat à la restructuration de sa dette extérieure privée. Ce Comité est communément désigné sous l'appellation "Club de Londres". Ces banques membres du Comité sont généralement réparties selon des critères géographiques et "représentent" plusieurs autres banques créancières. Un document pré-contractuel relatif aux conditions générales s'appliquant à la renégociation est alors élaboré, le "Term Sheet", lequel devra recueillir l'approbation de 95% de toutes les banques créancières pour devenir un instrument contractuel définitif.

paramètres du Plan Brady. Le 29 novembre 1993, à Toronto, 95% des banques créancières du Brésil ont approuvé le "1992 Financing Plan" et la cinquième phase de renégociation de la dette extérieure brésilienne a été finalisée le 15 avril 1994, concluant ainsi un long cycle de 12 années de tumultueuses négociations de la dette du Brésil.

2.1 Eléments de l'accord Brady pour le Brésil

L'accord porte sur 49 milliards de dollars de dettes privées³⁴ dues à près de 750 créanciers bancaires. Les anciens titres de la dette³⁵ et les intérêts échus³⁶ seront échangés contre de nouveaux titres (bons ou obligations) émis par le Trésor brésilien.³⁷ Le Brésil a ainsi émis

34. Sur ces 49 milliards de dollars, 32,5 sont dus à des créanciers privés étrangers, 7 à des agences de banques brésiliennes à l'étranger, 3,8 sont des emprunts d'"argent frais" de l'accord de restructuration de 1988 et 5,6 correspondent aux arriérés d'intérêts échus.

35. Il s'agit pour 31 milliards de dollars de titres MYDFAs ("Multiyear Deposit Facility Agreements"), et pour 3,8 milliards de prêts d'"argent frais" ("New Money") issus de la renégociation de 1988 (quatrième phase de la renégociation de la dette extérieure brésilienne).

36. En effet, à partir de juillet 1989, le Brésil a pratiquement suspendu le remboursement de sa dette extérieure et ce n'est qu'en 1991 qu'un accord de principe, comportant l'émission de bons spécifiques (Interest Due Unpaid Bonds, IDUs) et un règlement partiel comptant, a été conclu relativement aux 9,1 milliards de dollars d'intérêts échus et impayés jusqu'au 31 décembre 1990. Cet arrangement n'a pas été suffisant pour régler le problème des intérêts échus et l'actuel accord Brady pour le Brésil comprend en outre 5,6 milliards de dollars d'intérêts échus qui seront également échangés par de nouveaux titres.

37. Ceci revêt une grande importance: le débiteur n'est plus la Banque centrale du Brésil mais le Trésor brésilien et ces titres publics de la dette extérieure apparaîtront désormais au budget.

43,5 milliards de dollars de nouveaux titres pour 49 milliards de dettes existantes.³⁸ Ces nouveaux titres sont des titres obligataires (bons) par opposition aux titres de créance détenus par les banques (eurocrédits). Ces obligations sont des actifs plus liquides que les prêts bancaires internationaux traditionnels d'autant plus qu'elles sont assorties de garanties. Du fait de la titrisation, elles peuvent faire également l'objet de transactions plus rapides sur les marchés financiers internationaux. Le débiteur de ces nouveaux titres est le Trésor national brésilien et non plus la Banque centrale du Brésil.

Au total, l'accord comprend:

- six options principales de nouveaux titres figurant au "menu d'options" proposé aux banques;³⁹

- la restructuration des opérations d'argent frais (prêts bancaires) concédées lors de la quatrième phase de la

renégociation de la dette extérieure de 1988;

- la restructuration des intérêts échus et impayés.

2.2 Les nouveaux titres de la dette extérieure brésilienne et la conversion en investissements

Les titres Brady issus de la renégociation de la dette extérieure brésilienne ainsi que certaines obligations issues de renégociations antérieures, sont éligibles dans les programmes brésiliens de capitalisation de la dette extérieure par le truchement du programme de privatisation ou dans le cadre de programmes spéciaux de conversion de la dette extérieure brésilienne en investissements.

2.2.1 Les nouveaux titres de la dette extérieure brésilienne et le programme de privatisations

Cette matière fait l'objet d'une réglementation du Conseil monétaire national qui a adopté la Résolution 2.062 le 12 avril 1994.

L'article 1^{er} de la Résolution 2.062 prévoit qu'« seront éligibles à la conversion dans le cadre du Programme national brésilien de privatisations (PND) les bons issus des renégociations de la dette extérieure brésilienne, à savoir:

- les obligations de décote;
- les obligations au pair;
- les obligations de réduction temporaire des intérêts (FLIRBs);
- les bons de capitalisation;
- les bons de conversion;
- les bons d'argent frais (1992);
- les bons *phase-in*;⁴⁰

40. Les obligations *phase-in* sont des titres provisoires qui doivent être échangés dans un délai de deux années à partir d'avril 1994 par des titres définitifs assortis de garanties. Ces garanties sont des bons coupons zéro du

38. Le Plan Brady appliqué au Brésil a eu pour effet de réduire dans l'immédiat la dette brésilienne de près de 5,5 milliards de dollars. Pour l'avenir, l'on pense que la réduction due aux nouveaux titres sera de l'ordre de 3 à 4 milliards de dollars. Cette réduction est proportionnellement plus faible que celle qu'ont obtenue les autres pays ayant conclu des accords de type Brady avec leurs créanciers bancaires.

39. Une de ces options, l'"option de restructuration" ("Restructuration Option"), n'a été retenue par aucune des banques créancières si bien qu'en pratique le Plan Brady pour le Brésil comporte 5 options. Par ailleurs, parmi les nouveaux titres émis, certains peuvent être libellés en livres sterling et en marks. Les 5 options Brady sont les suivantes: obligations nominales ou au pair ("Par Bonds"); obligations de décote ("Discount Bonds"); obligations de réduction temporaire des intérêts ("Front Loaded Interest Reduction Bond", ou FLIRBs); obligations d'argent frais ("New Money Bonds" et "Debt Conversion Bonds"); et obligations de capitalisation ou FLIRBs avec capitalisation ("Capitalization Bonds" ou "C-Bonds").

- les bons d'intérêts échus (1991-1994);⁴¹

Sont, par ailleurs, éligibles dans le cadre du Programme national brésilien de privatisations, certains titres provenant de renégociations antérieures de la dette extérieure brésilienne. Ces titres sont:

- les obligations d'argent frais (1988);
- les bons de sortie;⁴²
- les obligations d'intérêts échus (1989-1990).⁴³

Trésor des Etats-Unis que le Brésil s'est engagé à acquérir pour un montant correspondant à 3,88 milliards de dollars.

41. Ces obligations sont connues sous l'appellation "Eligible Interest Bonds" ou EI Bonds.

42. Ces obligations faisaient partie du montage juridico-financier de la renégociation de la dette extérieure brésilienne de 1988 (4ème phase). Ces bons de sortie ou "Exit Bonds" sont également connus sous le vocable "Brazilian Investment Bonds" (BIB). Les bons de sortie devaient initialement être émis pour un montant global de 5 milliards de dollars, chaque banque pouvant souscrire 15 millions de dollars. Toute la dette extérieure du secteur public pouvait ainsi être convertie en bons de sortie. Le but déclaré de l'opération était de permettre aux petites banques de devenir créancières obligataires (et éventuellement de se défaire par la suite de ces titres), d'où les nom de "Exit Bonds". En 1989, 100 banques créancières avaient souscrit un milliard de dollars de bons de sortie, une somme nettement inférieure aux 5 milliards initialement prévus. Ces bons ont une échéance de 25 ans dont 10 de grâce et un taux d'intérêt fixe de 6%. Ces bons étaient également éligibles dans le cadre de la Résolution 1460 relative à la conversion en investissements.

43. Depuis juillet 1989, le Brésil avait suspendu tout paiement international dû sur sa dette extérieure ce qui a eu pour effet de marginaliser le pays sur le marché financier international. Dans le but de normaliser la situation du pays et afin de pouvoir commencer les négociations qui devaient finalement aboutir à la mise en place du plan Brady pour le Brésil, les créanciers bancaires internationaux exigeaient que le Brésil s'acquitte

Enfin, tous les dépôts réalisés auprès de la Banque centrale du Brésil ou auprès autorisées à opérer sur le marché des changes, lors des diverses mesures de centralisation cambiaire adoptées depuis 1972 peuvent être convertis dans le cadre du programme brésilien de privatisations.⁴⁴

Tous les titres référencés peuvent être convertis mêmes s'ils ont été cédés sur le marché secondaire de la dette brésilienne. L'utilisation de ces titres pour l'acquisition directe ou indirecte de participations dans des entreprises nationalisées peut se faire avec ou sans décôte sur la valeur nominale des obligations selon les critères suivants:

- Décôte initiale de 25% (ou déterminée par le marché) pour les obligations d'argent frais (1988); les bons de sortie; les obligations d'intérêts échus (1989-1990); les obligations de réduction temporaire des intérêts (FLIRBs); les bons de capitalisation; les bons *phase-in*; les bons d'intérêts échus

partiellement d'une partie des intérêts échus ("token payment") et émette des obligations pour le reliquat du montant de ces intérêts échus. Ainsi, sur les 9 milliards de dollars d'intérêts échus durant la période en question, le Brésil s'est acquitté de 25% de ce montant en 1991 et s'est engagé à émettre le restant (soit 75%) en bons lors de la renégociation globale de la dette extérieure brésilienne. Ces obligations libellées en dollars ont une échéance de 10 ans à partir du 1er janvier 1991 et 3 ans de grâce (Résolutions n. 20 du Sénat fédéral brésilien en date du 20 juin 1991 et n. 53 du 2 octobre 1992).

44. Cette réglementation adoptée par le Conseil monétaire national et la Banque centrale du Brésil (Résolutions 229 du 1.9.72, 432 du 23.6.77, 479 du 20.6.78, 980 du 13.12.84, 1.209 du 30.10.86, 1.646 du 6.10.89 et Circulaire 230 du 29.8.74) permet aux débiteurs brésiliens de dettes libellées en devises et dues à des créanciers étrangers de procéder à des dépôts auprès de banques autorisées à opérer sur le marché des changes ou auprès de la Banque centrale du Brésil.

(1991-1994); ainsi que les dépôts issus des mesures de centralisation cambiaire.

- Décôte initiale de 35% pour les obligations au pair. Cette décôte va diminuant d'autant plus que le créancier conserve ces titres dans son portefeuille plus longtemps. Ainsi, par exemple, la décôte tombe à 28% si le créancier conserve ces obligations dans son portefeuille pendant 2 ans avant de le convertir. Les obligations seront converties au pair après 5 ans.

- Conversion au pair pour les obligations de décôte, les bons de conversion et les bons d'argent frais (1992).

Les investissements ainsi réalisés devront obéir aux règles nationales relatives aux investissements étrangers, en particulier pour ce qui concerne l'enregistrement de ces investissements auprès de la Banque centrale du Brésil, et devront demeurer sur le territoire national au moins 6 années avant de pouvoir faire l'objet d'un transfert à l'étranger. La Circulaire 2.459 de la Banque centrale adoptée le 4 août 1994, dispose sur la procédure à suivre pour les conversions des titres de la dette extérieure brésilienne dans le cadre des privatisations. Dans les deux jours qui suivent la réalisation de la vente aux enchères, la Bourse de Valeurs de Rio de Janeiro notifie à la Banque centrale (Département du capital étranger — FIRCE) toutes les données relatives aux propositions approuvées, à l'identité des acquéreurs étrangers et au type de titres convertis, à l'entreprise cible ainsi qu'au pourcentage de participation de chaque acquéreur.

L'acquisition de la participation dans l'entreprise privatisée par l'investisseur international ou par le créancier des titres en question se fera en même temps que l'opération de change sous-jacente après approbation du Département de capital étranger (FIRCE) de la Banque centrale du Brésil. Le taux de

change qui sera appliqué sera déterminé par le Département du change de la Banque centrale. L'enregistrement auprès de la Banque centrale du montant de la valeur des investissements réalisés ne se fera que sur présentation des justificatifs prouvant l'acquisition de participations dans les entreprises privatisées.

2.2.2 Les nouveaux titres de la dette extérieure brésilienne et les programmes spéciaux de conversion

Le Conseil monétaire brésilien a par ailleurs adopté une réglementation spéciale concernant la conversion de certains titres Brady dans le secteur financier brésilien. La Résolution 2.063 en date du 13 avril 1994 dispose sur l'utilisation des "Investment Feature Capitalization Bonds" (ou "IF Cruzeiros Bonds") dans des opérations d'investissement dans le capital des entreprises cibles suivantes:

- Les institutions financières brési-liennes, y compris les filiales, succursales ou agences du créancier originel;

- Les compagnies "holding" brési-liennes;

- Les compagnies "holding" brési-liennes contrôlées directement ou indirectement par le créancier originel.

Dans le cadre de ces opérations de conversion, les recours issus des "IF Cruzeiros Bonds", seront convertis en bons non-négociables du Trésor national brésilien ("Notas de Tesouro Nacional"). Les entreprises cibles devront inclure ces bons sur compte de passif dans un délai maximum de 6 mois à compter du jour de la conversion. Ces recours devront faire l'objet d'un enregistrement de capital étranger auprès de la Banque centrale et demeurer dans le pays au minimum 12 années avant de faire l'objet d'un quelconque transfert. Les profits et dividendes générés par cet investissement peuvent cependant être

librement transférés à l'étranger, sous réserve de l'application de la législation fiscale en vigueur.

Ce type de conversion ne sera pas autorisé:

- s'il a pour conséquence de transférer le contrôle d'une institution financière ou d'une compagnie "holding" détenu par des résidents brésiliens à des résidents étrangers;

- si les créanciers ont procédé à des transferts de capitaux hors du Brésil durant les 36 mois précédant la demande de conversion.

3. CONCLUSIONS

Plus qu'un simple moyen de paiement, la conversion de la dette extérieure peut s'analyser comme un instrument stratégique de politique économique: Il s'agit en effet d'un outil de transformation de l'économie nationale du pays qui reçoit les recours surtout lorsque les sources d'investissements à long terme se font plus rares.⁴⁵ Pour le créancier,

45. Tel est le cas actuellement en Amérique latine. En effet, bien que la région ait reçu entre 1990 et 1994 un flux de capitaux internationaux record, ceux-ci ne représentaient pas des investissements productifs directs à long terme mais plutôt des financements spéculatifs. La crise économique-financière de décembre 1994 qu'ont subi le Mexique et

la conversion transforme un prêt douteux à long terme en une réalité économique concrète sur laquelle il dispose d'un contrôle immédiat.

Les crises quelles qu'elles soient sont un défi unique et bénéfique dans la mesure où elles génèrent des solutions et de nouveaux espoirs. Ainsi, dit-on, l'idéogramme chinois signifiant "crise" se dédouble en deux symboles, l'un signifiant "désastre" et l'autre "espérance". Il ne fait pas de doute que la crise de l'endettement international a créé des conditions favorables pour l'établissement entre pays en développement endettés et pays développés d'un *partnership in international economic management*. L'expérience brésilienne illustre parfaitement ce propos: pays nouvellement industrialisé le plus endetté du monde en développement, le Brésil a su mettre en place et appliquer une réglementation en matière de conversion de la dette extérieure en projets d'investissements qui va dans le sens d'une "co-prospérité fondée sur le partenariat".⁴⁶

d'autres pays latino-américains par ricochet montre l'extrême mobilité des capitaux dans cette région du monde.

46. L'expression "co-prosperity through partnership" est de M. H. de Carmoy. *Restoring Growth in the debt of the third world*, Trilateral Commission, 1986, p. 110.

MANDATO ASSECURATÓRIO. INVALIDADE

SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA

Advogado em Santos

1. Objeto deste estudo — 2. Evolução da jurisprudência brasileira, nessa matéria — 3. Mandato: Natureza. Causa — 4. O art. 1.317 do Código Civil Brasileiro — 5. Mandato impróprio (ou irregular) — 6. Conclusão. Invalidade do mandato assecuratório.

1. Objeto deste estudo

1.1. Vulgarizou-se a praxe de incluir, nos instrumentos de negócios bilaterais, cláusula com outorga de poder, ao credor, para agir em nome do devedor. Dos contratos de mútuo ou de abertura de crédito, firmados com instituições bancárias, espalhou-se ela para os celebrados em todo tipo de agenciamento financeiro (mera abertura de conta bancária, aquisição de casa própria, consórcios, cartão de crédito), alcançando até mesmo contratos de locação e os concluídos com estabelecimentos de ensino.

Em geral, de um lado está o devedor (com obrigação de pagamento em dinheiro), consumidor de um serviço ou adquirente de um bem, e, de outro lado, uma empresa — agente financeiro, prestador do serviço ou vendedor do bem — que impõe o preço e as cláusulas do contrato. Mas, como devedores, às vezes encontram-se pessoas jurídicas, pequenas empresas, associações civis, cooperativas, e até mesmo entidades de direito público.

Muitas vezes, quando a complexidade do negócio exige o contacto com vários órgãos, a obtenção de certidões, licenças e alvarás, o credor recebe poderes do devedor, no interesse da

conclusão do negócio, para agir como uma espécie de despachante (comissionado) com mandato. Outras vezes, a existência da mandato evita, à medida que se apresentam as situações, a necessidade de recorrer ao devedor, para viabilizar cada passo do negócio. A representação, aí, ocorre perante terceiros.

Mas em grande parte das vezes, o que se objetiva, com essa cláusula, é o proveito exclusivo do credor, que passa a representar o devedor perante si mesmo. Com ela, por exemplo, em caso de mora ou inadimplemento, fica autorizado o credor — ou integrante do mesmo grupo econômico — a emitir notas promissórias, em nome do devedor, favorecendo o próprio credor. Nessas circunstâncias, o mandato é utilizado como garantia vazia — porque sem conteúdo prévio — de cumprimento das obrigações. É como se o devedor, e seus garantes, ao se ajustar o negócio, houvessem assinado várias folhas em branco, que depois o credor vai preenchendo, no curso de sua execução.

Reproduzo, de um desses instrumentos, as cláusulas que nos interessam: “Assim pelo presente instrumento particular e na melhor forma de direito, o creditado nomeia e constitui seu bastante procurador, de forma irrevogável, a

empresa N, para o fim único e especial de, caso seja necessário, emitir notas promissórias de acordo com os valores e vencimentos das prestações estipuladas no intróito do presente contrato, podendo inclusive substabelecer tais poderes em quem convier, no todo ou em parte”.

E: “Por este mesmo instrumento e melhor forma de direito os avalistas do creditado, devidamente qualificados no preâmbulo, nomeiam e constituem seu bastante procurador, em caráter irrevogável, a empresa N, para o fim especial desta última avalizar em seu nome as notas promissórias emitidas pelo creditado correspondentes às prestações e vencimentos discriminados no intróito do presente contrato, poderes esses que poderão ser substabelecidos, no todo ou em parte em quem convier”.

Veja-se também esta cláusula, constante em contrato de emissão e utilização de cartão de crédito: “Ao aceitar as condições deste contrato, o Sócio Titular nomeia e constitui a Administradora como sua procuradora, outorgando-lhe poderes expressos para negociar e obter crédito junto a instituição financeira da escolha da Administradora, para financiamento das despesas havidas com o(s) cartão(ões) e dos encargos acessórios da dívida, incluindo, nos poderes do mandato, os de substabelecer, assinar os respectivos contratos de financiamento, abrir contas correntes em bancos para movimentar os valores dos financiamentos obtidos, assinar e aceitar títulos representativos do débito, inclusive notas promissórias e letras de câmbio, estabelecer prazos, pactuar e repactuar taxas, acertar juros, comissões, encargos e despesas financeiras, remuneração de garantia e demais encargos da dívida, que desde já é dada pelo Sócio Titular como líquida, certa, exigível e cobrável por execução judicial”.

Não se trata, como se vê, da assinatura de notas promissórias, no mo-

mento da formação do contrato, com valores correspondentes a parcelas determinadas do débito. Mas da ampla possibilidade que se abre, ao credor, de no futuro — por meio de interposta pessoa que, na verdade, dele não se distingue — formar títulos executivos em seu favor, por valores cuja determinação fica inteiramente ao seu arbítrio.

Segundo o disposto no Código de Processo Civil brasileiro (art. 585-II), o documento particular assinado pelo devedor e subscrito por duas testemunhas, do qual conste a obrigação de pagar quantia determinada — como costumam ser os instrumentos dos contratos de abertura de crédito — são títulos executivos extrajudiciais. Assim, tais contratos já entregavam ação de execução aos credores, não fosse o caso de que, acrescidos de juros, correção monetária, multas, comissão de permanência, e outras taxas, esses valores, com o tempo e eventos do contrato, tornavam-se indeterminados. A diferença está em que, o uso do instrumento de contrato como título executivo contra os devedores e seus fiadores, tornaria admissível a discussão, em sede de embargos, dos valores em cobrança. Ao passo que a existência de promissória faria certo o valor do débito, ou, ao menos, dificultaria sua discussão, em execução contra o devedor ou contra o coobrigado (seu fiador no contrato, transformado em avalista na cártula).

Para quem costuma observar exclusivamente a forma, desprezando as realidades que ela tanto pode veicular como trair, havendo dúvida ou impugnação quanto ao montante inscrito na promissória, o executado não teria como argüi-las em sede de embargos, restando-lhe a possibilidade de voltar-se, em ação própria, contra o seu “procurador”.

O 5.º Encontro dos Tribunais de Alçada do Brasil, realizado de 23 a 26 de novembro de 1981, no Rio de Janeiro, decidiu que “é inválida a procuração

outorgada por mutuário em favor de empresa pertencente ao grupo financeiro do mutuante, para assumir responsabilidade, de extensão não identificada, em títulos cambiais, figurando como favorecido o mutuante" (*Boletim AASP* — 1.208/2).

O Superior Tribunal de Justiça já enunciou súmula de jurisprudência (n. 60), considerando "inválida a nota promissória emitida e avalizada por mandatário de mutuário, pertencente ao mesmo grupo financeiro do mutuante, no exclusivo interesse deste" (*RSTJ* 44/17-79).

E o Código do Consumidor (Lei 8.078, de 11.9.90), fulminou como abusivas as cláusulas que "imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor" (art. 51-VIII).

1.2. Seriam desnecessários tais indicativos, fortes, para que se tivessem como inválidas aquelas cláusulas, seja pelo seu caráter potestativo, seja pelo abuso de poder econômico, e consideradas as regras interpretativas dos contratos de adesão. "Os atos jurídicos valem ou deixam de valer" — já dissera Rui Barbosa — "consoante apresentarem, ou não apresentarem, a condição de liberdade. Sem esta não se contraem ou resgatam obrigações, não se exercem ou adquirem direitos de ordem alguma" (*Memórias sobre a eleição presidencial, Obras completas*, II/180). Entretanto, até que surgissem tais indicativos, muitos dos nossos juízes e tribunais tinham como válidas aquelas cláusulas; e, mesmo depois deles, continua persistindo sua inclusão, em muitos contratos.

Paradoxalmente, algumas das decisões em favor dos devedores, naquela fase, basearam-se no equivocado fundamento de que, ao emitir promissória como representante do devedor, em seu benefício, estaria o credor contratando consigo mesmo. O que (irrisão do

formalismo cego!) deu lugar à intervenção, nos contratos, de um terceiro que recebesse o mandato do devedor, para exercê-lo em proveito do credor.

1.3. Contribuiu para a hesitação jurisprudencial — ao lado de outros fatores, alguns até de maior importância — a falta de clareza, do Código Civil brasileiro, quanto aos atos que o mandatário pode validamente praticar.

Em princípio tem-se como certo que o fim primordial do mandato é a realização do interesse do mandante.

Pesava entretanto, em sentido contrário, a tradicional aceitação, pelo direito brasileiro, da "procuração em causa própria", que se outorga no interesse exclusivo do representante. Significa também atender-se ao interesse do mandatário fazer sua procura irrevogável, ou subordiná-la a outro negócio jurídico no qual é incluída como cláusula (poder de representação fundado). Estas são, todas, hipóteses previstas pelo Código Civil brasileiro, em seu art. 1.317: "É irrevogável o mandato:

I - Quando se tiver convencionado que o mandante não possa revogá-lo, ou for em causa própria a procuração dada;

II - Nos casos, em geral, em que for condição de um contrato bilateral, ou meio de cumprir uma obrigação contratada, como é, nas letras e ordens, o mandato de pagá-las;

III - Quando conferido ao sócio, como administrador ou liquidante da sociedade, por disposição do contrato social, salvo se diversamente se dispuser nos estatutos, ou em texto especial de lei".

Pesava ainda o fato de que a lei cambiária (Dec. 2.044 de 1908, art. 54-IV) e a Lei Uniforme, arts. 8.º e 77 (v. Dec. 57.663, de 24.1.66), admitem a emissão de promissória por procurador com poderes especiais. Bem como o enunciado da Súmula 387 do Supremo Tribunal Federal: "A cambial emitida

ou aceita com omissões, ou em branco, pode ser completada pelo credor de boa fé antes da cobrança ou do protesto".¹

1.4. Este estudo objetiva demonstrar que é incompatível com a natureza do mandato sua utilização como garantia, sendo inválida a cláusula com a qual o devedor outorga, ao credor ou interposta pessoa, poder para agir em seu exclusivo proveito, contra o interesse do outorgante.

Embora estreitamente ligada a esse tema, passaremos ao largo de uma discussão relevante: se o credor-mandatário pode agravar a posição do devedor-mandante, criando, em desfavor deste, título que o sujeita a execução. A propósito, diz Pontes de Miranda que "o *nexus* foi equiparação primitiva da executividade estabelecida pelo próprio credor à executividade, através da cognição pelo Estado, à execução de sentença: ...Há reminiscência disso nos sistemas jurídicos que permitem adotar os contratantes "ação executiva" para suas obrigações, ou que o estipule o credor: são sistemas com a idade do *nexus*, ou de algum momento *shylockiano* de regressão psíquica ao *nexus*" (*Tratado das Ações*, VII/58).

