

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

N. 100 — Outubro-dezembro/1995 — Nova Série — Ano XXXIV

*Fundador:*

WALDEMAR FERREIRA

*Diretor:*

PHILOMENO J. DA COSTA

*Diretor Executivo:*

FÁBIO KONDER COMPARATO

*Coordenador:*

WALDÍRIO BULGARELLI

*Redatores:*

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

*Edição e distribuição da*

**EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.**

Rua Tabatinguera, 140, Térreo, Loja 1 — Caixa Postal 678

Tel. (011) 31-15-2433 — Fax (011) 606-3772

CEP 01020-901 - São Paulo, SP, Brasil

*Diretor Presidente:*

CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

*Diretor Superintendente:*

ANTONIO BELLINELLO

*Diretor Editorial:*

JOSÉ ALAYON

*Assistente Editorial:*

MARIÂNGELA PASSARELLI

*Diretor de Produção:*

ENYL XAVIER DE MENDONÇA

**MARKETING E COMERCIALIZAÇÃO**

*Diretor:*

ROBERTO GALVANE

*Gerente de Marketing:* MELISSA CHBANE

*Gerente de Administração de Vendas:* KUNJI TANAKA

**CENTRO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR:** Tel. (011) 0800-11-2433

*Impressão:* EDITORA PARMA LTDA., Av. Antonio Bardella, 280 — CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

Impresso no Brasil.

# SUMÁRIO

---

## APRESENTAÇÃO

AO LEITOR .....	7
- Arnaldo Wald — Foto .....	9

## CURRICULUM VITAE — DO PROF. ARNOLDO WALD .....

- Bibliografia do professor Arnaldo Wald .....	11
	12

## DEPOIMENTO — Waldírio Bulgarelli .....

## DOCTRINA

- A introdução da “Lex Mercatoria” no Brasil e a criação de uma nova dogmática — Arnaldo Wald .....	20
- Títulos de Crédito no Projeto de Código Civil — Mauro Rodrigues Penteado .....	24
- A desconsideração da personalidade jurídica na prática de ilícito cambial administrativo — Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa .....	49
- Estudo comparativo dos direitos brasileiro e alemão na disciplina das condições gerais dos negócios — José Júlio Borges da Fonseca .....	54
- Regime dissolutório do Código Comercial. Dissolução total e dissolução parcial. Dissolução judicial e extrajudicial — Marco Antonio Marcondes Pereira .....	63
- Exclusão extrajudicial de sócio em sociedade por quotas — Luiz Gastão Paes de Barros Leães .....	85

## ATUALIDADES

- A prévia deliberação assemblear como condição de “legitimatío ad causam” na ação social — Luiz Gastão Paes de Barros Leães .....	98
- Do crédito documentário “red clause” — Arnaldo Wald .....	105
- Comentários à lei de marcas alemã de 1995 — Karin Grau-Kuntz .....	111

## JURISPRUDÊNCIA

- Comercial — Sociedade por quotas de responsabilidade limitada — Aquisição de quotas — Apuração de haveres — Direito do sócio — Celso Barbi Filho .....	123
--	-----

## NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- Dissolução e liquidação de sociedades — Mauro Rodrigues Penteado — Waldírio Bulgarelli .....	132
--	-----

## NOTICIÁRIO

- Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca — Túllio Ascarelli .....	133
---	-----

ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO .....	135
-----------------------------------	-----

## **CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO**

### **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.

### **CELSO BARBI FILHO**

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

### **HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA**

Mestre e Doutor em Direito Comercial pela USP; Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP; Advogado em São Paulo.

### **JOSÉ JÚLIO BORGES DA FONSECA**

Advogado em São Paulo.

### **KARIN GRAU-KUNTZ**

Pesquisadora no Max-Planck-Institut fuer auslaendisches und internationales Patent, Urheber- und Wettbewerbsrecht (Muenchen); Mestranda na Faculdade de Direito da Universidade de Munique (Ludwig-Maximilians-Universitaet); Consultora da Cruzeiro/Newmarc Patentes e Marcas Ltda.

### **LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES**

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

### **MARCO ANTONIO MARCONDES PEREIRA**

Promotor de Justiça da Comarca de Guarulhos.

### **MAURO RODRIGUES PENTEADO**

Mestre, Doutor e Livre-docente; Professor Associado de Direito Comercial da USP; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e "Biblioteca Túllio Ascarelli"; Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo.

### **WALDÍRIO BULGARELLI**

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

N. 100

NÚMERO ESPECIAL

# APRESENTAÇÃO

---

Instituto Mackenzie  
Biblioteca George Alexander  
Direito

## AO LEITOR

Assistir ao lançamento do número 100 da Revista de Direito Mercantil, participando do mesmo, é um grande prazer e uma emoção profunda para todos aqueles que integram a vida jurídica do nosso país. Criada pelo Professor Waldemar Ferreira e, inicialmente, editada por Max Limonad, no começo da segunda metade do nosso século, ressuscitou em 1971, sob a direção e coordenação dos Professores Philomeno Costa, Fábio Konder Comparato e Waldério Bulgarelli, com uma *nova série*, editada pela Revista dos Tribunais.

Comemora atualmente o seu primeiro quarto de século, mantendo o seu ritmo de publicação, a excelência do nível dos trabalhos nela inseridos, a diversidade das matérias focalizadas e tendo resistido, com bravura, à enorme tentação de se limitar a divulgar a jurisprudência no estado bruto e os pareceres dos juriconsultos.

Basta consultar o índice da *Revista* para verificar a importância que passou a ter no desenvolvimento do nosso direito comercial, contendo, os cem números, mais de mil importantes contribuições jurídicas. Nela encontramos artigos, crônicas, comentários jurisprudenciais e notas bibliográficas, vindos do país inteiro.

A *Revista* examina as questões as mais diversas, em profundidade, com senso crítico e, muitas vezes, inspirando-se no espírito empresarial inerente ao direito mercantil e tendo também uma visão pragmática dos problemas e das soluções que lhes devem ser dadas. Trata-se de uma revista de cultura jurídica que quer contribuir — e efetivamente contribuiu — para o aprimoramento das instituições, a fiscalização do Poder Judiciário e do próprio Legislador, a renovação dogmática e a construção do Brasil moderno caracterizado tanto pelo respeito ao Estado de Direito, como pela meta desenvolvimentista e pela preocupação social.

Já se disse que cada época tem um mentor que a caracteriza, um nome que domina o direito de sua época e que representa a cultura de uma determinada fase histórica. Foi o caso de Rui Barbosa e de Clóvis Bevilacqua, respectivamente em direito constitucional e civil, no período do início da República. Em direito comercial, lembrou San Tiago Dantas que o *Direito Mercantil* de Silva Lisboa, foi o marco intelectual da primeira fase do nosso desenvolvimento econômico como país independente, no século XIX, enquanto o *Tratado de Direito Comercial Brasileiro* de Carvalho de Mendonça é a obra mais representativa da nossa primeira República, abrangendo o período que vai até a revolução de 1930.

Acrescentaria que, posteriormente, de 1930 a 1960, os nomes de Waldemar Ferreira e Trajano de Miranda Valverde estão ligados a sistematização do direito comercial moderno e à elaboração de novas leis que corresponderam à fase inicial de nossa industrialização, no Estado Novo, e aos anos que se seguiram ao fim da Segunda Guerra Mundial.

Examinando a fase mais recente do direito comercial brasileiro e a expansão que sofreu, com a implantação da grande empresa aberta e do capitalismo industrial e financeiro e as grandes transformações que fizeram do Brasil um dos dez primeiros países no *ranking* mundial, verificamos que o centro dos estudos da matéria converge para a *Revista de Direito Mercantil*. Efetivamente, é seu colegiado

de diretores e colaboradores que passa a constituir o núcleo da evolução e renovação do direito mercantil brasileiro.

Às tradições culturais e de austeridade da série antiga, a *nova série* acrescentou um dinamismo, uma abertura para o mundo, uma mobilização dos cultores de matérias afins ou especializadas, como o direito econômico, bancário e do mercado de capitais, fazendo jus ao seu título completo — *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*.

Podemos até afirmar que foi no Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Túllio Ascarelli e por intermédio da *Revista de Direito Mercantil* que se constituiu o que podemos hoje denominar a escola brasileira de direito comercial, que transformou a nossa bibliografia, em menos de meio-século, de algumas dezenas de obras em várias centenas de livros, abrangendo tratados, cursos, monografias, teses e obras de estudos e pareceres e em mais de mil artigos sobre a matéria. Não há, assim, dúvida que a *Revista*, além da contribuição que deu, pelo material importante que contém, tornou-se, em certo sentido, o catalisador da construção do nosso novo direito mercantil, que corresponde aos anseios e necessidades do nosso tempo.

A seriedade, o nível intelectual e a boa organização das matérias assim como as suas qualidades gráficas, colocam a *Revista de Direito Mercantil* como importante instrumento de trabalho para advogados, magistrados, professores e estudantes, no nível internacional, podendo comparar-se com a *Rivista di Diritto Commercial e del Diritto Generale delle Obrigazioni*, com *The Business Lawyer* ou com a *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*.

A apresentação desse número 100 me coube por antigüidade, pelo fato de ser um dos mais antigos convidados da casa que, por longo tempo, participou de modo constante da evolução da revista, nela apresentando as suas meditações, as buscas de soluções, as indagações que atormentam o jurista e, talvez, algumas vezes, tentativas de solução para os problemas jurídicos.

A minha alegria de poder responder ao convite que recebi para este fim, foi tanto maior que, além do respeito intelectual e da admiração pelo trabalho que realizaram, estou vinculado afetivamente ao criador e aos vários diretores e editores da revista. Foi Waldemar Ferreira que, há quarenta anos, deu o *imprimatur* à minha tese de doutorado, aconselhando Max Limonad a publicá-la, numa época na qual as palavras “correção monetária” e “cláusula de escala móvel” ainda não tinham sido incorporadas à terminologia jurídica brasileira e pareciam conceitos pertencentes unicamente ao jargão econômico.

Já se disse que, mais do que as estátuas, as publicações que reverenciam os grandes homens constituem a melhor homenagem que se lhes pode prestar. Dentro da imortalidade subjetiva, que certamente lhe atribuíram as suas magníficas obras, tenho certeza que Túllio Ascarelli — o patrono — e Waldemar Ferreira — o criador da *Revista* — estão hoje conosco festejando o número 100 e cumprimentando o seu diretor Professor Fábio Konder Comparato e o coordenador chefe Professor Waldírio Bulgarelli pelo excelente trabalho realizado.

Em nome dos leitores e colaboradores, desejamo-lhes que possam continuar, com o mesmo entusiasmo e sucesso, a publicação da *Revista* que é um testemunho constante e reiterado de fidelidade ao direito, como ciência, como arte e como instrumento do desenvolvimento e da grandeza do nosso país.

À *Revista dos Tribunais*, ao Diretor responsável Dr. Carlos Henrique de Carvalho Filho e aos seus colaboradores, os nossos parabéns e os agradecimentos por mais essa contribuição à cultura jurídica brasileira.



*Arnoldo Wald*

# CURRICULUM VITAE

---

## DO PROFESSOR ARNOLDO WALD

- Bacharel em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil (1953); Advogado inscrito na OAB do Rio de Janeiro, São Paulo e Brasília;
- Doutor em Direito pela Faculdade Nacional de Direito (1956);
- Consultor jurídico da Comissão Coordenadora da Aliança para o Progresso do Ministério da Fazenda (1962);
- Procurador do Estado da Guanabara (1963 a 1985);
- Procurador-Geral da Justiça do Estado da Guanabara (1965 a 1967);
- Presidente da Comissão de Reforma do Código de Administração Financeira do Estado da Guanabara;
- Membro da Comissão Revisora do projeto de Decreto-Lei referente à alienação fiduciária;
- Docente livre e Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (desde 1957 a 1986 quando se aposentou);
- Membro do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (1965 a 1986);
- Professor associado do Direito Comparado da Faculdade de Direito de Paris (1969-1970 e 1991-1992);
- Relator do projeto de Código Civil no Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e membro da Comissão Revisora das propostas de emendas ao Código Civil, nomeado pelo Ministro da Justiça;
- Secretário-Geral e Vice-Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros, durante quatro mandatos;
- Presidente da Comissão de Valores Mobiliários e membro do Conselho Monetário Nacional (1988-1989);
- Condecorado com o Colar da Ordem do Mérito Judiciário pelos Tribunais de Justiça do Estado de São Paulo e do Rio de Janeiro e condecorado com a Medalha do Mérito Judiciário Militar pelo Superior Tribunal Militar;
- Membro do Conselho Municipal de Estudos Constitucionais do Município de São Paulo;
- Membro do Conselho de Estudos Jurídicos da Federação do Comércio do Estado de São Paulo — FCESP;
- Membro do Conselho Técnico da Confederação Nacional do Comércio;
- Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas;
- Membro da Academia Paulista de Direito;
- Participou de bancas examinadoras nas Faculdades de Direito da Universidade do Rio de Janeiro, da Universidade de São Paulo — USP, de Minas Gerais e Bahia; da Justiça Estadual, do Ministério Público e da Procuradoria do Estado da Guanabara.

## BIBLIOGRAFIA DO PROFESSOR ARNOLDO WALD

### LIVROS

*Curso de Direito Civil* em 5 volumes, atualmente em 10.<sup>a</sup> edição, São Paulo, Revista dos Tribunais.

*Rui Barbosa e a Administração Pública*, monografia classificada em concurso do DASP, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1950.

*A Evolução do Direito e a Absorção da Administração Privada pela Administração Pública*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1953.

*A Influência do Direito Francês sobre o Direito Brasileiro no Domínio da Responsabilidade Civil*, obra premiada pelo Governo Francês, com carta prefácio do Prof. Nyboyet, Rio de Janeiro, 1953.

*O Mandado de Segurança*, publicação do DASP, com prefácio do Min. Cunha Vasconcelos, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1955.

*A Adoção e as suas Transformações no Direito Contemporâneo*, Rio de Janeiro, 1957.

*A Cláusula de Escala Móvel*, 1.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Max Limonad, 1956; 2.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, Ed. Nacional de Direito, 1959.

*Aplicação da Teoria das Dívidas de Valor às Pensões, Decorrentes de Atos Ilícitos*, Rio de Janeiro, Ed. Nacional de Direito, 1959.

*Do Desquite*, Rio de Janeiro, Ed. Nacional de Direito, 1959.

*Desenvolvimento, Revolução e Democracia*, Rio de Janeiro, Fundo de Cultura, 1966.

*Imposto de Circulação de Mercadorias*, Rio de Janeiro, Forense, 1967.

*Validade do fideicomisso instituído por ato inter-vivos*, Memorial, Rio de Janeiro, 1968.

*O Mandado de Segurança na Prática Judiciária*, 2.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, Ed. Nacional de Direito, 1958; 3.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, Forense, 1968.

*Correção Monetária*, Rio de Janeiro, APEC, em colaboração com Mário Henrique Simonsen e Julian Chacel, Rio de Janeiro, 1970.

*Da Invalidade da Cláusula Penal Destinada a Impedir a Entrada no Mercado de Empresas Concorrente*, Parecer, Rio de Janeiro, 1974.

*Estudos e Pareceres de Direito Comercial*, 1.<sup>a</sup> série, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1972; 2.<sup>a</sup> série, São Paulo, RT, 1978.

*Da Correção Monetária nas Custas Judiciais*, Memorial, Rio de Janeiro, 1979.

*A OAB e o Projeto de Código Civil no Senado Federal*, publicação do Conselho Federal da OAB, 1984.

*A Proteção Jurídica do "software"*, Rio de Janeiro, Forense, em colaboração com Orlando Gomes e outros, 1985.

*Do Regime Jurídico dos Cheques Especiais*, Memorial, 1987.

### PARTICIPAÇÃO EM OBRAS COLETIVAS

1. *Enciclopédia Saraiva*.

2. *Os IPMs e o Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal*, organizado por Jardel e Odaléa Noronha, São Paulo, Sugestões Literárias, 1967.

3. *Anais do Seminário sobre Reforma do Ensino Jurídico*, publicação do Instituto dos Advogados Brasileiros, Rio, 1969.
4. *O Mercado de Capitais*, APEC, 1970.
5. *O Pedágio*, coletânea de parecer publicada pelo DERSA, São Paulo, 1971.
6. *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Oscar Tenório*, 1977.
7. *A Nova Lei das Sociedades Anônimas*, publicação do Estado de Minas Gerais, 1977.
8. *Legalidade da Venda das Ações da Vale*, pareceres, publicação do Sindicato dos Bancos do Estado do Rio de Janeiro, 1980.
9. *A Correção Monetária no Direito Monetário*, São Paulo, Saraiva, 1983.
10. *Études Offertes à Roger Houin*, Paris, Dalloz, Sirey, 1985.
11. *Poder Econômico: exercício e abuso-direito antitruste brasileiro*, organizado por José Inácio Gonzaga Franceschini e outros, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985.
12. *O Direito na Década de 80 — Estudos Jurídicos em Homenagem a Hely Lopes Meirelles*, Revista dos Tribunais, 1985.
13. *Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*, São Paulo, Saraiva, 1989.
14. *Discursos y Trabajos presentados al 5.º Congreso da Fibabin* do Rio de Janeiro, 1989.
15. *O Direito do Consumidor*, publicação da Febraban, São Paulo, 1990.
16. *Abertura Econômica do Estado*, São Paulo, publicação do Banco Crédit Commercial de France, 1990.
17. *Questões de Responsabilidade Civil*, Belém, Edições Cejup, 1990.
18. *Pareceres — Acesso privado às Estações do Metrô*, publicação do Metrô do Rio de Janeiro.