Do mesmo modo, passamos também ao largo de outra discussão relevante: se a cambial vinculada a contrato perde a sua autonomia; após decisões dizendo que sim, inclusive do Supremo Tribunal Federal (RTJ 45/52 e 73/635; RT 576/118), a jurisprudência nacional encaminhou-se no sentido contrário (RSTJ 24/376. 382, 396; 26/343).

1. A súmula 387 — que invoca a Lei 2.591/12, art. 15. e o Dec. 2.044/08, arts. 2.º, 3.º, 39 e 56 — depois de considerada ineficaz, com a edição do Dec.-lei 427/69 (que exigia o registro das cambiais), parece "repristinada" com a revogação desse decreto-lei pelo Dec.-lei 1.700/79.

São ainda temas conexos — que raspam, mas não envolvem a matéria de que ora tratamos — a questão dos documentos e das promissórias assinadas em branco. Anote-se tão somente que, nos estritos termos da lei, os claros que o portador da promissória, como mandatário presumido, é autorizado a preencher (Dec. 2.044/08, art. 54-§ 1.º), são os relativos à data e lugar da emissão; que da existência da representação cambiária não decorre, *ipso facto*, a admissibilidade do mandato assecuratório; e que é diferente a posição do terceiro de boa fé perante um título preenchido após a emissão, e um título emitido por procurador.

2. Evolução da jurisprudência brasileira, nessa matéria

Quando o tema começou a repercutir nos nossos tribunais, na década de 70, muitas decisões entendiam válido o mandato outorgado pelo devedor, ou válidas as promissórias emitidas com base nele, pelo próprio credor, ou por outrem, indicado pelo credor.

Assim as seguintes, todas do 1.º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo: "(Cartão de crédito)... quanto à eficácia do mandato constante do contrato de financiamento, ou de abertura de crédito, autorizando a empresa que fez os pagamentos a emitir promissória, afigura-se indiscutível, tratando-se de cláusula usual em tal espécie de contratos, bem como de condição livremente aceita pelo usuário. A questão da liquidez da dívida... não afeta a regularidade da criação do título, podendo ser apenas um ponto a alegar e discutir na ocasião da cobrança". (6.ª Câm., 3.12.74, rel. Paula Bueno, julgados do TACiv, Ed. Lex, 32/244).

"A promissória pode ser emitida por mandatário com poderes especiais e o mandato pode ser genérico para emissão de cambiais, sem restrições quanto a

tempo, lugar e quantia". (1.^a Câ., 21.9.76, rel. Carlos Ortiz; *RDM* 26/119).²

"É lícita a procuração outorgada por mutuário em favor de empresa pertencente ao grupo financeiro do mutuante para assumir responsabilidade de extensão não especificada, em títulos cambiais, figurando como favorecido o mutuante. Entretanto, o mandatário terá seu direito limitado, devendo agir com boa fé, observando o que for combinado". (6.^a Câ., j. 1.12.81, rel. Bueno Magano; *RT* 568/107).

"Se o credor tem, por força de lei, mandato tácito do devedor para inserir no título de crédito por este emitido o próprio valor do débito, além de outros elementos essenciais à cártula, nada impede que, por mandato expresso, outorgue o devedor poderes ao credor para emitir o mesmo título". (3.^a Câ., Ap. 303.563, j. 25.5.83, rel. Nelson Schiavi).

"...De se notar, outrossim, na espécie, que as promissórias emitidas correspondem exatamente às prestações avençadas no contrato, este e aqueles firmados na mesma data, o que faz presumir que tenham sido subscritas na presença e com a anuência dos mandantes". (6.^a Câ., j. 13.9.83, rel. Ernani de Paiva; *RT* 588/130).

"Não repugna ao ordenamento jurídico que alguém outorgue poderes a outrem para, em seu nome, emitir

promissórias por dívida regularmente assumida, e que cobre seu montante mediante execução fundada em título executivo extrajudicial. Evidente que deve o mandatário aplicar toda sua diligência habitual na execução do mandato, cabendo-lhe indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua". (7.^a Câ., j. 13.9.83, rel. Régis de Oliveira, *RT* 587/138, em.).

"Admissível é a emissão de nota promissória pelo próprio credor se expressamente prevista a hipótese em cláusula de contrato de adesão". (6.^a Câ., j. 24.4.84, rel. Jorge Almeida; *RT* 598/136, em.).

"O grupo de sociedades pode ser constituído para a combinação de recursos ou esforços tendo em vista a realização dos respectivos objetivos, ou a participação em atividade ou empreendimentos comuns (art. 265 da Lei 6.404/76, conservando cada uma personalidade e patrimônio distintos". (7.^a Câ., j. 15.5.84; rel. Osvaldo Caron; *RT* 588/119).

"As peculiaridades do contrato de financiamento exigem que o mandatário que emitirá os títulos em nome do devedor seja de escolha do credor. Ao contratar o financiamento o financiado constitui tal mandatário...

...Fere o bom senso que a credora ficasse a depender, para a emissão dos títulos representativos do seu crédito, de mandatário da escolha exclusiva do devedor". (1.^a Câ., j. 3.6.86, rel. Marco César; *RT* 611/118).

"A emissão de cambial por procuração é válida se tal foi deliberado no contrato de financiamento, nada obstando a que o mandatário emita cambial em nome e por conta do mandante, em proveito próprio, desde que não se apure excesso ou abuso". (6.^a Câ., j. 13.5.86, rel. Ernani de Paiva; *RT* 610/138).

Todavia, ao julgar a apelação 258.542, em 18.10.79, a 2.^a Câmara do mesmo Tribunal julgara ineficaz a cláu-

2. Comentando esse acórdão, ao escrever em 1977 para a Revista de Direito Mercantil, e após alinhar bem lançados argumentos, Waldírio Bulgarelli dizia ser de esperar "uma reformulação na tendência jurisprudencial, para pôr cobro aos abusos das sociedades emissoras de cartões de crédito, e aos dos fornecedores a elas associados. Que se implante de vez uma consciência de proteção ao consumidor, sem necessidade de leis novas e específicas para cada problema, que as normas gerais podem ainda muito bem servir a isso". (*RDM* 26/122).

sula autorizando a emissão da promissória, em favor do credor. Diz o acórdão, assinado pelo relator designado, Geraldo Arruda (JTACSP, Lex, 62/99-101):

“O nosso direito é avesso às situações que sujeitam uma parte ao arbítrio da outra (art. 115 do Código Civil), e também proíbe aos mandatários a compra dos bens de cuja administração ou alienação estejam encarregados (art. 1.133, II). ...

Estranho na verdade esse mandato em que o mandatário volta as costas ao mandante para só cuidar dos interesses do banco credor, agindo potestativamente na emissão de notas promissórias em nome do inerme constituinte...

O problema do conflito de interesses entre representante e representado já foi tratado nesta 2.^a Câmara por ocasião do julgamento da ap. 248.877, de Lins. Considerou-se nesse julgamento ineficaz a cláusula de mandato que a exequente fizera inserir no instrumento de contrato, por ser tal mandato viciado pela falta de legitimação do mandatário...

A propósito vem a lição de Cariota Ferrara que, reproduzida em vernáculo, diz: ‘Mas é de duvidar-se, segundo nossa opinião, que se possa conferir o mandato ou a autorização no exclusivo interesse do representante ou de um terceiro, sem que se altere a função do negócio ou quanto menos se adapte a ele um fim diverso; uma razão de dúvida se tira da própria lei que configura só um mandato conferido também no interesse do mandatário ou de terceiro (art. 1.723, Código Civil italiano). Verdade é que, segundo nossa opinião, um mandato no exclusivo interesse do *procurador* ou de um terceiro não é outra coisa que um negócio indireto; e por isso de sua validade e eficácia é de se julgar segundo os princípios válidos para os negócios indiretos. (*Il negozio giuridico*, p. 157)’.

Em 15.12.81, a 1.^a Câmara do mesmo Tribunal também entendeu haver,

no mandato em favor do credor, ou interposto seu, incompatibilidade entre o interesse do mandatário e os deveres decorrentes do mandato (rel. Oliveira Lima; RT 569/125).

Foi no julgamento da apelação 283.335, da comarca de São Vicente, que ocorreu no 1.^o Tribunal de Alçada Civil de São Paulo o mais aceso debate sobre o tema (6.^a Câ., 1.12.81).

Não me constando tenha o respectivo acórdão figurado em algum repertório, tentarei resumir os esmerados votos dos juízes Bueno Magano (relator) e Nelson Altemani.

O primeiro, lembrando o disposto na lei uniforme e no Dec. 2.044/08 sobre a cambial em branco, a Súmula 387 do Supremo Tribunal Federal, e o art. 1.317 do Código Civil (procuração em causa própria), sustenta que, na hipótese em discussão, não se trata de contrato consigo mesmo. E acrescenta que “os contratos bancários cumulando mandato e mútuo vêm sendo usualmente utilizados sem óbice legal, porquanto face ao sistema do Código Civil, adotando a liberdade de contratar, as partes podem criar outros contratos além dos nominados, ou combinar tipos, formando contratos mistos, usando enfim do direito de regular seus interesses de acordo com o princípio da autonomia da vontade, que nesse ponto manifestou-se de maneira positiva na dinamização do Direito Positivo, cf. Martinho Garcez Neto, in *Obrigações e Contratos*, p. 46”.

O Dr. Nelson Altemani, que em 6.5.1981, como relator da ap. 277.236, entendera “inteiramente válida a cláusula contratual pela qual devedor e avalista constituem procurador uma empresa subsidiária da credora, para emitir notas promissórias e avalizá-las”, e vinha se deslocando para a posição contrária (v. RT 560/130) apresenta agora, em sua declaração de voto em separado, os mesmos argumentos compendiados na tese que, poucos dias

antes, oferecera ao Encontro dos Tribunais de Alçada, realizado no Rio de Janeiro. Afirmar que, além da questão cambial disciplinada pela Lei Uniforme e pela Lei 2.044 de 1908, “o problema envolve considerações de outra natureza”. Examina as características do contrato de mandato, relembra a doutrina de Cariota Ferrara, e invocando a teoria da desconsideração, afirma: “tudo leva a crer que o credor evita posicionar-se como mandatário do devedor unicamente para salvar a aparência do negócio, encobrendo o conflito de interesses entre o representante e o representado. Típica simulação relativa, mediante interposição de pessoa”. Estuda as questões da procuração em causa própria, da formação de títulos executivos negociais, e conclui que no caso a emissão de nota promissória, ainda que realizada por interposta pessoa, “representa típica manifestação do que se convencionou chamar contrato consigo mesmo”.

Em 5.8.82, o 3.º Grupo de Câmaras do mesmo Tribunal (relator Pinheiro Rodrigues), sustentando que o mandato pressupõe confiança, entendeu que a prática em questão “não deixa de configurar um desvirtuamento do mandato e fonte de possíveis abusos, a merecer vigilância do Judiciário” (RT 570/115). A 2.ª Câmara do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, em 8.3.83, (rel. José Vellinho de Lacerda) apontou a incompatibilidade, no caso, “entre o interesse da mandatária e os deveres decorrentes do mandato” (RT 577/239). E a 2.ª Câmara do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, em 2.12.83 (rel. Abel Machado), entendeu nulo o mandato assim outorgado, por contrariedade ao art. 115 do Código Civil (RT 590/218).

O Supremo Tribunal Federal, em 22.11.85, decidiu a propósito que: “Em princípio, não existem óbices legais à outorga de mandato pelo mutuário, à empresa vinculada ao grupo creditício do mutuante, para agir segundo condi-

ções previamente contratadas. A possível incompatibilidade de interesses do representante há de ser aferida, em cada caso, mediante o exame da extensão dos poderes deferidos ao mandatário e à ocorrência, ou não, de abuso no desempenho do mandato”. (RTJ 116/749).

No Superior Tribunal de Justiça, as decisões encaminharam-se no sentido da invalidade da cláusula, a) por ofensa ao art. 115 do Código Civil (RSTJ 22/200, 23/220, 26/313), b) devido ao conflito de interesses e à ocorrência de contrato consigo mesmo (RSTJ 23/220, 26/313), c) face à sujeição do ato ao arbítrio de uma das partes (RSTJ 30/461, 40/430) e à afetação da vontade (RSTJ 30/461), desaguando por fim na Súmula 60 (RSTJ 44/18-79).

3. Mandato: Natureza. Causa

3.1. Diz o art. 1.288 do Código Civil brasileiro — o mais próximo de conter uma definição desse contrato — que “opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos, ou administrar interesses”.

Todavia, “pode haver mandato, no direito brasileiro, sem poder de representação, e. g. quanto aos atos que, sem poder de representação, podem ser praticados por outrem”. (Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. 43, § 4.675).

A autonomia dessa figura (poder de representação) e sua separabilidade do mandato, vê-se com mais clareza no Código Civil alemão, que delas cuida em disposições distintas.

A distinção entre outorga de poder, outorga de poder de representação, e mandato, é que permite diferenciar, este, das figuras afins, como faz Pontes de Miranda, com a habitual maestria: “Tem-se de distinguir do contrato de mandato o negócio jurídico da outorga de poderes, unilateral, que se contém na

procuração" (*Tratado de Direito Privado*, t. 43, § 4675.1).

Dentre as disposições constantes do Código Civil brasileiro em seus arts. 1.288 a 1.330, algumas dizem respeito à procuração. Também, segundo assinala Pontes, "algumas regras jurídicas sobre mandato incidem, por analogia, noutros suportes fáticos...". Assim como "regras jurídicas concernentes ao poder de representação incidem a respeito do mandato, sem se conterem nos arts. 1.288-1.330 do Código Civil". (Id., § 4677.2).

3.2. Nos artigos supra-referidos, do Código Civil brasileiro, inexistente referência a que os atos do mandatário não possam contrariar os interesses do mandante, ou visar sua desvantagem. O mesmo silêncio observa-se nos comentadores do Código, a começar de Clóvis Bevilacqua.

Esse foi tema de que não se cogitou, a partir da vigência do Código Civil. Tratar-se-ia de omissão, lacuna, ou do chamado "silêncio eloquente", a desnecessidade de mencionar o que é por demais sabido?

No "Esboço", dissera Teixeira de Freitas que "haverá mandato, como contrato, quando uma das partes se tiver obrigado a representar a outra em um ou mais atos da vida civil" (art. 2.853). O "Esboço" veda, sob pena de nulidade, os "contratos do mandante, em que a outra parte for o próprio mandatário" (art. 2.871-3.^o). E o art. 2.874 estabelece que "o mandato pode ter por objeto um ou mais atos ou negócios a exercer do interesse exclusivo do mandante, ou do interesse comum do mandante e do mandatário, ou do interesse comum do mandante e do terceiro, ou do interesse exclusivo de terceiro".

Essa regra tem sua fonte nas Institutas, 3.27: "O mandato se contrai de cinco modos: se alguém te comete algo no seu interesse, ou no seu e no teu, ou no

interesse de terceiro, ou no seu e do terceiro, ou no teu e do terceiro".³

A respeito do interesse, diz Pontes (id., § 4677.1), que "o assunto sobre que versa o mandato pode pertencer ao mandante ou a terceiro, ou também ao mandatário (e. g., para cobrar, pagando-se). E o mesmo que afirma Ennecerus, em seu *Direito das Obrigações*: "o mandato pode referir-se a assuntos do mandante ou de um terceiro, e que inclusive digam respeito ao próprio mandatário".⁴

A regra das Institutas, extraída de Gaio (*Digesto*, 17.1.2), é esclarecida por este: "Existe mandato quer mandemos no nosso próprio interesse quer no de outrem. Contrai-se portanto a obrigação de mandato se eu te encarregar de administrares, quer os meus negócios, quer os de outrem, e nós nos obrigamos reciprocamente por aquilo que devemos, em boa fé, prestar um ao outro". (Gaio, 3.155).⁵

Ao inscrever, no Esboço, a regra das Institutas, Teixeira de Freitas suprimiu-lhe a frase final: "Mas se o mandato te é dado somente no teu interesse, é inútil; e daí não nasce qualquer obrigação, nem qualquer ação de mandato entre vós".⁶ Essa frase fazia sentido

3. "Mandatum contrahitur quinque modis: sive sua tantum gratia aliquis tibi mandat. sive sua et tua, sive aliena tantum, sive sua et aliena, sive tua et aliena".

4. Cf. edição espanhola de Bosch. Barcelona, 1966, v. 2, 1.^o parte, p. 589; título original: *Recht der Schuldverhältnisse — Ein Lehrbuch*, Tübingen, 1958.

5. "Mandatum consistit, sive nostra gratia mandemus sive aliena. Itaque sive ut mea negotia geras, sive ut alterius, mandaverim. contrahitur mandati obligatio, et invicem alteri tenebimur in id, quod vel me tibi vel te mihi bona fide praestare oportet". Cf. A. Correia e G. Siascia, *Manual de Direito Romano*, v. II, p. 198; Saraiva, 1955.

6. "At si tua tantum gratia mandatum sit, supervacuum est mandatum, et ob id nulla ex eo obligatio, nec mandati inter vos actio nascitur".

dentro da concepção romana de mandato, mas não segundo a concepção moderna.

Atento a essa diferença, Velez Sarsfield, ao aproveitar o Esboço na elaboração do Código Civil argentino, assim redigiu seu art. 1.892: "El mandato puede tener por objeto uno o más negocios de interés exclusivo del mandante, o del interés comum del mandante y mandatario, o del interés comum del mandante y de terceros, o del interés exclusivo de un tercero; *pero no en el interés exclusivo del mandatario*" (grifo meu).

3.3. Em matéria de mandato não seria acertado simplesmente transpor, para a legislação nacional, o que nos textos romanos se mostra sob esse título.

Com origem na religião e na amizade, o mandato era relação gratuita, em cujo desempenho deveria o mandatário pôr mais diligência do que nos seus próprios negócios (v. Ortolan, *Institutes de Justinien*, 3/313 e ss.; Plon, Paris, 1863); o mandatário contratava com terceiros em seu próprio nome, e perante eles respondia, pessoalmente, pelos atos praticados no interesse do mandante. Nasce, o mandato, como contrato baseado na confiança e na boa fé.

É a esse tipo de contrato que — já agora gratuito ou oneroso — se acrescenta, como acontece na maioria dos casos, a outorga do poder de representação, de modo que o mandatário, agindo em nome do representado, não se faz pessoalmente responsável perante terceiros. Continua sendo relevante, nesse contrato, o proveito do mandante. E a falta de menção a essa circunstância, pelo legislador nacional, não é lacuna, mas silêncio eloquente.

Dentre as codificações modernas mais conhecidas, a italiana é atenta a essa questão. O contrato concluído pelo mandatário em conflito com o interesse do

mandante pode ser anulado por este, se o conflito era conhecido ou reconhecível pelo terceiro (Código Civil, art. 1.394). Também anulável é o contrato que o mandatário conclui consigo mesmo, salvo autorização específica do mandante ou se o conteúdo do contrato exclui a possibilidade de conflito de interesses (art. 1.395). O Código Civil alemão proíbe, em regra, que o representante realize, em nome do representado, "contrato consigo mesmo" (art. 181).

4. O art. 1.317 do Código Civil Brasileiro

O proveito do mandante possui dois instrumentos de controle: a revogabilidade do mandato, e a obrigação de prestar contas, por parte do mandatário.

O art. 1.317 do Código Civil brasileiro, acima reproduzido, rompe a unidade do sistema, como denuncia Clóvis Bevilacqua: "A doutrina, entre nós, ainda que não pacificamente, admitia as exceções, que o Código Civil consigna à irrevogabilidade do mandato. Seria mais prudente não se ter dado ingresso na lei a essa doutrina, que contraria a essência do mandato... A Comissão do Governo pensou diversamente. A ela devemos o art. 1.317 do Código Civil". (Código Civil, vol. V, p. 64; Francisco Alves, Rio, 1919).

Pontes de Miranda informa que "alguns sistemas jurídicos reputam nula a renúncia ao direito de revogar e há juristas que a proscrevem em qualquer caso; outros, que a admitem em quaisquer casos; outros, enfim, que só a excluem quando, tratando-se de todo um patrimônio, ou de parte considerável desse, importa submissão imoral à vontade do mandatário, ou há outro fundamento sério" (id., § 4690.2).

Segundo nosso Código Civil, o mandato, em regra revogável, pode ser irrevogável mediante acordo das partes

(art. 1.317, I), e também havendo procuração em causa própria (ib).

O outro caso de irrevogabilidade é o do art. 1.317-II, "modo canhestro com que o legislador exprimiu mandato concernente a relação jurídica subjacente, justajacente ou sobrejacente, que dele precise. A alusão às "letras" e "ordens" é de todo descabida. Não há, aí, sempre, poder derivado de obrigação contratual; pode ter derivado de negócio jurídico unilateral. Por outro lado, se se pensou em assinatura, em títulos cambiários e cambiariformes em que haja saque, a figura seria a da autorização, ou, no cheque, a do exercício de autorização, e não a do mandato". (Pontes, id., § 4690.2.c).

O último dos casos (art. 1.317-III), como assinala Clóvis, "é dispositivo que melhor cabe no capítulo da sociedade, a cuja teoria pertence".

Nenhum desses casos permite se diga que, no direito brasileiro, o mandato autoriza a prática de ato contrário ao interesse do mandante. Como contrário ao interesse do mandante não se pode considerar, em tese, outorga de poder de disposição, embora possam ocorrer atos de disposição contrários ao interesse do mandante; nem outorga de poder cujo exercício implique diminuição patrimonial, embora possa haver atos de diminuição patrimonial contrários ao interesse do mandante. Mas, sem dúvida, contrária ao interesse do mandante é a outorga potestativa em benefício do credor.

5. Mandato impróprio (ou irregular)

"Para que haja representação" — diz Pontes de Miranda (id., t. 3, § 308.3) — "é preciso que seja figurante no negócio jurídico, ou no ato jurídico *stricto sensu*, quem não está, juridicamente, presente, em vez de o ser aquele que está presente (= representa)".

Ressalta a instrumentalidade do mandato. Os negócios jurídicos que o

mandante pretende praticar, através do mandatário, podem ter *causa donandi*, *solvendi*, ou *credendi*. Mas o mandato não tem, em si mesmo, *causa donandi*, *solvendi*, ou *credendi*.

Contrata-se mandato, portanto, "*commoditatis causa*". Há sempre, no seu exercício, economia de tempo e de esforço. Por isso, o mandato é negócio de extraordinária flexibilidade. Ele não realiza apenas, propriamente, o milagre de fazer o mandante atuar sem que esteja presente; impropriamente, ele transfere, para as mãos do representante, a vontade do representado; de sorte que, fraudando sua confiança, é possível que o mandatário venha a atuar contra o interesse do mandante.

Nos casos em que atue dessa maneira, com culpa, o mandatário responde perante seu representado. Propriamente, "o representante há de atuar em nome do representado. A vontade dele é de representar e exprimir a vontade, ou o conhecimento, ou o sentimento do representado, exatamente porque exprime que quer representar". (id., § 317.3). Não se trata sequer da coincidência de duas vontades, a do representante e a do representado, mas da manifestação, desta, na atuação daquele.

Mas se a lei admite a irrevogabilidade do mandato, é porque também reconhece, nele, o interesse do mandatário, consistente ao menos na continuidade da representação.

Quando o interesse do representante supera o interesse do representado, não se tem mais verdadeiro mandato (cuja figura, todavia, se utilizou para alcançar fim diverso do que normalmente lhe corresponde). Aí, o mandato é impróprio.

Bem se compreende, portanto, a objurgatória de Clóvis contra o art. 1.317 do Código Civil, e, particularmente, contra a procuração em causa própria: "Na procuração em causa própria, o mandatário exerce o mandato no seu próprio interesse. É uma cláusula

desnaturadora do mandato, que, entre nós, tem sido capa de abusos e fonte inesgotável de contendas judiciais. ...meio de dissimular as relações jurídicas que realmente se estabeleciam, ou se pretendia estabelecer entre as partes..." (ob. e loc. já citados).

Entretanto, a utilização de um tipo negocial para alcançar fins que não lhe são próprios — quando não caracteriza simulação invalidante — é um dos expedientes mais comuns (derivação), do desenvolvimento do Direito das Obrigações, a contar da própria criação do contrato, nascido em direito romano dos pactos celebrados em juízo.⁷ Ao se criarem, as formas jurídicas novas apoiam-se nas preexistentes. Isso a que poderíamos chamar "desvio do tipo", ou "desvio da causa", presente nos chamados "negócios indiretos", não caracteriza necessariamente simulação invalidante.

6. Conclusão. Invalidade do mandato assecuratório

6.1. No Direito brasileiro, não é ilegal — salvo caso em que incida o Código do Consumidor — mandato para que o credor represente o devedor perante terceiros, no interesse do negócio. O conflito potencial de interesses entre devedor e credor não suprime o interesse comum que ensejou o negócio. O mandato pode ser vazio (indicando apenas a natureza dos atos que podem ser praticados pelo mandatário, mas não o seu conteúdo), ou cheio.

6.2. Também não é ilegal — com a mesma ressalva do item acima — o

contrato com a forma de mandato — vazio ou cheio), para que o credor, no seu interesse, represente o devedor perante terceiros; e. g. o que se conclui para que o credor, cobrando crédito que tem o devedor, se pague com o produto da cobrança.

O "mandato" no interesse do credor pode permitir a prática de atos de diminuição patrimonial do devedor — como a disposição de bens ou a criação de obrigações — desde que previamente determinados (mandato cheio). Alienação, ou criação de obrigação, não significam necessariamente desvantagem, prejuízo ou detrimento (ato contrário ao interesse) do representado. A autorização para alienar pode ser com dispensa de prestação de contas (art. 1.317-I-2.ª parte, do Código Civil).

Esse "mandato" pode ser a) autônomo e revogável (salvo acordo em contrário, art. 1.317-I-1.ª parte), ou b) subordinado a outro negócio jurídico (poder de representação fundado), sendo portanto irrevogável (art. 1.317-II).

Nos casos em que incide o art. 1.317, o mandato é impróprio.

6.3. Excetuado caso em que incida o Código do Consumidor, também não é ilegal o mandato que permita ao mandatário celebrar contrato com o mandante, figurando, no ato, como representante deste.

Não é possível haver dúvida quanto a este tópico. Pontes de Miranda deixa bem clara a diferença entre o contrato consigo mesmo (o que é *a priori* juridicamente impossível), e o contrato em que uma das partes figura ao mesmo tempo em nome próprio e como representante da outra parte: "Se há, de regra, colisão de interesses, quando o representante contrata consigo mesmo, não se pode afirmar...; depende da maior ou menor extensão dos poderes, depende de ser oneroso ou gratuito o negócio jurídico, depende de circuns-

7. Karl Larenz analisa a alienação fiduciária em garantia como exemplo já clássico de "inovação jurídica determinada por uma necessidade imperiosa do comércio jurídico" (*Metodologia da Ciência do Direito*, p. 471; trad. do original *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Fund. C. Gulbenkian, Lisboa, 1969).

tâncias que apontem não se ter preocupado com a pessoa do figurante o representado. Quem dá poder de representação torna possível, dentro do que outorgou, exercício no interesse do representante, ou do terceiro com quem o representante trate, ou de outro terceiro".⁸

O mandato, aqui, pode ser: a) para a prática de negócio com qualquer — que o representante decide celebrar consigo mesmo (ressalvados os casos previstos no art. 1.133-II do Código Civil, ou que à sua luz possam ser examinados); ou b) mandato restrito à prática de ato do representado com o representante.

6.4. Outra hipótese, bem diferente, é a do mandato com o qual o credor recebe poderes específicos para concluir negócio, ou ato jurídico *stricto sensu*, consigo mesmo e em seu exclusivo benefício.

Desconsiderada a pessoa interveniente, dela é exemplo a matéria objeto da Súmula 60 do Superior Tribunal de Justiça: "nota promissória emitida por mandatário de mutuário, pertencente ao mesmo grupo financeiro do mutuante, no exclusivo interesse deste".

Trata-se de poder de representação fundado. Portanto, "mandato" irrevogável.

Se o "mandato" é cheio (autorizando desde logo a emissão das promissórias, com tais valores e tais datas), perde em grande parte a instrumentalidade característica do mandato, porque já supõe a existência da obrigação; o que resta a fazer, com a emissão das promissórias, é apenas a formalização da cártula.⁹

8. Sobre "contrato consigo mesmo" veja-se Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, ts. 3, § 318, e 43. § 4.684.5, e "Dez anos de pareceres", v. 10/355 e 396, F. Alves Ed., 1977.

9. Para Sálvio Figueiredo Teixeira (v. RSTJ 44/24), "a chamada procuração em causa própria apenas traduz um negócio que já se completou e não foi integralmente formalizado".

A hipótese é diversa quando o "mandato" é vazio, ficando o credor — ou terceiro, por ele — autorizado a emitir as promissórias, em seu benefício, com o valor que determinar. O que provoca a invalidade, neste caso, não é simplesmente o possível excesso ou abuso de confiança: esse é risco inerente ao mandato, pelo qual, no mandato próprio, responde o mandatário.

Não temos, aí, meramente mandato impróprio (no interesse do representante, irrevogável, com dispensa de prestar contas), mas mandato assecuratório, que é inválido.

O mandato assecuratório é inválido: a) porque é garantia ampla, sem delimitação suficiente do seu objeto como acontece com as garantias comuns, reais ou pessoais; ou b) porque entrega, ao credor, a possibilidade de criar, em seu benefício, obrigação nova gravando o outorgante, seu devedor.

A outorga de poder para emissão de notas promissórias é apenas um desses casos. O devedor não tem, aí, como defender-se perante terceiro de boa fé, portador de título sem causa. E, para defender-se ou voltar-se contra o procurador infiel, encontra-se absolutamente inferiorizado.

A admitir-se a figura do mandato assecuratório, poderia ele estender-se à criação de um gravame genérico sobre o patrimônio do outorgante, o que iria além do próprio pacto comissório, vedado pelo art. 765 do Código Civil brasileiro.

Pertencem aos primórdios do direito os pactos (*fiducia cum creditore*, *pactum de vendendo*) que, para o caso de inadimplemento, entregavam ao credor poder de disposição sobre o patrimônio do devedor.

Assinala Pontes de Miranda (o. cit., § 2.422.2), a propósito do art. 765 do Código Civil brasileiro, que "em virtude de pacto posterior ao vencimento, ou de procuração em causa própria, ou procuração para a venda, pode o credor

hipotecário, pignoratício ou anticrético, transferir para si mesmo o direito de propriedade (H. C. Hirsch, *Die Übertragung der Rechtsausübung*, 343 d. 347 s.; J. Biermann, *Sachenrecht*, 513)". Mas "a procuração anterior ao vencimento é nula, e nula a que se passa em adimplemento da cláusula proibida (G. Planck, *Kommentar*, III, 4.^a ed., 915)".

O que invalida o mandato assecuratório não é a possibilidade de enriquecimento injustificado do credor, mas, na expressão do Superior Tribunal de Justiça, a afetação da vontade. A incoincidência entre a vontade do mandante e a sua manifestação pelo mandatário

— um acidente ou ilícito no exercício do mandato — não pode ser promovida a elemento integrante da causa desse contrato, de modo a criar uma figura nova, em que a pessoa do mandatário se sobrepõe à do mandante. Se isso acontece, não há derivação, ou mero desvio do tipo negocial, mas ofensa a princípio básico do direito negocial: incorre o acordo de vontades, requisito de existência do negócio jurídico.

Nota promissória emitida dessa forma não é inválida, mas inexistente. A cláusula que permite sua emissão é nula, como toda cláusula que transforme mandato em instrumento de garantia.

Santos, maio de 1995.

ANOTAÇÕES SOBRE O ACORDO DE COTISTAS

WALDIRIO BULGARELLI

Professor Titular de Direito Comercial
da Faculdade de Direito da USP

1. O exame tanto do acordo dos quotistas quanto do contrato da sociedade a que se liga, comprova o que já há muitos anos vimos afirmando a respeito das virtualidades das sociedades por cotas, forma societária que serve para albergar uma infinita gama de ajustes de interesses, desde a sociedade entre cônjuges até a compenetração de grandes grupos econômicos.¹

Tecnicamente explica-se essa funcionalidade da Lei 3.708/19, por uma série de razões já decantadas pela doutrina,² tendo até culminado, recentemente, com a adoção da sociedade por cotas unipessoal.³

Há, entretanto, um aspecto que cabe ressaltar e ao qual não se tem dado o relevo merecido, ou seja, de que o texto legal deve ser entendido muito mais pelo que sugere ou encobre do que por aquilo que exprime expressamente. E, basicamente, nos referimos à vinculação às sociedades previstas no Código Comercial como também às sociedades por ações, o que lhe dá um carácter

híbrido e até original, já chamado de particularismo das sociedades por cotas.⁴

Dai porque o exame e a compreensão dos problemas e das questões emergentes das sociedades por cotas devem sempre estar conectados a essa visão do texto legal ajustada às realidades da vida econômica.

Foi por isso, e só para oferecer alguns exemplos mais expressivos, que se admitiu a presença de menores; que se reconheceu a validade da sociedade entre marido e mulher (contestada durante muito tempo); a sociedade unipessoal; a penhora das cotas dos sócios; os ajustes de consórcios; e por aí afora, o que demonstra, no mínimo, a sua aptidão de se ajustar às realidades da vida societária.

2. Ora, as sociedades comerciais concebidas juridicamente como um contrato (embora, sociologicamente, possam ser entrevistadas como instituições) surgiram historicamente para a composição de interesses entre duas ou mais partes, que se associassem para explorar empresa econômica com finalidade lucrativa.

Dispensando-nos de uma retrospectiva histórica mais longa, incabível neste trabalho, havemos de lembrar que o nosso vetusto Código Comercial de 1850,

4. A expressão é de Egberto Lacerda Teixeira, *Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*, Ed. SP, 1956.

1. Cf. o meu *Sociedades Comerciais*, 5.ª ed., SP, 1993.

2. Cf. Sylvio Marcondes Machado, *Ensaio sobre a sociedade de responsabilidade limitada*, Ed. SP, 1940; Fran Martins, *Sociedades por Quotas no direito estrangeiro e brasileiro*, 1.ª ed., 1960, RJ; Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, *Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada*, 2.ª ed., RJ, 1958.

3. Cf. Calixto Salomão Filho, *A Sociedade Unipessoal*, Ed. SP, 1994.

adotou a classificação histórica das sociedades comerciais, dedicando a cada uma poucos artigos, portanto, sem uma regulamentação minudente bem de acordo com o espírito liberal da época. E na parte geral das sociedades comerciais disciplinou o conteúdo mínimo do contrato societário, com algumas regras de caráter supletivo.

Essas normas convergiram também para o modelo das sociedades por cotas, quando da sua criação em 1919, apresentando, entretanto, um caráter peculiar, ao considerar (art. 18) a Lei das Sociedades por Ações como supletiva das omissões do contrato social.

Cabe portanto a esta altura, acentuar que perante a teoria atual dos modelos jurídicos,⁵ o que se espera é que a ordenação jurídica dos vários tipos de sociedade seja dotada de funcionalidade, vale dizer, de realizabilidade,⁶ ou seja, de que estejam aptas para cumprir o seu papel no mundo negocial.

Nem por outra razão, a própria Lei 6.404/76 que veio reger as sociedades por ações, entre nós, embora do tipo regulamentar, procurou atender inúmeras necessidades desse tipo de sociedade, introduzindo uma série de inovações, como por exemplo, as ações escriturais, as subsidiárias integrais, o voto múltiplo, e *last but not least*, o acordo de acionistas.

Lembre-mo-nos de que esta última figura jurídica, a do acordo de acionistas, tinha a sua validade discutida, sobretudo levando em conta a proibição do Código Penal de 1940 da chamada negociação do voto.

3. Postas assim as coisas, verifica-se que na história das sociedades comerciais (talvez, com exceção das anô-

nimas) nunca foram proibidos os ajustes e acordos entre sócios. O que se proibia era que tais ajustes fossem destinados a prejudicar terceiros. Tratava-se de norma destinada a, dentro da ilimitada liberdade de que dispunham os sócios, evitar o abuso em prejuízo de terceiros.

É a posição do nosso Código Comercial de 1850, que dando ampla liberdade aos sócios (com algumas vedações, como a da sociedade leonina) declarava, como declara, nula a cláusula contratual oculta.

Encontra-se tal disposição no art. 302, 7.º, *in fine*, cuja redação, utilizando a técnica romana da designação por pares, refere-se à cláusula oculta e a instrumento ostensivo (aliás, fórmula utilizada várias vezes na redação do Código, como o de sócio oculto e sócio ostensivo, etc.) que se impõe seja aqui transcrita, verificando-se que após ter dado ampla liberdade aos sócios para ajustarem seus interesses, dá pela nulidade da cláusula contrária ao contrato:

"7.º todas as mais cláusulas e condições necessárias para se determinarem com precisão os direitos e obrigações dos sócios entre si, e para com terceiro;

Toda a cláusula ou condição oculta, contrárias às cláusulas ou condições contidas no instrumento ostensivo do contrato, é nula".

A doutrina clássica, acompanhada pela atual, nunca teve dúvida do intento da norma proibitiva, ou seja, evitar danos a terceiros.

Há mais, contudo, a se esclarecer a respeito. É que uma doutrina isolada⁷ manifestou receio de que a disposição citada no Código Comercial pudesse invalidar os acordos de quotistas, manifestando-se de certa forma contra a doutrina atual que admite a sua validade.

5. Cf. Miguel Reale, *O Direito como experiência*, Ed. SP, 1968.

6. Cf. Jean Dabin, *Théorie Générale du Droit*, Ed. Paris, 1969, pp. 265 e ss.

7. Cf. José A. Tavares Guerreiro, *Sociedades por quotas de responsabilidade limitada*, Ed. AASP.

de, como por exemplo, Modesto Carvalhosa⁸ e Celso Barbi Filho.⁹

Parece-nos, a propósito, que uma boa leitura do dispositivo do Código Comercial inserida no contexto societário e na visão histórica, demonstra claramente o que já a doutrina clássica apontou: trata-se de vedação de cláusula ou condição ajustada entre todos os sócios — e não por alguns entre si — e com a intenção de prejudicar terceiros.

Veja-se a propósito, J. X. Carvalho de Mendonça que adverte sobre a necessidade de transparência em relação ao *caput* do inc. 7.^o, referente aos ajustes entre os sócios, limitando-se na sequência apenas a transcrever o inciso final. A advertência do mestre foi clara: “No ajuste dessas cláusulas, os sócios não podem fraudar disposições legais, enfraquecer as garantias de terceiros e iludir o público. As cláusulas equívocas não ofendem absolutamente os direitos de terceiros, não modificam a natureza da sociedade e a responsabilidade dos sócios. Em geral, tais cláusulas são mal vistas e interpretadas contra os contratantes, que revelam astúcia e fraude desde a organização da sociedade”.¹⁰

No mesmo sentido, Waldemar Ferreira¹¹ afirma: “Toda a cláusula ou condição oculta, prescreveu o art. 302 em sua última alínea, contrárias às cláusulas ou condições contidas no instrumento do contrato social, é nula. O regime deve ser o das cartas na mesa, ou seja, o da inteira lealdade. Contra ou além do no contrato estipulado é inadmissível qualquer outra alegação ou prova, contra *aut ultra*

scripturam. Lícito é aos sócios alterá-los por via de outro contrato, a qualquer tempo e no que lhes convenha; mas não lhes é permitido inobservar qualquer de suas cláusulas sob pretexto de ajuste em separado, discordante de seus dispositivos expressos”.

No que concerne à aplicação desse dispositivo às sociedades por cotas, ressalva Egberto Lacerda Teixeira¹² que: “Entre os sócios, contudo, e dentro de certos limites, podem surgir relações jurídicas merecedoras de atenção e de amparo legal. É o caso das sociedades ou das subscrições simuladas, dos negócios fiduciários, que não deixam de produzir, entre os interessados, certos efeitos jurídicos”.

Ressalva, assim, que são ajustes entre certos sócios da sociedade, como se vê bem da leitura da sua menção.

Até mesmo o mestre maior, Tullio Ascarelli não deixou de se pronunciar sobre o teor da disposição final do art. 302 do Código Comercial. Em parecer referente à simulação na aquisição de quotas de sociedades, através de um testa de ferro dos Diários Associados Ltda., após um profundo exame da disposição em referência, afirma:

“Mas — é lícito perguntar — quis realmente o código de comércio ditar uma disciplina contrária à geral em matéria de simulação. Não quis ao contrário a disposição do art. 302, visar a proteção de terceiros declarando nulas as cláusulas ocultas quando os prejudiquem? É com efeito no interesse de terceiros que o código disciplina os requisitos da escritura nos contratos de sociedade sendo a escritura por seu turno requisito para o arquivamento e a publicidade do contrato; é por isso, levando em conta o interesse de terceiros, que deve ser interpretada a disposição final do art. 302. Quis esta decla-

8. Cf. *Conferência Sobre Acordo de Acionistas*, Inst. Bras. de Ciência Bancária, 1993.

9. Cf. *Acordo de Acionistas*, Ed. Belo Horizonte, 1993.

10. Cf. *Tratado de Direito Comercial brasileiro*, 7.^a ed., 1963, SP.

11. *Tratado de Direito Comercial*, 3.^a ed., SP, 1961, 3.^o vol.

12. Cf. ob. cit., p. 54.

rar que não poderão ser invocadas contra terceiros ou entre os sócios, cláusulas ou condições ocultas que prejudiquem os terceiros".¹³

Portanto, verifica-se que os acordos entre os sócios sempre foram lícitos, sobretudo os referentes ao exercício do direito de voto perante a sociedade, só encontrando limites na vedação do art. 302 *in fine* — cuja interpretação correta já vimos — tanto mais que o Código Penal de 1940, ao proibir a negociação de votos só se refere a acionistas, quando poderia também ter se referido a quotistas.

4. Entretanto, são necessárias mais algumas observações, sobretudo no que tange à vinculação do acordo de quotistas à disciplina jurídica do acordo de acionistas.

A estimulante polêmica travada no direito brasileiro a respeito do alcance do art. 18 da Lei 3.708/19, teve como base e fundamento duas posições da doutrina: uma, interpretando restritivamente o texto do art. 18, entendia que a Lei das sociedades anônimas era somente supletiva das lacunas do contrato societário; a outra ampliava essa interpretação para considerar a Lei das sociedades anônimas como complementar da Lei das Sociedades por Cotas. Ao que se pode acrescentar uma terceira posição a qual entende que ao constituir a Lei das sociedades anônimas uma fonte supletiva das lacunas do contrato pode também alcançar as lacunas da própria Lei 3.708.¹⁴

Esta terceira posição é importante, na medida em que se observa, por exemplo, que tendo certo o contrato feito menção a determinada figura ou instituto jurídico mas não o tendo disciplinado e não se encontrando na Lei

3.708 também essa disciplina, dever-se-ia invocar a Lei das companhias.

Por exemplo, é comum nos contratos sociais das sociedades, falar-se em Conselho Diretor e em Diretoria, quando é certo que a Lei 3.708 só trata da gerência. Ora, se se verificar alguma lacuna sobre esses dois institutos no contrato, certamente que se teria de recorrer supletiva e complementarmente ao que dispusesse a Lei das companhias.

5. Quanto ao acordo de quotistas especificamente, quando o contrato a ele não faz referência, nem se encontrando disciplina na Lei 3.708, há quem entenda que se deve invocar a disciplina da Lei 6.404/76, como supletiva.

A questão comporta algumas análises e observações.

Quanto à qualificação jurídica do acordo de quotistas, não se tem dificuldade em caracterizá-lo como um contrato, bilateral — pois firmado por dois sócios — ou mesmo plurilateral se por mais sócios — e que estando ligado o seu objeto à organização e funcionamento da Sociedade, pode ser identificado como um contrato parassocial, na terminologia feliz oferecida por Oppo¹⁵ e aceita definitivamente pela doutrina.

Aproxima-se, assim, de forma estreita, do acordo de acionistas disciplinado pela Lei 6.404/76, pois que ele também, conforme pusemos de manifesto em trabalho pioneiro, já há muitos anos, que foi inclusive aprovado na XXII Conferência de "Interamerican Bar Association", de Quito, em 1981.¹⁶ é de ser qualificado como contrato e contrato do tipo parassocial, sujeito, entretanto,

15. Cf. Giorgio Oppo, *Contratti Parassociali*, Ed. Milão, 1942.

13. Cf. Tullio Ascarelli, *Ensaio e Pareceres*, Ed. SP, 1952, pp. 170/1.

14. Cf. Egberto Lacerda Teixeira, ob. cit.

16. Cf. o nosso "A Regulamentação Jurídica do Acordo de Acionistas, no Brasil", in *Questões de Direito Societário*, Ed. RT, SP, 1983, pp. 17 e ss.

à disciplina jurídica que lhe deu a Lei 6.404/76, no art. 118 e parágrafos.

Ainda seguindo o método comparativo, verifica-se que o acordo de quotistas sempre foi admitido como um contrato particular entre alguns dos sócios e desde que não prejudicasse terceiros, sendo tanto o Código Comercial quanto a Lei 3.708/19, omissos a respeito.

Já o acordo de acionistas, visto com desconfianças durante muito tempo e mesmo vedado por algumas legislações, acabou por ser aceito e disciplinado legalmente, entre nós, pela Lei 6.404/76.

6. Tendo em vista esses pontos em comum, a doutrina — ou ao menos aquela que se manifestou a respeito, — aceitou a validade, vigência e eficácia do acordo de quotistas, porém, ao adotar essa posição tendo como fundamento que a Lei das Sociedades por Ações é fonte supletiva/complementar da Lei 3.708, entendeu que estariam os acordos de quotistas sujeitos à disciplina ditada pela Lei 6.404/76, o que implica certamente, entre outras, a obediência a certas formalidades e requisitos.

A se admitir essa posição então o acordo de quotistas deveria seguir a linha traçada pelo art. 118 e parágrafos da Lei 6.404/76. Destarte, o acordo deveria em princípio versar sobre a compra e venda de ações, a preferência para adquiri-las e o exercício do direito de voto, e nestes casos, para serem observados pela companhia, deveriam ser arquivados em sua sede.

Em relação a terceiros, esses acordos somente serão oponíveis depois de averbados nos livros de registro e nos certificados das ações, se emitidos.

Bem, o acordo de acionistas que não se esgota nos casos enumerados pela Lei, podendo ser mais amplo, produz ainda dois tipos de efeitos: 1) não poderão ser invocados para eximir o acionista de responsabilidade no exercício do direito de voto ou do poder de

controle; 2) os acionistas, podem, nas condições previstas no acordo, promover a execução específica das obrigações assumidas.

Nesse sentido, confira-se o pronunciamento de Celso Barbi Filho, a respeito (ob. cit.) que ao admitir a invocação analógica do art. 118 da Lei 6.404/76, afirma:

“A meu ver, a vedação presente no art. 302, n. 7 do Código Comercial brasileiro, refere-se apenas aos direitos e obrigações sociais. Com isso, excluem-se da proibição os ajustes relativos a direitos pessoais e patrimoniais da esfera privada do sócio, desde que não sejam ocultos nem contrariem o contrato social. Além disso, a nulidade cominada no dispositivo legal do Código destina-se à proteção dos terceiros de boa-fé perante a sociedade. A teoria das nulidades no direito privado vem evoluindo no sentido de que o ato só seja considerado nulo quando houver impossibilidade absoluta de sua subsistência. Nessa linha, tem-se considerado que os atos que prejudiquem terceiros não sejam nulos, mas apenas “ineficazes” em relação a eles. Assim, a existência de uma “cláusula ou condição oculta” contrária ao contrato social, não torna nulo o acordo de cotistas que a contenha, mas apenas “ineficaz” em relação ao terceiro que com ele se sinta prejudicado. Dessa forma, parece-me perfeitamente válido o acordo de cotistas, devidamente arquivado na sede da sociedade, que disponha sobre direitos pessoais, inclusive o voto, se houver, ou direitos patrimoniais relativos à negociabilidade das cotas, e que não seja contrário às disposições do contrato social”.

Acrescenta ainda, em nota de rodapé, que a Junta Comercial de Minas Gerais já admitiu o arquivamento de acordo de cotistas com os atos constitutivos de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, aduzindo: “Esse procedimen-

to, a meu ver, deve ser feito paralelamente ao arquivamento do acordo na sede da sociedade, de maneira a que se atenda ao disposto no *caput* do art. 118, da Lei das S. A. e, ao mesmo tempo, se exclua o eventual caráter oculto das estipulações do acordo, vedado pelo art. 302, n. 7, do Código Comercial”.

Como se vê, a orientação da doutrina atual propende por admitir a validade dos acordos de quotistas, impondo porém certas formalidades (ônus ou condições), algumas referidas pelo art. 118 da Lei 6.404/76 e outras para conformá-los à proibição do art. 302, n. 7 do Código Comercial.

E, isto, insista-se, tendo como fundamento a invocação analógica do mesmo art. 118 da Lei 6.404/76, com base no art. 18 da Lei 3.708/19.

7. A esta altura, impõe-se observar que, a questão da validade, vigência e eficácia (fórmula utilizada pela doutrina atual para o exame dos atos e negócios jurídicos¹⁷ do acordo de quotistas não repousa exatamente nesses dois pontos apontados pela doutrina examinada. É que, em primeiro lugar, o acordo de quotistas não altera o contrato social — ao menos nas disposições essenciais — nem ofende em princípio o direito de terceiros, sendo destarte válido, vigente e eficaz; também não se trata de um contrato oculto entre todos os sócios infletindo sobre o contrato ostensivo, e sim, um ajuste entre sócios a respeito do exercício do direito de voto e outras avenças complementares.

Por ser assim refoge, desde logo, à proibição do art. 302, n. 7 do Código Comercial.

Por outro, tendo sido firmado por alguns sócios, o contrato só faz lei entre

eles não afetando terceiros, como impõe a tradicional regra clássica do direito obrigacional, expressa na parêmia *res inter alios acta, aliis neque nocet neque prodest*,¹⁸ e a que, tendo em vista ainda a disposição do art. 302, n. 7, do Código Comercial, pode-se acrescentar o brocardo de Justiniano: *Nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam*.¹⁹

Isto significa — não se invocando a regra supletiva do art. 118 da Lei das companhias — que, em princípio, o acordo de quotistas firmado não produz efeitos nem em relação à Sociedade nem em relação a terceiros.

Ao contrário, invocando-se a disciplina jurídica do art. 118 da Lei das companhias, também não produz efeitos perante a companhia, quando não há o arquivamento na sua sede: também não produz efeitos perante terceiros, se não tiver sido averbado nos livros de registro da sociedade.

Neste caso extrai-se dessa situação, com base no art. 118 da Lei 6.404/76 ou tendo como fundamento os princípios e regras do direito contratual e societário, duas inferências da maior importância: 1) o acordo não poderá ser oposto aos que não são partes, nem a sociedade está obrigada a observar suas cláusulas e condições; 2) se forem causados prejuízos a terceiros e/ou ao outro sócio, a responsabilidade será dos sócios que mantêm o controle. Vale anotar ainda que o art. 16, da Lei 3.708/19 dispõe que: “As deliberações dos sócios, quando infringentes do contrato social ou da lei, dão responsabilidade ilimitada àqueles que expressamente hajam ajustado tais deliberações contra os preceitos contratuais ou legais”.