#### ARTIGOS PUBLICADOS DO N.º 1 A 98 da RDM

- A caracterização da corretora de câmbio e títulos como instituição financeira e seu regime legal – 36/11
- A conversão no presente e no futuro – 69/15
- A culpa e risco como fundamentos da responsabilidade do diretor de banco – 24/29
- A divulgação de informações na aquisição do bloco substancial de valores mobiliários – 42/9
- A evolução da sociedade em nome coletivo e os poderes dos sócios não gerentes no Direito Brasileiro – 26/27
- A garantia à primeira demanda no Direito Comparado – 66/5
- A oferta pública, a igualdade dos acionistas e o Direito Comparado – 43/15
- A política econômica dos conglomerados e as restrições legais à liberdade de contratar – 11/23
- A renegociação da dívida externa e o respeito à soberania nacional – 56/35
- A responsabilidade civil do banqueiro – 17/11
- A teoria da moeda de Tullio Ascarelli e suas repercussões no Direito brasileiro – 38/47
- Alguns aspectos jurídicos do capital estrangeiro – 65/5
- As bonificações e o regime de bens – 30/43
- As corretoras e o financiamento de operações a termo (aspectos jurídicos do problema) – 29/19
- Aspectos jurídicos da gestão de bancos de desenvolvimento – 20/11

- Aspectos peculiares do Direito bancário: O regime jurídico dos autos bifaces – 48/5
- Auto-regulação e mercado de opções – 79/17
- Comentários sobre: Correção monetária — A exceção do art. 1.º, § 1.º, c da Lei 6.423/77 restringe-se à correção prefixada mediante estimação dos índices, não significando que as instituições financeiras estejam desobrigadas de utilizar a variação nominal das ORTN para as correções pós-fixadas — Obrigação vinculada ao valor do dólar norte-americano, nos termos da Res. 351/75 do Banco Central — Necessidade de provar a origem dos recursos empregados — O ônus de provar fato não mencionado expressamente no contrato compete a quem o delega – 53/101.
- Considerações a respeito da aplicação da multa prevista no art. 23, § 2.º da Lei 4.131 – 58/21
- Considerações sobre a assunção da dívida – 59/5
- Da irresponsabilidade da sociedade anônima por decisões nulas ou abusivas da Assembléia Geral – 12/11
- Da licitude do pagamento de dividendo complementar em ações de outra companhia – 51/17
- Da natureza jurídica do fundo imobiliário – 80/15
- Da responsabilidade dos membros do Conselho de Administração no regime da Lei 6.024/74 – 70/5
- Da suspensão das ações e execuções em virtude da decretação da liquidação extrajudicial – 41/7
- Das participações recíprocas de sociedades no Direito brasileiro – 4/11
- Dez anos de vigência da Lei das Sociedades Anônimas – 62/5
- Do descabimento da oferta pública de compra em relação às ações preferenciais – 45/7
- Do descabimento de denúncia unilateral de pacto parassocial que estrutura o grupo societário – 81/13
- Do regime jurídico do usufruto de cotas de sociedade de responsabilidade limitada e de ações de sociedades anônimas – 77/5
- Do regime jurídico dos encargos moratórios no sistema financeiro após a reforma monetária – 63/5
- Do regime legal da venda das ações de Sociedades de Economia Mista pertencentes à União Federal – 39/23
- Dos conceitos de emissão e oferta pública nas legislação do mercado de capitais – 8/17
- Em defesa das ações preferenciais – 78/19
- Embargos de terceiro — Penhorabilidade dos bens do casal — Defesa da mulher – 35/105
- Emissão de ações preferenciais por empresa estrangeira sediada no Brasil – 6/17
- Evolução jurisprudencial sobre o imposto de renda referente a juros pagos a financiadores estrangeiros – 9/23
- Histórico e desenvolvimento do *leasing* – 10/25
- Interesses societários e extra-societários na administração das sociedades anônimas: A perspectiva brasileira – 55/9
- Internacionalização, desestatização e mercado de capital – 74/5
- Nota bibliográfica de sua obra: *Estudos e Pareceres de Direito Comercial — Problemas Comerciais e Fiscais da Empresa Contemporânea*, 2.ª série, S. Paulo, RT, 1979, por José Alexandre Tavares Guerreiro – 33/135
- Notas bibliográficas sobre: *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, de Américo Oswaldo Campiglia, 5.º vol., São Paulo, Saraiva, 1978, 28/223
- Notas bibliográficas sobre: *Títulos de Crédito — Direito Comercial*, III, de Waldírio Bulgarelli, S. Paulo, Ed. Atlas, 1979, 506 pp. – 35/135
- O arresto e a indisponibilidade na Lei 6.024/74 – 33/11

- O banco múltiplo – 64/9
- O direito de preferência e a incorporação de ações em outra sociedade – 46/5
- O mercado de capitais no Brasil – 71/47
- O mercado futuro de índices e os valores mobiliários – 57/5
- O papel pioneiro do direito bancário – 27/13
- O regime jurídico das ações escriturais – 67/17
- Os acordos de comercialização no Direito brasileiro – 47/15
- Os aspectos institucionais, jurídicos e econômicos da conversão e a necessidade de uma política normativa catalizadora – 75/5
- Os efeitos da falência sobre a alienação fiduciária – 44/5
- Os instrumentos de modernização do mercado de capitais em 1991 e o fortalecimento das empresas – 82/5
- Solidariedade e fiança – 76/5
- Término da concessão e direito de recesso – 40/29
- A designação *grupo de sociedade* e a interpretação do art. 267 da Lei das Sociedades Anônimas – Arnoldo Wald e Nelson Laks Eizirik – 54/51
- O regime jurídico das Bolsas de Valores e sua autonomia frente ao Estado – Arnoldo Wald e Nelson Laks Eizirik – 61/5
- O mercado acionário e o governo – 85/5
- Os efeitos jurídicos da morte do usufrutuário de ações no tocante aos dividendos e bonificações (Da interpretação do art. 205 da Lei das Sociedades Anônimas) – 86/5
- Os bancos múltiplos e o direito de recesso – 87/5
- Dos princípios constitucionais e da limitação do poder regulamentar na área bancária – 88/5
- Dos contratos futuros de taxa cambial – 89/37
- Do regime jurídico dos depósitos bancários e o Plano Collor – 90/5
- Da constitucionalidade e licitude da emissão de ADR (American Depositary Receipt) de ações preferenciais de instituição financeira brasileira – 92/5
- Do regime legal das operações realizadas no mercado de câmbio – 93/5
- As recentes mutações do sistema bancário francês, Jean Thibaud, advogado em Paris (Nota bibliográfica) – 93/123
- Droit privé allemand, 1, Actes juridiques, droits subjectifs, Claud Witz (Nota bibliográfica) – 93/125
- O regime jurídico da comunhão de debenturistas e as condições de validade e oponibilidade das deliberações assembleares – 94/5
- Da evolução legislativa e jurisprudencial do direito brasileiro em matéria de sigilo bancário – 94/97
- L'edettelement 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 – 98/15
- O espírito empresarial, a empresa e a reforma constitucional – 98/51

## DEPOIMENTO

---

Ao momento em que se chega ao número 100 da Revista de Direito Mercantil, publicada pelo Instituto de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Túllio Ascarelli, instituto complementar da Faculdade de Direito da USP, entendi, como seu coordenador, desde o número 23, ser de alguma valia, ao menos para a história da nossa RDM, lembrar alguns aspectos da nossa trajetória, nestes vinte e cinco anos.

Nesse sentido, recordemos que antes de ter sido criado o Instituto de Direito Comercial Comparado, em 1962, por iniciativa do Professor Waldemar Ferreira, em 1951, criou-se a Revista de Direito Mercantil. Eram então seus dirigentes: Prof. Waldemar Ferreira — Diretor; Drs. Sylvio Marcondes, José Frederico Marques, Philomeno J. da Costa, Jayro Franco e Celso Alves de Araújo — Redatores; Drs. Egberto Lacerda Teixeira e Oscar Barreto Filho — Secretários de Redação e João da Costa Boucinhas — Gerente.

Durou nove anos, esse período, que foi de 1951 a 1959.

O primeiro número, é importante acentuar, trazia a seguinte apresentação — que tudo indica, sobretudo o estilo, era da lavra do Professor Waldemar Ferreira — sob o título *Palavras Iniciais*, que ora transcrevo.

*“Revela-se cada dia mais complexo o exercício da atividade mercantil.*

*Se até algum tempo atrás comerciantes e industriais podiam pacatamente se dedicar a suas lojas ou fábrica, cuidando apenas do meneio de seu negócio, agora assim não é. De tal modo se multiplicaram leis e regulamentos de ordem tributária, quer para a coleta de impostos e taxas, quer, e principalmente, para sua fiscalização, que quantos se dediquem ao comércio ou à indústria se vêem em palpos de aranha para o exato cumprimento das obrigações a que se acham subordinados.*

*Tornado, neste começo de século, participante dos lucros de todo o mundo, o Estado se mostrou assaz exigente, criando aparelhamento fiscal de grande envergadura a manejar complicado sistema de dispositivos legais e regulamentos, de compreensão não mui fácil e de observância difficilima até para os habituados profissionalmente ao estudo das leis e sua interpretação. Exige-se de todo aquele que exerça profissão mercantil que se converta, no mínimo, e, leguleio, tais as formalidades a cumprir desde que se estabeleça até que introduza as mercadorias no mercado e se embolse dos respectivos preços. Essa necessidade levou a montar-se, em cada estabelecimento, secção nova — a do contencioso, a cargo de homens afeitos ao entendimento das leis, para isso graduados em direito.*

*Entremostra-se a tarefas destes de extrema delicadeza diante da variedade de diplomas legislativos e regulamentares ou de instruções, portarias e decisões*

*ministeriais ou de institutos autárquicos a porem e disporem dos destinos econômicos e financeiros do país como se fossem dotadas do poder de legislar. Tribunais administrativos e tribunais judiciários tecem jurisprudência muitas vezes contraditória, aumentando os embaraços que deviam desfazer a bem do interesse da coletividade.*

*Explica isso o aparecimento de periódicos especializados, com o propósito de contribuir para o esclarecimento dos debates doutrinários e das diretrizes e contradições jurisprudenciais.*

*Justifica-se dessarte o aparecimento da Revista de Direito Mercantil, Industrial Econômico e Financeiro, que a empresa editora da folha diária a Gazeta Mercantil, Industrial, Econômica e Financeira, ora lança a publicidade.*

*Não se trata de simples e modesto repositório de acórdãos, sentenças e despachos judiciários ou administrativos. A revista, que agora surge, alimenta o intuito de converter-se em instrumento de divulgação e de crítica atenta e vivaz dos problemas que interessam ao comércio e ao fôro, a fim de contribuir para o florescimento da ciência jurídica e o aperfeiçoamento das práticas mercantis e judiciárias.*

*Publicando-se, de começo trimestralmente, poderá, tal seja a acolhida que lhe venha a ser dispensada, editar-se bimensal, senão mensalmente, de molde a bem satisfazer seus assinantes, anunciantes e leitores."*

Após um hiato de alguns anos, foi relançada a RDM, exatamente, em 1971, agora com a direção de Philomeno Joaquim da Costa e Fábio Konder Comparato, como Diretor Executivo.

Dizia então o Professor Philomeno Costa, na sua abertura:

## “PROÊMIO

*“A “Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro” retoma agora, em nova fase, a sua publicação em fascículos trimestrais.*

*Um grupo distinto de comercialistas vem quinzenalmente, debatendo em silêncio no Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli temas de atualidade acentuada no campo do Direito Mercantil. Nem sempre os seus trabalhos vêm à tona de uma publicidade merecida. Ademais, esse grupo, tendo a modéstia própria dos entendidos, é de sobejo capaz de equipar um centro cultural de irradiação jurídico-comercial.*

*A catálise (imprescindível), que congregasse esses elementos, seria a instituição de uma publicação especializada.*

*Depois que Waldemar Ferreira — o fundador, o guia, o mestre — deixou a direção da Revista, ocorreu a interrupção da sua publicação.*

*Urgia retomá-la. Haverá a doutrina, destinada às elocubrações livres do jurista à procura do justo. Haverá o documentário legislativo, em que o jurista colaborará*

na busca do útil. E haverá notadamente a jurisprudência, onde ele fiscalizará os pronunciamentos dos juízes, com objetivo de proteger o legal; ainda e sempre, entre o extremo do êxtase de Salvatore Pugliatti à jurisprudência ("Riv. It. Sc. Giurid." 1950/49) e o epitáfio a ela do Conselheiro Lafayette (Prefácio ao seu Direito das Coisas, referido por Carvalho de Mendonça, Tratado de Direito Comercial, vol. I, n. 45, 7.ª ed., p. 107) dever-se-á ficar no aplauso certo e na crítica construtiva dos pronunciamentos comentados.

Repetem-se as palavras iniciais do grande Waldemar Ferreira, em 1951: "Não se trata de simples e modesto repositório de acórdãos, sentenças e despachos judiciários ou administrativos. A revista, que agora surge, alimenta o intuito de converter-se em instrumento de divulgação e de crítica atenta e vivaz dos problemas que interessam ao comércio e ao fôro, a fim de contribuir para o florescimento da ciência jurídica e o aperfeiçoamento das práticas mercantis e judiciárias."

A Fábio Konder Comparato — a recompensa da geração nova aos idealistas bem mais idosos de um regime de estudos jurídicos profundos e autênticos no nosso caro Brasil — caberá auspiciosamente a coordenação do periódico. Todos da equipe são dignos das homenagens de um êxito assegurado.

*Philomeno Joaquim da Costa*"

Vim a assumir a Coordenadoria da RDM, em 1976, preparando o seu número 23, imbuído do espírito que a todos norteia no seio do Instituto, de que ela, a Revista, agora em nova série, constituía um importante veículo de divulgação dos estudos, idéias, críticas e notícias sobre as questões jurídicas concernentes basicamente ao Direito Comercial, e que somadas às contribuições de Direito Tributário e de Direito Econômico, dão-lhe a feição de um verdadeiro Direito Empresarial.

A experiência memorável representada por todos esses anos, lendo, analisando e avaliando as colaborações, solicitando-as quando os artigos eram insuficientes, pressionando até vários colegas para obter comentários de acórdãos, certamente que ao mesmo tempo que é inenarrável será também inesquecível.

E foi certamente a colaboração desinteressada de tantos que honram a Revista com seus trabalhos, entre os quais se destaca, como de fato está destacado neste número, a presença do Professor Arnoldo Wald, incansável colaborador não só com seus próprios artigos como através de colaborações de outros estudiosos, o que possibilitou que sempre dispuséssemos de matéria para manter a Revista em dia.

Agradecimentos gostaria de fazer a cada um, mas são tantos que seria impossível enumerá-los; só me resta, assim, como Coordenador agradecer de forma geral a todos quantos colaboraram e a aspirar que continuem colaborando, para que a nossa Revista possa continuar contribuindo, dentro das suas limitações naturais, para o progresso da ciência jurídica em geral e do direito empresarial em particular.

## A INTRODUÇÃO DA LEX MERCATORIA NO BRASIL E A CRIAÇÃO DE UMA NOVA DOGMÁTICA\*

ARNOLDO WALD

"A luta pelo Direito, isto é, a luta por um nível mais alto de justiça nas relações entre os homens, e pela substituição progressiva da violência pelo comando universal da razão, não é a mesma em todas as épocas, o que ontem constituía aspiração pode ser hoje conquista tranquila, e o que ontem parecia terreno ganho pode ser novamente hoje área litigiosa, em cuja defesa nos temos de empenhar.

A linha de combate — o "front" — da luta pelo Direito é historicamente móvel e é para ele que se deve transportar o espírito dos juristas em vez de contentar-se com as tarefas de mera manipulação técnica processadas na retaguarda."

SAN TIAGO DANTAS

1. Coube ao Professor Irineu Strenger ser o pioneiro na introdução do estudo da *Lex Mercatoria*, no Brasil, matéria que estudou e desenvolveu, inclusive, em brilhante curso que proferiu na Academia de Direito Internacional. Em toda a sua vida universitária e profissional, desde a década de 1960, manifestou o seu interesse, pelos contratos internacionais do comércio, pela teoria da autonomia da vontade e pela cooperação na solução dos litígios entre empresas de países distintos, constituindo tais questões uma de suas maiores preocupações.<sup>1</sup> Ao examinar os proble-

mas jurídicos, que decorriam da crescente globalização da economia, sempre conjugou e complementou o Professor Irineu Strenger a análise acadêmica com a visão pragmática. Impregnado pela Filosofia do Direito, que também lecionou, não se trancou, todavia, na torre de marfim dos intelectuais que, tão-somente, sonhavam com a existência de *Um Mundo Só*, ao qual aludira Wendell Wilkie, logo após a Segunda Guerra Mundial. Tratou de construir e aplicar à realidade os princípios da *lex mercatoria* sempre com coragem e criatividade, trazendo uma contribuição relevante, já hoje reconhecida por todos, no plano nacional e internacional.

2. Com o seu conhecimento dos livros e da vida e a sua inteligência percuciente, explicou o Professor Irineu

\* O presente artigo integra estudo do autor em homenagem ao Professor Irineu Strenger.

1. Irineu Strenger, *Autonomia da vontade em Direito Internacional Privado*, S. Paulo, RT, 1968; *Teoria Geral do Direito Internacional Privado*, S. Paulo, José Bushatsky, 1973; *Curso de Direito Internacional Privado*, Rio, Forense, 1978; *Contratos Internacionais de Comércio*, 2.<sup>a</sup> ed., S. Paulo, RT, 1992 e La

Notion de Lex Mercatoria em Droit du Commerce International, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, t. 227, 1991, II.

Strenger que não devíamos ter medo da *Lex Mercatoria* e que ela não fora concebida contra os interesses dos países em desenvolvimento. Ao contrário, era preciso que os juristas brasileiros participassem na construção do novo Direito Internacional do Comércio, enfatizando e defendendo os legítimos interesses do nosso país e de outros em condições econômicas análogas, sem que houvesse receio na adoção do que se veio a considerar a verdadeira “common law internacional dos contratos”, baseada em princípios gerais representando a *communis opinio* dos juristas, no campo internacional, e dos quais devem brotar as soluções dos casos concretos. Quer se veja, na *Lex Mercatoria*, um novo Direito Pretoriano Internacional, baseado nas decisões já proferidas, quer se prefira considerá-lo como uma ordem jurídica, já constituída, que se impõe ao árbitro, especialmente no caso de lacunas ou conflitos de leis, é imperativo reconhecer-se, de qualquer modo, a existência de um material da arbitragem e dos contratos internacionais cuja construção deflui da dogmática jurídica.

3. Efetivamente, sempre se entendeu, que o trabalho mais nobre do jurista consiste em construir o direito, seja pela interpretação atualizada de textos antigos, como aconteceu em relação à jurisprudência e doutrina francesas, que mantiveram, por quase dois séculos, em vigor o Código Napoleão, chegando a novas soluções “par le Code, au delà du Code”, seja nos casos de omissões e lacunas, encontrando, nos princípios gerais, as soluções para situações e conflitos decorrentes da moderna tecnologia e ainda ignorados e não previstos pelo legislador. Assim, a doutrina considerou que os princípios gerais permitiam o uso da analogia e, por outro lado, a elaboração de soluções na ausência de textos legislativos adequados, sendo a construção dogmática a função mais nobre e complexa do jurista.

4. Neste sentido, escreve San Tiago Dantas que “a obra fundamental reservada ao pensamento jurídico dos nossos dias é pois a renovação da antiga Dogmática.”<sup>2</sup>

5. Na nossa visão, os princípios gerais do direito não constituem uma fonte autônoma de direito, no plano interno, pois representam uma explicitação e uma concretização de determinações contidas no sistema de normas legais e a aplicação de conceitos inclusos nas mesmas, que o intérprete põe em evidência, mediante um trabalho que abrange inicialmente a indução (para definir os princípios) e, em seguida, a dedução (para aplicação ao caso concreto).<sup>3</sup>

6. Ao contrário, no plano internacional, os princípios gerais são definidos com maior liberdade do intérprete, que vai procurar o consenso entre as posições das várias legislações e pode, num determinado momento, ter que fazer prevalecer a tese adotada pelo sistema de um país, excluindo o entendimento consagrado em outro. Há, assim, uma maior liberdade de valoração na *Lex Mercatoria* do que no direito nacional, justificando que, no trabalho de indução, sejam tomados em consideração todos os sistemas jurídicos, exigindo-se, para tanto, a contribuição específica dos juristas dos países em desenvolvimento, para que possam defender as suas concepções, nos planos jurídico, econômico, moral e cultural, mobilizando-se, para tanto, a fim de evitar que sejam excluídos da construção do sistema jurídico internacional do comércio, em virtude de omissão, que somente a si próprios poderão atribuir. É neste sentido que a lição do Professor Irineu Strenger foi — e está sendo —

2. San Tiago Dantas, *Nova Dogmática Jurídica*, in Revista Forense, n. 98, fascículos 400, p. 293.

3. Arnoldo Wald, *Curso de Direito Civil Brasileiro, Introdução e Parte Geral*, 7.ª ed., S. Paulo, RT, 1992, n. 24, pp. 66 e ss.

impregnada de modernidade, ao enfrentar o mundo atual, como ele é, trazendo a sua lição de jurista brasileiro que não se considera, todavia, cingido, no plano internacional, ao conhecimento do direito pátrio, sendo, ao contrário, um excelente comparatista, condição necessária para ser, nos dias de hoje, um bom internacionalista.