18. Cf. o nosso *Contratos Mercantis*, 7.ª ed., 1993, p. 66.

19. Cf. Rubens Limongi França, *Brocardos Jurídicos*, “As Regras de Justiniano”, 2.ª ed., SP, 1969.

17. Cf. Antonio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico e Declaração Negocial*, Ed. SP, 1986.

O ESPÍRITO EMPRESARIAL, A EMPRESA E A REFORMA CONSTITUCIONAL

ARNOLDO WALD

"O Brasil tem jeito, sim. Mas ele passa pela substituição do totalitarismo econômico, a que estamos submetidos, por uma economia de mercado livre e maximamente produtiva."¹

David Osborne, assessor de Clinton, que está colaborando como o governo brasileiro para a reengenharia do Estado escreveu, em 1992, com Ted Gaebler, um livro, que se tornou clássico, intitulado *Reinventing government-how the Entrepreneurial Spirit is transforming the Public Sector*. Discípulo de Peter Drucker, o autor propõe um novo modelo para o que ele denomina o governo empresarial ou governo com espírito empresarial (*entrepreneurial government*) ao qual cabe, no seu entender ser o catalisador da produtividade, introduzindo e apoiando a inovação que enseja a criação de maior número de oportunidades.

Desviando-se um pouco do debate tradicional existente no campo político, Osborne entende que, por longo tempo, se discutiu o que o governo deve fazer. Chegou a hora de abandonar esse tipo de questões finalistas para focalizar os meios pelos quais o Estado deve agir para poder ser eficaz. Invoca, ainda, Osborne a lição do escritor Marcel Proust quando este afirma que a "verdadeira viagem de descobrimento não consiste em procurar novas terras, mas em enfrentar a realidade com novos olhos." Essa nova visão não significa,

pois, a redução do papel do Estado, nem o seu aumento, mas a transformação dos meios por ele empregados para alcançar as finalidades econômicas e sociais, ensejando melhores resultados com menores despesas (*more performance for less money*).

Examinando a evolução histórica do Estado Moderno, reconhece Osborne a importância que teve, num determinado momento, a organização burocrática, com a sua hierarquia e a excessiva regulamentação, comparando-a com os grandes e luxuosos transatlânticos do início do século, que tinham a sua grandeza, na época, mas perderam a sua utilidade na fase dos aviões a jato, tornando-se obsoletos. O governo burocrático faliu, sem que se notasse, e foi sendo substituído pelo espírito de parceria e pela valorização da empresa.

No momento em que se reformula a Constituição brasileira, cabe enfatizar a importância crescente que nela devem ter tanto a empresa como o chamado espírito empresarial, em virtude da mudança de sociedade que sofremos, nessa segunda metade do século XX, constituindo um verdadeiro "corte" em relação ao passado, que fez com que alguns autores chegassem a falar na ocorrência do fim da história, ou, ao menos de uma certa fase da história.

1. Roberto Campos, *Digesto Econômico*, n. 370, p. 41.

Já há algum tempo, multiplicam-se as obras intituladas "A Era da Incerteza" (Galbraith) e "A Era da Insegurança" (Drücker) sinalizando uma verdadeira mudança de civilização. Os profetas da sociologia contemporânea chegam a falar no advento da chamada "sociedade pós-capitalista" que teria surgido a partir do fim da segunda guerra mundial, com a integração de novas superpotências ao mundo ocidental e a abertura das universidades norte-americanas aos veteranos de guerra, caracterizando-a como sendo não mais a sociedade da opulência, mas sim a sociedade do saber.

Essa nova fase de transição da humanidade, ligada a modificações tecnológicas, como as decorrentes do uso do computador, das novas formas de energia e da modernização dos sistemas de transporte e comunicações, e a implantação das recentes estruturas comerciais e financeiras, enseja a globalização da economia mundial e enfatiza a importância crescente da empresa como coração da vida econômica e social da sociedade contemporânea.

Enquanto o Estado perde uma parte de sua potencialidade, seja em virtude da falta de meios financeiros, seja pela criação de grupos regionais, como o Mercosul, o Nafta e a União Européia, seja ainda pela descentralização administrativa e pela maior autonomia dada às regiões ou às várias unidades que compõem a federação, a empresa se fortalece e se transforma, mudando a sua estrutura interna e externa.

Ocorre que o espírito associativo se desenvolve e as empresas não são mais necessariamente individuais ou familiares, abrindo-se o respectivo capital. Por outro lado, empregados e executivos passam a participar mais ativamente da empresa, numa mudança ligada ao *management*, à técnica de administração, que repercute na psicologia de comando, que se torna menos autoritá-

rio e mais consensual. Na própria gestão e no controle da empresa, estabelece-se um novo equilíbrio de poderes entre acionistas controladores, administradores, investidores e empregados. A profissionalização da gestão, a maior sofisticação das técnicas utilizadas na produção e a progressiva robotização estão mudando o nível educacional, social e econômico dos trabalhadores das empresas mais modernizadas.

A revolução empresarial justifica, pois, que a empresa não mais se identifique exclusivamente com o seu proprietário ou controlador, mas represente também a sua diretoria, seus executivos, seus técnicos, seus trabalhadores, ou seja as equipes e os equipamentos que constituem o todo. Tal fato também decorre de não mais se considerar como únicos fatores de produção o capital e o trabalho mas de se incluir, entre os mesmos, dando-lhe a maior relevância, o saber, ou seja a tecnologia, que assegura a produtividade da empresa e na realidade o seu presente e o seu futuro, abrangendo tanto as técnicas industriais e comerciais como a própria técnica de gestão.

A visão realista do mundo contemporâneo considera que não há mais como distinguir o econômico do social, pois ambos os interesses se encontram e se compatibilizam na empresa, núcleo central da produção e da criação da riqueza, que deve beneficiar tanto o empresário como os empregados e a própria sociedade de consumo. Não há mais dúvida que são os lucros de hoje que, desde logo, asseguram a melhoria dos salários e que ensejam a criação dos empregos de amanhã.

Por outro lado são a educação e a formação de empresários, técnicos e trabalhadores que permitem o progresso e o desenvolvimento dos países, numa fase que os fatores mais importantes de crescimento econômico são o conhecimento e a aquisição da tecnologia.

Assim sendo, do mesmo modo que ocorreu uma transformação da função do empresário, houve uma reestruturação ou até uma reengenharia da empresa, que se prepara para o ano 2000.

Para o empresário, o ciclo da revolução tecnológica, que se iniciou com a máquina a vapor e terminou com a utilização da energia atômica e a introdução da informática, provocou uma verdadeira nova revolução industrial, com repercussões na economia, nas relações humanas e na própria estrutura da empresa. A globalização da economia, a velocidade crescente dos fatos econômicos, a incerteza generalizada quanto ao futuro, a multiplicação, em progressões geométricas, das operações permitidas pelo uso do computador exigem do *manager* contemporâneo que tenha um espírito empresarial.

É preciso que seja um organizador de sua equipe, do seu tempo e da produção, com a visão cada vez mais universal da economia, o senso político e a exata e dinâmica compreensão dos interesses da empresa, dos seus empregados e das necessidades do mercado nacional e externo.

É na empresa que se conciliam, hoje, os interesses, aparentemente conflitantes, mas materialmente convergentes, de investidores, administradores, empregados e consumidores, que constituem os grandes setores da vida nacional. E, aliás, ao constituinte cabe firmar os princípios básicos para que a convivência adequada dos vários grupos sociais possa realizar-se, no interesse comum, tanto no presente, como em relação ao futuro, em todos os seus aspectos, tanto econômicos, como sociais, que se interpenetram uns com os outros.

Uma vez ultrapassada a concepção do Estado-Providência, que desaparece em todos os países, com a falência das instituições de previdência social e a redução do papel do Estado nas áreas que não são, necessária e exclusivamen-

te, de sua competência, amplia-se a missão da empresa, como órgão intermediário entre o Poder Público e o Estado, e como criadora de empregos e formadora de uma mão de obra qualificada, produtora de equipamentos mais sofisticados, sem os quais a sociedade não pode prosseguir, e interlocutora ágil e dinâmica que dialoga constantemente com os consumidores dos seus produtos.

Tanto na Europa, como nos Estados Unidos, advoga-se, hoje, uma evolução do capitalismo que dê a primazia à empresa, fazendo prevalecer os seus interesses a médio e longo prazo sobre os de cada um dos vários grupos nela interessados, que geralmente tendem a pensar no curto prazo e de modo mais egoístico e individualista.

Inspirado em parte no capitalismo alemão, japonês e suíço, em oposição ao norte-americano, autores tão diferentes como o economista do M.I.T. de Boston Lester Thurow (*Head to head*), o patriarca dos estudos de *management* Peter Drucker (*The frontiers of management* e mais crescentemente *Post-capitalist society*), o sociólogo Michel Albert (*Capitalismo contre capitalisme*) e o empresário Jean Peyrelevade (*Pour un capitalisme intelligent*), defendem o fortalecimento institucional das empresas, que são as verdadeiras criadoras da riqueza nacional, cabendo ao Estado tão-somente a função de catalisador de um ambiente propício ao desenvolvimento do espírito empresarial.

Peter F. Drucker apontou os problemas específicos da empresa, na fase atual da crise mundial, mostrando as suas dificuldades no seu livro *Managing in Turbulent Times*² e acrescentando, em entrevista recente, que o administrador devia saber que as coisas nunca mais

2. Administração em Tempos Turbulentos, São Paulo, 1980, p. 135.

seriam como antes, cabendo-lhe aproveitar, de modo adequado, os dados fundamentais da empresa, redefinir a sua política de crescimento e abandonar as áreas não rentáveis.

Dentro da mesma ótica, Yves Dunant, escrevendo a respeito do espírito empresarial, lembra que, no quarto do século que vai de 1950 a 1975, os empresários puderam viver num mundo de relativa racionalidade e previsibilidade, no qual a atuação no passado permitia extrapolar o futuro. As eventuais incertezas decorriam das posições dos concorrentes e da evolução da demanda no mercado, mas os fatos externos pouco influenciavam a vida empresarial. Assim, as estruturas internas cresciam, tornavam-se mais pesadas, criavam a sua burocracia, e havia como planificar a longo prazo. O *management* fundamentava-se em conceitos que o estruturavam, como a administração por objetivos ou por participações, permitindo, em geral, uma ampla delegação.

Já agora, lembra Dunant, estamos diante de um mundo cuja evolução caracteriza-se pela extrema velocidade, ensejando verdadeira revolução industrial no tocante à tecnologia, à economia e às próprias relações humanas. Por outro lado, a vida empresarial passou a depender direta e constantemente de fatos exógenos.

Assim, o planejamento empresarial deve admitir a ocorrência de futuros alternativos, prevendo-se uma eventualidade de reciclagem. Enquanto, no passado, o empresário devia conhecer o mercado no qual atuava, hoje, cabe-lhe acompanhar o mundo externo, em tudo que pode interferir, direta ou indiretamente, na produção ou comercialização.

Até agora, o homem conseguiu aumentar, de modo infinito, a velocidade, a pressão e o calor, alcançando, com a fusão nuclear, um nível que corresponde ao que acontece no interior de uma estrela. Passamos, doravante, a assistir

a uma nova fase da história, na qual a economia organiza-se em torno da Informática.

Poderemos até ter, durante algum tempo, como aliás temos, a subsistência paralela de duas economias, uma delas clássica ou convencional, utilizando mão-de-obra e energia no sentido tradicional e a outra, nova e pioneira, baseada na informática. Essa duplicidade de economias, que justifica a existência dos "Dois Brasis", lembra a fase na qual, ao lado dos primeiros barcos a vapor, que, desde o início do século XIX, navegavam no rio Hudson, os grandes veleiros continuavam a transportar pessoas e mercadorias, sendo considerados competitivos até às vésperas da Primeira Guerra Mundial.

A transformação da economia corresponde um novo tipo de empresário. A complementação crescente dos recursos dos países em vias de desenvolvimento e dos países já totalmente industrializados está levando a uma nova concepção do empresariado, que deverá ter dimensões necessariamente multinacionais.³

As próprias qualidades básicas do empresário sofreram modificações. Não lhe bastam, como outrora, a racionalidade e a audácia; ainda precisa ter a intuição e a ponderação, ser um administrador eficiente e um hábil negociador, dominando as técnicas da informação e da comunicação.⁴

Na realidade, como escreveu Pierre Drouin, o industrial do nosso tempo pertence a um conjunto de forças no qual não mais se distingue o econômico do social. Por outro lado, o cultural reage constantemente sobre o técnico e o muro

3. Drucker, entrevista à revista *L'Expansion*, 223/198.

4. Yves Dunant, "Réflexions sur le rôle du manager dans les années 80", in *Ordo et Libertatis, Festschrift für Gerhard Winterberger*, 1982, pp. 327-333.

que separa a usina da vida vai desaparecendo, com o decorrer do tempo.

A evolução da empresa representa, na realidade, um elemento básico para a compreensão do mundo contemporâneo. Do mesmo modo que, no passado, tivemos a família patriarcal, a paróquia, o Município, as corporações profissionais, que caracterizaram um determinado tipo de sociedade, a empresa representa, hoje, a célula fundamental da economia de mercado. Já se disse, aliás, que a criação da empresa moderna representa, na história da humanidade, uma mudança de civilização tão importante quanto o fim do estado político, ou seja, o momento em que o homem deixou de viver exclusivamente da caça para se dedicar à agricultura, abandonando o nomadismo para se fixar na terra.

Na realidade, a grande empresa contemporânea representa uma mudança não só quantitativa, mas qualitativa, quando comparada ao artesanato ou às pequenas sociedades familiares do passado. A nova dimensão das multinacionais, das empresas públicas e das sociedades de economia mista importou criar uma nova unidade no sistema político, econômico e social. Tratam-se de entidades que, pelo seu tamanho, pelo seu faturamento e pela diversificação de suas atividades, atingiram e chegaram, em alguns casos, a ultrapassar a importância dos próprios Estados soberanos, como bem salientou o jornalista Anthony Sampson, ao analisar as dimensões da ITT.

Como sujeito de direito, a empresa tem direitos e obrigações e é em relação a eles que encontraremos os chamados interesses societários e extra-societários.

Antes de analisarmos esses diversos aspectos, parece-nos importante salientar que há, na sociedade anônima, considerada como a forma normal e natural da grande empresa moderna, vários elementos que têm situações próprias e que concebem a empresa de acordo com as funções que nela exercem.

Assim, para o empresário, seja proprietário ou administrador profissional, ela constitui o ponto de encontro de um capital afetado por uma ou várias pessoas, para realizar um objetivo econômico determinado, em relação ao qual ele assume a inteira responsabilidade da gestão.

Para os empregados, a empresa é uma entidade cuja finalidade básica consiste em assegurar-lhe o pagamento do salário. Na realidade, a remuneração que lhe é paga independe, em tese, do lucro da empresa, mas existe um incontestável interesse seu em que a sociedade possa prosseguir com a sua atividade — o que pressupõe uma adequada rentabilidade — sob pena de ameaçar a segurança do emprego e o próprio futuro do assalariado.

Os acionistas minoritários e os debenturistas pretendem receber uma adequada remuneração pelo capital investido. Os consumidores estão interessados na qualidade e durabilidade do produto fabricado ou distribuído. O fisco pretende receber os seus impostos. O acionista controlador pode ter interesses total ou parcialmente coincidentes com os dos minoritários. Finalmente o Estado faz prevalecer a função social da empresa, procurando examinar e, eventualmente, encaminhar a atuação da empresa de acordo com a macroeconomia.

Na realidade, existem conflitos na empresa pela diferença de concepção das mesmas situações pelos diversos participantes. Assim, por exemplo, o salário representa, para o empregador, um custo que, em tese, deve ser reduzido ao mínimo possível, para garantir a maior rentabilidade, enquanto, para o empregado, constitui um nível de vida que deve ser mantido e aumentado, para permitir a plena realização da sua personalidade e o desenvolvimento de sua família. O mesmo tipo de conflito surge entre o empresário e os acionistas preferenciais e minoritários. Muitas vezes,

o empresário quer utilizar os lucros para reinvestir e melhorar os seus equipamentos, enquanto os acionistas se interessam mais diretamente pelo recebimento dos dividendos.

Essa aparente torre de Babel faz que, no direito contemporâneo, já se considere a obtenção do lucro como não sendo necessariamente o objetivo único da sociedade, embora constitua fator indispensável para garantir o seu autofinanciamento e a sua independência. Neste sentido, é possível afirmar que, além do seu objetivo de lucro, a sociedade anônima atende aos interesses gerais da comunidade, mantendo e criando empregos, utilizando e desenvolvendo a poupança, satisfazendo as necessidades dos consumidores. Todos os interesses em conflito encontram soluções ou tentativas de soluções na legislação, cabendo ao direito conciliar as aspirações divergentes e criar uma técnica de composição dos interesses que entram em conflito na sociedade anônima.

Ora, toda essa conceituação é relativamente nova. De fato, um jurista contemporâneo, como Georges Ripert, chegou a afirmar que o direito civil não conhecia a empresa e só conhecia o proprietário. E, por outro lado, Bloch Lainé esclarece, na sua obra já hoje clássica, sobre a reforma da empresa, que a verdade empresarial não mais se encontra exclusivamente nos estatutos da companhia. Assim a realidade econômica, que é a empresa, e sua forma mais comum, que é a sociedade anônima, constituem situações que basicamente ultrapassaram os quadros e as molduras do direito clássico, para exigir novas formulações, que encontramos, muitas vezes, ainda em forma incipiente, no direito brasileiro.

Podemos, assim, reconhecer que, entre as várias transformações básicas, que está sofrendo a empresa contemporânea destacam-se as seguintes:

a) a sua integração na economia internacional, em particular nos blocos regionais, mas também nas áreas de comércio com os países os mais longínquos, com civilizações e comportamentos muito distintos dos nossos;

b) a substituição da empresa isolada pelo grupo empresarial, pelo conjunto de sociedades que se unem em decorrência do controle ou pela coligação, sem prejuízo de alianças de grupos, mediante *joint ventures*, que, muitas vezes, unem até, para fins específicos, os concorrentes, que se consorciam para melhor atender os interesses dos seus clientes ou alcançar as dimensões necessárias para a realização de grandes empreendimentos;

c) a reformulação do controle das empresas, com a presença de mecanismos de conciliação dos conflitos entre majoritários e minoritários (como as ofertas públicas de compra) e a maior proteção dada a estes últimos, com a sua representação nos conselhos fiscais e de administração, em virtude do voto múltiplo;

d) a presença cada vez maior de consultores, auditores e advogados, a fim de garantir não só a evolução formal da empresa mas a sua melhor performance;

e) a terceirização crescente de certas atividades secundárias;

f) uma tendência para, em certos casos, substituir a abertura ampla do capital pelo controle partilhado;

g) a evolução de comando autoritário para o que se denominou a lógica da responsabilidade difusa, baseada na delegação e no consenso. Enquanto, no passado, um pequeno número de pessoas sabia, pensava e decidia, e a maioria se limitava a executar as ordens, está havendo, agora, uma inversão dessas proporções, com maior autonomia e responsabilidade de todos, desenvolvendo-se competências próprias e estabelecendo-se uma verdadeira cultu-

ra empresarial, ou seja uma escala de valores comum para todos os integrantes da equipe.

Na realidade, a empresa não mais se rege exclusivamente pelo direito societário e pelo direito do trabalho mas está a merecer um direito próprio, o direito empresarial, com elementos dos anteriormente citados mas ainda abran-

gendo o direito da concorrência, o direito do mercado de capitais, o direito da engenharia financeira e quem sabe um verdadeiro direito da parceria. Este direito há de repercutir na elaboração da reforma Constitucional para que tenhamos no Brasil o Estado moderno, que se confunde com o Estado modesto e eficiente.

A URGENTE REFORMA DA LEI 6.385/76

NELSON EIZIRIK*

Transcorridos mais de dezoito anos de sua edição — foi promulgada em 7 de dezembro de 1976 — a Lei 6.385 encontra-se, atualmente, inteiramente desatualizada, impondo-se sua urgente revisão, conforme analisaremos em seguida.

Vale observar, em primeiro lugar, que a Lei 6.385/76, diversamente do que ocorre com a Lei 6.404/76 — Lei das S.A. — não apresenta uma sistemática própria. Foi, na realidade, o resultado da fusão de pelo menos três anteprojetos de lei, não tendo merecido, ademais, atenção mais acurada do Congresso Nacional, quando de sua tramitação.

Assim, apresenta falhas estruturais de certa gravidade, que podem ser verificadas no tratamento defeituoso ou incompleto de alguns institutos jurídicos fundamentais na disciplina do mercado de capitais, como são: o conceito de valores mobiliários; a definição da emissão pública de valores mobiliários; o poder regulamentar da CVM; o poder de polícia da CVM, especialmente no que se refere aos princípios que devem nortear a responsabilidade disciplinar dos participantes do mercado; as penalidades a serem aplicadas pela CVM; o âmbito da auto-regulação exercida pelas Bolsas de Valores e demais entidades do mercado, etc.

O que se cogita, porém, não é apenas de editar uma nova Lei somente para

corrigir as falhas antes apontadas, exemplificativamente. O que se deseja — e o atual Colegiado da CVM vem trabalhando nesse sentido — é uma reforma mais ampla, tendo em vista, principalmente, a eficácia do sistema de regulação do mercado de valores mobiliários.

Este conceito de eficácia das normas, no sentido utilizado por Ramon Capella,¹ de fazer com que as leis atinjam as finalidades para as quais foram criadas, infelizmente é pouco caro ao legislador nacional. Entre nós, por infeliz tradição bacharelística, no mais das vezes leis são baixadas sem que se cogite das condições de eficácia de tais leis; ou seja, sem que se estabeleçam as condições para que elas sejam efetivamente cumpridas e atinjam seus objetivos.

Para que uma legislação sobre mercado de capitais seja eficaz deve-se verificar se os órgãos encarregados de sua aplicação têm condições materiais para tanto. Hoje, por exemplo, de nada adiantaria aumentar significativamente o elenco de direitos outorgados aos acionistas minoritários e investidores em geral senão se conferisse à CVM condições de implementar, na prática tais medidas, dando maior autonomia ao órgão, melhores condições de trabalho aos seus funcionários, etc.

Também de nada adiantariam tais medidas se não se conferisse aos acionistas minoritários instrumentos pro-

* Advogado no Rio de Janeiro; Ex-Diretor da Comissão de Valores Mobiliários - CVM.

1. Juan-Ramón Capella. *El Derecho como Lenguaje*. Madrid, Ariel, 1970.

cessuais compatíveis com a dinâmica do mercado, como são as ações de classe, por exemplo, do direito norte-americano. É insignificante ainda o número de ações judiciais de responsabilidade civil de acionistas controladores de companhias abertas. Tal ocorre porque os instrumentos processuais são inadequados, os custos da demanda são muito elevados, a demora é excessiva, o ônus da prova é do investidor lesado, etc; em suma, o aparato judiciário ainda não foi efetivamente democratizado, no sentido de poder dar respostas rápidas aos prejudicados por fraudes e ilícitos praticados no mercado de capitais.

A nosso ver, há dois objetivos essenciais na reforma da Lei 6.385/76, que podem ser separados, para efeitos de análise: a) promover uma reforma estrutural do sistema de regulação do mercado de capitais, visando dar maior eficácia às normas que disciplinam este mercado; b) corrigir as falhas verificadas no tratamento legal de determinados institutos fundamentais na disciplina do mercado.

Vejamos, inicialmente, o primeiro, referente à reforma estrutural no modelo de regulação, como um todo, e que é o mais importante. Com efeito, tivemos, desde que foi promulgada a Lei 6.385/76 até os dias que correm, algumas mudanças econômicas importantes no país, que não foram acompanhadas de alterações significativas na legislação.

Em termos mais amplos, parece bastante claro que passamos por uma evidente crise de governabilidade: há uma incapacidade do Estado brasileiro, como um todo, de responder às demandas da população.

Diagnosticar uma crise de governabilidade, conforme o cientista político Wanderley Guilherme dos Santos², sig-

nifica identificar um Governo assediado por um acúmulo de demandas, que ultrapassam a sua capacidade de resposta. Se pensarmos na justiça, por exemplo, não há dúvida de que vivemos uma clara crise de governabilidade: o serviço público prestação da justiça claramente não está atendendo as demandas da população. Os dados do IBGE³ são estarrecedores: da população envolvida em conflitos, reconhecidos pela sociedade, nos últimos cinco anos, somente 33% recorreram ao Poder Judiciário; das pessoas vítimas de agressão física, 61% não recorreram ao aparato oficial — polícia ou Justiça —; das pessoas vítimas de roubo ou furto, 68% igualmente não recorreram.

Tal situação gera, nas palavras do mesmo autor, uma situação de impunidade ou de justiça lotérica: uma espantosa convivência entre a liberdade e a frequência das denúncias e a sua quase absoluta ineficácia; a punição é aleatória e quase nunca se dá pelos meios institucionalmente adequados, nem corresponde proporcionalmente à violência cometida.

Ou seja, temos um estado excessivamente regulatório e pouco eficaz na aplicação das normas; há normas em demasia e quase nenhuma aplicação regular, permanente, proporcional aos ilícitos cometidos.

Ora, tal diagnóstico cabe como uma luva à regulação do mercado de capitais brasileiro. A CVM, esvaziada nos últimos anos, apesar do heróico esforço de seus dirigentes e funcionários, vive claramente a sua crise de governabilidade, isto é, não está hoje equipada para atender às demandas dos que participam no mercado. A regulação é excessiva; há elevado número de normas, mas muito pouco fiscalização, por absoluta falta de condições materiais do órgão.

2. Wanderley Guilherme dos Santos. *Razões da Desordem*. Rio, Ed. Rocco, 1993.

3. IBGE Participação política-social. *Justiça e Vitimização*, Rio, 1990.

Além disso, o mercado de capitais hoje é substancialmente diferente daquele que existia quando a Lei 6.385 foi baixada, em 1976. Na época, era fundamental que a lei tivesse uma feição mais pedagógica do que punitiva, uma vez que o mercado de capitais institucionalizado estava dando seus primeiros passos. Era fundamental, também, que a legislação protegesse o investidor individual, pessoa física, que constituía o contingente mais importante no universo dos aplicadores em ações. Em suma, a regulação era mais preventiva do que propriamente punitiva. Proibia-se um enorme elenco de condutas, que poderiam eventualmente ser nocivas aos acionistas minoritários e investidores.

Hoje, o cenário é inteiramente diverso: o mercado é dominado por investidores profissionais, altamente técnicos, que necessitam muito menos da proteção governamental. A figura do investidor individual está praticamente desaparecendo. Se tomarmos, por exemplo, os dados da Bolsa de Valores de São Paulo — BOVESPA sobre a participação dos investidores no pregão, verificamos a seguinte distribuição: instituições financeiras: 46%; investidores estrangeiros: 22,6% investidores institucionais: 12,5%; pessoas físicas individuais: 11,2%; empresas públicas e privadas: 5,7%.

A reforma pretendida, se desejarmos enfrentar as questões estruturais acima mencionadas, deve tratar de duas questões básicas: conferir à CVM poderes para tornar eficazes as normas; e diminuir o número excessivo de normas adequando-as à realidade de um mercado mais técnico, mais profissional, em suma, desburocratizando o mercado e acabando com suas feições corporativas, com os cartórios estabelecidos em lei.

Como tornar mais eficazes as normas? As receitas são conhecidas, embora até hoje não aplicadas:

1. dar efetiva autonomia política à CVM, ou seja, estabelecer que os

membros do seu Colegiado sejam indicados pelo Presidente da República e aprovados pelo Congresso e, principalmente, tenham um mandato, não possam ser demissíveis *ad nutum*;

2. dar autonomia administrativa à CVM: ela deve ter plena liberdade para promover os concursos necessários para o provimento de cargas e para a elaboração da política salarial adequada, de sorte a evitar a crescente evasão de funcionários para o setor privado;

3. dar autonomia financeira à CVM: uma vez aprovado o orçamento anual, as verbas que lhe são destinadas devem ser tidas como intocáveis por parte de qualquer Ministério; e deve a CVM ter absoluta autonomia para gerir os recursos que arrecada mediante a cobrança da taxa de fiscalização;

4. prever a possibilidade de serem aplicadas multas mais elevadas, proporcionais à gravidade dos delitos e calculadas sobre o valor dos lucros auferidos pelos infratores;

5. conferir à CVM a legitimidade processual (hoje atribuída inadequadamente ao Ministério Público, nos termos da Lei 7.913/89) para propor judicialmente, mediante ação civil pública, medidas acautelatórias e indenizatórias para os casos de ilícitos no mercado de valores mobiliários;

6. criar a figura do *consent decree*, de tal forma que os inquéritos da CVM possam ser suspensos, caso indiciado assine termo de compromisso obrigando-se a cessar a prática de ato ilícito ou a corrigir as irregularidades verificadas.

Em contrapartida aos poderes atribuídos à CVM devem ser expressamente outorgadas algumas garantias fundamentais a todos os que estão submetidos ao seu poder disciplinar.

1. a responsabilidade disciplinar deve ser sempre subjetiva, isto é, somente pode-se punir alguém se ficar comprovada a sua culpa ou dolo, cabendo o

ônus da prova a quem acusa, ou seja, à CVM;

2. a responsabilidade disciplinar deve ser sempre individual, isto é, somente pode ser punido quem cometeu o ato ilícito, posto que é inconcebível a responsabilidade disciplinar solidária;

3. deve ficar expresso o princípio de que somente cabe a aplicação de penalidades quando a infração de fato causar prejuízos concretos a investidores ou acionistas minoritários;

4. deve ficar explícita a prescrição das infrações ocorridas no mercado de capitais (que a nosso ver já existe, como princípio geral de Direito, estabelecido constitucionalmente, e que foi recentemente aceita pelo Colegiado da CVM, no julgamento do Inquérito Administrativo 09/93, realizado em outubro de 1994) tanto para a instauração de inquérito como para o caso de sua paralisação por inércia da CVM, dando-se, tal sorte, maior celeridade aos processos administrativos e, conseqüentemente, atendendo-se à função exemplar das penalidades.

Como diminuir o número de normas, desburocratizando o mercado? O atual colegiado da CVM, de excelente atuação, por sinal, recentemente desburocratizou o anacrônico sistema de registro de ordens de compra e venda de ações, ao revogar a Instrução n. 33 e incentivar o sistema de auto-regulação — que é fundamental —; também desburocratizou, inovando exemplarmente, ao deixar de tornar compulsória a gestão de fundos de investimentos por parte de instituições financeiras.

Há outros passos que devem ser tomados na mesma direção, mas que dependem de reforma da Lei 6.385/76:

a) Incentivar a auto-regulação não só das Bolsas de Valores, mas também das entidades do mercado de balcão, das associações que congreguem as companhias abertas, os auditores independentes, os analistas de valores mobiliários, etc; tomando como exemplo as refor-

mas ocorridas nos últimos anos no sistema financeiro da Ingraterra, poderia a lei, entre nós, instituir os padrões normativos mínimos para o registro de várias entidades auto-reguladoras, que, operando sob a supervisão da CVM, possam fiscalizar os seus membros, para que eles mantenham elevados padrões éticos de conduta;

b) Deveria também a lei promover o fim de cartórios estabelecidos, como são os casos do *underwriting* compulsório na oferta pública de valores mobiliários, intermediação obrigatória nos negócios de Bolsa, gestão de investimentos coletivos por instituições financeiras, etc;

c) Poderia ainda a nova lei permitir a oferta pública de determinados valores mobiliários (debêntures, *commercial papers*) sem a necessidade de registro da CVM, quando em montantes reduzidos ou quando dirigidos apenas a investidores institucionais.

Em suma, há um amplo espectro de atividades no mercado que podem ser objeto de desburocratização, reduzindo-se os cartórios estabelecidos e as normas que impõem custos desnecessários ao mercado.

Finalmente, a nova lei deve corrigir algumas falhas verificadas na Lei 6.385/76, como são:

a) a definição de valores mobiliários, que deve ser flexibilizada e ampliada, para abranger não só as ações, debêntures, bônus de subscrição (e direitos e certificados de tais títulos) como também as quotas de fundo de investimentos, notas comerciais, contratos a futuro, e quaisquer outros títulos ou direitos que representem participação em empreendimentos geridos por terceiros e que sejam passíveis de venda em massa, à semelhança do conceito de *security* do direito norte-americano;

b) o conceito de “emissão pública”, para deixar claro que somente deve-se cogitar do registro na CVM quando a

oferta for dirigida ao público em geral, permitindo-se, tal sorte, colocações privadas para investidores institucionais, ou para investidores mais sofisticados;

c) as zonas cinzentas entre CVM e Banco Central, que ocasionam situações de dupla e muitas vezes contraditória

regulação, deixando claro a nova lei que compete à CVM a prática de todos os atos de normatização, fiscalização, registro, deferimento de autorizações, etc., com relação a todas as entidades integrantes do sistema de distribuição de valores mobiliários.

RESPONSABILIDADE DO FABRICANTE PELO FATO DO PRODUTO E DO SERVIÇO

JOSÉ JÚLIO BORGES DA FONSECA

1. Precisões terminológicas — 2. O papel da empresa na moderna concepção de responsabilidade — 3. A responsabilidade de natureza subjetiva e a de natureza objetiva — 4. A defectibilidade como núcleo da responsabilidade pelo fato do produto e pelo fato do serviço — 5. A inversão do ônus de prova — 6. As hipóteses de exclusão de responsabilidade — 7. Considerações finais.

1. Precisões terminológicas

As peculiaridades do assunto revelam a imprecisão da terminologia empregada. Quando se fala de responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, oponha-se a crítica de que tanto o produto quanto o serviço são coisas inanimadas, insuscetíveis de atribuir-se-lhes uma ação, ao contrário do que se verifica na responsabilidade por fato de outrem (José de Aguiar Dias, Da responsabilidade civil, II, Revista Forense, Rio de Janeiro, 1944, n. 161, p. 2). No direito alienígena, usa-se a expressão responsabilidade do produto (*product liability* ou *Produkthaftung*), bem como tão-só responsabilidade do fabricante (*responsabilité du fabricant*), especificando que se trata de responsabilidade por produtos defeituosos ou perigosos.

Antônio Herman Vasconcellos e Benjamin (Comentários ao Código de Proteção do Consumidor, obra coletiva, Saraiva, S. Paulo, 1991, pp. 43-91), censura a terminologia adotada no Código (responsabilidade pelo fato do produto e do serviço), apontando como mais adequada a designação "responsabilidade pelos acidentes de consumo", em razão do fenômeno humano (aciden-

te de consumo). Muito embora o homem seja, direta ou indiretamente, causador dos danos ocasionados pelas coisas, não é determinante, no caso de danos causados por produto defeituoso, a ação isolada, ainda que involuntária, do homem. O aspecto consequencial humano mostra-se igualmente, lábil. Relevante é, no entanto, para a configuração da responsabilidade decorrente de produto defeituoso, uma atividade, no sentido de uma sequência de atos coordenados a um fim. Pontes de Miranda (Tratado de Direito Privado, parte geral, tomo II, 4.^a ed., RT, S. Paulo, 1974, § 163) esclarece: "Na responsabilidade pelo fato do animal, ou da coisa, ou da indústria, não há ato humano, mas, acima dos fatos do animal, da coisa, ou da indústria, está atividade humana. O direito romano não chegara até aí, porque permaneceu no plano da contrariedade subjetiva. Os arts. 1.385 e 1.386 do Código Civil francês (quanto a animais e coisas) inspiram-se no sentido da culpa."

Admitindo que a "responsabilidade pelos acidentes de consumo" implique uma atividade, resta pesquisar a superioridade desta expressão em relação às outras. Quanto ao fato da coisa, a

impropriedade da expressão já foi demonstrada; no que diz respeito à responsabilidade por produto defeituoso, nota-se o superamento do critério subjetivo de imputação, uma vez que a defeitibilidade se torna o elemento mais importante. Outro significativo traço é a atividade empresarial para a plena compreensão da nova configuração da responsabilidade oriunda de produtos defeituosos. Ainda que não se negue o nexo causal entre atividade voluntária e o dano causado, o papel do indivíduo é insignificante ante a organização empresarial. Apesar de mais apropriada a expressão “responsabilidade por produto defeituoso”, damos a este estudo o título consagrado no Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

2. O papel da empresa na moderna concepção de responsabilidade

A fim de evidenciar a complexidade da empresa, mencionem-se quatro principais aspectos: o interesse próprio da organização, o interesse da organização na sua organização, o interesse societário da organização econômica, o interesse da sociedade na organização econômica (Ghunther Teubner, “Unternehmensinteresse-das gesellschaftliche Interesse des Unternehmens an sich?” in *ZHR* 148, 1984, p. 470). A empresa há, pois, de ser encarada sob variados aspectos, sem exclusivismo. Em face dessa realidade multifacetada, exsurge a dificuldade de um conceito jurídico unitário. Waldírio Bulgarelli (A teoria jurídica da empresa, RT, S. Paulo, 1985, p. 212) observa: “as objeções contra a falta de um conceito unitário de empresas, deixam de ter procedência, quando é definida como atividade referida a um agente que a exerce e aos bens que lhe servem de instrumento”.

Não constitui escopo deste estudo uma análise mais de espaço da teoria da empresa, bastando, assim, referir as

dificuldades. Cumpre, contudo, realçar a conformação da empresa, sobretudo a grande empresa, que pode ser resumida nas palavras de Fábio Konder Comparato (RDM 50, abr/jun 1983, p. 70): “O reconhecimento claro e conseqüente de que controle empresarial não é propriedade implica uma verdadeira revolução copernicana no estatuto da empresa que passa de objeto a sujeito de direito. Com essa substituição do centro de gravidade, é o empresário que deve servir a empresa, e não o contrário”. O prof. Fábio Comparato quis, fugindo ao formalismo jurídico, salientar a relevância da empresa na sociedade moderna.

A empresa que implica uma atividade econômica organizada, constitui um centro de riquezas, sob o aspecto material e tecnológico; a finalidade lucrativa não encerra mais a nota específica da definição de empresa. Empresas há que não apresentam tal escopo (Thomas Raiser, “Unternehmensziele und Unternehmensbegriff” in *ZHR* 144, 1980, p. 212). Convém perquirir se a nova configuração empresarial do capitalismo avançado, oferece ensejo a uma reformulação dogmática da responsabilidade civil. Georges Ripert (O regime democrático e o direito civil moderno, tradução, Saraiva, S. Paulo, 1937, n. 167, p. 328), mostrando sensibilidade social, observa: “A democracia não pode admitir uma organização econômica que separa na exploração os benefícios e os riscos. Repudia a regra do Código Civil que funda a responsabilidade na falta cometida; pede que não se trate mais de responsabilidade, mas de reparação. Se não encontra um indivíduo a quem possa fazer suportar os riscos, chega a pedir que a coletividade os tome a seu cargo”.

Conquanto o lucro não constitua mais a nota característica da empresa, não se há de negar que qualquer atividade organizada configure um centro de riquezas, que, em razão do ramo espe-

cífico, pode criar mais ou menos riscos para os empregados e usuários de produtos ou serviços.

A respeito das conseqüências da concepção da empresa como entidade organizada (Vertriebsorganisation), verifique-se a decisão pragmática do BGH (Nundesgerichtshof), no tocante à interpretação do § 823 do BGB, que consagra a imputação subjetiva da responsabilidade, referindo o dolo e a culpa (Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben... eines anderen widerrechtlich verletzt...). Sustentou-se no caso da peste dos frangos (Huehnerpestfall), de 1968, cuja causa foi a epidemia provocada pela vacina aplicada às aves, a inversão do ônus da prova, uma vez que ninguém melhor que o produtor para conhecer o que se passa no estabelecimento, sobretudo quanto ao processo de fabricação (Guido Alpa e Mario Bessone, *La responsabilità del produttore*, 3.^a ed., Dott. A. Giuffrè Editore, Milão, 1987, p. 157).

Na França, a responsabilidade do vendedor surge, através de uma interpretação assaz compreensiva dos arts. 1.645 e 1.646, do Código Civil. O primeiro estatui que o vendedor, conhecendo o vício da coisa, responde perante o adquirente pelos danos, enquanto o outro estabelece que, ignorando o vendedor os vícios ocultos da coisa, deve reembolsar, além do preço, somente as despesas concernentes à venda. Presume-se que o vendedor procedeu de má-fé e conhecia os vícios da coisa, em razão tão-somente da sua profissionalidade. Neste sentido, cite-se a manifestação das "Chambres des Rêquetes", de 1925. O ressarcimento abrange a par da coisa, os danos ao patrimônio, numa tentativa de colocar as partes em estado semelhante ao anterior à celebração do contrato. No contexto das despesas da compra e venda, entram, consoante à nova tendência, aquelas despesas oriundas dos

danos causados pelos vícios da coisa. A Corte de Cassação, em 1965, decidiu pela invalidade de cláusula limitativa de garantia, uma vez que o vendedor profissional se presume de má-fé (Alpa e Bessone, ob. cit., p. 188). A consagração da ação direta de responsabilidade proposta contra o fabricante constitui forma de superação do sistema que onera sobremaneira o vendedor, principalmente quando este não exerce, com bom êxito, a ação regressiva contra o fabricante.

Há de levar-se em conta, todavia, que o direito do consumidor não deve constituir embaraço ao desenvolvimento; a empresa não pode ser onerada excessivamente.

Outra observação capital, no tocante ao Brasil, é que a maioria da população não configura, propriamente, uma sociedade de consumo. Por isso mesmo, coloca o prof. Fábio Konder Comparato (RDM 80, out/dez, 1990, p. 68) a questão em termos exatos: "Mas é de se indagar se o sistema jurídico de proteção ao consumidor, que copiamos largamente dos países desenvolvidos, é realmente adaptado à situação dessa massa de miseráveis, ou, ao contrário, só tem eficácia para os 59% de brasileiros que vivem acima da miséria e podem, por isso mesmo, pelo menos teoricamente, utilizar os mecanismos jurídicos de preservação da qualidade dos produtos oferecidos à venda".

Note-se que, mesmo na Alemanha, país altamente industrializado, a imputação objetiva da responsabilidade não é praticada sem critérios. A questão da responsabilidade do fabricante suscita gradações, conforme a variedade de situações. A Corte Federal (Bundesgerichtshof) faz distinção entre o dever de diligência interna e o dever de diligência externa, implicando a modificação da orientação seguida no julgado da peste dos frangos (Huehnerpesturteil), uma vez que a inversão do ônus da prova (Beweislastumkehr) não se aplica

mais. A vulneração do dever de diligência externa, ao contrário da diligência interna, há de ser provada pela vítima. Em 1988, o Tribunal Federal (BGH), através da sexta Câmara Civil (VI. Zivilsenat), decidiu, no caso das garrafas de refrigerante (Limonadenflaschenfall), que o produtor tinha a obrigação de cuidar para que o produto isento do defeito lançado no mercado, não se torne danoso, em razão de riscos previsíveis como os de transporte, comercialização e armazenagem. A inobservância do dever de zelo cabe à vítima provar (apud Gert Brueggemeyer "Produkthaftung und Produktsicherheit" in ZHR 152, 1988, p. 520).

3. A responsabilidade de natureza subjetiva e a de natureza objetiva

Desde a negação total até a indistinta aceitação, a imputação objetiva constitui campo de divergências; antes de tratar dos problemas emergentes da responsabilidade do produtor pelo fato do produto, cumpre, embora sumariamente, realçar a evolução da responsabilidade civil. No direito romano, a "obligatio ex delicto" configura uma obrigação pessoal, que vincula o ofensor ante o ofendido a arcar com uma pena pecuniária. Verifica-se, de resto, uma evolução no próprio direito romano; de início, imperava um regime de autotutela extremamente severo, respondendo o devedor com o seu corpo mesmo. Ao depois, o Estado avocou para si o poder de dirimir as controvérsias entre os particulares, não se verificando aí uma divisão entre a esfera penal e a esfera patrimonial (sistema das compilações, Cf. Vincenzo Arangio-Ruiz, Istituzioni di Diritto Romano, 11.ª ed., Eugenio Jovene, Nápoles, 1952, p. 368). Há de observar-se que o vocábulo "iniuria" comporta vários significados; em face da aceitação comum "daquilo que não se ajusta ao direito" (*quod non*

iure fit), figura o significado de "iniuria", no sistema de delitos privados, equivalendo à lesão pessoal. No direito justiniano, o dano compreende tanto as lesões corporais, como as não corporais. (Arangio-Ruiz, ob. cit., pp. 372-375.)

Em princípio, pode-se dizer que a responsabilidade surge da prática de ato ilícito ou da omissão ilícita ou da inexecução contratual. A verificação da culpa torna-se, em algumas hipóteses, indispensável. Os romanos enumeraram quatro delitos de direito privado (*furtum*, *rapina*, *iniuria*, *damnum iniuria datum*); nas codificações do século passado, a exemplo da francesa, se adotou o sistema de cláusula geral de responsabilidade. Convém, todavia, assinalar que o BGB (1889), sem determinar um número fechado de delitos, não espelhou o conceito de delito no sentido de ação contrária ao direito.

No § 823, verifica-se a vulneração de certos bens da vida, que oferece ensejo à responsabilidade (vida, corpo, saúde, liberdade); o mesmo se diga quanto à vulneração de direitos subjetivos e certos interesses. A imoralidade (*Moralwidrigkeit*) no sentido do § 826 induz, igualmente, responsabilidade. Em alguns aspectos, o sistema alemão supera a orientação de cláusula geral de responsabilidade (Paul Oetmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, 5.ª ed., Carl Lehmanns Verlag, Berlim, 1929, pp. 1367-1368). O direito brasileiro, no tocante a essa matéria, seguiu o modelo do Código Napoleão, de 1804, de sorte que são pressupostos da obrigação de reparar os danos: o nexo causal entre a conduta do agente e o dano, bem como a demonstração de culpa (art. 159, do CC).

O papel da culpa no sistema de responsabilidade civil merece algumas observações. Para Rubens L. França ("Responsabilidade aquiliana e suas origens" in Responsabilidade civil, coordenação de Yussef Said Cahali, Sa-

raiva, São Paulo, 1984, p. 236), que aponta a impropriedade da denominação responsabilidade objetiva, a teoria da culpa será sempre a base ou o referencial. A teoria da culpa não pode, com efeito, ser suprimida, sob pena de fulminação dos valores morais que norteiam a vida social. Casos existem, todavia, que os danos ocorrem independentemente de culpa de qualquer pessoa, a exemplo dos riscos criados pela atividade industrial. No campo da infelizmente, a tendência, no decorrer do século XIX, foi da consagração da responsabilidade objetiva. Alvino Lima (Culpa e Risco, Ed. RT, São Paulo, 1960, n. 70, p. 341) registra que: "O estudo da evolução do conceito da culpa através dos processos técnicos postos em jogo, criando-se, ao lado de presunções *juris et de jure* da culpa, a teoria da culpa na guarda, as culpas pre-existentes e prováveis, constitui a demonstração irrefragável da objetividade do conceito de responsabilidade".

Juristas há que argumentam que a culpa está ínsita no sistema, salientando que a inversão do ônus de prova evidencia a iniludível presença da culpa. Sabe-se, no entanto, que a presunção de culpa não passa de um disfarce de responsabilidade objetiva, considerando-se que, nas hipóteses de presunção *juris tantum* e na impossibilidade de provar a inexistência de culpa, surge a obrigação de reparar o dano, não sendo a pessoa culpada. Orlando Gomes (A crise do direito, Max Limonad, S. Paulo, 1955, pp. 180-181) é do mesmo sentir: "Quando se começou a exigir que a prova da culpa não fosse mais um encargo da vítima, a teoria subjetiva da responsabilidade sofreu o primeiro abalo. Porque, se o indivíduo não pode provar a ausência de culpa, ele é responsável, ainda que não seja culpado".

De acordo com o art. 159 do CC, "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência,

violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano". Como observa Eduardo Espínola (Sistema do Direito Civil Brasileiro, v. I, Livraria Francisco Alves, Rio, 1938, pp. 593-594), a responsabilidade aquiliana independe de um vínculo anterior; a graduação da culpa é irrelevante, uma vez que *et levissima culpa venit*. Incumbe o *onus probandi* a quem alega a lesão ao direito ou o prejuízo. Convém salientar que a culpa não se confunde com o ato ilícito; conquanto o integre, constitui elemento distinto e específico (Alvino Lima, ob. cit., n. 14, p. 66).

O art. 1.384, do Código Napoleão, estabeleceu, nas hipóteses de responsabilidade de amos, patrões e comitentes, uma presunção *juris et de jure* da culpa, enquanto o art. 1.523, do Código Civil brasileiro, excetuando o inciso V, do art. 1.521, diz que "só serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse e no art. 1.522, provando-se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte". Vicente Ráo ("A responsabilidade dos patrões, amos e comitentes no direito civil brasileiro" in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. XLVII, 1952, p. 165), invocando, entre outros, Clóvis Bevilacqua e R. Savatier, conclui: "Sem dúvida, nossa lei civil vigente merece ser reformada. Mas, a forma realmente eficiente, mais de acordo com a situação atual e social do problema, consistiria na adoção da teoria do risco como fundamento da responsabilidade dos amos, patrões e comitentes, compensado-se o novo critério com a limitação da responsabilidade e, quando menos, com a possibilidade de seguro". A questão que se afigurava, antes da edição do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.072/90), dizia respeito à possibilidade de, através de uma interpretação extensiva do art. 1.521, inciso III, vislumbrar a falta de diligência do fabricante na organização

empresarial, de forma a fundamentar a sua responsabilidade pela reparação dos danos oriundos do defeito do produto. O prof. Leães (A responsabilidade do fabricante pelo fato do produto, Saraiva, 1987, p. 132), sustenta que, não sendo possível determinar o responsável pela colocação do produto no mercado, e tampouco provar a culpa do empregado, perdem relevância tais mecanismos de imputação. Conquanto não se conheça julgado que alicerce a responsabilidade do fabricante nas normas em apreço, tal solução não era descartável, levando-se em conta, sobretudo, a construção jurisprudencial operada na Itália e Alemanha, ajustando os pressupostos da responsabilidade por fato de terceiros aos dados socioeconômicos hodiernos, no tocante à nova configuração empresarial.

Da responsabilidade pela guarda da coisa, emergem importantes considerações. Ainda que o Código Civil brasileiro não tenha norma semelhante à vazada na parte final do art. 1.384, I, do Código Napoleão, que estatui: "On est responsable non seulement du dommage que l'on causé par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous garde". Para que a responsabilidade surja, é suficiente a relação de causalidade entre o dano e a coisa guardada, consagrando-se aí a doutrina do risco, na linha de concepção de Jossierand (*Évolutions et actualités*). Não importa que o homem seja um prolongamento da máquina, visto que não se indaga sua culpa, o que se afasta da regra geral proclamada no art. 1.382. Há, com efeito, não uma presunção de culpa, mas de responsabilidade, que é elidida pela culpa exclusiva da vítima, força maior ou caso fortuito. Sílvio Rodrigues (*Responsabilidade civil*, vol. IV, 4.^a ed., Saraiva, S. Paulo, 1979, n. 43, p. 115), além de registrar a aplicação do art. 17, da Lei 2.681/12, a todas as hipóteses de

transporte de passageiros, apontando, de resto, inúmeros julgados de responsabilidade da guarda da coisa, observa: "Por outro lado, a despeito de não existir em nossa legislação regra igual a da parte final do art. 1.384, I, do Código Civil francês, é incontestável o argumento do eminente Aguiar Dias no sentido de haver o nosso Código Civil, nesse passo, se inspirado nas mesmas fontes em que se inspirou o Código Napoleônico, não havendo, assim, motivo para que se não apliquem aqui as regras que a experiência e a sabedoria da jurisprudência francesa hauriram em textos praticamente paralelos".