7. Ao aposentar-se na Faculdade de Direito da USP, pode o Professor Irineu Strenger fazer suas as palavras de René David que, concluindo o seu livro sobre *A Arbitragem no Comércio Internacional*, "disse ter-se afastado, ao optar pelo estudo do Direito Comparado, dos seus colegas que se dedicaram exclusivamente à exegese das leis e da jurisprudência do seu país, fazendo um trabalho que certamente é útil. Mas, acrescentava, o eminente professor francês, que o jurista não deve considerar as leis e as decisões jurisprudenciais como fetiches, pois a sua missão consiste em contribuir de modo constante no aprimoramento do direito, que está sempre ameaçado de esclerose, e que, especialmente em nossa época, exige imperiosamente ser renovado".<sup>4</sup> Na realidade, ao lado do Direito Positivo, o Direito Comparado e a *Lex Mercatoria* são instrumentos tanto das soluções práticas dos conflitos, que surgem no comércio internacional, como de uma tomada de consciência das legislações e culturas estrangeiras, que permitem assegurar uma ordem internacional mais justa e uma melhor ordem jurídica social no plano interno, concluiu René David.<sup>5</sup> Trata-se de uma linguagem, de uma concepção de vida, de uma visão do mundo e da função do jurista, que não quer, nem admite, trair a sua vocação, participando da verdadeira elite que renova o mundo atual. É o

momento em que o comparatista e o filósofo do direito se reencontram e o René David, como, hoje, vieram a se reencontrar o professor de Filosofia do Direito e do Direito Internacional Privado em Irineu Strenger, em cujas lições se sente a presença do mestre do Direito Internacional não só no campo do comércio exterior, mas também do Direito Internacional do desenvolvimento. E, se defendemos, há um quarto do século, a existência do direito do desenvolvimento, não há dúvida que o mesmo deve existir — e já hoje tem a sua existência reconhecida tanto no plano interno, como internacional.<sup>6</sup>

8. Ocorre, todavia, que, para muitos dos nossos juristas e para os meios jurídicos nacionais em geral, a *Lex Mercatoria* parece, algumas vezes, ser uma expressão esotérica, que nenhuma relação tem com os negócios realizados no Brasil, não obstante o expressivo crescimento que tiveram, nos últimos anos, as nossas exportações, abrindo-se, agora, mais amplamente, o mercado para as importações e havendo fundada esperança de um maior número de investimentos estrangeiros em nosso país e de *joint ventures*, entre empresas brasileiras e estrangeiras para atuar tanto no plano interno, como no exterior, matéria que foi, aliás, objeto de excelente estudo do Luiz Olavo Baptista.<sup>7</sup>

9. Assim sendo, diante de um cenário no qual o próprio BNDES reconhece que o Brasil só poderá progredir, mediante a sua maior integração na econo-

6. Arnoldo Wald, *O Direito do Desenvolvimento*, in *RT*, vol. 383, pp. 7 e 18; Guy Feuer e Hervé Cassan, *Droit International du Développement*, Paris, Dalloz, 1985 e Maurice Flory, *Droit International du Sows — Développement*, Paris, Presses Universitaires de France, 1977.

7. Luiz Olavo Baptista et Pascale Durand-Barthez, *Les Associations D'entreprises (joint ventures) dans le Commerce International*, Paris, Feduci-L.G.D.J., 1986.

4. René David, *L'arbitrage dans le Commerce International*, Paris, Econômica, 1982, n. 455, p. 573.

5. Obra e loc., citados na nota anterior.

mia internacional e o recebimento de importante fluxo de capital externo,<sup>8</sup> entendemos ser oportuno um mais amplo estudo de *Lex Mercatoria* e do direito comparado.

10. Podemos, pois, concluir que a evolução do mundo nos obriga a uma crescente abertura das nossas fronteiras e a uma progressiva integração na economia mundial, sob pena de sacrificar o país e de assistir ao que alguns sociólogos e economistas chegaram a denominar a nossa “africanização”, evocando a situação de um continente que, cada vez mais, se empobrece e se apresenta, aparentemente, sem solução no curto e médio prazo.

11. A integração econômica do Brasil no continente americano e no mundo significa uma verdadeira revolução cultural, em relação ao nosso direito, exigindo uma nova formação dos juristas, que não mais se podem contentar em conhecer, tão-somente, o direito nacional.

12. A *Lex Mercatoria* tornou-se um instrumento jurídico importante para os povos que pretendem participar ativamente da evolução econômica mundial, sendo preciso conhecê-lo e acompanhar a sua evolução, não havendo razão para ter medo do novo Direito do Comércio Internacional, que relembra o Direito Pretoriano e o próprio *ius gentium* de uma fase da evolução do Direito Romano. Trata-se, aliás, menos de um corpo de lei, decisões e doutrina do que da introdução de um novo espírito na construção e interpretação do direito.

13. Por outro lado, não basta conhecer a *Lex Mercatoria*, é preciso verificar os limites de sua aplicação e a sua combinação com as normas de direito brasileiro, para poder defender os in-

teresses das empresas do nosso país e saber quais as posições que serão adotadas pelos tribunais arbitrais nos conflitos de interesse que poderão surgir.

14. A atitude dos juristas brasileiros em relação à *Lex Mercatoria* não deve ser a de simples expectadores, acompanhando passivamente a sua evolução, mas sim de verdadeiros participantes de sua construção, tendo um papel ativo, no plano profissional e doutrinário e, na dinâmica da elaboração desse novo direito, que se inspira nos princípios gerais do sistema jurídico dos países do Ocidente, ao qual pertencemos, pela nossa cultura, pela nossa formação e pelos nossos ideais democráticos, liberais e inspirados na Justiça, sob todos os seus aspectos, seja ela comutativa ou distributiva.

15. Como bem salientou o Professor Irineu Strenger, “a arbitragem é, pois, juntamente com a produção contratual, a grande fonte de dados e elementos, aos quais se acrescem outros decorrentes da prática, que permitem a formação e o aperfeiçoamento da *Lex Mercatoria* como sistema autônomo”.

16. E conclui, que “o desenvolvimento internacional teve como consequência do abandono da concepção estritamente estatal do direito, que prevaleceu no Século XIX e que, hoje, não passa de uma lembrança histórica”.

17. Criou-se, assim, ainda nas palavras do Professor Irineu Strenger, “um verdadeiro ‘direito especial’ que ‘consolidou as práticas de comércio internacional’ e que ‘partindo dos seus próprios sistemas e sob a pressão da imperiosa necessidade dos fatos, atingira o seu objetivo final’, transformando-se numa ordem jurídica perfeita e acabada”.<sup>9</sup>

8. BNDES, *Síntese dos Cenários para a Economia Brasileira, 1987-2000*, publicação do Departamento de Planejamento.

9. Ob. e loc. citados nas notas anteriores, pp. 218 e 350.

## TÍTULOS DE CRÉDITO NO PROJETO DE CÓDIGO CIVIL\*

MAURO RODRIGUES PENTEADO

1. Introdução: relevância da matéria — 2. Sentido de uma Codificação de Direito Privado no limiar do Século XXI. Origens próximas do Projeto — 3. Necessidade de uma disciplina geral para os títulos de crédito, codificada ou não. Legislação extravagante — 4. Premissas estruturais do Projeto: criação de títulos inominados ou atípicos. Observações críticas: por uma mudança de ênfase — 5. Análise tópica do Projeto. Propostas de modificações: Títulos impróprios — 6. Segue: disposições gerais. A “descartularização” dos títulos de crédito — 7. Segue: títulos representativos de mercadorias — 8. Segue: títulos ao portador, à ordem e nominativos — 9. Aspectos processuais: ação monitória e ação executiva — 10. Conclusões. Projeto modificado e teste de funcionalidade da nova regulamentação.

### 1. Introdução: relevância da matéria

Ao ensejo da retomada da tramitação, no Senado Federal, do processo legislativo que visa a promulgação de novo Código Civil (Projeto de Lei 118/84), é louvável esta iniciativa do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Túllio Ascarelli e da Escola Paulista de Direito, do IASP, por propiciar a reabertura dos debates tendentes à reavaliação e atualização do texto projetado, tal como alvitrado pela Comissão Especial constituída naquela Casa de Leis (atualmente presidida pelo Senador Cunha Lima), que vem de abrir

prazo e oportunidade para que a sociedade civil, diretamente ou através de entidades representativas dos vários segmentos interessados, possa se manifestar sobre a matéria, já aprovada em 9.4.84 na Câmara dos Deputados (Projeto de Lei 635/75) — medida prudente em razão do largo lapso temporal desde então decorrido,<sup>1</sup> e das profundas modificações institucionais experimentadas pelo país, sobretudo com o advento da Constituição de 1988.

Registre-se, desde logo, que o tema desta exposição, apesar de ocupar apenas 46 dos 2.073 artigos que compõem o monumental projeto de codificação, tem importância capital não só para a

\* Texto elaborado a partir das notas de conferência proferida em 30.5.95, na Faculdade de Direito do Largo São Francisco, no Ciclo de Palestras “20 anos da Reforma do Código Civil”, patrocinado pelo Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado Tullio Ascarelli e pela Escola Paulista de Direito, do Instituto dos Advogados de São Paulo. A matéria aqui tratada foi exposta e discutida no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, ministrado pelo autor, nos 1.º e 2.º semestres de 1995.

1. Que a ninguém deve surpreender, pois datou de 25 de janeiro de 1899 o convite feito a Clóvis Beviláqua, para que elaborasse o Projeto que veio a converter-se, após muitas discussões e longa tramitação, no vigente Código Civil, promulgado somente em 1.1.1919, pela Lei 3.071 (v., a respeito, *Código dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua*, vol. 1, 12.ª ed., Livr. Francisco Alves, 1959, pp. 17 e ss.).

atividade empresarial, como para o homem comum. É o que já sublinhava Tullio Ascarelli na década de 30 — sem sequer precisar realçar a migração do instituto, de há muito utilizado cotidianamente nas relações civis (v.g., cheque, nota promissória etc.): “ao profano que indagasse quais são os méritos e qual a contribuição do direito comercial na formação da civilização moderna, não saberia indicar instituto algum mais perfeito e mais significativo do que os títulos de crédito: A vida moderna seria impensável sem a rede de títulos de crédito; às inovações técnicas faltariam os meios e a disciplina para a sua adequada realização social; as relações de troca tomariam necessariamente um diferente aspecto. Foi graças aos títulos de crédito que o mundo moderno pode mobilizar a própria riqueza; foi graças aos títulos de crédito que os ordenamentos jurídicos puderam vencer os obstáculos do tempo e do espaço, transportando com a máxima facilidade os elementos representativos de bens longínquos, e materializando no presente as riquezas do futuro”.<sup>2</sup>

E a atualidade do tema salta aos olhos: numa sociedade imersa na avalanche das inovações tecnológicas, que engolfa tanto o homem como a atividade empresarial, as relações econômicas e jurídicas se processam com a agilidade e simplificação que os meios de informatização propiciam, caminhando-se celeremente para uma fase da civilização em que os “papéis” tendem a perder importância, substituídos pelos registros eletrônicos; e é nesse contexto que se torna indispensável repensar o instituto dos títulos de crédito, que entre nós vêm se multiplicando através de leis especiais.

2. In “Rivista di Diritto Commerciale”, 1932, pp. 237 e ss., reproduzido em sua “Teoria Geral dos Títulos de Crédito”, 2.ª ed., Saraiva, S. Paulo, 1969, p. 3.

A análise do assunto não dispensa pronunciamento prévio e sucinto acerca da própria utilidade de uma nova codificação de Direito Privado, com a qual se tenciona unificar a matéria obrigacional atualmente tratada no Código Comercial, Código Civil e legislação esparsa, sem prejuízo da autonomia do Direito Mercantil (item 2), na medida em que constitui premissa necessária ao exame de outro tema também prejudicial, pertinente ao interesse social da inserção, em nosso ordenamento jurídico, de uma disciplina geral sobre os títulos de crédito; que por sua vez impõe o recenseamento crítico da legislação extravagante editada mais recentemente (item 3), para que se possa identificar, em relação a ela, a função e finalidade que deve ser exercida por uma lei geral (item 4). Neste ponto será destacada a concepção que norteou o projeto — tal como exposta pelo seu autor, o saudoso e eminente Prof. Mauro Brandão Lopes —, acolhida por inteiro na Câmara Federal,<sup>3</sup> confrontando-a com as opiniões contrárias e com o que se passa na praxe negocial, especialmente no que toca às duplicatas (item 6.3), do que resultará proposta de mudança de ênfase emprestada aos seus objetivos originais.

Uma vez enfrentadas essas questões preliminares, nos limites estreitos desta exposição, será possível passar à análise crítica do Título VIII, Livro I da Parte Especial do Projeto de Código Civil 118/84, com a apresentação de propostas de modificações de alguns de seus dispositivos (itens 5 a 8), para, a seguir consolidá-

3. Na Câmara Federal, o Título VIII, Livro I, da Parte Especial do Anteprojeto, revisado pelo caro mestre paulista, recebeu apenas uma alteração, e ainda assim de ordem redacional (com a aprovação da Emenda 519, de autoria do Deputado Cantídio Sampaio, substituindo pela forma enclítica a próclise aplicada no art. 901).

lo (Anexo), examinar seus aspectos processuais (item 9) e submetê-lo a um teste de funcionalidade (item 10).

## 2. Sentido de uma Codificação de Direito Privado no limiar do Século XXI. Origens próximas do projeto

A idéia da atualização do Código Civil e da matéria obrigacional de Direito Privado<sup>4</sup> exsurgiu, inicialmente, no bojo das profundas reformas “modernizadoras” que, sob o influxo de ideário liberal ou neoliberal, foram encetadas pela equipe que assumiu o Governo após movimento militar de 1964, traduzidas, no âmbito do Direito Comercial, Trabalhista e Tributário, dentre outras, na Lei de Reforma Bancária (4.595/65), de Mercado de Capitais (4.728/65), na promulgação das Convenções para a adoção de leis uniformes em matéria de cheque, letras de câmbio e notas promissórias (Decretos 57.595 e 57.663, de 1966), de modificação da disciplina da remessa de lucros (Lei 4.390/64), de regulamentação da atividade dos representantes comerciais autônomos (4.886/65), do direito de greve (4.330/64), dos dissídios coletivos (4.725/65), supressão prática da estabilidade no emprego, com a reforma da CLT e instituição da “opção” pelo regime de FGTS (Lei 5.107/66), reforma da legislação aplicável aos trabalhadores portuários (Decreto-lei 3/66) e aprovação do novo Código Tributário Nacional (5.172/66).<sup>5</sup>

4. Quanto ao Direito das Obrigações, anote-se a iniciativa de desmembrá-lo do Código Civil, traduzida em Anteprojeto elaborado, em 1941, por Comissão composta pelos Professores Orosimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães.

5. As quais cabe acrescentar, ainda, a aprovação do Estatuto da Terra (Lei 4.504/64), a reforma monetária e do meio circulante (Decreto-lei 1/65, Lei 4.511/64), a ampliação e

Nesse primeiro momento o Poder Executivo encaminhou ao Congresso Nacional, através da Mensagem 804, de 12.12.65, um Projeto de Código Civil (calcado em anteprojeto de autoria de Orlando Gomes, revisado por comissão que teve como Relator-geral Caio Mário da Silva Pereira), e um Projeto de Código de Obrigações,<sup>6</sup> que na Câmara dos Deputados receberam os ns. 3.263/65 e 3.264;<sup>7</sup> não logrando aprovação, sobretudo

institucionalização da correção monetária (Leis 4.380/64, 4.621/64 e 4.728/65) etc. Sobre a ideologia subjacente a esse movimento legislativo, v. o depoimento de um dos formuladores dessa política, Roberto Campos, *A Lanterna na Popa*, ed. TopBooks, 1994, pp. 555 e ss.

6. A publicação oficial dos Anteprojetos e Projetos, referidos no texto, foi feita pela Sub-Secretaria de Edições Técnicas do Senado, Brasília, em edições de 1989, ao ensejo do início da tramitação naquela Casa do Projeto 118/84: Anteprojeto de Código das Obrigações, de 1941, cit. na Nota 3 (vol. 1); Anteprojeto de Código Civil de 1963, com revisão em 1964, convertido no Projeto referido no texto (vol. 2); Anteprojeto de Código de Obrigações de 1964, elaborado por Caio Mário da Silva Pereira, Sylvio Marcondes e Theóphilo de Azeredo Santos (vol. 3); Projetos de Código Civil e de Código de Obrigações, de 1965 (vol. 4); Anteprojeto de Código Civil de 1972 (vol. 5, Tomo 1); Anteprojeto de Código Civil, revisto em 1973 (vol. 5, Tomo 2).

7. O Projeto de Código Civil teve como relator o professor Orlando Gomes, sendo revisto pela Comissão constituída pelo autor e pelos professores Orosimbo Nonato e Caio Mário da Silva Pereira. O Código de Obrigações desdobrou-se em três partes: a primeira (Negócio Jurídico. Parte Geral, Contratos e outros títulos de ordem geral) teve como relator o professor Caio Mário da Silva Pereira; a segunda (Títulos de Crédito) foi relatada por Theóphilo de Azeredo Santos; e da terceira (Empresários e Sociedades) incumbiu-se o Professor Sylvio Marcondes. Constituíram a Comissão revisora, além dos relatores, os Professores Orosimbo Nonato, Orlando Gomes e Nehemias Gueiros.

lo pela forte oposição registrada nos meios jurídicos, tais projetos foram retirados por Mensagens de 1966 e 1967, respectivamente.

A matéria relativa aos títulos de crédito foi então relatada por Theóphilo de Azeredo Santos, seguindo parcialmente a lideiriz do Código de Obrigações suíço de 1881, reformado em 1936, ao incluir além das disposições gerais, a regulamentação dos principais títulos; constava na Parte Segunda do Projeto de Código de Obrigações, composto por 107 artigos, agrupados em nove Títulos (I — disposições gerais, títulos nominativos, títulos à ordem, títulos ao portador, títulos-valor, valor e pagamento; II — letra de câmbio; III — nota promissória; IV — cheque; V — duplicata; VI — debêntures; VII — conhecimento de depósito e “warrant”; VIII — conhecimento de transporte; IX — títulos de natureza especial).

2.1 A iniciativa foi retomada pela Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, nomeada pelo Ministro da Justiça em 1969, sob a supervisão de Miguel Reale e integrada pelos juristas José Carlos Moreira Alves, Agostinho de Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Vianna Chamoun, Clóvis Couto e Silva e Torquato de Castro, contando ainda com a colaboração do Professor Mauro Brandão Lopes; dos trabalhos, que sob o ponto de vista doutrinário se pautaram por remissas diversas<sup>7A</sup> (v. item 2.3, abai-

7-A. Além do que será exposto no item 4.3 do texto, cumpre reproduzir as palavras de Miguel Reale, proferidas em recente entrevista dada ao periódico especializado “Tribuna do Direito” (S. Paulo, julho de 1995, pp. 18-19): já tive oportunidade de referir-me ao ‘sentido social’ do projeto, pois essa é a sua característica mais marcante, em contraste com o entendimento individualista que condiciona o Código Civil ainda em vigor. Seria absurdo negar os altos méritos da obra do insigne Clóvis Beviláqua, mas é preciso lembrar que ele

xo) resultaram na publicação, em 1972, de um único Anteprojeto de Código Civil, incluindo a unificação do direito obrigacional, que, revisado em 1973, após as críticas e sugestões recebidas, foi republicado em 1974, sendo finalmente encaminhado ao Congresso pela Mensagem do Poder Executivo 160/75, que lá deu origem aos Projetos de Lei 635/75.

O Projeto foi aprovado em 9.5.84, conforme declaração da Mesa da Câmara dos Deputados, chegando a ser acoimado de inconstitucional, sob a alegação de que o processo de votação deu-se de forma simbólica, pelas lideranças partidárias, com a presença de 34 deputados, sem o mínimo de 240 parlamentares;<sup>8</sup> nele, a disciplina dos títulos de crédito foi estruturada com fins específicos (v. item 4), restringindo-se às regras acerca das características mínimas do documento e suas formas de circulação (orientação em grande parte acertada, dada a multiplicidade de títulos regulados em leis especiais), constando de 46 artigos que compõem o Título VIII, do Livro I, dedicado ao Direito das Obrigações, distribuídos em quatro capítulos (I — disposições gerais; II — títulos ao portador; III — títulos à ordem; IV — títulos nominativos).

redigiu sua proposta em fins do século passado, não sendo segredo para ninguém que o mundo nunca mudou tanto quanto no decorrer do presente século, assolado por profundos conflitos sociais. Se não houve vitória do socialismo, houve triunfo da ‘socialidade’, fazendo prevalecer os interesses coletivos sobre os individuais, mas sem perda do valor fundante da pessoa humana”.

8. Por José Paulo Cavalcanti, em passagem transcrita e endossada por José de Farias Tavares, in “Projeto de Código Civil Inviável”, artigo publicado na Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 29, n. 115, jul.-set./1994, p. 531.

2.2 Sobre a atualidade, oportunidade e necessidade das codificações, pouco ou nada é possível acrescentar ao que foi aqui exposto pelo Prof. Miguel Reale, na conferência inaugural deste ciclo de palestras (e ao que deixou registrado na Exposição Justificativa e na entrevista referida na Nota 7-A), cabendo apenas realçar os aspectos que militam em prol da regulamentação geral dos títulos de crédito, que não é visada, ao menos prioritariamente, pelo Projeto.

Tendo em mente que codificação não significa mera consolidação ou compilação,<sup>9</sup> é forçoso convir que as principais idéias mestras que presidiram o movimento codificador moderno, embora remontem ao início do Século passado, ainda estão vivas neste final de milênio, robustecidas, nos países em desenvolvimento, por outras ordens de exigências.

Com efeito, se com a afirmação dos Estados nacionais já não se possa vislumbrar no Código o instrumento universal de uniformização do Direito positivo interno, o mesmo não sucede com a incessante perseguição da ideal segurança e certeza nas relações jurídicas e

9. O que não é despidendo registrar, pois infelizmente não são poucos que sustentam que a idéia de codificação está ultrapassada em face do desenvolvimento da informática, que torna facilmente acessível, por disquete ou CD, qualquer dispositivo legal inserido no Direito positivo — olvidando completamente a organicidade sistêmica que deve imantá-lo. Compilação, na verdade, é o que tencionava fazer o Congresso Nacional, já agora com o Projeto de Lei n. 149/95, de autoria do Senador Teotônio Vilela Filho, cujo objetivo é o de consolidar os mais de 200.000 textos legais em vigor no país, iniciativa anteriormente adotada, sem êxito, pelos Senadores Marco Maciel e Fernando Henrique Cardoso e por Grupos de Trabalho constituídos pelo Poder Executivo, nos Governos Geisel e Figueiredo, com cético apoio do Supremo Tribunal Federal (v., a respeito, "O Estado de S. Paulo", ed. de 18.6.1995, p. A-12).

sociais, que tem como corolário a racionalidade sistêmica, valores que estão a impor a atualização do que Miguel Reale designa por Constituição do homem comum.

Expressão feliz, pois com a industrialização, seguida da era tecnológica e do ingresso do homem na etapa terciária do desenvolvimento econômico, a própria legislação ordinária desgarrou-se de suas funções iniciais, passando a exercer, em países como o nosso, o papel de instrumento governamental de transformações econômicas. Daí o furor legislativo observado há décadas, com a proliferação de leis e decretos especiais ou extravagantes, editados sistematicamente em número alarmante. Prova disso é que os Decretos federais foram reenumerados, a partir de 14 de janeiro de 1991, ao chegarem ao n. 100.000, convivendo com Leis que logo alcançarão o n. 10.000, sem falar nas inadequadas Medidas Provisórias, a maioria delas distorcidas (v.g., a que instituiu o "Plano Real", reeditada nada menos do que 11 vezes, no período de um ano), que já ultrapassam o n. 1.000, embora previstas constitucionalmente e de forma limitada, apenas em fins de 1988.

No diagnóstico sobre a crise do Poder Judiciário, feito no último dia 17 de maio pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, em seu discurso de posse, esse fator transparece com nitidez, no contexto da ampliação do acesso à prestação jurisdicional, propiciada pela Constituição de 1988, promulgada após o longo período autoritário vivido pelo país.

A atualidade dos Códigos é constatada, ademais, ao examinar-se o Direito Comparado (v. os editados recentemente em Portugal e em alguns países da América Latina<sup>10</sup>), e também a experi-

10. V. a recente codificação em Portugal (v.g., Código das Sociedades Comerciais, de 1986), Argentina (1966), Chile (1981), Venezuela (1982), Equador (1986) etc.

ência brasileira: a pouca racionalidade que ainda subsiste em matéria fiscal deve-se em muito à vigência do Código Tributário Nacional, que é de 1966.

2.3 Mas um Código moderno não poderá deixar de ter presente essa nova realidade, de modo a que possa constituir um corpo orgânico e sistemático de normas gerais, iluminando e inspirando, pedagogicamente, não apenas os destinatários e intérpretes das leis extravagantes, como também o legislador (aqui entendido *lato sensu*, com a inclusão das chamadas “equipes” do “Poder Executivo”, responsáveis por um sem número de Projetos de Lei e Medidas Provisórias).

E como tal não poderá ser um Código estratificado, o que impõe o recurso a fórmulas gerais e estáveis, “standards” que traduzam os mais altos valores culturais alcançados pela civilização e pela experiência da nação, de molde a permitir ao intérprete e ao aplicador da lei amoldá-las às transformações históricas, sob a tríplice dimensão do Direito exaltada por Miguel Reale, que claramente se antepõe à chamada Escola Livre do Direito.

Essa preocupação declaradamente perpassou os trabalhos da Comissão, como se colhe das palavras do mestre, que merecem transcrição, embora alongadas, pois indispensáveis à compreensão das fórmulas abaixo alvitradas para a disciplina dos títulos de crédito: “se é sempre difícil atingir o ideal de unidade sistemática, tal dificuldade cresce de monta nas épocas de crise e transformação social profunda. Poder-se-ia considerar a nossa época pouco propícia à codificação, tantas e tamanhas são as forças que atuam neste nosso mundo em contínua mudança, renovando-se, desse modo, a polêmica suscitada por Savigny no início do século passado. Tenho para mim, todavia, que a obra codificadora, de conformidade com a penetrante observação de Hegel, é a mais significativa

expressão da cultura de um povo, sendo elemento básico essencial ao alcance do equilíbrio e da objetividade espiritual da comunidade (...)”. Por isso, prossegue Reale, “um Código não é, em verdade, algo estático ou cristalizado, destinado a embaraçar caminhos, a travar iniciativas, a provocar paradas e retrocessos: põe-se antes como um balanço global das soluções normativas e dos modelos informadores da experiência vivida de uma Nação, a fim de que ela, graças à visão atualizada do conjunto, possa com segurança seguir em sua caminhada. Essa compreensão dinâmica e propulsora do que deve ser um Código implica uma atitude de natureza mais operacional do que conceitual, no sentido de se preferir sempre configurar os modelos jurídicos com amplitude de repertório, de modo a possibilitar a sua adaptação às esperadas mudanças sociais, graças ao trabalho criador da Hermenêutica, que nenhum jurista bem informado há de considerar tarefa passiva e subordinada”.

Dai constar, dentre as diretrizes fundamentais do Projeto, o princípio de “não dar guarida no Código senão aos institutos e soluções normativas já dotados de certa sedimentação e estabilidade, deixando para a legislação aditiva a disciplina de questões ainda objeto de fortes dúvidas e contrastes, em virtude de mutações sociais em curso, na dependência de mais claras colocações doutrinárias, ou quando fossem previstas alterações sucessivas para adaptações da lei à experiência social e econômica”.<sup>11</sup>

É à luz dessa agudas observações que deve ser conduzida a discussão em torno da validade ou não da conceituação de título de crédito (art. 889), adotada como fórmula geral de cunho operacional, no contexto de noções também gerais como as de boa-fé (arts. 113, 187, 422), malícia (art. 129), bons costumes (art. 122 e 188),

11. In Vol. 5, Tomo I, da coletânea citada na Nota 6.

diligência normal (art. 138), fim econômico ou social (art. 187 e 1.129, § 1.º), função social do contrato (art. 421), proibidade (art. 422) etc.

2.4 Os fatos e circunstâncias postos em destaque revelam a oportunidade da retomada dos trabalhos legislativos tendentes à aprovação do Projeto de Código Civil, que não foi prejudicado com a superveniência da Constituição de 1988, merecendo, a essa propósito, tão-somente as adaptações e modificações necessárias a afeiçoá-lo aos ditames da Lei maior, com a incorporação e/ou revisão, dentro de seu sistema, por exemplo, dos direitos decorrentes do concubinato (Lei 8.971/94) e dos filhos havidos fora do casamento (Lei 8.560/92).

Não há quem negue a excepcional qualidade do vigente Código Civil, o que, todavia, não é motivo suficiente para não atualizá-lo, como sustentam algumas opiniões, isoladas, que também julgam inviável o Projeto pela superveniência da nova Constituição, com argumentos que não logram convencer.<sup>12</sup> Primeiro, porque, declaradamente, as soluções do Código de 1916 foram preservadas, no muito que têm de atual. Segundo, porque as incompatibilidades tópicas apontadas, em relação à lei fundamental, são facilmente superáveis. E terceiro, porque se insurgem contra o que constitui a grande virtude do Projeto: a plasticidade de algumas fórmulas projetadas, redigidas com base nos postulados acima transcritos, que claramente não se filiam à chamada Escola Livre do Direito, de índole totalitária.<sup>13</sup>

12. V. José de Farias Tavares, ob. cit., e as opiniões de José Paulo Cavalcanti, transcritas pelo autor.

13. Não é preciso ir além das "Lições Preliminares de Direito", de Miguel Reale (livro "com espírito de apostila", concessão do mestre à "preguiça mental ... à tendência a mastigar carne já moída" — pp. 10-11), para demonstrar o quanto sua concepção de direito

2.5 Se o Congresso Nacional — que ainda não aprovou toda a legislação complementar à Constituição de 1988, e se acha imerso na reforma constitucional, julgada prioritária e premente pelo Governo federal — está ou não em condições de dedicar-se à magna tarefa de discutir e aprovar o Projeto de Código Civil, de largas repercussões e reflexos na vida do homem comum, e no que aqui interessa, na atividade empresarial, é assunto que refoge de nossa apreciação, o que não obscurece a constatação de que o cipoal assistemático e tecnicamente impreciso de leis extravagantes está a comprometer os valores superiores postos em destaque, como se pode verificar da pálida e limitada exposição do que sucede no campo restrito dos títulos de crédito, que será feita a seguir.

se distancia das idéias exacerbadas do *freis Rechi*, lançadas por Kantorowicz em célebre planfeto ("Der Kampf um die Rechtswissenschaft", escrito em 1906 sob o pseudônimo de Gnaeus Flavius); nas palavras do supervisor da Comissão Revisora, "a Ciência do Direito contemporânea não se deixou seduzir pelo canto de sereia do Direito Livre, continuando, em linhas gerais, a preferir as imperfeições de um Direito determinado ao risco de um Direito determinável, em cada caso, pelo juiz. Prevaleceu, em suma, o valor da certeza, que é irmã gêmea da segurança (...) a Hermenêutica Jurídica atual não consagra as teses extremadas do Direito Livre, desenvolvendo, de maneira orgânica, a compreensão histórico-evolutiva, entendendo a norma jurídica, como temos ensinado ultimamente, em termos de: a) um *modelo operacional* de uma classe ou tipo de comportamentos possíveis; b) que deve ser interpretado no conjunto do ordenamento jurídico; c) implicando a apreciação dos fatos e valores que, originariamente, o constituíram; d) assim como em função dos fatos e valores supervenientes. É dessa dupla visão, *retrospectiva e prospectiva* da norma, que deve resultar o seu significado concreto, reconhecendo-se ao intérprete um papel positivo e criador no processo hermenêutico" (1.ª ed., Bushatsky, SP, 1973, p. 331, grifos do original).

### 3. Necessidade de uma disciplina geral para os títulos de crédito, codificada ou não. Legislação extravagante

Às dezenas de diplomas legais que cuidavam dos títulos de crédito existentes entre nós vieram se somar outra dezena, durante e após o período de elaboração do Anteprojeto e da tramitação do Projeto, sendo notória a deficiência de que se revestem, ante a ausência de uma lei geral a respeito das características essenciais dos títulos de crédito, e principalmente, de suas formas de circulação.

Para evitar um tratamento extenso e pormenorizado, de há muito a legislação extravagante vem se socorrendo da técnica remissiva, reportando-se à legislação cambial, mais aprimorada, sedimentada e universal. O que não obviou as dificuldades interpretativas, em primeiro lugar porque aquela provém da Convenção de Genebra de 1930, à qual o Brasil aderiu em 1942, constando em nosso ordenamento de forma bruta e inadequada, ou seja, com a determinação, pelo Decreto 57.663/66, da execução e cumprimento dos vários documentos aprovados no conclave realizado na Suíça (texto das três Convenções, Anexo I, Anexo II e protocolos, com tradução feita em Português), complementados, no campo das reservas, pelo Decreto 2.044, de 1908. Infelizmente não se procurou corporificar essa parafernália num único diploma legal, como se deu com a Convenção relativa ao cheque (Lei 7.357, de 1985), tendo-se notícia, apenas, de Anteprojeto com esse propósito, elaborado por Lélío Candiota de Campos, a pedido do Ministro da Justiça, e publicado no Diário Oficial de 11 de janeiro de 1988.

Mas a aprovação da Lei das Letras de Câmbio e Notas Promissórias não representaria, por si só, a solução apropriada, dada a especificidade das cambiais, que torna inadequada, precária e complexa a utilização das remissões na

regulação de títulos de natureza diversa. Havendo, como há, remissão ao “direito cambial”, ou à “legislação cambial”, serão aplicáveis, por exemplo, os dispositivos da Lei uniforme relativos à pluralidade de exemplares (arts. 64 a 66), às cópias (arts. 67 e 68) e às alterações do texto do título de crédito (art. 69)?

3.1 Com efeito, já em 1965 a Lei 4.728 cuidava do certificado de depósito bancário (art. 30) e das chamadas cambiais financeiras (art. 27), ampliando, ainda, a utilização das letras imobiliárias (art. 65), com remissões de aplicação sabidamente tortuosa: “aplicam-se ao certificado de depósito bancário, no que couber, as disposições legais relativas às notas promissórias” (art. 30, § 5.º).

Em 14 de fevereiro de 1967, o Decreto-lei 167 trouxe novo quadro normativo para os títulos de crédito rural, também com remissões dificultosas (“art. 60 — aplicam-se à cédula de crédito rural, à nota promissória rural e à duplicata rural, no que forem cabíveis, as normas de Direito Cambial, inclusive quanto ao aval, dispensado porém o protesto para assegurar o direito de regresso contra o primeiro endossante e seus avalistas”).

O título de crédito de maior incidência na praxe negocial — a duplicata mercantil e de serviços — veio a receber novo tratamento na Lei 5.474/68, que contém remissões mais aprimoradas, mas ainda assim insatisfatórias (“art. 25 — aplicam-se à duplicata e à triplicata, no que couber, os dispositivos sobre emissão, circulação e pagamento das letras de câmbio”).

Quanto aos títulos de crédito industrial, o Decreto-lei 413, de 9.1.1969 repetiu a fórmula no Decreto-lei 167, passando esse diploma legal, contudo, a constituir a base remissiva de dois outros textos leis, com o que se tem uma “técnica” muito peculiar de remissões indiretas, ou de remissão à remissão:

tanto a Lei 6.313/75 (art. 3.<sup>o</sup>), quanto a de 6.840/80 (art. 5.<sup>o</sup>), que tratam, respectivamente, dos títulos de crédito à exportação e dos títulos de crédito comercial, dispõem que serão a eles aplicáveis os dispositivos do Decreto-lei 413/69, que por sua vez se reporta “no que forem cabíveis, as normas de Direito Cambial” (art. 52).

Importantes contribuições à matéria foram trazidas ou regulamentadas pela legislação das sociedades por ações e mercado de capitais, promulgada em 1976. Na Lei 6.404, o certificado de depósito de ações e as debêntures e seus certificados de depósito (art. 63), têm a sua transferência, por endosso, disciplinada, “no que couber, pelas normas que regulam o endosso dos títulos cambiários” (art. 43, § 5.<sup>o</sup>). Já as partes beneficiárias e seus certificados de depósito (art. 50), cuja circulação era regulada, por remissão, pela norma aplicável às ações endossáveis (art. 32, § 5.<sup>o</sup>), restaram sem disciplina, nessa matéria, uma vez que o último dispositivo citado veio a ser revogado pela Lei 8.021/90.

A Lei 6.385, por sua vez, instituiu a categoria dos valores mobiliários, indicando aqueles estão sujeitos ao seu regime jurídico e os dele excluídos (art. 2.<sup>o</sup>), com o que acendeu polêmica sobre sua relação, de continência, conteúdo ou conexão, com o instituto dos títulos de crédito.

Por fim, a recém promulgada Lei 8.929, de 22.8.94, valeu-se também de remissão, ao afirmar que à Cédula de Produto Rural, curiosamente designada em seu texto apenas pela sigla abreviada “CPR”, aplicam-se, “no que forem cabíveis, as normas de direito cambial” (art. 10, com as modificações previstas em seus três incisos).

Mas a perplexidade que assalta o intérprete ao examinar os títulos de crédito recém-instituídos ganha vulto ao se analisar a Lei 7.684/88, que estabe-

lece condições para a emissão de Letras Hipotecárias, que denota a hesitação com que se houveram os que contribuiriam para sua redação e aprovação. Embora se refira ao saque dessas letras (art. 1.<sup>o</sup>), prevendo que poderão adotar a forma nominativa, endossável ou ao portador (art. 1.<sup>o</sup>, § 1.<sup>o</sup>), do que decorre que também poderão circular por endosso, o aludido diploma legal não faz qualquer remissão às normas de direito cambiário, ou a qualquer outro texto legal que a estas se reportem, ficando no limbo a disciplina que, na espécie, deverá regular, v.g., a sua emissão, circulação, pagamento e garantia.

3.2 Esse esquema de remissões (e mesmo omissões), que é encontrado em leis anteriores relativas a várias espécies de títulos de crédito, defronta-se com outra ordem de dificuldades, resultante da disciplina dicotômica atualmente vigente, acerca da aquisição de títulos de crédito a *non domino*. Como se sabe, não prevalece no Código Civil, ao contrário do que sucede na legislação cambial, a regra traduzida na fórmula *en fait de meubles possession vaut titre*, uma vez que o art. 622, complementado pelos arts. 521, 1.541 e 1.542, alberga o princípio romano segundo o qual *nemo plus iuris in alium transferre potest plus quam ipse habet* (princípio acolhido de forma mitigada no art. 1.268 do Projeto). A Lei Uniforme de Genebra sobre letra de câmbio e notas promissórias (art. 16), reiterando o que já constava do Decreto 2.044 (art. 39), adota fórmula inversa, privilegiando os direitos do possuidor de boa-fé, pedra de toque da disciplina os títulos de crédito, por tornar fácil e segura a circulação desses documentos.

À lei básica dos títulos de crédito caberá harmonizar esses ditames, optando, tal como consta dos arts. 898 e 907, parágrafo único, do Projeto, pela última diretriz (em caráter de exceção ao dis-

posto no art. 1.268), que então passará a constituir a solução única para as relações cartulares, mercantis ou civis.

3.3 Esses fatores, por si só, já recomendariam a adoção de uma disciplina geral para os títulos de crédito, seja através de uma lei geral (como se dá no México), seja no contexto da unificação do direito obrigacional (cf. o Código de Obrigações suíço e o Código Civil italiano, de 1942) — afigurando-se preferível esta última alternativa, não só pelos motivos já expostos, mas também porque, como salientava Ascarelli, “não se deve considerar os títulos de crédito, isoladamente, no sistema do direito. Ao contrário, cumpre estudá-los (e agora discipliná-los, acrescentamos nós, como o fez o Código Civil italiano) nas conexões que têm com institutos mais gerais”.<sup>14</sup> Com o que ficará superada a conhecida polêmica entre a distinção dos títulos civis e comerciais.<sup>14A</sup>

Ter-se-à, assim, um conjunto homogêneo de preceitos gerais, comuns aos títulos de crédito em espécie, conferindo-se organicidade aos sistema, ao qual irão necessariamente se integrar os documentos que vierem a ser legislativamente reconhecidos como tal, pautados por suas regras gerais, que a eles se aplicarão, no que não forem diversamente disciplinados (art. 905 do Projeto).