Os arts. 1.527 e 1.528 cuidam, respectivamente, tão-só da responsabilidade do dono, ou detentor, do animal, e do dono do edifício ou construção. Transpondo-se essa interpretação para as hipóteses de responsabilidade do fabricante, a doutrina e jurisprudência francesas, valendo-se dos conceitos de guarda de estrutura e guarda de comportamento, sustentaram que, mesmo após a colocação do produto no mercado, o fabricante, que é obrigado a exercer controle sobre a estrutura íntima da coisa, continua responsável pelos danos decorrentes do defeito do produto.

A opção pela responsabilidade contratual oferece a vantagem da presunção da culpa, que só é elidida pelo caso fortuito ou força maior. A esse respeito observa M.I. Carvalho de Mendonça (*Doutrina e Prática das Obrigações*, tomo II, 4.^a ed., aumentada e atualizada por José de Aguiar Dias, Revista Forense, Rio, 1956, n. 449, p. 13): "quem pede indenização pela culpa contratual não a precisa provar; só precisa constituir o devedor em mora; para a indenização da extracontratual é necessário prová-la, mas não é necessário constituir o devedor em mora, pois que está em mora de pleno direito o autor de um delito ou quase-delito". Mauro Rodrigues Penteado (RDM 41, jan/mar 1981,

pp. 121 a 126), além de salientar a vantagem em termos de competência, quando a ação se funda na responsabilidade extracontratual, aduz, em comentário a acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que a ação assentada em relação contratual, que, à primeira vista, parece mais vantajosa, apresenta os óbices dos prazos exíguos de prescrição e da inadmissibilidade, em princípio, das perdas e danos, não conhecendo o alienante os vícios (art. 1.103, do CC). Note-se que a parte final do art. 206, do C.Com. estatui que “o vendedor responde ao comprador pela restituição do preço com os juros legais, e indenização dos danos”, sem qualquer alusão ao conhecimento dos vícios pelo alienante.

Convém anotar que a verificação da culpa, como esclarece Renato Scognamiglio (verbete “Responsabilità civile” in *Novissimo Digesto Italiano*, p. 634), obedecendo a critério mais avançado, se dá pela transgressão de uma regra de conduta, uma vez que a culpa como fato psicológico não é de fácil configuração.

A respeito da consagração da responsabilidade objetiva no direito brasileiro, registre-se que, na Administração Pública, vige a responsabilidade objetiva fundada no risco criado pela atividade do Estado (art. 37, § 6.º da Constituição da República). Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, RT, S. Paulo, 1987, p. 553) salienta: “Nessa substituição da responsabilidade individual do servidor pela responsabilidade genérica do Poder Público, cobrindo o risco da sua ação ou omissão, é que se assenta a teoria da responsabilidade objetiva da Administração, vale dizer, da responsabilidade sem culpa, pela só ocorrência da falta anônima do serviço porque esta falta está, precisamente, na área dos riscos assumidos pela Administração, para a consecução de seus fins.” No caso de infortúnica, a Constituição de

1988, estabeleceu, no art. 6.º, XXVIII, o seguro contra acidentes de trabalho a cargo do empregador, sem afastar, todavia, a indenização com base em dolo ou culpa. A teoria objetiva da responsabilidade não há de ser adotada indistintamente, merecendo, pois, respeito os padrões éticos da sociedade, que diferenciam a boa e a má conduta. Um tratamento indiscriminado da conduta humana esvaziaria de sentido a diferenciação do bem e do mal. Sendo assim, não se deve vislumbrar nos arts. 39 e 40, da Lei 6.024/74, que disciplina a intervenção e a liquidação extrajudicial, a consagração da responsabilidade objetiva, mesmo porque o texto da lei não permite tal interpretação.

Neste item, procurou-se realçar a evolução da responsabilidade civil, não constituindo, pois, uma abordagem sistemática, o que requeria mais espaço do que se dispõe num artigo. A responsabilidade pelo fato do produto e pelo fato do serviço há de ser estudada, notando-se a mudança de concepção na sociedade moderna, sem oferecer, contudo, ensejo aos excessos. Cesare Salvi (verbete “responsabilità extracontrattuale” in *Enciclopedia del Diritto*, p. 1258) sintetiza bem essa nova tendência: “La cultura solidaristica ed egualitaria delle società contemporanee tollera invece sempre meno che il danno non venga risarcito; la protezione della vittima appare um elemento della costituzione materiale del Welfare State, e gli individui avvertono il “diritto” a una compensazione, che restauri lo status quo, per le conseguenze dannose di un novero sempre più ampio di rischi. L’estensione dell’ambito della responsabilità civile (attraverso la revisione della nozione di danno risarcibile, e l’ampliamento delle ipotesi di responsabilità diverse dalla colpa) costituisce la risposta più immediata, anche perchè per lo più conseguibile attraverso un’opera di reinterpretazione del diritto vigente,

all'istanza di una più estesa protezione contro i danni." No mesmo sentido, verifique-se René Savatier, (*Les Metamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Dalloz, Paris, 1948, n. 223, pp. 182-183).

4. A defectibilidade como núcleo da responsabilidade pelo fato do produto e pelo fato do serviço

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) consagra uma responsabilidade decorrente da insegurança do produto ou serviço, bem como uma responsabilidade oriunda da inadequação do produto ou serviço. Este estudo restringe-se à primeira modalidade. Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (ob. cit., pp. 51-52) cita com base na doutrina alienígena, três tipos do que ele chama de periculosidade adquirida: os defeitos de fabricação, os defeitos de concepção (design ou projeto) e os defeitos de comercialização, também denominados de informação ou de instrução. Salienta a dificuldade de distinguir, na prática, um tipo de defeito do outro. Ressalvando embora que a melhor doutrina adota essa classificação, refere a hipótese da destruição do produto no acidente. A inversão do ônus de prova afasta as barreiras que a classificação dos defeitos implicaria, uma vez que cumpre ao fabricante provar a inexistência de defeito. Tal procedimento doutrinário não embaraça o princípio da *res ipsa loquitur*, que encerra, no direito inglês, a prova da culpa do fabricante na simples existência de um produto danoso (Cf. Alpa e Bessone, ob. cit., p. 804). Assiste razão a A. Herman V. e Benjamin (ob. cit. p. 44), ao afirmar que o Código do Consumidor constitui uma superação da dicotomia entre responsabilidade contratual e a extracontratual. O princípio da *res ipsa loquitur* há de ser entendido como presunção da existência de defei-

to em produto danoso, sem verificação ou presunção de culpa, tendo em vista a natureza singular da responsabilidade, nas relações de consumo.

A lei alemã sobre responsabilidade por produto defeituoso (*Produkthaftungsgesetz*), de 1989, não estatui uma classificação explícita sobre tipos de defeito. A diretiva 374/85, da Comunidade Econômica Européia, foi adotada, em muitos aspectos, na lei alemã citada. A obrigação de indenizar é afastada quando, entre outras hipóteses, o defeito, em face das circunstâncias, não existia ao ser posto o produto em circulação; quando o defeito é devido à conformidade do produto a regras imperativas editadas pelos poderes públicos; quando o defeito, ante o estado da ciência e da técnica, no momento da colocação do produto em circulação, não podia ser reconhecido (§ 1 (2), 2, 4, 5). Quanto ao produtor de componentes ou de matérias-primas, a responsabilidade não surge, se o defeito resulta da concepção do produto em que são incorporados ou das instruções fornecidas pelo produtor (§ 1 (3)). Note-se que o ônus da prova do defeito, do dano e do nexo causal entre defeito e dano compete ao lesado, salvo duas exceções. (*Fuer den Fehler, den Schaden und den ursaechlichen Zusammenhang zwischen Fehler und Schaden traegt der Geschaedigte die Beweislast*). Da menção desses dispositivos, infere-se que, embora não se empreguem as expressões, defeito de fabricação, defeito de concepção e defeito de informação, tais distinções são levadas em conta no estabelecimento da obrigação de reparar os danos. Verifica-se, com efeito, que, no caso de defeitos não previsíveis no estado da ciência e da técnica, os danos ocasionados por concepção defeituosa do produto não gera responsabilidade. No tocante à insuficiência de informação, o produtor do componente ou da matéria-prima não responde pelos danos.

Ante essa observação, é inevitável a proclamação, em sede legal, da classificação doutrinária.

Riscos do desenvolvimento são aqueles relacionados com os defeitos de construção (projeto) e de instrução, tendo em vista que, quando o produto foi colocado em circulação, não se podia, no estado da técnica e da ciência, reconhecê-los. Gert Brueggemeyer ("Produkthaftung und Produktsicherheit" in *ZHR* 152, 1988, p. 516) assinala que a aplicação da teoria do risco, no tocante aos riscos do desenvolvimento, significa estatuir uma responsabilidade decorrente da atividade e não da conduta culposa. Sublinha, de resto, o prof. Brueggemeyer (p. 517) que nos EUA a responsabilidade pelos defeitos de fabricação é objetiva, enquanto, no concernente aos defeitos de projeto e informação, o fundamento é a culpa. Não resulta do produto (objetiva) nem da conduta, a responsabilidade, no caso dos riscos do desenvolvimento, mas da atividade.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) oferece, no § 1.º do art. 12, a definição de produto defeituoso, seguindo o exemplo da Diretiva 374/85 do Conselho da Comunidade Européia. Diz o texto legal: "O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I — sua apresentação;
- II — o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III — a época em que foi colocado em circulação.

O parágrafo segundo do mesmo artigo esclarece: "O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado."

A caracterização do produto defeituoso constitui um desdobramento do

que está estatuído no art. 8.º, da Lei 8.078/90, que diz: "Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar informações necessárias e adequadas a seu respeito."

Sendo a defectibilidade o ponto central da nova responsabilidade, cumpre tecer mais considerações acerca da matéria. Os defeitos de concepção provocam a preocupação dos empresários, já que dizem respeito à produção e não podem, a exemplo dos defeitos de fabricação, ser corrigidos mediante controle de qualidade mais rígido. Brian W. Harvey e Deborah L.P. (The law of consumer protection and fair trading, Butterworths, Londres, 1987, pp. 127-128) observam: "In the field of product liability, design defects in products are regarded with particular horror by manufacturers. Manufacturing defects, which no doubt give rise to the largest number of claims based on defective products, can at least be prevented in future by tightening quality control processes. But design defects can affect a huge number of individual products which may be awaiting sale or already sold and, once the defect is identified, can involve the manufacturer in frightening financial liability in modifying the product, after an expensive recall." O empresário, enfim, terá de arcar com os custos das indenizações, da retirada do produto do mercado e da modificação da concepção do produto.

No art. 7.º da diretiva n. 374/85 da Comunidade Européia, enumeram-se várias hipóteses de exclusão da responsabilidade do produtor, convém, todavia, ater-se à exceção do estado de conhecimento científico e técnico (letra e). O art. 15, I, b, deixa a critério de

cada Estado a possibilidade de não aceitar a exceção do estado da arte. No tocante à Alemanha, não se regularam na "ProdHaftG" os riscos de desenvolvimento, tendo em vista, sobretudo, que a lei sobre medicamentos (Arzneimittelgesetz), de 1976, incide sobre grande parte das hipóteses (§ 84).

Convém, em síntese, descrever o atual estágio da responsabilidade do fabricante nos EUA. Verifica-se que, na maioria dos Estados da Federação, se reconhece a responsabilidade objetiva (strict liability), no caso de danos decorrentes de defeito de fabricação, independentemente da observância ou não das mais modernas técnicas e do conhecimento científico. Dificuldades podem surgir, quando um produto, desde a sua concepção, é considerado perigosamente defeituoso (dangerously defective). Localiza-se no grupo dos defeitos de projeto (design defects), cuja responsabilidade aparece pela falta de informação (failure to warn). Sobre o conceito de produto defeituoso, mencione-se a seção 402 A "Restatement (Second) Law of torts", de 1965 (... any product in a defective condition unreasonably dangerous...). Embora não haja indícios seguros para o reconhecimento de responsabilidade pelos riscos de desenvolvimento (development risks), a decisão da Suprema Corte de Nova Jersey, no litígio Beshada v. Johns-Manville Products Corp., 1982, estabeleceu a responsabilidade de produtores de asbestos, que causaram doença pulmonar em trabalhadores, devendo indenizar os lesados ou seus herdeiros, independentemente da exceção do estado da arte. A mesma Corte, em 1984, adotou, sob o influxo da censura doutrinária, uma sustentação inversa, no caso Feldmann v. Lederle Laboratories, que foi indiciado por paciente que pela ingestão de tetraciclina, teve seus dentes escurecidos. Pode-se assim, dizer que, nas hipóteses de

"design defects" e dos pertinentes casos de "failure to warn", não se dá responsabilidade objetiva. No "Draft Uniform Product Liability Act" faz-se, igualmente, a distinção entre defeito de construção e defeito de projeto e, conquanto a responsabilidade seja objetiva, o consumidor deve provar: a) que o produto é defeituoso devido a sua construção; b) que o produto é defeituoso no seu "design"; c) que o produto é defeituoso em razão das instruções e advertências (Alpa e Bessone, ob. cit., pp. 273/274 e Werner Lorenz, "Europäische Rechtangleichung auf dem Gebiet der Produzentenhaftung: Zur Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 25. juli 1985" in ZHR, 151, 1987, p. 7).

Peter Ulmer (Produktbeobachtungs-, Prüfungs- und Warnpflichten eines Warenherstellers in bezug auf Fremdprodukte? in ZHR 152, 1988, pp. 568-569) sublinha que a defectibilidade como pressuposto da responsabilidade do produtor constitui o ponto central do novo direito. Na categoria dos riscos do desenvolvimento, surge o dever de observação e de teste da parte do produtor (Produktbeobachtungs- und Prüfungspflicht), sem excluir a hipótese extrema de retirada do produto do mercado (Rueckruf). Note-se que, ao tempo da colocação do produto no mercado, o produtor se limita, via de regra, a advertir o usuário sobre a maneira de evitar os riscos, desde que tais riscos sejam inevitáveis no estado da técnica (cf. Peter Ulmer, ob. cit., p. 572).

Os defeitos de concepção (design defects) envolvem toda a produção, que, por força do art. 56, V. do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, pode ser proibida, a título de sanção administrativa. Tais defeitos, que se enquadram entre os riscos de desenvolvimento, só induzem responsabilidade, quando o produto é defeituoso, nos

termos da definição estampada no § 1.º do art. 12, sobretudo o inciso II, que se refere ao uso e aos riscos que razoavelmente dele se esperam. No direito norte-americano, o "risk-utility test" permite se verifique se o produto, inquinado de defeito de projeto, oferece mais vantagens que riscos. Outros fatores como a existência de produto alternativo mais seguro ou a possibilidade de um projeto mais seguro, não de ser considerados. Discutindo a defectibilidade do produto, o fabricante resguarda-se da consagração, pura e simples, da responsabilidade objetiva. O § 3.º, inc. II, do art. 12, serve-lhe, igualmente, de esteio.

No tocante à manipulação, à apresentação ou ao acondicionamento dos produtos, evidencia-se que o dever de diligência do fabricante ultrapassa a fase de fabricação; mostrou-se, no estudo de direito comparado, que, na hipótese de diligência externa, a responsabilidade tem fundamento na culpa. A responsabilidade, em princípio, objetiva, proclamada no "caput" do art. 12, é atenuada quando isenta o fabricante da obrigação de reparar danos, em razão da culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (§ 3.º, III). O fabricante, nas três hipóteses indicadas, pode, muitas vezes, provar a culpa de terceiro. O art. 25, § 1.º, não afasta, de todo, essa exclusão. Não é caso de responsabilidade objetiva as hipóteses de informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos do produto ou serviço, conquanto o seja na dicção do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

5. A inversão do ônus de prova

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) estabelece a "facilitação da defesa de seus direitos (do consumidor), inclusive com a inversão do ônus de prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do

juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência" (art. 6.º, VIII). Essa norma há de ser interpretada, tendo em vista a natureza da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço. Saliente-se que a nota distintiva dessa responsabilidade reside na defectibilidade, uma vez que a responsabilidade independente de culpa, proclamada na Lei 8.078/90, não apresenta consequências de peso, em razão de outros pressupostos, que dizem respeito à caracterização do produto defeituoso.

É bem verdade que não se eliminou a culpa como excludente de responsabilidade do fabricante, mas tal culpa não é sua, e, sim, do próprio consumidor ou de terceiros. Pode-se, assim, concluir que a responsabilidade é independente de culpa, sendo desnecessário apurar a culpa do fabricante.

O art. 2.049, do Código Civil italiano, e o § 831, permitem a tutela do consumidor, quando se verificam danos ocasionados pelos empregados. O art. 2.049 não admite prova liberatória do patrão, ao passo que o § 831 a prevê. Convém salientar que a inversão do ônus de prova há de ser esclarecida, visto que a prova pode versar sobre a culpa do agente, sobre o defeito do produto, sobre o nexo causal entre defeito e dano. Ocorrendo presunção absoluta de culpa do fabricante, a indagação da culpa da vítima situa-se no plano do nexo causal entre defeito e dano. Afirmar que a inversão do ônus da prova constitui a melhor solução, não é tudo; tornam-se necessários esclarecimentos ulteriores. Aceitando-se a prova liberatória do fabricante, a vítima do evento fica desamparada, tendo em vista que, no dias presentes, muitos acidentes ocorrem independentemente da culpa de qualquer pessoa. Uma orientação objetiva, invertendo o ônus de prova, deve precisar que o objeto da prova se limita ao defeito e ao nexo causal entre defeito

e dano. Feitas essas observações, apontem-se os arts. 1.521, III, e 1.522, do Código Civil brasileiro, como correspondentes aos dispositivos citados do direito italiano e do direito alemão.

Num regime de responsabilidade objetiva, a vítima há de provar, segundo Brian W. Harvey e Deborah L. P. (ob. cit., p. 136), que (1) o produto era defeituoso, (2) que havia um nexo causal entre o defeito e o dano, e (3) que não há defesas para o agente do dano. Nota-se que o fabricante é responsável, invertendo-se tão-só o ônus da prova de culpa.

Antes de analisar o assunto em face da regulação estatuída no Código do Consumidor, convém apontar a disciplina específica da responsabilidade por dano dos produtos defeituosos, na Diretiva n. 374/85 do Conselho da Comunidade Européia. O art. 4.º desta Diretiva determina que a vítima deve provar o dano, o defeito e o nexo causal entre defeito e dano. Na lei alemã de responsabilidade pelo produto defeituoso (ProdHaftG), de 15 de dezembro de 1989, verifica-se, no § 1.º (4), que o ônus de prova, no tocante ao defeito, ao dano e ao nexo causal entre defeito e dano, recai sobre a vítima. Havendo dúvida quanto à existência do defeito, quando da colocação do produto no mercado, transfere-se o ônus de prova ao produtor. A mesma regra se aplica, quando há controvérsia se o produto foi fabricado para venda ou outra forma de comercialização ou foi fabricado ou distribuído no ramo da atividade profissional do produtor.

Tem-se informação sobre aspectos do ônus de prova, no direito tradicional e na legislação específica da responsabilidade do produtor. Cumpre aprofundar o estudo em face da disciplina estatuída no Código do Consumidor. Na Lei 8.078/90, o critério de inversão do ônus de prova traduz-se na verossimilhança da alegação ou na hipossuficiência do consumidor, que serão avaliadas pelo

juiz. Acrescente o art. 6.º, inc. VIII, que as regras ordinárias de experiência não de ser observadas pelo Juiz. O aumento de discricionariedade do magistrado visa a superar as dificuldades próprias do Brasil, na prestação jurisdicional. A responsabilidade do produtor pelo fato do produto ou do serviço pode suscitar questões técnicas altamente complexas, requerendo exame pericial não só no produto, mas no estabelecimento, de modo que o consumidor, desprovido de recursos, não possa arcar com os honorários de perito. Verificada, assim, a sua hipossuficiência, determina o juiz a inversão do ônus de prova. Outras vezes, o juiz, através da simples alegação, percebe que o pedido do consumidor tem plausibilidade, de sorte que a inversão do ônus de prova resulta em maior tutela do mesmo consumidor.

6. As hipóteses de exclusão de responsabilidade

Já foi assinalado que, embora o *caput* do art. 12 consagre a responsabilidade independente de culpa, se verifica que o pressuposto da responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço é a defectibilidade. Visando a aumentar a tutela do consumidor, as legislações sempre determinam um responsável pelos danos.

A identificação do responsável pode não oferecer dificuldades; algumas hipóteses cogitadas no direito comparado mostram a complexidade que os problemas podem revestir. A suprema Corte da Califórnia, devido à impossibilidade de determinar o produtor responsável pelo dano, inovou proclamando a "market share liability", de sorte que todos os possíveis responsáveis foram alcançados (*Sindell v. Abbott Laboratories*, 1980). Pode-se estabelecer uma analogia entre o "market share liability" e o § 830 (I) do BGB, já que o dano causado por várias pessoas através de

ato ilícito comum, obriga cada um pela reparação dos danos. O mesmo se aplica, quando não se determina qual dos vários participantes, através de sua ação, causou o dano (Haben mehrere durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung einen Schaden verursacht, so ist jeder fuer den Schaden verantwortlich. Das gleich gilt, wenn sich nicht ermitteln lässt, wer von mehreren Beteiligten den Schaden durch seine Handlung verursacht hat). Werner Lorenz (ob. cit. p. 9) cita o exemplo de um produto fabricado por vários produtores sob uma fórmula química comum.

O § 1.º do art. 25, do Código do Consumidor brasileiro estatui que: "Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas Seções anteriores". Essa hipótese não se confunde, todavia, com aquela referida no parágrafo anterior. A regra aí pressupõe a identificação do responsável, o que não ocorre, por exemplo, na manipulação de uma fórmula química comum. A "ProdHaftG" prevê, no § 5.º, a responsabilidade solitária dos responsáveis, sem cogitar da "market share liability".

O parágrafo único do art. 7.º, do Código do Consumidor estabelece que "tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

O § 3.º, do art. 12, do Código do Consumidor brasileiro, estatui que o fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I — que não colocou o produto no mercado;

II — que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III — a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (ob. cit., p. 66), esclarece que

o fabricante, produtor, construtor ou importador não se forram à responsabilização pelos danos, alegando a culpa do comerciante, considerando-se este como terceiro. Assinala o mesmo autor (ob. cit., p. 67) que, embora o caso fortuito ou a força maior não estejam elencados entre as causas de exclusão de responsabilidade, podem eles ser invocados para afastar a obrigação de indenizar. Cumpre, porém, salientar que a doutrina costuma distinguir o caso fortuito interno do caso fortuito externo, de modo que, na primeira hipótese, não se afasta a responsabilidade do fabricante.

O prof. Caio Mário da Silva Pereira (Responsabilidade civil do fabricante in *RF* 285, p. 14) sustenta em conclusão de seu estudo: "4. eximir-se-á o fabricante de responsabilidade no caso de demonstrar que o produto tornou-se defeituoso por falhas na sua conservação e utilização, seja em poder de intermediários, seja pelo próprio consumidor". O § 1.º do art. 25 estabelece que "havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores". Tal dispositivo já foi objeto de cogitação; repeti-lo é preciso uma vez que várias situações fáticas podem provocar sua invocação indevida. O texto não deixa dúvida quanto à concorrência dos agentes na causação do dano, de tal modo que o terceiro, sendo comerciante, não será responsável, salvo quando, de acordo com o art. 13:

I — o fabricante, construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;

II — o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador;

III — não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

A consagração do direito de regresso no parágrafo único do art. 13 evidencia as hipóteses em que não foi possível

identificar o responsável direto. Daí se segue que o produtor só será responsável solidariamente, quando concorrer na causação do dano. Esta é a melhor interpretação do § 1.º do art. 25.

A solidariedade entre fabricante e vendedor, como foi julgado na apelação 12.801-1, comentada por José Reinaldo de Lima Lopes (RDM 61, jan/mar 1986, p. 61) traduz um regime jurídico excessivamente severo. Fundamentar a responsabilidade do vendedor na garantia implícita que dá ao comprador constitui intolerável sobrecarga econômica sobre o comerciante, sobretudo quando o produto é vendido em embalagem original. Só à primeira vista se pode estabelecer uma analogia entre o julgado citado e o parágrafo primeiro do art. 25. Uma reflexão amadurecida leva à conclusão que uma interpretação diversa violaria a lógica econômica e, por consequência, o direito.

Convém discutir, neste item, a responsabilidade por dano causado por componente ou peça incorporada ao produto ou serviço. Embora se cuide aqui de exclusão de responsabilidade, alinhar-se-ão algumas observações, pecando pela impropriedade.

A propósito do julgado (Honda-Urteil), emergem interessantes considerações, que dizem respeito com o dever de observação do produto, após o lançamento no mercado. A sexta Câmara do Tribunal Federal (BGH) sustentou que o importador, sem prejuízo da responsabilidade do produtor, está adstrito a zelar pela segurança do produto, oferecendo aos adquirentes e usuários do produto instruções e advertências. Note-se que, ao tempo da colocação do produto no mercado, o produtor se limita, via de regra, a advertir o usuário sobre a maneira de evitar os riscos, desde que tais riscos sejam inevitáveis no estado da técnica (cf. Peter Ulmer, ob. cit., p. 572). A questão capital, no caso Honda, refere-se à

responsabilidade do produtor da motocicleta, em razão de acidente fatal causado pela incompatibilidade de componente de fabricação estranha com o produto principal. Os herdeiros da vítima pleitearam, além dos custos de reparação da motocicleta, as despesas do enterramento. O Tribunal Federal (BGH) estendeu o dever de fabricação ao produtor da coisa principal, ainda que se trate de peça fabricada por produtor estranho, tendo em vista os riscos da combinação (Kombinationsgefahren). O produtor está obrigado a proceder a testes subsequentes, quando houver motivo concreto para temer que tal tipo de componente pode ser perigoso ao usuário da coisa principal (cf. Peter Ulmer, ob. cit., p. 575).