#### 4. Premissas estruturais do projeto: criação de títulos inominados ou atípicos. Observações críticas: por uma mudança de ênfase

E aqui aparece outra função da reclamada lei geral, sobre a qual foi depositada toda a ênfase da regulamentação projetada, que é a de permitir a criação

14. “Teoria Geral dos Títulos de Crédito”, cit., p. 3.

14-A. V., a respeito, Waldírio Bulgarelli, *Títulos de Crédito*, 9.ª ed., Atlas, SP, 1992, pp. 98-99.

de títulos de crédito inominados ou atípicos; nas palavras de Mauro Brandão Lopes, neste “objetivo está o principal valor do Projeto”, e na opção por persegui-lo reside a “questão fundamental, que foi preciso responder (e que) não é jurídica: é de política legislativa”.<sup>15</sup>

Nessa ordem de idéias, o Projeto instituiu uma categoria intermediária de documentação de direitos creditícios, a meio caminho entre os chamados “créditos de direito não-cambiário” — oriundos de negócios jurídicos celebrados por instrumento particular ou público — e os títulos de crédito típicos.

Daí o tratamento da matéria vir em Título distinto (VIII) daquele consagrado às declarações unilaterais de vontade (Título VII), uma vez que os títulos atípicos ou inominados, embora contendo declarações cartulares unilaterais, não se incluem entre os negócios jurídicos relativos a direitos não-cambiários.<sup>16</sup>

15. O Professor Mauro Brandão Lopes, como bem acentuou Fábio Konder Comparato em nota de homenagem redigida por ocasião da aposentadoria do saudoso mestre, por limite de idade, das funções de Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP, é detentor de “bibliografia rica e variada, (que) não dá infelizmente a exata dimensão das qualidades morais que exornam a sua personalidade” (e do seu profícuo e amplo trabalho, em matéria de títulos de crédito, acrescentamos nós). Por esta razão, valem-nos, para o que vem referido no texto, das exposições justificativas aos Anteprojeto e Projeto, bem como da gravação em video-tape da conferência que proferiu em 20.11.84, na Câmara Municipal de São Paulo, no Curso sobre a Reforma do Código Civil, patrocinado pela Associação dos Advogados de São Paulo e disponível na Videoteca desta entidade, sob n. 006. A nota de Comparato e a bibliografia de Mauro Brandão Lopes foram publicadas na *RDM*, vol. 64, outubro-dezembro de 1986, pp. 7-8.

16. Ficando, assim superada a objeção levantada por Antonio Mercado Júnior (In “Observações sobre o anteprojeto de Código Civil quanto à matéria dos títulos de crédito”.

Tal opção consiste em permitir a criação de documentos necessários ao exercício do direito literal e autônomo neles contidos (art. 889 do Projeto), sem as formalidades previstas nos arts. 82 e 135 do Código Civil (art. 221 do Projeto), aptos a agregarem garantia de terceiros, de modo mais ágil e simplificado do que a fiança (arts. 1.481 e ss. do Código Civil; Projeto, arts. 818 e ss.), porque consubstanciada em simples aposição da assinatura do garante (o aval, arts. 899 e 900 do Projeto). Sem ficarem adstritos ao regime igualmente solene e dificultoso da cessão civil de créditos, constante do art. 1.065 do Código Civil (arts. 286 e ss. do Projeto), esses documentos incorporam direitos suscetíveis de transferência por termo, tradição ou endosso, mas neste último caso ficam despojados das prerrogativas próprias dos títulos de crédito típicos, ou seja, não contam, salvo cláusula expressa em contrário, com a responsabilidade solidária dos endossantes (art. 916 do Projeto), acrescentando-se o fato de que todos os títulos atípicos, independentemente de sua forma de circulação não são protestáveis, e, em princípio, não têm a qualidade de títulos executivos extrajudiciais (v. item 9).

Atentou-se, assim, para a tendência atual e irreversível, verificada sobretudo no campo empresarial, de tornar mais célere e fácil a assunção e a circulação de direitos e obrigações, o que será propiciado, como se viu, por essa categoria intermédia de documentos. Que terão, no Projeto, apoio e corretivo, como esclarece a sua exposição justificativa: “apoio, porque terão maior força

jurídica do que os créditos de direito não-cambiário, embora menor força do que os títulos regulados em leis especiais, como a letra de câmbio e a nota promissória; corretivo, porque se evitarão títulos sem requisitos mínimos de segurança, os quais ficarão desautorizados pelo Código Civil”.

O intento declarado foi, portanto, o de (1.º), fixar os requisitos mínimos dos títulos de crédito — art. 891 do Projeto e (2.º), permitir a criação de títulos de crédito atípicos ou inominados, com menos vantagens em relação aos títulos de crédito típicos, reconhecidos em leis especiais. Com base no princípio da livre iniciativa, pedra angular da ordem econômica (Constituição de 1988, arts. 1.º e 170), visou-se desembaraçar a atuação e a criatividade do meio empresarial (“deixando assim aberta a porta às necessidades econômicas e jurídicas do futuro”, como diz o projetista), que está nas raízes do próprio instituto, originário, como sabido, da praxe mercantil, consolidada num primeiro momento nos estatutos corporativos, para, ao depois, receber a sanção do direito estatal. A criação de títulos inominados ou atípicos, que, entre nós, conta com a opinião favorável de juristas do porte de Carvalho de Mendonça e Pontes de Miranda, é largamente admitida no Direito italiano.

Neste, a doutrina venceu longas discussões, inclinando-se atualmente pela validade e utilidade da criação de títulos atípicos, em razão, sobretudo, da promulgação da Lei 214, de 1974, modificada pela Lei 77, de 1983 e pelo Decreto-lei 85, de 1992, que obviou as críticas calcadas nos perigos derivados da emissão especulativa de títulos atípicos em série ou em massa, posto que a colocação desses valores mobiliários, junto ao público, passou a sujeitar-se, no direito peninsular, ao controle da Consob (Comissão Nacional para a Sociedade e a Bolsa). É ocioso assinalar que no direito brasileiro o quadro é semelhante, dada a

*RDM 9/113-133*). O Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado (IBDCC), em reuniões para discussão das propostas de Mercado Júnior, aprovou o tratamento dos títulos de crédito em Título diverso daquele consagrado às declarações unilaterais de vontade (*RDM 9/135-137*).

correspondência entre aquela agência e a Comissão de Valores Mobiliários (Lei 6.385/76).

Os fundamentos invocados alhures em prol dessa colocação não se limitam a essa ordem de apreciações, assentando-se, outrossim, nas mesmas razões acima mencionadas: privilegiar a criatividade no meio empresarial, cuja dinâmica não se compadece com os formalismos ou a precariedade inerentes à prova dos negócios jurídicos em geral, nem com apoucada segurança e dificuldades inerentes ao mecanismo da cessão civil de créditos, fundado no princípio *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet* e sujeita a iguais formalidades, além da notificação prévia ao devedor.<sup>17</sup>

O que não pode deixar de estar presente, ao se analisar esse aspecto da proposição, é que os títulos inominados ou atípicos não são documentos com vocação de serem produzidos em massa, consistindo, antes, em categoria documental intermédia apta a atender demandas negociais típicas; se determinado título atípico criado na praxe empresarial vier a apresentar interesse significativo, sua utilização mais intensiva por certo se traduzirá em regulamentação própria, através de lei especial, como se deduz da própria história do direito cartular. E esse emprego limitado dos títulos atípicos nenhum risco apresenta, mormente para o mercado de capitais ou para o público em geral, visto que sua colocação e circulação, nele, é vedada pela Lei 6.385/76.

4.1 As críticas formuladas ao art. 889 do Projeto, que constitui a viga mestra do Título VIII, embora parcialmente procedentes, perdem muito de sua consistência diante das finalidades acima

17. V., a respeito, resenha feita por Gian Franco Campobasso, "Diritto Commerciale", vol. 3, UTET, Torino, 1993, pp. 214-215.

apontadas e das próprias premissas por que se pautaram os trabalhos da Comissão. Há, no artigo, uma definição de título de crédito, declaradamente operacional, que se baseia no célebre conceito de Vivante, mas com a utilização do termo "contido", ao invés de "mencionado" — e aí aproveitando a imagem plástica da "incorporação", de rigor técnico discutível (no que a discussão se reduziria a preferências terminológicas) —, que é de grande utilidade para os fins colimados, exatamente por destacar que se trata de uma categoria especial de documento, que incorporar e permite a mobilização de direitos creditícios distintos daqueles inerentes ao negócio subjacente, tanto que "a omissão de qualquer requisito legal, que tire ao escrito a sua validade como título de crédito, não implica a invalidade do negócio jurídico que lhe deu origem" (art. 890).

4.2 Afirma-se, ademais, que o dispositivo é tautológico, porque contém a definição de título de crédito, noção inexistente fora da ciência do direito, pois constitui tradução doutrinária simplificada da regulamentação normativa extravagante, que tem por objeto "fatispecies" determinadas, às quais não se aplicariam as disposições gerais do Projeto.

A crítica procederia se esse complexo de normas especiais não padecesse, entre nós, das deficiências acima apontadas, e se o Projeto não visasse permitir a criação de títulos atípicos, incluindo não só uma definição normativa, de cunho operacional (art. 889), mas também, e congruentemente, a explicitação tipológica dos requisitos mínimos que determinado documento deve preencher para ser reputado como tal (art. 891). É certo que o Projeto não se aplicará, em princípio, aos títulos de crédito já devido e completamente tratados em leis especiais (notadamente às letras de câmbio, notas promissórias e cheque), não apenas em

razão da vinculação do país a tratados internacionais, mas porque suas disposições gerais não coincidem exatamente (mas deveriam coincidir — item 6) com os lineamentos básicos desses títulos-paradigma. Sucede que em relação aos já existentes, com disciplina incompleta, e, sobretudo, aos que vierem a merecer a atenção do legislador, a regra do art. 905 do texto projetado pode ensejar dúvidas: “salvo disposição diversa em lei especial, regem-se os títulos de crédito pelo disposto neste Código”. Daí a harmonizadora aqui preconizada (v. item 10 e Nota 58).

Crítica de igual teor foi formulada por Túllio Ascarelli, em estudo específico, mas diante de quadro normativo diverso, pois o *Codice Civile*, além de não conter qualquer definição normativa, alude reiteradamente a *titolo di credito*, para determinar a aplicação de vários de seus dispositivos (arts. 1.531, 1.992, 1.993, 1.994, 1.996, 2.005, 2.006 etc.), o que conduz, efetivamente, a um círculo vicioso.<sup>18</sup> Com isso, ressentem-se a lei italiana, como assinala Ferri, de determinação expressa do fenômeno prenормativo sobre o qual devem incidir os seus mandamentos.<sup>19</sup> Ora, o Projeto objetiva, com as soluções alvitadas, superar essa ordem de dificuldades, alvo de intensas discussões na doutrina peninsular.<sup>20</sup>

18. “Sul Concetto di Titolo di Crédito e sulla disciplina del Titolo V Libro IV del Nostro Codice”, publicado em seus “Saggi di Diritto Commerciale”, 1.ª ed., Giuffrè, Milano, 1955, pp. 567 e ss.

19. *Apud* Filippo Chiomenti, “Il Titolo di Credito. Fattispecie e disciplina”, 1.ª ed., Giuffrè, Milano, 1977, p. 3.

20. Contrariamente à opinião de Ascarelli, Filippo Chiomenti obtemperou mais recentemente que “l’assenza di una determinazione espressa della fattispecie cartolare non costituirebbe una lacuna della legge (...) nemmeno un difetto di tecnica legislativa (...) rigolando il titolo di credito como strumento

## 5. Análise tópica do Projeto. Propostas de modificações: Títulos impróprios

As objeções endereçadas a esse aspecto do Projeto têm certa pertinência no ponto em que afirmam que tanto a definição, como a tipologia, são aptas a albergar documentos que não são títulos de crédito, ou seja, os títulos e comprovantes de legitimação, também designados títulos impróprios. O autor do projeto considerou-as improcedentes, sustentando que a questão fica resolvida com a aplicação conjunta dos arts. 889 e 891,<sup>21</sup> embora reconhecesse que o último dispositivo permite a criação de documento que confira apenas direito de legitimação, com o que teríamos um título de crédito atípico ou inominado, mas impróprio, ou seja, que não se encaixa de todo na definição do art. 889.

di mercato, la legge ha recepito il mercato como fonte di determinazione dell’ambito della disciplina cartolare. Non esiste quindi la pretesa lacuna legislativa nella fissazione dei presupposti di applicazione della disciplina degli art. 1.992 ss. c/c” (Ob. cit., p. 632). O que não significa a ausência de problemas interpretativos, de monta; como salienta Frederico Martorano, fica “all’interprete la soluzione di un problema dietro il quale si cela un duplice interrogativo; da un lato quello dei connotati giurudici che un documento assume per effetto della sua sottoposizione alla disciplina di cui agli art. 1.992 ss. (definição normativa), dall’altro quello connotati di fato che un documento deve presentare per essere sottoposto a quella disciplina medesima (definição tipologica)” (verbete “Titoli di Credito”, publicado no vol. XLIV da “Enciclopedia del Diritto”, Giuffrè, 1992, p. 575).

21. Opinião compartilhada pelo IBDDC, que rejeitou proposta de “inclusão de dispositivo semelhante ao do art. 2.002 do Código Civil Italiano”, no sentido da não-aplicação das disposições gerais do título de crédito aos documentos de legitimação e títulos impróprios” (ob. cit., p. 136).

Para eliminar dúvidas e discussões sobre a distinção entre títulos de crédito e títulos impróprios,<sup>22</sup> caberia incluir no Projeto um dispositivo específico para os títulos e comprovantes de legitimação, à semelhança do art. 2.002 do Código Civil italiano, conforme já foi sugerido por Antonio Mercado Junior.<sup>23</sup>

## 6. Segue: As disposições gerais. A “descartularização” dos títulos de crédito

A restrição mais relevante que pode ser oposta à concepção básica do Projeto, reside no distanciamento de alguns de seus dispositivos de normas fundamentais da Lei Uniforme de Genebra sobre letras de câmbio e notas promissórias (LU), o que é explicável pela ênfase exclusiva emprestada à criação de títulos atípicos, sem que se o erigisse numa verdadeira e apropriada lei geral dos títulos de crédito, a despeito do que consta em seu art. 905.

Mas não parece difícil fazer também privilegiar esta função,<sup>24</sup> colocando-a em pé de igualdade com a de permitir a criação

de títulos atípicos, posto que já estão lançadas no texto projetado as bases ou os requisitos mínimos dos títulos de crédito. Para tanto, bastaria compatibilizá-lo, o que for pertinente, com as soluções da legislação cambial, que em nosso direito, desde a promulgação do tecnicamente primoroso Decreto 2.044, de 1908, vem-se constituindo na base de remissão da legislação extravagante, e ainda porque, como lembra Valeri, “historicamente a cambial tem sido o núcleo, em torno do qual a construção teórica e a disciplina positiva de toda a matéria se têm vindo formando”.<sup>25</sup>

6.1 Nessas condições, não desfiguraria Projeto, nem comprometeria as suas linhas básicas, na parte atinente às disposições gerais, a adoção de modificações destinadas a (a), estabelecer o lugar designado ao lado do nome de emitente como regra supletiva, aplicável no caso de omissão do lugar de emissão e pagamento — para que o art. 891, § 2.º do Projeto se harmonize com o art. 2.º, alíneas 3.ª e 4.ª, da Lei Uniforme (LU);<sup>26</sup> (b) eliminar a vedação da cláusula de juros e a proibitiva de endosso<sup>27</sup> — idem,

22. V., a propósito, Fábio Konder Comparato, “Projeto de Código Civil”, *RDM* 17/179.

23. Mercado Jr., ob. cit., p. 126. O texto desse artigo, que precederia o de n. 907, teria a seguinte redação: “Art. 906 — As disposições deste Título não se aplicam aos títulos e comprovantes de legitimação, que se destinam apenas a identificar aquele que tem direito à prestação, ou para permitir a transferência do direito sem as formalidades da cessão civil”.

24. Também é considerada louvável, por Fran Martins, a instituição de um conjunto de “regras comuns a todos os títulos de crédito”, que no entanto julga imprescindível perfilar o Projeto de normas fundamentais da Lei Uniforme (“Os Títulos de Crédito no Projeto de Código Civil”, considerações feitas perante a Comissão Especial da Câmara dos Deputados, publicadas na *RDM*, vol. 17, pp. 127 e ss.). Nesse sentido, v. também Rubens Requião, “Projeto de Código Civil”, *RDM* 17/133-173.

25. *Apud* Antonio Mercado Júnior, ob. cit., p. 113.

26. Dando-se ao art. 891, § 2.º, a seguinte redação: “Considera-se lugar de emissão e pagamento, quando não indicado no título, o lugar designado ao lado do nome do emitente ou devedor final”. A expressão “devedor final” (que equivaleria a sacado, conforme o caso) é mantida porque se trata de regulação de títulos atípicos. Com isso ficam atendidas as sugestões de Fran Martins (ob. cit., pp. 127-128) e de Antonio Mercado Junior, valendo notar que este último jurista aponta, com razão, as dificuldades que a norma projetada poderia causar, no caso de título aqui emitido, v.g., por turista domiciliado no estrangeiro (ob. cit., p. 120).

27. A transferência do título por endosso constitui, na atual concepção do Projeto, um dos elementos caracterizadores dos títulos atípicos, enquanto categoria intermédia de documento creditório; acreditamos, contudo, que a possibilidade da emissão de título não

art. 892 e arts. 11 e 48 da LU;<sup>28</sup> (c) inverter a regra sobre a responsabilidade do endossante, para que o art. 916 do Projeto corresponda à solução contida no art. 15 da LU;<sup>28-A</sup> (d) permitir o aval parcial, admitindo-se, ademais, que todas as espécies de títulos de crédito possam contar com essa garantia cartular<sup>29</sup> — idem, art. 899 e art. 30 da LU.<sup>30</sup>

à ordem, ou da inserção dessa cláusula *a posteriori* não desfigura essa categoria, pois mesmo com tal estipulação o título atípico, embora se aproxime de uma declaração unilateral de vontade, civil (v.g., confissão de dívida), desta continua a diferenciar por permitir o aval.

28. "Art. 892 — Consideram-se não escritas no título a cláusula excludente de responsabilidade pelo pagamento ou por despesas, a que dispense a observância de termos e formalidades prescritas, e a que, além dos limites fixados em lei, exclua ou restrinja direitos e obrigações". A diversa regulamentação da LU, que permite a cláusula excludente de responsabilidade pelo pagamento e a "sem despesas" é típica das cambiais, não sendo indispensável ou comum aos demais títulos de crédito, afigurando-se desaconselhável admiti-las, ademais, quando se trata da regulação de títulos atípicos (contra, Fran Martins, ob. cit., pp. 128-129). Sobre a eliminação da proibição da cláusula de juros, v. também, a manifestação da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, publicada no volume "Código Civil Brasileiro", ed. do Senado Federal, Brasília, 1985, pp. 247-253.

28-A. Passando o art. 916, *caput*, a ter a seguinte redação: "Art. 916 — Ressalvada cláusula expressa em contrário, responde o endossante pelo cumprimento da prestação constante do título, podendo proibir novo endosso e, neste caso, não garante o pagamento às pessoas a quem o título for posteriormente endossado".

29. Se a possibilidade de criação de títulos atípicos é admitida para remover óbices à inventividade empresarial, não há porque limitar o aval aos títulos que contenham obrigação de pagar soma determinada, posto que a garantia poderá apresentar utilidade, por exemplo, no caso de títulos representativos de mercadorias fungíveis, como as "commodities".

30. "Art. 899 — O pagamento de título de crédito pode ser no todo ou em parte garantido

Para o primeiro Capítulo do Título VIII, que versa sobre as disposições gerais, caberia ainda deslocar, para torná-las comuns e homogêneas, as regras referentes ao pagamento e à legitimação para o exercício do direito cartular, prevista de modo díspare no Projeto (arts. 907, 913 e parte final dos §§ 1.º e 2.º do art. 925), concentrando-se no art. 903,<sup>31-32</sup> bem como a matéria relativa à oponibilidade de exceções, disciplinada sem a desejada harmonia somente em relação aos títulos ao portador (art. 908) e à ordem (arts. 917 e 918).<sup>33</sup>

por aval". Fica suprimido o parágrafo único do art. 899 do Projeto.

31. A exigência da prova da autenticidade da assinatura de todos os endossantes (art. 925, § 2.º, *in fine*), além de inviabilizar a negociação e transferência sucessiva dos títulos nominativos endossáveis, conflita com praxe, sedimentada ao longo da vigência entre nós de soluções opostas (Lei 4.728/75, art. 34, § 4.º e Lei 6.404/76, art. 32).

32. Reformulando-se a redação do art. 903, que cuida da legitimação e do pagamento dos títulos de crédito: "Art. 903 — Fica validamente desonerado o devedor que paga título de crédito ao legítimo possuidor, no vencimento, sem oposição, salvo se agiu de má-fé. § 1.º — O portador tem direito à prestação nele indicada, e está legitimado para o exercício do direito contido no título, mediante a simples apresentação deste, ainda que tenha entrado em circulação contra a vontade do emitente. § 2.º — Considera-se legitimado o possuidor do título à ordem com série regular e ininterrupta de endossos, ainda que o último seja em branco. Aquele que paga está obrigado a verificar a regularidade da série de endossos, mas não a autenticidade das assinaturas. § 3.º — Pagando, pode o devedor exigir do portador legitimado, além da entrega do título, quitação regular." Ficam suprimidos os arts. 907, 913 e a parte final dos §§ 1.º e 2.º do art. 925 do Projeto.

33. Mediante a inserção de novo artigo, na seqüência do de n. 903, com a seguinte redação: "Art. 904 — O devedor só poderá opor ao portador exceção fundada em direito pessoal, em nulidade de sua obrigação ou vício relativos à forma e ao conteúdo literal do

6.2 Todas as demais disparidades apontadas entre o Projeto e a Lei Uniforme,<sup>34</sup> ou são de ordem puramente redacional, ou se relacionam a aspectos específicos das cambiais, que não integram aquele núcleo comum a todos os títulos de crédito.

É o caso, (a) do termo “contido”, constante do art. 889, que não obstante a conhecida polêmica em torno da definição de Vivante e da imagem plástica da “incorporação”, foi deliberadamente escolhido para melhor caracterizar a categoria intermédia dos títulos atípicos ou inominados, juntamente com o disposto no art. 895 (“a transferência do título de crédito implica a de todos os direitos que lhe são inerentes”);<sup>35</sup> (b) da palavra “emissão”, constante dos arts. 891 e 893 (e que também figura na epígrafe do Cap. I da LU), que é mais conhecida e usual do que “criação” do título, a despeito do rigor técnico desta, e, mesmo, de sua melhor adaptação ao que dispõe o art. 907, parágrafo único;<sup>36</sup> (c) da regulação do título incompleto (art. 893); (d) do art. 895 já citado, corolário da “incorporação”;<sup>37</sup> (e) dos efeitos do cancelamento do aval — art. 900, § 2.º; (f) do chamado aval póstumo

— art. 902;<sup>38</sup> (g) da quitação do título (art. 903).

6.3 De outra parte, é de todo recomendável que a lei geral de regência dos títulos de crédito não perca a oportunidade de contemplar o fenômeno verificado mais recentemente na praxe negocial, de propagação inevitável em virtude da informática e das modernas técnicas de administração, relativo à chamada “descartularização”, mais frequente no campo de utilização das duplicatas, embora já reconhecido, limitadamente, em lei (Lei 6.404/76, art. 34).<sup>39</sup>

Com efeito, nas operações de desconto e cobrança a duplicata, muitas empresas já não vêm criando fisicamente o título (que é de emissão facultativa), limitando-se ao procedimento simplificado de emissão da nota fiscal-fatura (Lei 5.474/68, art. 1.º c/c art. 19, § 7.º, do Convênio Sinief, de 1970), por computador, cujos caracteres são transmitidos à instituição financeira, pelo sistema “on line” ou através de “disquetes”, visando a remessa do aviso de cobrança ao sacado. Nas operações normais, que se completam com o pagamento, a ausência de obrigação cartular validamente constituída, e do título, não causa maiores percalços, inclusive para a quitação da obrigação, uma vez que também constitui prova o pagamento, o recibo em separado ou o cheque qualificado (Lei 5.474/68, art. 9.º).

O problema se põe quando o sacado não paga, tornando-se inadimplente quanto ao negócio subjacente. Exsurge, então, a necessidade da constituição da obrigação cartular, e do título respectivo, tanto para o protesto, quanto para aparelhar a execução (Lei 5.474/68, art.

títulos. Parágrafo único — As exceções, fundadas nas relações pessoais do devedor com os portadores precedentes, somente poderão ser por ele opostas ao portador se este, ao adquirir o título, tiver agido de má-fé”. Ficam suprimidos os arts. 908, 917 e 918 do Projeto.

34. V.g., por Antonio Mercado Júnior e IBDCC, ob. cit., *passim*; Fran Martins e Rubens Requião, obs. cit., *passim*.

35. O art. 895, como sabido, consagra a fórmula contida no art. 14 da LU.

36. O art. 907, segundo proposta consta da Nota 31, supra, será suprimido, com a inclusão de suas disposições no art. 903.

37. E aqui parecendo desnecessário explicitar que se trata dos direitos cartulares, principais e acessórios. Contra, Mercado Jr. e IBDCC, ob. cit., pp. 121 e 134; Fran Martins, ob. cit., p. 129.

38. Contra, Fran Martins, ob. cit., pp. 130-131.

39. V., a respeito, Newton de Lucca. “A Cambial-Extrato”, 1.ª ed., RT, SP, 1985.

13, e art. 15, inc. II, c/c CPC, art. 585, inc. I), esbarrando sua emissão *a posteriori*, no entanto, na letra do art. 2.º da Lei das Duplicatas, segundo a qual “no ato da emissão da fatura, dela poderá ser extraída uma duplicata” (art. 2.º). Esse óbice tem sido contornado na prática mediante a criação física da duplicata, posteriormente à data da emissão da nota fiscal-fatura (porém com a mesma data desta), com base em três ordens de argumentos, todos precários. De um lado, destaca-se que cabe ao sacado provar a diversidade entre as duas datas, e, assim, o descumprimento da lei e a eventual nulidade do título, “prova diabólica” que sequer pode ser subsidiada com o indício de que o título inexistira porque não foi remetido, para aceite (Lei 5.474/68, art. 6.º).<sup>40</sup> De outra parte, sustenta-se que a impressão dos caracteres em computador já atende o disposto no art. 2.º da Lei de Duplicatas, constituindo sua emissão física mera reprodução do que já se acha criado e

40. E isto porque nossos Tribunais, atentos para o que ocorre na prática mercantil, e diante das dificuldades e burocracia que o art. 6.º da Lei de Duplicatas encerra, vêm considerando suficiente o aviso dado ao sacado (pelo comerciante, ou mais freqüentemente, pelo banco) sobre o valor, data e local de pagamento — no pressuposto razoável, de que o comprador conhece o teor da obrigação, por haver recebido a nota fiscal-fatura que acompanha o trânsito das mercadorias e que lhe é entregue, juntamente com estas, constituindo o título mero “duplicado”, como diz o art. 219 do Código Comercial, daquele documento mercantil. Nesse sentido, v. acórdão da 7.ª C. do 1.º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo: “se a duplicata se caracteriza por ser um título de apresentação, temos que convir que a dívida é ‘querable’ e não ‘portable’ e, sendo assim, há muito mais mora do credor do que do devedor, se chegado o dia do vencimento, o portador não diligencia na sua apresentação, ou pelo menos não avisa o obrigado da data do vencimento e do local onde deve resgatar o título.” (in Boletim AASP 1.618. 13.3.1990, p. 56).

escriturado, pelo computador (Lei citada, arts. 2.º e 19, notadamente o § 3.º deste).<sup>40-A</sup> Chega-se mesmo ao extremo de afirmar, por fim, que não é defesa a emissão, no caso, de triplicata, a despeito do disposto no art. 23 da lei.<sup>41</sup>

Todos esses problemas, que poderiam ser solucionados tipicamente mediante a adaptação da Lei de Duplicatas, não podem deixar de ser enfrentados quando se cogita da regulamentação geral, posto que tendem a se estender, como foi dito, aos demais títulos de crédito, sobretudo aos criados por saque, como as letras de

40-A. Como sabido, o Livro de Registro de Duplicatas constitui “escrita especial” obrigatória para o comerciante que emitir tais títulos (Lei 5.474/68, art. 19), e “poderá ser substituído por qualquer sistema mecanizado, desde que os requisitos deste artigo sejam observados” (§ 3.º). Para os demais livros comerciais, inclusive o Diário, que é o único de escrituração obrigatória, também é admitida a escrituração mecanizada (Decreto-lei 486/69, art. 5.º), podendo o Departamento Nacional do Registro do Comércio estender a autenticação prevista no § 2.º do artigo citado “a impressos de escrituração mercantil que o aperfeiçoamento tecnológico venha a recomendar” (D.L. cit., art. 14). Destarte, a solução preconizada no texto em caráter geral, para todos os títulos de crédito, típicos ou atípicos (de emissão do credor), começam por encontrar respaldo legal nos últimos dispositivos legais citados.

41. Diante da orientação pretoriana de alargar as hipóteses de emissão da triplicata, além dos casos previstos no art. 23. Nesse sentido, v. o seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça: “a retenção da duplicata pelo sacado (que, por evidente, não é hipótese de perda ou extravio do título), não poderia, em princípio, servir de causa à extração de triplicata. Diante da retenção, caberia ao vendedor proceder ao protesto por indicação, conforme o previsto pelo art. 13, § 1.º, *in fine*. Contudo, em larga prática, o comércio tem preferido emitir a triplicata a valer-se do protesto por indicações, conduta essa que tem sido aceita pelos Tribunais como regular (JSTJ 26/76; RT 677/232; 662/187 e 616/97).

câmbio, dada a irreversibilidade da chamada "descartularização", conseqüência natural e inexorável do avanço tecnológico e das necessidades empresariais. Por certo colidiria com as premissas gerais do Projeto (item 2.3, supra) a pretensão de disciplinar por inteiro o fenômeno, ainda não de todo sedimentado; mas a sua regulação parcial, no que já tem de estável e bem experimentado na prática, servirá de ponto de partida para uma futura elaboração mais completa. É o que ora se propõe, em caráter tentativo, para exame e discussão dos mais doutos, com o acréscimo de um novo parágrafo ao art. 891 do Projeto.<sup>42</sup>

42. Com a seguinte redação: "Art. 891 — (...) § 3.º — O título poderá ser emitido a partir dos caracteres criados em computador ou meio técnico equivalente e que constem da escrituração do emitente, desde que observados os requisitos previstos neste artigo". A redação proposta recorre à distinção entre criação e emissão do título (afastada em termos gerais pelos motivos expostos no item 6.2), atribuindo-lhe, entretanto, outra conotação, ou seja, a de distinguir a impressão dos caracteres por computador na escrituração do sacador (criação) e a sua posterior reprodução (emissão) — o que vale tanto para as duplicatas, quanto para qualquer outro título atípico ou inominado (podendo, mesmo, beneficiar certos títulos, como o CDB's, sendo compatível, ademais, com o mecanismo escritural das ações e obrigações das companhias). A compatibilização dessa fórmula com a definição contida no art. 889 do Projeto deve ser encaminhada a partir do caráter facultativo ou não da emissão do documento (seja do que vier a ser avençado no negócio subjacente, ou mais propriamente, na convenção executiva — cf. Tullio Ascarelli, "Teoria Geral dos Títulos de Crédito", cit. n. 7, p. 67), cujos caracteres já estão criados nos registros escriturais do emitente. A solução não apresenta dificuldades, quando este último é o credor, pois a todo o momento poderá emitir o documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido, além do embasamento legal já referido na Nota 40-A, supra. a proposição encontra fundamento no

## 7. Segue: Títulos representativos de mercadorias

Quanto aos títulos representativos de mercadorias, caberia explicitar, didaticamente, que seu portador legitimado tem direito não somente a transferi-lo ou de receber as mercadorias, mas também delas dispor, o que se dá *pari passu* com a transferência do título.<sup>43</sup>

O art. 897, que cuida da vinculação das mercadorias ao título, enquanto estes estiverem em circulação, para efeito de dação das mesmas em garantia, parece suficientemente explícito, sem embargo das opiniões em contrário.<sup>44</sup>

## 8. Segue: Títulos ao portador, à ordem e nominativos

No que concerne aos títulos ao portador, admitindo-se como conjuntural a Lei 8.021/90, caberia, tendo em vista a dupla função do texto projetado, acima defendida, incluir a sua definição legal, a exemplo da orientação seguida pelo Projeto quanto aos títulos nominativos (art. 923), tomando-se por base o conceito constante do art. 5.º, alínea 2.ª, da

regime jurídico próprio dos livros mercantis, pois é na escrituração regular que se achará registrado o negócio subjacente, que pelo teor deste, ou pela convenção executiva, ensejará a emissão do título de crédito, que por sua própria natureza importará em algo mais do que uma simples prova pré-constituída (v. especialmente o art. 23 do Código Comercial, c/c art. 379 do CPC — v., sobre o assunto, Trajano de Miranda Valverde, "Força Probante dos Livros Comerciais", Forense, 1960).

43. Adotando-se a redação preconizada pelo IBDCC (ob. cit., p. 134): "Art. 896 — O portador legitimado de título representativo de mercadorias tem o direito de recebê-las, entregando o título quitado e pagamento as despesas devidas, ou delas dispor mediante a transferência do título".

44. Mercado Jr. e IBDCC, ob. cit. pp. 122 e 134.

Lei Uniforme relativa ao cheque;<sup>45</sup> idêntica solução deve ser coerentemente adotada em relação aos títulos à ordem.<sup>46-47</sup>

A disciplina dos títulos nominativos e à ordem também estaria a comportar alterações, tendo-se presente que os primeiros, no Projeto, comportam tanto transferência por termo, quanto por endosso (arts. 924 e 925). Nesse sentido, conviria (a) admitir-se o endosso em branco nos títulos nominativos endossáveis<sup>48</sup> (art. 925, *caput*), a exemplo do que já está previsto nos títulos à ordem (arts. 912 e 913) — idem, arts. 12 e 13 da LU;<sup>49</sup> (b) dispensar o endossatário de título nominativo de comprovar a autenticidade da assinatura de todos os endossantes,<sup>50</sup> tal como sucede nos títulos à ordem (art. 913) — idem, art. 925, § 2.º e art. 16 da LU — unificando-se a disciplina da averbação e

45. “Art. 908 — É título ao portador aquele cujo texto não mencione o nome do credor da prestação, ou, embora o mencionando, contenha a cláusula ‘ao portador’, ou expressão equivalente.”

46. Cf. sugestão de Mercado Jr., que dividiu as discussões no IBDC (ob. cit., pp. 128 e 136-137);

47. “Art. 913 — É título à ordem, transferível por endosso, aquele que contenha, no contexto, a indicação do nome do credor e a cláusula ‘à ordem’, ou expressão equivalente.”

48. Os títulos nominativos endossáveis, no ciclo de transferências cartulares, obedecem o regime próprio dos títulos de crédito, o que não obsta o endosso em branco, conforme se dá na praxe do mercado, sedimentada ao largo do disposto na Lei 4.728/65, art. 34 e Lei 6.404/76 e no art. 32, § 5.º, desde que se criem mecanismos de proteção quanto aos títulos ainda não integralizados (cf. Nota 51).

49. “Art. 924 — O título nominativo também pode ser transferido por endosso.”

50. V. nota 32, supra; reitera-se que a exigência dessa comprovação contraria a tradição de nosso Direito positivo, dificultando ao extremo a circulação dos títulos nominativos endossáveis.

da expedição de novo título, atualmente previstas nos §§ 2.º e 3.º do art. 925, inclusive quanto aos títulos não integralizados.<sup>51</sup>

As demais disposições sobre a validade, eficácia e cancelamento do endosso, endosso em branco e em preto, responsabilidade do endossante,<sup>52</sup> endosso-mandato, endosso-penhor e endosso póstumo estão adequadamente redigidas (arts. 912, 914, 915, 919, 920, 921 e 922), não havendo porque modificá-las.<sup>53</sup>

Acrescente-se, quanto aos títulos nominativos, que a circunstância de poderem eles ser transferidos por termo ou por endosso não lhes retira sua qualificação originária, razão porque se afigura acertada a solução do Projeto, consubstanciada na epígrafe do Capítulo IV e nos arts. 924 e 925.<sup>54</sup>

## 9. Aspectos processuais: ação monitória e ação executiva

Para os títulos inominados ou atípicos não é previsto o protesto como condição

51. Cf. Mercado Jr., ob. cit., p. 132. Com isso, os §§ 2.º e 3.º do art. 924 seriam consolidados em novo § 2.º, com a seguinte redação: “Art. 924 — (...) § 2.º — O endossatário legitimado por série regular e ininterrupta de endossos, tem o direito de obter a averbação no registro do emitente, ou deste obter novo título em seu nome, cabendo-lhe assinar o título averbado ou emitido, caso este não esteja integralizado. A emissão de novo título deve constar no registro do emitente.” É suprimido o § 3.º do art. 925.

52. A proposta de Mercado Jr. sobre a inclusão, no art. 916, de ressalva quanto à responsabilidade do endossante prevista em lei especial (ob. cit., p. 130), já se acha atendida pelo art. 905 do Projeto.

53. Contra, em parte, Mercado Jr. e IBDC, ob. cit., *passim*.

54. Contra, Mercado Jr. ob. cit., pp. 117-118, 119 e 132, cujas propostas foram rejeitadas, nesse ponto, pelo IBDC (ob. cit., p. 134).

para a propositura de ação contra os endossantes e respectivos avalistas, uma vez que o Projeto parte do pressuposto de que a tais documentos cabe tão só ação ordinária, na qual o avalista figuraria como devedor solidário pelo cumprimento da prestação, responsabilidade assumida mediante cláusula expressa (art. 916); a exigência do protesto poderia como ainda pode, entretanto, ser instituída em lei especial (art. 905 do Projeto, c/c art. 585, inc. VII do CPC).

Sob este aspecto, foi muito enfatizado que os títulos inominados ou atípicos ficariam desprovidos de vantagens práticas, pois o credor preferiria obter do devedor, ao invés deles, um contrato ou mesmo declaração unilateral (de formalização mais fácil, no Projeto, pois dispensa testemunhas instrumentárias — art. 221), por que se esse documento for também subscrito por duas testemunhas, constituirá título de crédito extrajudicial (CPC, art. 585, inc. II).<sup>55</sup> A objeção tinha procedência, pois ao menos em relação a determinados créditos seria processualmente vantajosa a formalização, v.g., através de confissão de dívidas e/ou garantidas por fianças, a ambas assegurada cobrança por ação de execução.<sup>56</sup> O que não esvaziava, em si, a utilidade dos títulos atípicos, pois sempre haveriam situações em que constituição, garantia e, sobretudo, a transferência e cessão de créditos melhor se faria através desses documentos simplificados.