O parágrafo segundo do art. 25 estabelece que, no caso de dano causado por componente ou peça incorporada ao produto ou serviço, são responsáveis solidários seu fabricante, construtor ou importador e o que realizou a incorporação. Tal dispositivo manifesta uma afronta aos princípios jurídico-econômicos. Foi assinalado que o Tribunal Federal Alemão sustentou o dever de informação do importador, zelando pela segurança do usuário ou de terceiros. O produtor da coisa principal é responsável pelos riscos da combinação, ainda que o componente tenha sido fabricado por produtor estranho. A redação estampada no Código do Consumidor leva a concluir que o mero prestador do serviço, que realiza a incorporação do componente, é responsável, embora, sob o aspecto econômico, não esteja apto para arcar com indenizações vultosas.

A "ProdHaftG" exclui a obrigação de indenizar do produtor de componente, quando o defeito se verifique na construção do produto principal, ou se dê a fabricação sob a direção do produtor. O mesmo se aplica ao produtor de matéria-prima (§ 1,3).

7. Considerações finais

A Lei pode ser mais sábia do que o legislador. Essa feliz observação de Wach assume, às vezes, capital relevância. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor espelha, sob certos aspectos, um avanço. Surgem, porém, várias dificuldades, quando se quer disciplinar, de forma unitária, matéria com variadas implicações. A impropriedade começa com a designação de código a um conjunto de normas que não traduzem unidade; verificam-se, pois, normas que se enquadram nos ramos tradicionais do direito, a exemplo do civil, administrativo e comercial.

Em razão de a definição de produto, estatuída no § 1.º, do art. 3.º, do Código do Consumidor, os produtos naturais são alcançados, de sorte que, no rol das pessoas responsáveis elencadas no art. 12, se apontam o fabricante, o produtor, o construtor (nacional ou estrangeiro) e o importador. Não há prejuízo nesta especificação analítica, conquanto o vocábulo produtor, por si mesmo, encerre a idéia daquele que o produz produtos industriais ou naturais. Note-se que, por comodidade, se usou o termo fabricante para enquadrar todas as categorias. À falta de uma definição satisfatória de consumidor, embora prescindível, no art. 2.º, estatui o art. 17 que "equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento". Note-se que o art. 91 consagra a ação civil coletiva de

responsabilidade pelos danos individualmente sofridos.

Ao contrário da experiência alemã, está prevista a prevenção e a reparação de danos patrimoniais e morais (art. 6, VI). O "Schmerzteld" está afastado, uma vez que danos morais não resultam da relação de consumo, que tem reflexo na saúde e bens do consumidor.

Quando se trata, na Seção V, da desconsideração da personalidade jurídica, patenteia-se a inópia de conhecimento da realidade grupal.

A maior parte das observações sobre a responsabilidade pelo fato do produto se aplica à responsabilidade pelo fato do serviço. Merece aprofundamento o papel de seguro nessa nova configuração jurídica das relações de consumo.

A aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor vai mostrar a medida da virtualidade do legislador, cumpre, no entanto, salientar que, em tese, a nova lei evidencia avanços e retrocessos, conquanto várias idéias meritórias se tenham agasalhado. A congruência lógica, num todo monolítico, não é essencial no sistema da "common law"; o mesmo não ocorre no direito de origem romano-germânica, eis porque deve o legislador não só empregar linguagem límpida, mas também regular os vários institutos, de tal sorte que se evitem as custosas controvérsias judiciais. Não basta legislar, tem-se de procurar o melhor caminho para por fim aos conflitos, que surgem na sociedade industrial complexa.

LEI 7.958, DE 20.12.89 (LEI LOBÃO)

MARIA LUCIA DE ARAUJO CINTRA

ACÓRDÃO — Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 187.636-4 da Comarca de Uberlândia, sendo apelante: Cia. de Telefones do Brasil Central e apelado: Carlos Alberto Pereira da Rocha.

Acorda, em Turma, a 7.ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, rejeitar as preliminares e negar provimento.

Presidiu o julgamento o Juiz Antônio Carlos Cruvinel (2.ª vogal) e dele participaram os Juízes Jurema Brasil Marins (relatora) e Geraldo Augusto (revisor).

Produziu sustentação oral, pela apelante, o dr. Humberto Theodoro Júnior e, pelo apelado, a dra. Norma Jossen Parente.

Belo Horizonte, 9 de fevereiro de 1995 — JUREMA BRASIL MARINS, relatora — GERALDO AUGUSTO, revisor — ANTONIO CARLOS CRUVINEL, 2.ª vogal.

VOTOS — A Sra. Juíza Jurema Brasil Marins: Conhece-se do recurso, eis que presentes os pressupostos subjetivos e objetivos de sua admissibilidade.

Trata-se de ação ordinária proposta por Carlos Alberto Pereira da Rocha contra Companhia de Telefones do Brasil Central, alegando que a assembléia geral dos acionistas da ré, realizada em 5.9.90, decidiu pela sua cisão parcial, com a absorção de parte de seu patrimônio por ABC Árvore Participações Ltda., incorporando a Empresa Telefônica de Uberaba S/A, devidamente autorizada pela assembléia geral dos acionistas desta.

Inconformado com a modificação do pacto social das sociedades e sentindo-se prejudicado por tais deliberações, vez que, tanto era acionista da ETUSA, sociedade incorporadora pela apelante, como da própria empresa cindida, exerceu o direito de retirada, conforme o premissivo do art. 230, da Lei n. 6.404/76.

Contudo, a apelante não lhe reembolsou o valor de suas ações, dizendo que as decisões tomadas estavam “de acordo com a Lei 6.404/76, e, amparadas pela Lei 7.958/89”.

Por primeiro, passa-se ao exame das preliminares argüidas pela apelante.

1. Nulidade do decisório, simplista e desfundamentado.

Nos termos do art. 165 do CPC, as sentenças e acórdãos deverão ser proferidos com a observância do art. 458, do CPC, que enumera os requisitos essenciais das decisões: relatório, fundamentos, em que são analisadas as questões de fato e de direito, e dispositivo, onde se resolvem as questões submetidas pelas partes. Malgrado sucinta, a sentença apelada (fls. 214-223-TA) contém os requisitos essenciais expostos no art. 458, do CPC, tendo analisado e solvido todas as questões de fato e de direito que lhe foram postas a exame.

A jurisprudência dos nossos tribunais é no sentido de que nula é a sentença que carece de motivação, não a fundamentada sucintamente: “não é nula a decisão com fundamentação sucinta, mas a que carece de devida motivação, essencial ao processo democrático” (REsp. n. 19.661-0-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU de 8.6.92, p. 8.623, col. 1). *Apud* Theotonio Negrão, *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 25.ª ed., p. 326.

Rejeita-se, assim, a preliminar.

O Sr. Juiz Geraldo Augusto: De acordo.

O Sr. Juiz Antonio Carlos Cruvinel: De acordo.

A Sra. Juíza Jurema Brasil Marins: 1. Carência de ação, por impossibilidade jurídica do pedido e ausência de interesse de agir.

Segundo o magistério seguro de Frederico Marques: “há possibilidade jurídica do pedido quando a pretensão do autor se refere a providência admissível pelo direito objetivo”

(*Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, Forense, 1966, n. 271, p. 39).

Para Moacyr Amaral Santos: "o pedido deverá consistir numa pretensão que, em abstrato, seja tutelada pelo direito objetivo" (*Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, Saraiva, 1977, 1.ª v. n. 127, p. 145).

Ora, o pedido formulado pelo apelado, em abstrato, é tutelado pelo art. 230, da Lei 6.404/76, que não foi revogado, nem é incompatível com o art. 1.º da Lei 7.958/89, conforme se verá, mais pormenorizadamente, quando do exame do mérito.

Também não há de se falar em falta de interesse de agir, que, no dizer de Frederico Marques: "é a relação entre a situação antijurídica denunciada e a tutela jurisdicional requerida" (op. cit., n. 272, p. 41).

Para Moacyr Amaral Santos: "há o interesse de agir, de reclamar a atividade jurisdicional do Estado, para que este tutele o interesse primário, que de outra forma não seria protegido" (op. cit., n. 128, p. 145).

Assim, ocorrendo necessidade de o apelado se valer do Poder Judiciário, para tutelar um interesse primário, previsto no art. 230, da Lei 6.404/76, presente se encontra, ainda que em tese, o interesse de agir.

Rejeitam-se, por conseguinte, as duas arguições prefaciais.

O Sr. Juiz Geraldo Augusto: De acordo.

O Sr. Juiz Antônio Carlos Cruvinel: De acordo com a relatora, apenas acrescentando que a possibilidade jurídica não é só quando há amparo no Direito objetivo, mas também quando não há vedação legal à pretensão deduzida em juízo.

Por esse motivo, também coloco-me de acordo com a relatora.

A Sra. Juíza Jurema Brasil Marins: No mérito, como se verá a seguir, a intenção do legislador, ao editar a Lei 7.958/89, segundo interpretação autêntica, ou seja, do autor do próprio projeto, foi apenas alterar o direito de recesso numa única hipótese: "a do art. 265, da Lei de Sociedade por Ações, isto é, no caso de constituição de grupos de sociedades".

Ao se referir à eliminação do inciso VI, do art. 137, da Lei 6.404/76, o autor do projeto, Senador Edison Lobão, deixou assentado: "a reforma da lei eliminou do art. 137 a referência ao direito de recesso nos casos de fusão, cisão ou incorporação, mas o direito permanece pelo disposto claramente no art. 230.

Do 137 a eliminação teve como consequência afastar a hipótese de remissão do art. 45 e tem, como consequência, a meu ver, corrigir distorção manifesta entre o disposto no art. 230 e o disposto no art. 45, pois este obriga a companhia a pagar imediatamente 80% do valor do reembolso com base no último balanço, quando o parágrafo único do art. 230 estabelece que o pagamento somente será devido, nos casos de cisão, fusão ou incorporação, se a operação se realizar.

Não houve, portanto, a revogação do direito de recesso nos casos de cisão ou incorporação.

O debate sério sobre esse assunto demonstra que a Lei 7.958/89, assegurou, inquestionavelmente, o direito de retirada e reembolso dos acionistas minoritários, nos casos de cisão, fusão e incorporação, afastando o pagamento imediato de 80% do valor, para torná-lo obrigatório somente no caso da operação efetivar-se, tal como está comandado no local certo da Lei 6.404/76" (*apud* artigo do Senador e Advogado Edson Lobão, intitulado "A Verdade sobre a Lei de Sociedades por Ações", publicado na *Folha de São Paulo*, edição de 24.1.90, coluna "Tendências/Debates", anexado nos autos à fls. 17-TA).

Esse é também o entendimento de Mauro Rodrigues Penteado: "De tudo o que foi exposto, dúvidas não ensombram que a Lei 7.958/89, por haver tão-somente subtraído do art. 137 as remissões feitas aos incisos VI e VIII, do art. 136, da lei acionária, não logrou eliminar, como tencionava o autor do Projeto 182/89, o direito de retirada nas operações de incorporação, fusão, cisão e constituição de grupos de sociedades" (A Lei 7.958/89 e a Pretensa Modificação do Direito de Retirada dos Acionistas "Uma Discussão Inócua", artigo publicado na *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 77, n. 29, p. 48).

Rubens A. Machado, após citar Mauro Rodrigues Penteado (*Revista de Direito Mercantil*, v. 77, p. 49), conclui que o lúcido raciocínio daquele autor, embasado em sólida argumentação jurídica, "sedimenta a nossa posição de que a Lei 7.958/89 não revogou as hipóteses de dissidência e, em consequência, o direito de recesso, quando deliberada a incorporação. Se se tratar de companhia aberta ou fechada, onde inexiste o controle da incorporadora sobre a incorporada, o direi-

to de retirada está expresso no art. 230: se a incorporação é de companhia controlada, o direito de recesso está consagrado no § 3.º, do art. 264.

O direito de recesso existe e está em vigor, quando a assembléia geral deliberar sobre incorporação. Ao acionista dissidente cabe exercitar, querendo, esse direito, obedecendo as normas procedimentais constantes da Lei" (Sociedade por Ações — Incorporação, Fusão e Cisão — Direito de Retirada, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 82, p. 57).

O consagrado professor de direito comercial, Rubens Requião, ao tratar do direito de recesso, ensina: "a alteração fundamental da estrutura da companhia, pela assembléia geral extraordinária, dá ao acionista o direito de retirada. Tendo ele ingressado na sociedade, pelo contrato, a modificação substancial de seus termos, vale dizer, da estrutura da sociedade, dá-lhe o direito de, desinteressando-se pela empresa, dela retirar-se.

Esse direito de recesso a lei concede ao acionista desde que o estatuto seja modificado nos seguintes pontos:

f) incorporação da companhia em outra, sua fusão ou cisão..." (*Curso de Direito Comercial*, 2.ª v., Saraiva, 19.ª ed., 1993, n. 395, pp. 150-151).

Amador Paes de Almeida, também doutrina: "o direito de retirada, a que os autores italianos denominam direito de recesso, insere-se nos direitos essenciais, podendo ser exercido pelos acionistas que discordarem de decisão da assembléia geral que deliberar sobre:

5.º) incorporação da companhia em outra, sua fusão ou cisão";

"O direito de retirada pode ser exercido tanto pelo acionista presente à assembléia, que tenha ou não votado contra a deliberação, como pelo acionista ausente, facultado à assembléia reconsiderar a deliberação, se se verificar que o pagamento do preço do reembolso das ações aos acionistas dissidentes, que exerceram o direito de retirada, possa pôr em risco a estabilidade financeira da companhia" (*Manual das Sociedades Comerciais*, Saraiva, 7.ª ed., revista e atualizada, 1992, n. 158, pp. 246-247).

Modesto Carvalhosa, após ressaltar que as hipóteses legais de recesso não estão circunscritas ao disposto no art. 137, da Lei 6.404/76, citando Mauro Rodrigues Pentecado e Rubens Approbato, conclui que: "a Lei 7.958/89, 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" (in *Consulta*, fls. 204-TA).

O próprio Alfredo Lamy Filho, em obra escrita em condomínio literário com José Luiz Bulhões Pereira, de edição recente, disse: "Com o objetivo de proteger credores, assegurando a realidade do capital social, o art. 227 contém norma sobre a avaliação dos patrimônios a serem vertidos para a formação do capital social e o tratamento das ações ou quotas que uma das sociedades possui no capital da outra.

O procedimento de incorporação é simplificado pela dispensa da assembléia da incorporadora para reconhecer a sua extinção, e o processo de fusão é o mesmo da lei em vigor (arts. 228 e 229).

O projeto disciplina a cisão total ou parcial da companhia, procurando assegurar a maior liberdade na fixação de suas condições, sem prejuízo dos credores (art. 234 e seu parágrafo único e reconhecendo aos dissidentes da deliberação, tal como aos acionistas da companhia fundida ou incorporada, o direito de retirada, mediante reembolso do valor de suas ações (art. 231)" (*Apud A Lei das S.A.*, Renovar, 1992, p. 244).

Destarte, embora possa ter sido a intenção inicial da *mens legislatoris* retirar o direito de recesso nas hipóteses de incorporação, fusão e cisão, e formação de grupo brasileiro de sociedades, o próprio autor do projeto, posteriormente, em artigo publicado na *Folha de São Paulo*, de 24.1.90, esclareceu que a eliminação do inciso VI, do art. 137, "teve como consequência afastar a hipótese de remissão ao art. 45, e tem, como consequência, a meu ver, corrigir distorções manifesta entre o disposto no art. 45, pois este obriga a companhia a pagar imediatamente 80% do valor do reembolso com base no último balanço, quando o parágrafo único do art. 230 estabelece que o pagamento somente será devido nos casos de fusão, cisão ou incorpo-

ração, se a operação se realizar" (id., ib., pág. 17-TA).

A *mens legis*, que deve ser obtida pela interpretação de todo o contexto onde se inseriu a norma e não pela interpretação isolada do dispositivo, desgarrado de todo o sistema onde se encontra engastado, conduz à inarredável conclusão de que o direito de recesso foi mantido, por se encontrar inserido no contexto da própria estrutura da Lei 6.404/76.

A Comissão de Valores Mobiliários, autarquia federal que tem competência para regulamentar a lei das sociedades anônimas, em decisão trazida aos autos, partindo de uma interpretação sistemática da Lei de Sociedades por Ações e a aplicação da Lei 7.958/89, em seu contexto, ressaltando que o art. 137 está inserido na Seção III, do Capítulo XI, que trata da Assembleia Geral; que não há neste capítulo critérios a serem observados nas hipóteses ali mencionadas; e que todo o processo que envolve a incorporação, fusão e cisão, por dizer respeito à própria modificação estrutural da companhia, encontra regra específica no Capítulo XVIII (fls. 25-TA), conclui que, "a regra específica deve prevalecer sobre a geral, devendo ser mantido, por estar inserido no contexto estrutural da Lei das Sociedades Anônimas, o direito de recesso aos acionistas dissidentes da Assembleia que aprovar a cisão da companhia" (fls. 27-TA).

De sorte que, não há que se afirmar que a lei posterior revogou a anterior, nem que o art. 137 deve prevalecer sobre o art. 230, da Lei 6.404/76.

Relativamente aos "prejuízos", embora, realmente, tenha o apelado a eles se referido na inicial, é de todo irrelevante para o desate da controvérsia, vez que o art. 230, da lei 6.404/76, outorga ao acionista que dissente da deliberação de assembleia que aprovar a incorporação, fusão ou cisão, o direito de retirada, independentemente de ter estado ou não na assembleia, de ter ou não ocorrido efetivo prejuízo com a incorporação, bastando que o requeira dentro do prazo de trinta dias da publicação da ata.

E o apelante exerceu o direito de retirada dentro do prazo legal, enviando correspondências tanto à Companhia Telefônica do Brasil Central (fls. 15-TA), como à Empresa Telefônica de Uberaba (fls. 14-TA), as quais foram recebidas e respondidas pela primeira,

com o singelo argumento de que "as deliberações tomadas pela Assembleia Geral Extraordinária realizada em 5.9.90, estão de acordo com a Lei 6.404/76, e, amparadas pela Lei n. 7.958/89" (fls. 16-TA).

Interessante notar que Maria Iolanda, assistente administrativa da CTBC (fls. 16-TA), numa vã tentativa de desvirtuar o recebimento da correspondência pela incorporadora, após o carimbo de recebimento pelo Grupo ABC, malgrado as missivas estivessem endereçadas à Empresa Telefônica de Uberaba S/A e Companhia Telefônica do Brasil Central (fls. 14-15-TA).

Pouco importa, tal fato, vez que o ato atingiu o seu objetivo, tanto assim que a CTBC — Companhia Telefônica do Brasil Central, através da Assistência Administrativa, Maria Iolanda, respondeu as correspondências onde o apelado solicitava o reembolso de suas ações (fls. 16-TA).

No que concerne à atualização monetária do valor do reembolso, deve incidir, a toda evidência, a partir do laudo de avaliação e não da ata da Assembleia Geral dos acionistas, haja vista que aquela não é um *plus* que se acrescenta, mas um *minus* que se evita, com a perda do poder aquisitivo da moeda.

Ora, se nos próprios laudos de avaliação, realizados em 31.8.90, foram deflacionados para 6.8.90, pela variação das BTNFs, para adequação aos balanços das empresas envolvidas na operação levados a efeito em 6.8.90, não há motivo para não se atualizar o valor do reembolso a partir desta data, não sendo justo, nem legal prever data de mais de sete meses após a avaliação.

O aresto da Suprema Corte, trazido a lúmen por Modesto Carvalhosa em seu bem lançado parecer (fls. 210-211-TA), põe uma pá de cal na controvérsia, acerca do termo *a quo* da correção monetária: "Tendo o Supremo Tribunal reformulado entendimento anterior, considerando monetariamente atualizável a dívida resultante da apuração de haveres, superados estão os precedentes invocados pelo recorrente..." (RE n. 108.188-1-SP, rel. Min. Célio Borja, RTJ 123/658).

Em suas razões de decidir, deixou assentado o relator, naquele caso: "esse valor é de ser apurado tomando-se como termo a data de 31.10.77, em que se levantou o balanço especial.

Essa quantia daria ao autor o adequado reembolso de suas ações, se paga em outubro de 1977. A partir de então é devida a correção monetária, para que não se desfaleça o quantum que, com natureza indenizatória, e, pois, de dívida de valor, se há de pagar ao sócio dissidente". (RTJ 123/660-661).

Por derradeiro os honorários advocatícios foram fixados, moderadamente, em 15% sobre o valor da condenação, que representa a média entre o percentual mínimo e o percentual máximo, do § 3.º, do art. 20, do CPC, como forma de compensar o apelado pelos inúmeros gastos que teve para obter o reembolso de suas ações, tanto com a contratação de renomado advogado, com escritório no Rio de Janeiro, como com a obtenção de parecer do prof. Modesto Carvalhosa, sendo jurisprudência assente no STJ, que os honorários de sucumbência, na falta de pacto escrito, pertencem à parte, justamente para compensar o vencedor das despesas processuais e gastos com a contratação de advogados:

"I — ...

II — Os honorários e despesas resultantes da sucumbência são, em princípio, destinados à parte, para compensar o vencedor do que dispendeu com a contratação de seu advogado e com os gastos da causa" (REsp. n. 15.338-0-RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU de 12.6.92, republicado no "Minas Gerais", *Diário do Judiciário* de 18.6.92, p. 14, col. 3).

Com tais razões de decidir, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se a decisão apelada.

Custas recursais, pela apelante.

O Sr. Juiz Geraldo Augusto: Após o exame e estudo detidos dos autos, cheguei à mesma conclusão da eminente relatora.

Por isso, acompanho, nos mesmos termos, o substancioso voto de S. Exa., que perfeitamente analisou o direito adequado à matéria em julgamento.

O Sr. Juiz Antônio Carlos Cruvinel: Também ponho-me de acordo com a ilustre relatora, acrescentando que o acionista, quando de seu ingresso, adere a um contrato de formação de uma sociedade anônima, subcrevendo as ações que ele deseja adquirir. Neste ato, ele toma conhecimento prévio de toda a estrutura e de toda a forma de funcionamento da empresa a ser constituída.

Posteriormente, se essa estrutura vem a ser modificada, por decisão, em assembléia extra-

ordinária, de acionistas majoritários, tratando-se de uma companhia fechada, como é o caso da apelante, não seria nem mesmo democrático vedar-lhe o direito de recesso.

Por esse motivo, entendendo também que a Lei 7.958 não revogou o art. 230, porque seria tirar um direito consagrado àquele que não detém o poder de direção da companhia, é que coloco-me de acordo com a ilustre relatora, que bem esmiuçou a questão em seu substancioso voto.

COMENTÁRIO

O acórdão acima transcrito vem decidir, pela primeira vez, em segunda instância, questão polêmica de grande interesse, várias vezes debatida doutrinariamente: a Lei 7.958/89 (Lei Lobão) retirou o direito de recesso dos acionistas dissidentes em caso de incorporação, fusão e cisão, ou tal direito permanece em vigor nessas hipóteses?

Rememorando: o art. 137 da Lei 6.404/76, em sua redação original estabelecia as hipóteses em que o acionista dissidente teria o direito de retirar-se da companhia, mediante reembolso de suas ações.

A Lei 7.958/89, deu nova redação ao referido artigo, excluindo do rol inicial as hipóteses previstas no inciso VI (incorporação da companhia em outra, fusão ou cisão) e inciso VIII (participação em grupo de sociedades do art. 136). Teria *ipso facto* excluído dessas hipóteses o direito de preferência?

Imediatamente, a polêmica alcançou os jornais e as publicações especializadas, especialmente no que respeita à dissidência em incorporação.

Aliás, lembre-se que esse mesmo Tribunal de Alçada de Minas Gerais, na AC 116.737-1, já teve oportunidade de decidir sobre questão análoga, limitando-se, no entanto, no que respeita ao direito de retirada, a ressaltar que a deliberação assemblear, bem como o pedido de dissidência haviam sido efetivados anteriormente à promulgação da Lei Lobão.

Como exposto no voto do relator do acórdão acima referido, "Esta (Lei Lobão) veio encontrar uma situação jurídica já estabelecida, e é evidente que a lei posterior não pode alterar o direito adquirido e o ato jurídico perfeito".

O mérito da questão, portanto, só veio efetivamente a ser debatido e decidido a nível de apelação no Acórdão ora comentado. E corretamente decidido.

Embora dando uma desnecessária ênfase à interpretação autêntica da lei, ou seja, na suposta intenção do legislador, o Acórdão está bem fundamentado, com apoio na opinião de diversos juristas, na manifestação da CVM e ainda na interpretação sistemática da Lei 6.404/76.

A decisão não poderia ser diferente.

Com efeito, a interpretação sistemática da lei leva inevitavelmente à conclusão de que a Lei 7.958 não derogou o direito de recesso na hipótese de incorporação.

Na realidade, as hipóteses legalmente admitidas para o exercício do direito de recesso não estão restritas àquelas enumeradas no art. 137. Outros artigos prevêm diferentes situações em que o acionista dissidente poderá retirar-se da companhia, como os arts. 221 (transformação), 236 (aquisição de controle por pessoas de direito público) e 256 (aquisição de controle por preço acima de valor determinado).

Fica evidente, portanto, que o direito de retirada não está limitado às hipó-

teses elencadas no art. 137, desde que outro artigo disponha especialmente sobre a matéria como ocorre no caso em questão, diante do disposto no art. 230 da Lei 6.404/76.

Nesse sentido, conclui com acerto a decisão em questão: "A *mens legis*, que deve ser obtida pela interpretação de todo o contexto onde se inseriu a norma, e não pela interpretação isolada do dispositivo, desgarrado de todo o sistema onde se encontra engastado, conduz à inarredável conclusão de que o direito de recesso foi mantido, por se encontrar inserido no contexto da própria estrutura da lei 6.404/76.

Inquestionável, também, a decisão acima transcrita, no que respeita ao momento da incidência da correção monetária sobre o valor do reembolso.