Ocorre que, mesmo quanto à dificuldade apontada, o Projeto, tal como se acha redigido, permite encaminhar solução que confere força executiva aos

títulos atípicos, nos termos do art. 585, inc. II, do CPC. É o caso de incluir-se, neles, a assinatura de duas testemunhas, o que o Projeto não veda, na medida em que fixa os requisitos mínimos dos títulos de crédito, mas não exclui a inclusão de outros (arts. 891 e 892, este último interpretado *a contrario sensu*); com isso o documento, além de ser dotado de força executiva, poderá circular por endosso.

A solução por certo não se afeiçoaria aos princípios tradicionais dos títulos de crédito, dentre os quais se inclui o da inexistência de assinaturas inúteis, ou com funções diversas (no caso, instrumentárias) das de exprimir declarações cartulares, obrigacionais (Projeto, art. 894). Porém, a prevalecer o sistema projetado, com a supressão das testemunhas instrumentárias (art. 221), haverá, indubitavelmente, a necessidade de se modificar o art. 585, inc. II, do CPC, com o que a categoria intermédia de documentos que se está a tratar (títulos de crédito inominados ou atípicos), não deixará de se enquadrar no dispositivo processual citado (“documento particular assinado por devedor”).<sup>57</sup>

Sucedo, ainda, que a recém promulgada Lei 9.079, de 14 de julho de 1995, incluiu em nosso ordenamento jurídico-processual o instituto da ação monitoria, que “compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou

55. Segundo a jurisprudência dominante, o documento deverá referir-se a dívida líquida, certa e exigível (RSTJ 47/287).

56. Sobre a confissão de dívidas, v. Arnoldo Wald, RT 472/11; sobre a força executiva dos instrumentos de fiança subscritos por suas testemunhas, v. decisões do Supremo Tribunal Federal, RT 615/209 e RT 670/200.

57. Dentro da tendência mais recente do direito processual, no sentido de tornar mais célere e efetiva a prestação jurisdicional, prestigiada por nossos Tribunais, que admitem como título executivo extrajudicial, por exemplo, “o contrato de abertura de crédito, feito por estabelecimento bancário a correntista, assinado por duas testemunhas e acompanhado de extrato da conta-corrente respectiva” (Súmula 11 do 1.º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo).

de determinado bem móvel” (art. 1.102a). Mesmo que não venha a prevalecer a solução anteriormente alvitrada, estarão os títulos inominados ou atípicos — seja os que contenham obrigação de pagar soma determinada, seja os títulos representativos de bens e mercadorias — aptos a aparelhar ação monitoria, que por sua natureza não comporta contestação, mas defesa em apartado, via ação autônoma, os Embargos, que a despeito de suspender a eficácia do mandado inicial de pagamento ou de entrega da coisa, impõem o ônus da prova ao embargante (Lei citada, art. 1.102c). E mesmo neste contexto, o da ação monitoria, os títulos de crédito inominados ou atípicos deverão receber tratamento diferenciado: todo o esquema diferenciado pertinente às obrigações cartulares, “literais e autônomas”, que compreende a inoponibilidade de exceções extracartulares (sobretudo por parte dos endossantes-garantes e dos avalistas), será de aplicação obrigatória nesse procedimento, no qual o portador dessa espécie “intermédia” de prova documental situar-se-á em posição mais vantajosa do que o titular de crédito não-cambiário. Não há como deixar de consignar, a propósito, que a intuição do projetista, Prof. Mauro Brandão Lopes — Homem público de espírito superior, observador arguto do desenvolvimento da matéria negocial, e que pensava para além de seu tempo — acabou por se revelar acertadíssima com o advento da Lei 9.079/95, ao menos no que toca aos títulos inominados ou atípicos.

### **10. Conclusões. Projeto modificado e teste de funcionalidade da nova regulamentação**

Demonstrada, assim, as vantagens da introdução, em sede própria de nosso ordenamento jurídico (o novo Código Civil, no qual será unificada a matéria obrigacional de Direito Privado), de

uma disciplina geral para os títulos de crédito, com a dupla função de estabelecer as bases estruturais do instituto e de ensejar a criação de títulos atípicos ou inominados, assim como formuladas propostas para a adaptação do texto projetado em face das críticas que recebeu e das circunstâncias verificadas posteriormente à sua elaboração, permitimo-nos consolidá-las em Anexo, no que estamos designando por Proposta de Modificação do Projeto (PMP), não com a pretensão de glosar ou substituir o magnífico trabalho da lavra do Prof. Mauro Brandão Lopes, mas tão-somente para facilitar a tarefa, que nos impomos, à guisa de arremate, de submeter o conjunto adaptado a um teste de funcionalidade, em sua aplicação prática.

O Anexo (PMP) recolhe e consolida o que há de essencial na legislação cambiária, quanto ao aspectos estruturais dos títulos de crédito, e que, por via de remissão, vinham sendo aplicados aos demais títulos criados por leis especiais (arts. 891, § 2.º, 892, 896, 903, 904 e 924 do PMP). Fica, assim, superada a crítica essencial, relativa ao distanciamento do Projeto da Lei Uniforme de Genebra.

Porém as leis especiais sobre títulos de crédito continuam a fazer remissão à “legislação cambial” ou ao “Direito Cambiário”. Como solucionar o problema, evitando as indesejadas remissões às remissões, ou às remissões indiretas? Parece-nos que a solução reside em emprestar todo o apoio ao artigo 905 do Projeto — a que corresponde o art. 907 da PMP, em anexo: não modificando-o, ou acrescentando-lhe um parágrafo único de cunho ab-rogativo, pois dispositivo codificado que é, de vocação duradoura, portanto, não se compadece com fórmulas desse jaez. O encaminhamento do problema, que visa conferir ao Título VIII do Livro I do Projeto a função de lei geral em matéria de títulos de crédito, seja quanto aos já existentes,

seja em relação aos que vierem a ser criados, consiste em crescer, no Livro Complementar da propositura ("Disposições Finais e Transitórias"), um mandamento que elimine as atuais remissões à legislação cambial, de modo a que todas as leis especiais sobre títulos de crédito tenham como base remissiva única, nas matérias omissas ou supletivas, o citado Título VIII do Livro I da Parte Especial.<sup>58</sup>

Essas alterações parecem suficientes para conferir ao Projeto a dimensão que dele se espera, identificado devidamente o campo dos títulos inominados ou atípicos (art. 906 do PMP), complementado, didaticamente com a definição de suas espécies (arts. 908 e 913 do PMP), e também com a praxe já sedimentada a respeito da "descartularização", com abertura para os desdobramentos que certamente terá, no futuro (porém sem excessivos arrojados ou elocubrações descoladas da realidade, que um Código não comporta — art. 891, § 3.º, do PMP).

#### ANEXO

PROPOSTA DE MODIFICAÇÃO  
AO PROJETO DE LEI 118/84,  
DO SENADO FEDERAL  
(ORIGINÁRIO DA CÂMARA FEDERAL,  
ONDE FOI APROVADO EM 9.5.1984,  
SOB N. 635/75 —

as modificações estão grifadas, com  
a indicação das Notas a que se referem)

58. Acrescentando-se ao art. 2.055 do Projeto um parágrafo com a seguinte redação: "Art. 2.055 — (...) Parágrafo Único — Ficam revogadas as remissões feitas em leis especiais no tocante à legislação ou ao direito cambial, passando os títulos de crédito a ser regidos somente por suas leis próprias, e supletivamente ou no caso de omissão, pelo Título VIII, Livro I da Parte Especial deste Código, mantidas as restrições e modificações que tais remissões contêm."

## Título VIII DOS TÍTULOS DE CRÉDITO

### Capítulo I DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 889. O título de crédito, documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido, somente produz efeito quando preencha os requisitos da lei.

Art. 890. A omissão de qualquer requisito legal, que tire ao escrito a sua validade como título de crédito, não implica a invalidade do negócio jurídico que lhe deu origem.

Art. 891. Deve o título de crédito conter a data da emissão, a indicação precisa dos direitos que confere, e, por último, a assinatura do emitente.

§ 1.º É à vista o título de crédito que não contenha indicação de vencimento.

§ 2.º *Considera-se lugar de emissão e pagamento, quando não indicado no título, o lugar designado ao lado do nome do emitente ou devedor final.*<sup>26</sup>

§ 3.º *O título poderá ser emitido a partir dos caracteres criados em computador ou meio técnico equivalente e que constem da escrituração do emitente, observados os requisitos mínimos previstos neste artigo.*<sup>42</sup>

Art. 892. *Consideram-se não escritas no título a cláusula excludente de responsabilidade pelo pagamento ou por despesas, a que dispense a observância de termos e formalidades prescritas, e a que, além dos limites fixados em lei, exclua ou restrinja direitos e obrigações.*<sup>28</sup>

Art. 893. O título de crédito, incompleto ao tempo da emissão, deve ser preenchido de conformidade com os ajustes realizados. O descumprimento de tais ajustes, pelos que deles participaram, não constitui motivo de oposição ao terceiro portador, salvo se este, ao adquirir o título, tiver agido de má-fé.

Art. 894. Aquele que, sem poderes, ou excedendo os que tem, lança a sua assinatura em título de crédito, como mandatário ou representante de outrem, fica pessoalmente obrigado. Pagando o título, tem ele os mesmos direitos que teria o suposto mandante ou representado.

Art. 895. A transferência do título de crédito implica a de todos os direitos que lhe são inerentes.

Art. 896. *O portador legitimado de título representativo de mercadorias tem o direito de recebê-las, entregando o título quitado e pagando as despesas devidas, ou delas dispor mediante a transferência do título.*<sup>43</sup>

Art. 897. Enquanto o título estiver em circulação, só ele poderá ser dado em garantia, ou ser objeto de medidas judiciais, e não, separadamente, os direitos ou mercadorias que representa.

Art. 898. O título de crédito não pode ser reivindicado do portador que o adquiriu de boa-fé e na conformidade das normas que disciplinam a sua circulação.

Art. 899. *O pagamento do título de crédito pode ser no todo ou em parte garantido por aval.*<sup>30</sup>

Art. 900. O aval deve ser dado no verso ou anverso do próprio título.

§ 1.º Para a validade do aval, dado no anverso do título, é suficiente a simples assinatura do avalista.

§ 2.º Considera-se não escrito o aval cancelado.

Art. 901. O avalista equipara-se àquele cujo nome indicar; na falta de indicação, ao emitente ao devedor final.

§ 1.º Pagando o título, tem o avalista ação de regresso contra o seu avalizado e demais coobrigados anteriores.

§ 2.º Subsiste a responsabilidade do avalista, ainda que nula a obrigação daquele a quem se equipara, a menos que a nulidade decorra de vício de forma.

Art. 902. O aval posterior ao vencimento produz os mesmos efeitos do anteriormente dado.

Art. 903. *Fica validamente desonerado o devedor que paga o título de crédito ao legítimo portador, no vencimento, sem oposição, salvo se agiu de má-fé.*

§ 1.º *O possuidor tem direito à prestação nele indicada, e está legitimado para o exercício do direito contido no título, mediante a simples apresentação deste, ainda que tenha entrado em circulação contra a vontade do emitente.*

§ 2.º *Considera-se legitimado o possuidor do título à ordem com série regular e ininterrupta de endossos, ainda que o último seja em branco. Aquele que paga está obrigado a verificar a regularidade da série de endossos, mas não a autenticidade das assinaturas.*<sup>32</sup>

§ 3.º *Pagando, pode o devedor exigir do portador, além da entrega do título, quitação regular.*<sup>32</sup>

Art. 904. *O devedor só poderá opor ao portador exceção fundada em direito pessoal, em nulidade de sua obrigação ou vícios relativos à forma e ao conteúdo literal do título.*<sup>33</sup>

Parágrafo único. *As exceções, fundadas nas relações pessoais do devedor com os portadores precedentes, somente poderão ser por ele opostas ao portador se este, ao adquirir o título, tiver agido de má-fé.*<sup>33</sup>

Art. 905. Não é o credor obrigado a receber o pagamento antes do vencimento do título. Aquele que o paga, antes do vencimento, fica responsável pela validade do pagamento.

§ 1.º No vencimento, não pode o credor recusar pagamento, ainda que parcial.

§ 2.º No caso de pagamento parcial, em que se não opera a tradição do título, além da quitação em separado, outra deverá ser firmada no próprio título.

Art. 906. *As disposições deste Título não se aplicam aos títulos e comprovantes de legitimação, que se destinam apenas a identificar aquele que tem direito à prestação, ou para permitir a sua transferência sem as formalidades da cessão civil.*<sup>23</sup>

Art. 907. Salvo disposição diversa em lei especial, regem-se os títulos de crédito pelo disposto neste Código.

## Capítulo II DO TÍTULO AO PORTADOR

Art. 908. *É título ao portador aquele cujo texto não mencione o nome do credor da prestação, ou, embora o mencionando, contenha a cláusula "ao portador", ou expressão equivalente.*<sup>45</sup>

Art. 909. A transferência de título ao portador se faz por simples tradição.

Art. 910. É nulo o título ao portador emitido sem autorização de lei especial.

Art. 911. O possuidor de título dilacerado, porém identificável, tem direito a obter do emitente a substituição do anterior, mediante a restituição do primeiro e o pagamento das despesas.

Art. 912. O proprietário, que perder ou extravaiar título, ou for dele injustamente despossado, poderá obter novo título em

juízo, bem como impedir sejam pagos a outrem capital e rendimentos.

Parágrafo único. O pagamento, feito antes de ter ciência da ação referida neste artigo, exonera o devedor, salvo se se provar que ele tinha conhecimento do fato.

### Capítulo III DO TÍTULO À ORDEM

Art. 913. *É título à ordem, transferível por endosso, aquele que contenha, no contexto, a indicação do nome do credor e a cláusula "a ordem", ou expressão equivalente.*<sup>47</sup>

Art. 914. O endosso deve ser lançado pelo endossante no verso ou anverso do próprio título.

§ 1.º Pode o endossante designar o endossatário. Para a validade do endosso, dado no verso do título, é suficiente a simples assinatura do endossante.

§ 2.º A transferência por endosso completa-se com a tradição do título.

§ 3.º Considera-se não escrito o endosso cancelado, total ou parcialmente..

Art. 915. Considera-se não escrita no endosso qualquer condição a que o subordine o endossante.

Parágrafo único. É nulo o endosso parcial.

Art. 916. O endossatário de endosso em branco pode mudá-lo para endosso em preto, completando-o com seu nome ou de terceiro; pode endossar novamente o título em branco ou em preto; ou pode transferi-lo sem novo endosso.

Art. 917. *Ressalvada cláusula expressa em contrário, constante do endosso, responde o endossante pelo cumprimento da prestação constante do título, podendo proibir um novo endosso e, neste caso, não garante o pagamento às pessoas a quem o título for posteriormente endossado.*<sup>28-A</sup>

§ 1.º Assumindo responsabilidade pelo pagamento, o endossante se torna devedor solidário.

§ 2.º Pagando o título, tem o endossante ação de regresso contra os coobrigados anteriores.

Art. 918. A cláusula constitutiva de mandato, lançada no endosso, confere ao endossatário o exercício dos direitos inerentes ao título, salvo restrição expressa estatuída.

§ 1.º O endossatário de endosso-mandato só pode endossar novamente o título na qualidade de procurador, com os mesmos poderes que recebeu.

§ 2.º Com a morte ou superveniente incapacidade do endossante, o endosso-mandato não perde eficácia.

§ 3.º Pode o devedor opor ao endossatário de endosso-mandato somente as exceções que tiver contra o endossante.

Art. 919. A cláusula constitutiva de penhor, lançada no endosso, confere ao endossatário o exercício dos direitos inerentes ao título.

§ 1.º O endossatário de endosso-penhor só pode endossar novamente o título na qualidade de procurador.

§ 2.º Não pode o devedor opor ao endossatário de endosso-penhor as exceções que tinha contra o endossante, salvo se aquele tiver agido de má-fé.

Art. 920. A aquisição de título à ordem, por meio diverso do endosso, tem efeito de cessão civil.

Art. 921. O endosso posterior ao vencimento produz os mesmos efeitos do anterior.

### Capítulo IV DO TÍTULO NOMINATIVO

Art. 922. É título nominativo o emitido em favor de pessoa cujo nome conste do registro do emitente.

Art. 923. Transfere-se o título nominativo mediante termo, em registro do emitente, assinado pelo proprietário e pelo adquirente.

Art. 924. *O título nominativo também pode ser transferido por endosso.*<sup>49</sup>

§ 1.º *A transferência, mediante endosso, só terá eficácia perante o emitente, uma vez feita a competente averbação em seu registro.*<sup>32</sup>

§ 2.º *O endossatário legitimado por série regular e ininterrupta de endossos, tem o direito de obter a averbação no registro do emitente, ou deste obter novo título em seu nome, cabendo-lhe assinar o título averbado ou substituído, caso este não esteja integralizado. A emissão de novo título deve constar no registro do emitente.*<sup>51</sup>

Art. 925. Ressalvada proibição legal, pode o título nominativo ser transformado em à ordem ou ao portador, a pedido do proprietário e à sua custa.

Art. 926. Fica desonerado de responsabilidade o emitente de boa-fé que fizer a transferência pelos modos indicados nos artigos precedentes.

Art. 927. Qualquer negócio ou medida judicial, que tenha por objeto o título, só produz efeito perante o emitente ou terceiros, uma vez feita a competente averbação no registro do emitente.

(O TÍTULO IX DO PROJETO PASSA  
A TER SEUS ARTIGOS RENUMERADOS  
A PARTIR DO N. 928)

#### LIVRO COMPLEMENTAR DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 2.055. (...)

Parágrafo Único. Ficam revogadas as remissões feitas em leis especiais no tocante à legislação ou ao direito cambial, passando os títulos de crédito a ser regidos somente por suas leis próprias, e supletivamente ou no caso de omissão, pelo Título VIII, Livro I da Parte Especial deste Código, mantidas as restrições e modificações que tais remissões contêm".<sup>58</sup>

# DOCTRINA

---

## A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA PRÁTICA DE ILÍCITO CAMBIAL ADMINISTRATIVO

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

1. Introdução — 2. Da legitimidade passiva frente ao art. 23, § 3.º da Lei 4.131/62 — 3. A separação patrimonial e seus efeitos, como objetivo divisado pelos sócios — 4. A funcionalidade do conceito de pessoa jurídica — 5. Conclusão.

### I. Introdução

A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica de sociedades tem sido aplicada no campo do direito comercial, nos casos em que os sócios escondem-se por trás do manto da personalidade para o fim de lograrem proveito econômico indevido, fraudando interesses de credores, a quem causam prejuízo econômico. No presente estudo, trataremos de suscitar algumas considerações sobre a aplicação do superamento da personalidade jurídica no campo do direito administrativo em geral e, mais precisamente, diante da prática de ilícitos cambiais.

### 2. Da legitimidade passiva frente ao art. 23, § 3.º da Lei 4.131/62

*Dispõe o referido dispositivo, verbis:*

*“Constitui infração exclusiva do cliente, punível com multa equivalente a 100% (cem por cento) do valor da operação, a declaração de informações falsas no formulário a que se refere o § 2.º”*

Ora, à luz do texto acima, entender-se-ia que a legitimidade passiva para

responder pela infração da prestação de falsas informações em formulário de contrato de câmbio residiria exclusivamente na pessoa do cliente, precisamente aquela que tivesse celebrado contrato de câmbio com um determinado banco. Em sendo pessoa jurídica, não poderiam ser responsabilizados a esse título os seus sócios.

Essa seria a regra geral, aplicável aos casos da atuação de uma determinada sociedade regularmente constituída, na busca da realização do seu objeto social. A regra valeria, por exemplo, mesmo para o caso de prejuízo para credores originado de uma falência, rosco a que se está sujeito no campo da atividade negocial. Essa afirmativa é verdadeira, como se sabe, para a sociedade por quotas de responsabilidade limitada cujo capital esteja integralizado e, em qualquer circunstância, para a sociedade anônima, cuja estrutura legal não estabelece responsabilidade externa para os acionistas.