Como é pacificamente reconhecido hoje por nossos Tribunais, a correção monetária visa tão somente a atualizar o valor do débito, impedindo o enriquecimento ilícito do devedor, sendo cabível em dívida de qualquer natureza, seja de dinheiro, seja de valor.

Assim, sendo, a correção monetária deve decidir desde o momento em que o montante devido é calculado, ou seja, no caso concreto, a partir do laudo de avaliação das ações.

Entendemos pois que o V. Acórdão em questão representa um importante precedente jurisprudencial cuja orientação dificilmente será alterada.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

CONTRATO COM PESSOA A DECLARAR

ANTONIO CHAVES

Da Faculdade de Direito da USP

Em várias circunstâncias apresenta-se a conveniência de alguém, sem indicar desde logo a outra parte de uma relação contratual que pretenda estabelecer, reservar-se para indicá-la na ocasião oportuna.

Temos aí o original "Contrato por pessoa a declarar".

De tão grande importância no passado a ponto de ser apontado como elemento de passagem do feudalismo para a idade moderna, apresenta-se hoje em dia vantajoso em várias oportunidades, como quando alguém, por condições pessoais, não desejar que seu nome apareça numa compra ou numa venda, sendo além disso largamente usado nos compromissos de compra e venda de imóveis de unidades autônomas, nas intermediações de negócios e outros, facilitando a circulação da riqueza.

Matéria pouco versada entre nós, mas objeto de numerosas monografias, principalmente na Itália, é abordada com grande descortino no livro que sob o título acima o professor titular de Direito Civil da Universidade Federal Fluminense, Luiz Roldão de Freitas Gomes acaba de publicar pela Livraria e Editora Renovar Ltda., do Rio de Janeiro.

Depois de noções introdutórias sobre o enquadramento do tema e o modo de funcionamento do instituto, campo de atuação, aplicações práticas, evolução histórica e direito comparado, aborda os requisitos.

A parte aqueles comuns a todos os negócios jurídicos (agente, vontade declarada, forma, objeto), aponta, com Serpa Lopes:

1.º A ausência de prática, pelo estipulante, no prazo da *electio*, ou com esta, de atos que evidenciem sua vontade de adquirir definitivamente para si, isto é, atos unicamente compatíveis com a qualidade de adquirente definitivo.

2.º O processamento da *electio* de modo puro e simples, em ordem a que o *electus* venha a colocar-se na mesma situação do estipulante antes de sua realização.

3.º A aceitação da designação pelo *electus*, salvo se houver procuração anterior.

4.º A reserva da faculdade de escolha deve constar do contrato, sob pena de a venda caracterizar-se como comum.

5.º A aceitação do contrato deve dar-se sem modificação das condições, cláusula ou preço.

Disserta amplamente sobre a capacidade e legitimação das partes, os efeitos do contrato com pessoa a declarar, distingue-o de figuras afins, enfrenta sua natureza jurídica, anota que a matéria não está disciplinada em lei, constando porém dos arts. 467 a 471 do Projeto do Código Civil de 1975.

Trata-se da tese com que conquistou a titularidade já referida, e que mereceu, do prof. Caio Mário da Silva Pereira, um dos componentes da banca examinadora, o reconhecimento de que:

"O professor Luiz Roldão enfrentou com o brilho que sempre imprime aos seus trabalhos esse desafio temático, enfrentando com segurança o grande problema da natureza jurídica do contrato com pessoa a declarar, o qual não adquiriu pacificidade entre os que a têm versado."

NOTICIÁRIO

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO COMERCIAL COMPARADO E BIBLIOTECA TULLIO ASCARELLI

Anexo à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Foi eleita a Junta Governativa do Instituto, para o biênio 1994/1996, composta pelo prof. Waldéfrio Bulgarelli, presidente, prof. Luiz Gastão Paes de Barros Leães, secretário, prof. Newton de Lucca, tesoureiro, e como membros o dr. Egberto Lacerda Teixeira e dr. João Batista Morello Neto.

Retomando as suas atividades, fez realizar reunião sobre os Derivativos, tendo sido relatora a dra. Rachel Sztajn, sobre a nova Lei de Registro de Empresas, a cargo do Dr. J.B. Morello Neto e ainda sobre Le basi contrattuali della società per azioni pelo prof. Carlo Angelici.

Está previsto para o fim de maio e começo de junho (23 de maio a 8 de junho próximos) um ciclo de conferências sobre o Projeto de Código Civil brasileiro, Vinte Anos Depois, com o concurso do Instituto dos Advogados de São Paulo, que será aberto pelo prof. Miguel Reale e encerrado pelo Ministro Moreira Alves.

Publicamos a seguir, uma sinopse das realizações do Instituto desde a sua Fundação, com resumos em inglês, francês, italiano e alemão, agradecendo a colaboração especial dos drs. José T. Guerreiro e Calixto Salomão.

ORGANIZAÇÃO E ATIVIDADES

O Instituto foi constituído em 11 de agosto de 1962, em São Paulo, sob a forma jurídica de Fundação, figurando como instituidoras as 61 (sessenta e

uma) entidades que constam da lista anexa.

A iniciativa da sua criação deveu-se aos professores de Direito comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, liderados pelo Professor Waldemar Ferreira, e sob a inspiração do Professor Tullio Ascarelli que, durante o período que viveu entre nós, deu notável impulso aos estudos de Direito Comparado e significativas contribuições à disciplina do Direito Comercial. De tal sorte que a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo acabou por agregar um grupo de comercialistas que continuamente renovada, dedica-se com entusiasmo ao culto do Direito Comercial, entendido como Direito Empresarial, formando um grupo seletor conhecido hoje como Escola Paulista de Direito Empresarial.

O Instituto, foi criado, como anexo às cadeiras de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, tendo desenvolvido, ao longo dos anos, intensa atividade, em cumprimento aos seus objetivos estatutários, que são os seguintes:

a) reunir e coordenar a colaboração de todos os juristas — professores, advogados, magistrados — que, dedicados à ciência jurídica mercantil, queiram empenhar-se em estudos e pesquisas de Direito Comercial Comparado;

b) promover cursos, seminários, conferências e outras formas de atividade, inclusive intercâmbio com juristas estrangeiros, e entidades congêneres;

c) cooperar com os poderes públicos, ministrando-lhes trabalhos e projetos de sua especialidade;

d) constituir biblioteca, composta dos livros e revistas que venha a adquirir e das referidas obras doadas à Faculdade de Direito, imprimindo-lhe estrutura técnica, mediante organização de fichários completos da matéria nela contida;

e) mantê-la em estado dinâmico, por meio de serviços de pesquisa, tendentes à realização das precípuas finalidades do método comparativo;

f) editar revistas, boletins e publicações avulsas, compendiando os trabalhos realizados, para dar-lhes, nos meios interessados, ampla divulgação;

g) outras atividades, que, concernentes aos mesmos fins, a experiência e o próprio funcionamento do Instituto venham a indicar como convenientes.

Vale lembrar que a família do prof. Tullio Ascarelli doou ao Instituto parte valiosa da sua biblioteca, a qual, por expressa deliberação da Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, conserva-se como acervo bibliográfico autônomo, separada da Biblioteca Geral, e mantida sob os cuidados do Instituto. Veio se agregar também, parte da biblioteca do prof. Waldemar Ferreira, após sua morte; dispondo assim, hoje, o Instituto de um acervo bibliográfico valioso e altamente significativo, e que se encontra à disposição dos estudiosos de Direito Comparado e do Direito Empresarial.

Também desde a sua constituição, o Instituto faz publicar a sua Revista de Direito Mercantil (RDM) iniciada sob a direção direta do prof. Waldemar Ferreira, e que alcançou, como é sabido, grande notoriedade entre os interessados em tema de Direito Empresarial. Está hoje a revista, em sua segunda fase, iniciada em 1971, devendo, em breve, atingir o número 100 (cem), pois se encontra, hoje, no número 98.

As atividades do Instituto, nesses anos todos, além da manutenção da sua biblioteca, e da publicação da RDM, concentrou-se em reuniões periódicas dos seus membros, realização de cursos e seminários e participação em debates dos grandes temas de Direito Empresarial de nossos dias.

De suas reuniões, surgiram trabalhos de mais alta importância, tendo passado por seu exame, anteprojetos de Lei em vários assuntos de sua especialidade. Constituiu-se, assim, o Instituto um foro permanente, conhecido dentro e fora do país, voltado ao estudo da matéria mercantil, seja na experiência jurídica brasileira, seja na perspectiva do Direito Comparado.

Em várias ocasiões, o Instituto antecipou-se às reformas legislativas em nosso país, como ocorreu, por exemplo, com a realização, em 1970, do Simpósio sobre a reforma da legislação relativa às Sociedades por Ações que, patrocinado pela FIESP/CIESP, foi por ele coordenado, resultando dos trabalhos respectivos, importante documento preliminar ao anteprojeto que depois se converteu na Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Ao que se deve acrescentar a expressiva colaboração individual de vários dos seus membros, como a do prof. Fábio Konder Comparato, com contribuições que seriam, como foram, levadas em conta, na elaboração final da referida Lei.

Cabe lembrar ainda que o Instituto ofereceu relevantes sugestões ao anteprojeto do Código Civil (Projeto 634-B) como, por exemplo, a parte referente a Títulos de Crédito, de autoria do prof. Mauro Brandão Lopes, e do Estabelecimento Comercial, do prof. Oscar Barreto, sem esquecer que toda a elaboração da parte referente ao Direito de Empresa do Projeto, ficou a cargo de um dos mais ilustres membros e então dirigente deste Instituto, o prof. Sylvio Marcondes Machado.

Ainda, mais atualmente, pôde-se constatar a colaboração do Instituto, na elaboração do Código de Defesa do Consumidor, e as contribuições a vários anteprojetos de reformas de normas empresariais.

Atualmente, o Instituto está empregado (com base em reformulações internas), em celebrações de convênios e colaboração com entidades internacionais. Estão previstos simpósios, seminários, participação em discussões nos órgãos próprios, sobre temas da mais alta atualidade, como: Mercosul-Nafta; Contratos Internacionais e Arbitragens; Projetos de Reforma das Leis sobre Sociedades Anônimas; sobre as Falências e Concordatas; sobre o Código de Defesa do Consumidor; e ainda sobre Lei complementar para regular o sistema financeiro.

Há a acrescentar, finalmente, que o Instituto está abrindo suas portas a todos interessados e que espera continuar com o apoio que sempre recebeu da comunidade.

Entidades Instituidoras

Associação Comercial de São Paulo
Bolsa Oficial de Valores de São Paulo
Centro das Indústrias do Estado de São Paulo
Departamento Regional do Serviço da Indústria-São Paulo
Federação do Comércio do Estado de São Paulo
Sociedade Rural Brasileira
Banco do Estado de São Paulo S.A.
Banco Brasileiro de Descontos S.A.
Banco Comercial do Estado de São Paulo S.A.
Banco do Comércio e Indústria de São Paulo S.A.
Banco Federal de Crédito S.A.
Banco Francês e Brasileiro S.A.
Banco Itaú S.A.
Banco Mercantil de São Paulo S.A.
Banco Moreira Salles S.A.
Banco Nacional do Comércio de São Paulo S.A.
Banco Noroeste do Estado de São Paulo S.A.
Banco de São Paulo S.A.
Banco Sul Americano do Brasil S.A.
Caixa Econômica Federal de São Paulo
Cia. Brasileira de Investimentos — C.B.I.

Cia. Sul Americana de Investimentos, Crédito e Financiamento
Deltec S.A. — Investimentos, Crédito e Financiamento
Finasa S.A. — Financiamento, Crédito e Investimentos
S.A. Financiadora Industrial e Comercial "SAFIC"
Sociedade Campos Fraga de Valores Ltda.
Aços Villares S.A.
Artefatos de Alumínio e Embalagens "Ardea" S.A.
Brasmotor S.A. — Empreendimentos e Participações
Caterpillar Brasil S.A. — Máquinas e Peças
Cia. Comercial de Vidros do Brasil — C.V.B.
Cia. Fiat Lux de Fósforos de Segurança
Cia. Incentivadora de Atividades Agrícolas e Industriais
Cia. Melhoramentos de São Paulo — Indústrias de Papel
Cia. Química Rhodia Brasileira
Cia. Ultragaz S.A.
Cia. União dos Refinadores — Açúcar e Café
Conexões de Ferro Foz S.A.
Duratex S.A. — Indústria e Comércio
Fábrica Nacional de Vagões S.A.
Fundação São Domingos
Grupo Atlântica de Seguros, constituído por Atlântica — Cia. Nacional de Seguros, Transatlântica — Cia. Nacional de Seguros, Oceânica — Cia. brasileira de Seguros e Ultramar — Cia. brasileira de Seguros.
Indústria e Comércio de Minérios S.A. — ICOMI
Indústrias Químicas Eletro Cloro S.A.
Indústrias Villares S.A.
Liquigás do Brasil S.A.
Manufatura de Brinquedos Estrela S.A.
Mercedes-Benz do Brasil S.A.
Metalúrgica Matarazzo S.A.
Modas A Exposição Clipper S.A.
Pancostura S.A. — Indústria e Comércio
Plásticos Plavinil S.A.
Real S.A. — Transportes Aéreos
Revisora Nacional Ltda. — S/C — Peritos em Contabilidade
S.A. Moinho Santista — Indústrias Gerais
Singer Sewing Machine Co.
Sociedade Técnica de Fundições Gerais S.A. — Sogunge
Tecelagem Paraíba S.A.
Ultralar — Aparelhos e Serviços Ltda.
Willys Overland do Brasil S.A. — Indústria e Comércio

Aperçu des activités de l'Institut "Tullio Ascarelli"

L'institut a été fondé à São Paulo le 11 août 1962, sous la forme de fondation, lié au département de droit commercial de la Faculté de Droit de l'Université de São Paulo. Sa création a été possible grâce au travail des professeurs de droit commercial de la Faculté de Droit, suite à l'initiative du Professeur Waldemar Ferreira, et d'après une idée du Professeur Tullio Ascarelli, lequel a donné une importante contribution à l'étude du droit commercial et du droit comparé pendant la période où a vécu au Brésil.

Une partie importante de la bibliothèque personnelle du Professeur Tullio Ascarelli a été donnée à l'Institut par sa famille. Suite à une décision de la congrégation des professeurs de la Faculté, cet ensemble est maintenu comme une collection séparée de la bibliothèque centrale de la Faculté de Droit, em l'honneur du Professeur Ascarelli, et geré par l'Institut. Par la suite, une partie de la bibliothèque du Professeur Waldemar Ferreira s'y est ajoutée. Par conséquence, la collection réunit désormais un nombre important d'ouvrages rares.

Depuis sa fondation, l'Institut fait publier la "Revista de Direito Mercantil" (RDM), dont la publication a commencé sous l'orientation du Professeur Waldemar Ferreira, et laquelle est désormais référence obligatoire et pour ceux qui étudient et pour les praticiens du droit commercial. La revue est depuis 1971 dans sa deuxième période, et atteindra bientôt le volume 100.

Em outre de la manutention de la bibliothèque et de la publication de la RDM, les activités de l'Institut comprennent également des réunions fréquentes entre ses membres, l'organisation de cours et séminaires, ainsi que la participation à d'importants débats

portant sur des thèmes d'actualité du droit commercial. Ainsi, en 1970 l'Institut a tenu un colloque portant sur la réform du droit des sociétés anonymes, dont est sorti une importante étude servant de base au projet de loi qui a ultérieurement été converti en la Loi n. 6.404, du 15 décembre 1976. A la contribution institutionnelle de l'Institut aux débats menant à l'approvation du projet de loi s'est ajoutée celle individuelle de certains de ses membres, à l'instar du Professeur Fabio Konder Comparato.

De nos jours, l'Institut s'intéresse surtout à l'élaboration de programmes d'échange et à d'autres formes de collaboration avec des institutions à l'étranger. A l'agenda, des séminaires, colloques, et participations à des débats sur des thèmes d'actualité tels que le Mercosul, l'Association Nord-américaine pour le libre commerce (NAFTA), les contrats internationaux et l'arbitrage, la nouvelle loi anti-trust, la réforme du droit des sociétés anonymes, du droit de la faillite, du droit des consommateurs, ainsi que du système financier. Ces débats pourraient être menés dans le cadre d'une collaboration avec d'institutions à l'étranger.

Summary of the Institute "Tullio Ascarelli" Activities

The Institute was created in São Paulo on August 11, 1962, as a foundation attached to the commercial law department of the University of São Paulo Law School. The creation of the Institute was the work of the Professors of the Law School, at the initiative of Professor Waldemar Ferreira, and after an original idea of Professor Tullio Ascarelli, who during the time he spent in Brazil was a major promoter of the study of commercial and comparative law.

An important part of Professor Ascarelli's library was donate to the

Institute by his family, and is maintained as a separate collection from the Law School's central library in honor of Professor Ascarelli, after an express resolution taken by the Law School's faculty. Part of Professor Waldemar Ferreira's own library was subsequently added to it, so that the library currently holds an important and voluminous collection comprising several rare works.

From the outset, the Institute started publication of the law journal "Revista de Direito Mercantil" (RDM), initiated by Professor Waldemar Ferreira. The journal has all along enjoyed great prestige among commercial law practitioners and scholars. The journal entered its second phase in 1971, and shall shortly reach volume number 100.

In addition to publishing the RDM and administering the law library, the Institute's activities since its creation have comprised frequent meetings among its members, the organization of courses, lectures and seminars, as well as participation in the most noteworthy discussions bearing on topics of commercial law of current interest.

In this regard, the Institute has often had a pioneer role in the process of legislative reform, as happened in 1970 with the organization of a colloquium bearing on the reform of the law of corporations, from which resulted an important study which served as the basis for the draft bill later converted into Law n. 6.404, of December 15, 1976. In addition to the institutional role played by the Institute, several of its members, such as Professor Fábio Konder Comparato, gave an important personal contribution to the discussions that resulted in the adoption of the new legislation.

Presently, the activities of the Institute are particularly focused on developing work jointly with foreign entities. The forthcoming activities include the

organization of seminars, the setting of exchange programs, and the participation in discussions relating to topics of current interest such as Mercosul, NAFTA, international agreements and arbitration, new antitrust legislation enacted in Brazil, as well as draft legislation on corporations, bankruptcy, consumer rights, and the financial system. The Institute envisages discussing some of these topics in conjunction with similar organizations domiciled abroad.

Riassunto delle attività dell'Istituto "Tullio Ascarelli"

L'Istituto è stato fondato il 11 agosto 1962, a São Paulo, sotto la forma giuridica di fondazione ed in collegamento alle discipline di diritto commerciale della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di São Paulo. La sua creazione è stata dovuta ai Professori di diritto commerciale della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di São Paulo, liderati dal Professore Waldemar Ferreira ed ispirati dal Professore Tullio Ascarelli, il quale durante tutto il tempo che è stato in Brasile, ha dato notevole contributo allo studio del diritto comparato e del diritto commerciale.

La famiglia del Professore Tullio Ascarelli ha donato all'Istituto parte importante della sua biblioteca, la quale, per espressa delibera della Congregazione della Facoltà di diritto dell'Università di São Paulo ed in omaggio al grande Professore, si mantiene un insieme bibliografico autonomo, separata dalla Biblioteca Centrale, e curata dall'Istituto. Al insieme bibliografico donato dal Professore Ascarelli si è unita parte della biblioteca del Professore Waldemar Ferreira, disponendo ormai l'Istituto di acervo bibliografico molto importante e raro.

Dalla sua fondazione, l'Istituto ha fatto pubblicare la "Revista de Direito

Mercantil" (RDM), iniziata sotto la direzione del Professore Waldemar Ferreira e che ha ottenuto grande notorietà tra gli operatori pratici e gli studiosi di diritto commerciale. La rivista è ormai nella sua seconda fase, iniziata nel 1971 e dovrà tra poco arrivare al numero 100.

L'attività dell'istituto, in tutti questi anni, oltre la ammantazione della sua biblioteca e la pubblicazione della rivista, si è concentrata in riunioni periodiche dei suoi membri, corsi, seminari e partecipazione nei più importanti dibattiti dei grandi temi attuali di diritto commerciale.

L'Istituto si è spesso anticipato alle riforme legislative del nostro paese, come è avvenuto, per esempio, con la realizzazione, nel 1970, del Colloquio sulla riforma della legge delle società per azioni. Dai suoi lavori è risultato un importante documento preliminare al progetto che si è dopo convertito nella legge n. 6.404, del 15 dicembre 1976. A ciò si deve aggiungere l'espressiva collaborazione individuale di molti dei suoi membri, come quella del Professore Fábio Konder Comparato, con contributi che sono stati presi in considerazione quando della elaborazione finale della legge.

Ormai, l'istituto si interessa in particolare della elaborazione di convegni e collaborazione con entità internazionale. Sono previsti seminari, convegni, partecipazione in discussione nelle entità proprie, sui temi della più alta attualità come: Mercosul-Nafta, contratti internazionali e arbitrato, nuova legge anti-trust, progetti di riforma delle leggi sulle società anonime, sul fallimento, sul codice di difesa del consumatore e anche sulla legge complementare di regolamentazione del sistema finanziario, i quali potrebbero essere eventualmente organizzati in collaborazione con queste entità.

Zusammenfassung der Aktivitäten des Instituts "Tullio Ascarelli"

Das Institut wurde am 11 August 1962 in São Paulo gegründet. Handelsrechtler der Rechtsuniversität São Paulo haben das Institut errichtet, mit Professor Waldemar Ferreira in Führung und in Ehre des Professors Tullio Ascarelli, der zum Handelsrechts und Rechtsvergleichungs Entwicklung in Brasilien viel beigetragen hat, während sein Aufenthalt in Brasilien.

Seine Familie hat ein bedeutendes Teil seiner Bibliothek an das Institut gespendet, das als selbständige bibliographische Erbmasse aufbewahrt wurde, unter des Beschlusses der Kongregation der Rechtsuniversität São Paulo. Dazu wurde noch ein Teil der Bibliothek des Professors Waldemar Ferreira hinzugefügt als er starb. Das Institut besitzt heute eine wertvolle und wichtige Erbmasse von Bibliographie die zur Verfügung der Rechtsvergleichung und Handelsrecht Studenten steht.

Auch seit seiner Gründung hat das Institut Die Zeitschrift für Handelsrecht veröffentlicht. Die Zeitschrift, die grosse Offenständigkeit unter den Interessierten am Unternehmens — und Gesellschaftsrecht erreicht hat, wurde von Professor W. Ferreira begründet. Heute befindet sich die Zeitschrift in ihrer zweiten Phase, die im 1971 begann, und bald die nr. 100 erreichen wird.

Die Aktivitäten des Instituts, in diesen ganzen Jahren, ausser der Erhaltung der Handelsrecht Zeitschrift, konzentrierten sich in Besprechungen ihrer Mitglieder, periodische Kurse, Seminarveranstaltungen und Debatten der wichtigen Themen des Unternehmensrecht unserer Tage.

In mehreren Gelegenheiten hat sich das Institut zu den Gesetzreformen unseres Landes vorausgeeilt, wie es. z.B. in 1970 mit der Veranstaltung des Kongresses über der Reform des

Aktiengesetzes geschah. Von CIESP/ FIESP gefördert, es wurde von Institut koordiniert. Das Ergebniss des Kongresses war ein Dokument, das das Vorentwurf des Gesetzes 6.404 viel beeinflusst hat.

Heutzutage bemüht sich das Institut Kolaborationsverträge mit ausländischen Institutionen und internationale Behörde

abzuschliessen. Kongresse, Seminare, Mitteilungen und Diskussionen über aktuelle Themen (z.b. Mercosul - Nafta, International Handelsverträge, das neue anti-trust Gesetz, Reformprojekte des Aktiengesetzes, Schutzgesetz des Kunden und auch über das ergänzende Gesetz um das Finanzwesen) sind in Betracht.

ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO

A

- Anotações sobre o acordo de cotistas — Waldirio Bulgarelli 44
- Antônio Chaves — Computação de dados. Conceitos fundamentais 5
- Contrato com pessoa a declarar 85
- Arnoldo Wald — O espírito empresarial, a empresa e a reforma constitucional 51
- Arnoldo Wald e Isabella Soares Micali — L'endettement et les nouvelles perspectives de la conversion de la dette en investissements al'heure des privatisations et du plan Brady: l'experience brésilienne 15

C

- Computação de dados. Conceitos fundamentais — Antônio Chaves 5
- Contrato com pessoa a declarar — Antônio Chaves 85

E

- Espírito empresarial, a empresa e a reforma constitucional (O) — Arnoldo Wald 51

I

- Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca — Tullio Ascarelli 87
- Isabella Soares Micali e Arnoldo Wald — L'endettement et les nouvelles perspectives de la conversion de la dette en investissements al'heure des privatisations et du plan Brady: l'experience brésilienne 15

J

- José Júlio Borges da Fonseca — Responsabilidade do fabricante pelo fato do produto e do serviço 63

L

- L'endettement et les nouvelles perspectives de la conversion de la dette en investissements al'heure des privatisations et du plan Brady: l'experience brésilienne — Arnoldo Wald e Isabella Soares Micali 15
- Lei 7.958, de 20 de dezembro de 1989 (Lei Lobão) — Maria Lucia de Araujo Cintra 79

M

- Mandato assecuratório. Invalidez — Sérgio Sérvulo da Cunha 31
- Maria Lucia de Araujo Cintra — Lei 7.958, de 20 de dezembro de 1989 (Lei Lobão) 79

N

- Nelson Eizirik — A urgente reforma da Lei 6.385/76 58

R

- Responsabilidade do fabricante pelo fato do produto e do serviço — José Júlio Borges da Fonseca 63

S

- Sérgio Sérvulo da Cunha — Mandato assecuratório. Invalidez 31

U

- Urgente reforma da Lei 6.385/76 (A) — Nelson Eizirik 58

W

- Waldirio Bulgarelli — Anotações sobre o acordo de cotistas 44