No entanto, a personalidade jurídica não é um tabu, nem um dogma intocável, podendo, em certas circunstâncias, ser desconsiderada para dar lugar à satisfação de credores que vieram a ser prejudicados por meio de fraude contra eles praticada através da separação patrimo-

nial que aquele instituto origina entre o ente societário e os seus sócios.

Devemos, para tanto, examinar rapidamente alguns aspectos da personalidade jurídica das sociedades, especialmente a sua finalidade e seu funcionamento.

### 3. A separação patrimonial e seus efeitos, como objetivo divisado pelos sócios

No direito brasileiro, uma vez constituída de forma regular uma sociedade, ou seja, pelo arquivamento do seu contrato social no registro peculiar (C.Civil, art. 18), surge como um dos principais efeitos a separação entre os patrimônios do novo ente assim nascido no mundo do direito e os dos seus respectivos sócios. A grande vantagem econômica advinda desse fato está na repercussão — ou, melhor ainda, falta dela — que eventuais ações judiciais contra as sociedades terão quanto ao patrimônio dos seus sócios.

Nas chamadas sociedades mercantis de pessoas, aquelas reguladas pelo Código Comercial Brasileiro e hoje praticamente desaparecidas da realidade do mercado (em nome coletivo, em comandita e de capital e indústria), embora exista uma responsabilidade de certos sócios pelas dívidas da sociedade — ela se estabelece de forma subsidiária, ou seja, deve-se primeiro esgotar todo o patrimônio social antes de se procurar o ressarcimento no patrimônio particular daqueles (C.Co., art. 350). Não havendo outros bens sociais que possam responder pelas obrigações da sociedade, então, por elas, em seguida, passam a responder de forma solidária e ilimitada os patrimônios de seus sócios.

Já nas sociedades por cotas, a responsabilidade externa dos sócios existe apenas se o seu capital não estiver integralizado e, neste caso, estabelece-se de forma subsidiária entre sócios e sociedade e solidariamente entre aque-

les, até o que faltar para a integralização do capital (Decreto 3.708/1919, art. 9.º). Há, portanto, um limite máximo de responsabilidade eventual para os sócios, correspondente ao capital da sociedade.

Quanto às companhias, nestas inexistente a responsabilidade dos acionistas pelas dívidas da sociedade. Mesmo que alguns daqueles não hajam integralizado o preço de emissão das ações por eles adquiridas, podem contra eles apenas serem tomadas medidas por parte da própria sociedade, nunca por terceiros. E sua responsabilidade será exclusivamente quanto ao pagamento das ações que particularmente adquiriram. Jamais responderão pelas obrigações de outros acionistas (Lei 6.404/76, arts. 106 e 107).

### 4. A funcionalidade do conceito de pessoa jurídica

No entanto, as regras legais acima mencionadas não têm caráter absoluto. Sua validade depende da utilização normal, digamos assim, da estrutura técnico-jurídica formada pelo tipo societário adotado. Os desvios verificados não protegerão os sócios, em caso de prejuízo fraudulento causado a credores. Essa, em linhas gerais, é a situação justificadora da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Como disse Pontes de Miranda, “ser pessoa” depende do sistema jurídico (*Tratado de Direito Privado*, Vol. I, p. 284, Borsoi, Rio, 1970, 3.ª ed.). É aquele que, ao reconhecer uma realidade fática, atribui-lhe os efeitos jurídicos correspondentes. No caso da pessoa jurídica, por exemplo, o reconhecimento a um patrimônio próprio e às legitimidades ativa e passiva para atuar no mundo do direito, através dos seus órgãos.

De outro lado, o conceito em tela é funcional, ou, ainda, teleológico, obje-

tivando o atingimento de finalidades não preenchíveis devidamente pela pessoa física. Deve-se acrescentar, ainda, que “todo direito somente se faz no interesse do homem” (*omne ius hominum causa factum est*), conforme se lê no L. 2, Digesto, *de statu hominum*

Ascarelli já destacou que “la normativa riassunta com “persona giuridica” è a sua volta risolubile in una normativa concernente atti di uomini nati di ventre di donna” (“Personalità giuridica e sua portata”, in *Problemi giuridici*, A. Giuffrè, Milão, 1959, p. 236). Reforçando a tese de que a disciplina normativa da personalidade jurídica é sempre concernente a relações entre seres humanos, Ascarelli lembra uma frase cunhada por Ihering, segundo o qual pode-se dizer que “pessoa jurídica”, é, como terminologia técnica, um conceito análogo ao dos parênteses, na linguagem algébrica. Isto quer dizer que, resolvendo-se os parênteses chega-se ao seu cerne, ou seja, o homem. A personalidade jurídica não corresponde a um dado normativo fático preexistente, mas, na realidade, ao código de uma disciplina normativa, que deve ser aberto pelo aplicador da lei. É nesse sentido que Ascarelli estabeleceu a concepção instrumental da pessoa jurídica, ou seja, relacionada com atos e interesses humanos.

A ignorância ou o esquecimento dessa verdade levará o intérprete a erigir falsos problemas, como ocorre quando se pensa ser impossível buscar-se a responsabilidade dos sócios da pessoa jurídica que tenha prestado falsas declarações em contratos de câmbio.

Pode-se desde logo adiantar que os parênteses figurativos da personalidade jurídica (também indicada por meio de um véu ou de um escudo atrás do qual se colocam os sócios) não são afastados arbitrariamente dentro da disciplina normativa daquele instituto, mas segundo regras excepcionais orientadoras da teoria da “disregard doctrine”.

A disciplina normativa da pessoa jurídica está delimitada a atividades exercidas em vistas à realização do seu objeto — o fim colimado — dentro de seu estatuto peculiar. No caso de uma sociedade comercial, esse estatuto corresponde ao contrato social, o qual, por sua vez, deve ser construído em obediência à lei, à ordem pública, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Quem age pela pessoa jurídica são os seus órgãos, como é o caso dos administradores de uma sociedade, os quais têm o poder-dever de levá-la à realização do seu objeto. Quando o administrador atua dentro dos poderes conferidos pelo contrato social, é a pessoa jurídica quem, naturalmente, responde por eventuais danos causados a terceiros. Afinal de contas, não foi o administrador quem atuou em seu próprio nome, mas ele esteve “presentando” a sociedade, no dizer de Pontes de Miranda, este o verdadeiro agente em determinado ato ou negócio jurídico.

Mas, a partir do momento em que o administrador age contrariamente ao estatuto, na verdade, não é a sociedade que ali está presente, mas o próprio administrador — pessoa física — usando indevidamente a denominação daquela, em seu nome assumindo diretos e obrigações.

Apenas tendo em vista a necessidade da proteção do interesse de terceiros que, de boa-fé contrataram com o administrador, pensando em tê-lo feito com a sociedade, construiu a doutrina a “teoria da aparência de regularidade jurídica”, embasadora de uma responsabilidade externa da pessoa jurídica diante de terceiros, toda a vez que as circunstâncias do fato concreto tiverem levado o terceiro a entender validamente que estava contratando com aquela, dentro do seu objeto, mesmo que o seu administrador esteja agindo diretamente em desobediência ao estatuto. Essa teoria se

justifica em virtude da complexidade do mundo negocial moderno, no qual a imensa quantidade de negócios e a premência de rapidez na sua realização serem alcançadas, caso fosse imprescindível, a todo o momento, a exibição do contrato social e a demonstração da titularidade dos poderes administrativos ali existentes. Entre dois valores a serem preservados, o da sociedade lesada por administrador inidôneo, e o de terceiros, preferiu-se atender a este, em benefício da segurança dos negócios.

É evidente que, praticando o administrador algum ato classificado como *ultra vires*, a sociedade terá condições de, posteriormente, voltar-se contra ele, por via de regresso, para ressarcir-se das importâncias que tenha pago a terceiros, prejudicados por danos sofridos em operações nas quais usou indevidamente o nome da pessoa jurídica.

Segundo J. Lamartine Corrêa de Oliveira, a aplicação da "disregard doctrine" tem a ver, justamente, com a crise de função da pessoa jurídica, entendendo que se deve ignorar os limites normalmente decorrentes daquele instituto, ou seja, a sua disciplina normativa, nos casos de fraude voluntária à lei. Para aquele festejado autor, caso tenha sido criada por alguém uma falsa aparência de pessoa jurídica, para, por trás do escudo protetor correspondente, praticar atos ilegais, deve responder em caráter pessoal *venire contra factum proprium* ("A dupla crise da pessoa jurídica", Saraiva, S. Paulo, 1979, p. 608 e ss.).

De todo o exposto chega-se forçosamente à mesma conclusão alcançada por Rubens Região, um dos primeiros juristas brasileiros a se debruçar sobre o tema da personalidade jurídica e sua desconsideração eventual. Para o ilustre professor paranaense, "a personalidade jurídica não constitui um direito absoluto, mas está sujeita e contida pela teoria da fraude contra credores e pela teoria do abuso de direito" (*Curso de Direito Comercial*,

vol. I, Saraiva, S. Paulo, 1971, p. 175). Segundo esse autor, ainda, a doutrina do "disregard" tem por objetivo "impedir a consumação de fraudes e abusos de direito cometidos através da personalidade jurídica" (ob. loc. cit.).

Portanto, se a lei diz que a responsabilidade pelas falsas declarações em formulários de contrato de câmbio é do cliente e tão-somente dele — vale dizer, da pessoa jurídica correspondente — essa limitação entende-se juridicamente válida apenas nas situações nas quais a personalidade jurídica está sendo usada de forma adequada, podendo ser afastada para responsabilizar qualquer pessoa que esteja usando fraudulentamente o escudo protetor por ela estabelecido, seja o controlador, sejam os administradores, sejam sócios ou terceiros.

O afastamento da personalidade jurídica pode ocorrer, por exemplo, mesmo no caso em que a sociedade foi extinta, com eventual distribuição entre os sócios do acervo remanescente, desde que tenha havido aproveitamento indevido do escudo protetor do oferecido por aquele instituto. Ora, na medida em que não exista mais um patrimônio que possa garantir a responsabilidade da pessoa jurídica por obrigações nascidas anteriormente ao seu encerramento e considerando-se que se está diante da imputação de responsabilidade por ato ilícito e fraudulento, deixar de responsabilizar os administradores seria atitude que os levaria a experimentar um enriquecimento sem causa, em detrimento do interesse público, na situação sob exame, referente à celebração de contratos de câmbio.

Sob outro ângulo, que não será preciso aprofundar, verifica-se que o legislador, no caso sob exame, infringiu as regras de boa técnica legislativa ao construir o tipo do ilícito civil ora discutido. Ao invés de utilizar a expressão "cliente", deveria ter recorrido à fórmula impessoal do Direito Criminal,

dizendo, por exemplo, como sugestão *de lege ferenda*:

*"Fazer falsas afirmações em formulários de contratos de câmbio:.*

*"Pena: Multa equivalente a 100% (cem por cento) do valor da operação".*

## 5. Conclusão

A desconsideração da personalidade jurídica é um instituto que está a serviço do direito em geral. Tanto pode ser utilizado pelo Direito Mercantil, como pelo Tributário, Administrativo, etc. Essa técnica tem lugar, como aplicação casuística feita pelo juiz em dado caso concreto, toda a vez que o véu da personalidade tiver servido para ocultar sócios que, por aquele cobertos, utilizaram-se da sociedade com o fim de lograrem proveito indevido em detrimento de terceiros ou, até, em dano a outro tipo de bem jurídico, como, no caso

presente, a regularidade do mercado cambial e os interesses nacionais que o alicerçam.

Ora, por exemplo, se os sócios de uma determinada sociedade, por si próprios como seus órgãos, ou por meio de administradores profissionais, prestaram falsas informações em contratos de câmbio, locupletaram-se com o produto dessas operações e, posteriormente, vieram a extingui-la, esse é um dos casos claros de aplicação da "disregard doctrine". Neste caso, a autoridade administrativa, na aplicação da penalidade prevista, deve levantar momentaneamente o véu da personalidade e fazer com que ela incida sobre o patrimônio dos seus antigos sócios, os quais responderão solidariamente entre si pelo pagamento, em se tratando de multa.

Somente dessa forma pode ser preservado o valor de um instituto que tem importância fundamental nas relações jurídicas modernas.

São Paulo, junho de 1995.

## ESTUDO COMPARATIVO DOS DIREITOS BRASILEIRO E ALEMÃO NA DISCIPLINA DAS CONDIÇÕES GERAIS DOS NEGÓCIOS

JOSÉ JÚLIO BORGES DA FONSECA

Advogado em São Paulo.

1. Considerações sobre a evolução do tratamento da matéria — 2. Noção de condições gerais dos negócios — 3. Consequências jurídicas do regime das condições gerais dos negócios — 4. Círculo de proteção do regime especial — 5. Forma de controle das cláusulas contratuais — 6. Cláusulas abusivas nos contratos bancários — 7. Conclusão.

### 1. Considerações sobre a evolução do tratamento da matéria

A preocupação dos juristas em torno de determinada manifestação social só ocorre, quando todos problemas passam a se avolumar. Isso se explica porque tanto a doutrina como a lei refletem as singularidades de seu tempo. Não se quer com isso dizer que haja sincronia entre os reclamos de cada época e seu direito. O direito muitas vezes está aquém dos fatos e das idéias dominantes na sociedade. Essa disparidade mostra-se marcante nos países pobres, uma vez que os conflitos sociais ainda estão em estado de aspereza aguda. Apesar disso, o estudo comparativo entre legislações com estrato sócio-econômico diferente constitui mais que exercício acadêmico, já que se pode perceber a existência de técnicas mais efetivas de mudança social. O estudo das técnicas deve buscar esclarecer o que se pretende instrumentar com o direito. Isso conduz à questão maior de como ajustar o modo de produção capitalista ao objetivo de justiça social. A tarefa do jurista, afinal, não se resume a desenvolver idéias para justificar o *status quo*.

Assentada essa premissa, convém tratar das cláusulas gerais dos contratos ou das condições gerais dos negócios (denominação adotada na AGB alemã, Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschaeftsbedingungen). Essas cláusulas manifestam tendência de superar as dificuldades decorrentes da produção e do comércio em massa. O industrial, o banqueiro, as empresas de seguro não podiam mais, ante o indeterminado número de clientes, ajustar individualmente as cláusulas contratuais. Cuida-se de legítima técnica de instrumentar os contratos de massa. Essa técnica, fundada na concepção liberal da autonomia privada, gerou, entretanto, abusos não totalmente combatidos, devido à insuficiência da ordem civil concebida com base na igualdade formal dos contratantes.

Na Alemanha, em monografia pioneira expôs Ludwig Raiser<sup>1</sup> toda essa

1. Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen. Hamburg. Hanseatische Verlagsanstalt, 1935, p. 17. é, ademais, assinalada a inadequação do direito civil e do direito comercial em disciplinar os problemas daí advindos. "Die Wendung zum Grossbetrieb. zu

problemática, assinalando o papel dos tribunais em ajustar o tradicional direito civil à tutela da parte contratualmente mais fraca. A preocupação em torno dessa matéria antecede muito ao tratamento orgânico da tutela do consumidor. Ocupou a mente dos juristas já no começo do século. Até mesmo no Brasil, antes da edição do chamado Código de Defesa do Consumidor em 1990, os tribunais já ofereciam proteção à parte contratualmente fraca.

Embora o alvo de proteção seja o consumidor, as condições gerais dos negócios não constituem matéria exclusiva do direito do consumidor. Em princípio, não há desnível de forças entre empresários. Não é, contudo, incomum que uma empresa em posição dominante dite as condições negociais a empresários sem poder no mercado. A proteção nessa hipótese, conquanto merecida, não há de fundar-se, propriamente, no direito do consumidor. O que pode ocorrer é a invocação de princípios, que em razão de sua generalidade, são aplicáveis a situações diferenciadas.

Colocadas essas questões, cumpre assinalar a finalidade deste ensaio. Pretende-se, em estudo comparativo, assinalar, a partir da análise de alguns aspectos das leis consideradas, as particularidades técnicas de cada ordem legal, pesquisando, assim, sua efetividade.

## 2. Noção de condições gerais dos negócios

O § 1.º da já referida lei alemã de 1976 oferece definição do que há de entender-se por condições gerais dos negócios. Pode-se extrair que se cuida

de condições (sentido de estipulação) pré-formuladas para certo número de contratos, que não precisa ser ilimitado. Outra característica é a relação de sujeição entre o proponente e o aceitante da proposta, na conclusão do contrato. Nota-se que constitui técnica que exclui a hipótese de negociação das cláusulas contratuais. A origem dessas condições gerais, que podem ser concebidas pelo próprio proponente ou por terceiro como assessorias jurídicas ou entidades de classe, não afeta seu regime jurídico. É de assinalar-se, ademais, que é preciso verificar, pelo menos num caso, a intenção de fazer uso dessa técnica noutros casos. A lei não reclama a existência de abuso de posição dominante.<sup>2</sup> A forma dessas condições é irrelevante, podendo ser solene ou comum.

Havendo controvérsia sobre a caracterização do contrato como individual ou de adesão, o ônus da prova é do proponente.<sup>3</sup> Deve ser levado em conta que, embora o proponente garanta a possibilidade de negociação, essa não se verifique pela falta de conhecimento técnico da outra parte em discutir uma formulação complexa. Não deve, pois, prevalecer aparência.

As condições gerais dos negócios constituem parte do contrato (*Vertragsbestandteil*), supondo, assim, vontades convergentes na conclusão do contrato. Importa registrar que os tribunais, tratando-se de empresas como bancos, seguradoras e transportadoras, presumem o uso de condições gerais dos negócios.<sup>4</sup> Outro aspecto relevante diz respeito à possibilidade de adotar as mesmas condições para os contratos

2. Karl Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen Buergerlichen Rechts*, Munique, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 189. p. 552.

3. Idem, *ibidem*, p. 553: "Die Beweislast fuer das Aushandeln traegt der Verwender".

4. Idem, *ibidem*, p. 554.

Massenproduktion und Massenabsatz im Fernkaufsystem, das Auftreten der Wirtschaftsverbaende und ihr Kampf um die Macht haben schon vor 1900 eingesetzt. Indessen tragen Buergerliches Gesetzbuch und Handelsgesetzbuch dieser Entwicklung noch nicht voll Rechnung."

futuros entre as mesmas partes. Exige-se, já que as condições são destacáveis do contrato, que o proponente as torne visíveis, ao alcance da outra parte.<sup>5</sup> Entre os requisitos para a adoção dessas condições gerais, figura a não introdução de cláusula com que os clientes de forma geral, não contariam. Cuida-se das cláusulas-surpresas (Ueberraschende Klauseln). Nessa hipótese, pode-se dizer que a aplicação da lei aos comerciantes há de considerar sua experiência mais aguçada do que a do cliente comum.<sup>6</sup>

Confrontando a técnica utilizada no direito alemão com a do direito brasileiro, verificam-se profundas diferenças em técnica e concepção. Na ordem jurídica brasileira, a matéria era tratada pelos Tribunais com base em interpretação de dispositivos do Código Civil. Com a edição da Lei 8.078/90, foram cuidadas as cláusulas abusivas e contratos de adesão. À primeira vista, o chamado Código de Defesa do Consumidor constituiu excelente instrumento de proteção. O seu traço de microssistema normativo,<sup>7</sup> no entanto, pode restringir o alcance de seus preceitos. A aplicação do direito do consumidor exige, como preliminar, a caracterização de relação de consumo e a definição de consumi-

dor. Os arts. 2.º e 3.º da citada Lei 8.078 fornece os elementos para definir consumidor, fornecedor, produto e serviço. O legislador correu o risco de restringir a efetividade da lei. As definições omitem aspectos essenciais da realidade. É por isso que é melhor reservar tal tarefa para a doutrina. O efeito imediato da formulação de microssistema é deixar de fora hipóteses inajustáveis aos pressupostos da lei. Sob esse aspecto, o direito alemão mostrou-se bem concebido. A citada "AGBG" não está inserida num "Código". Trata-se de lei extravagante à ordem civil, destinada, primordialmente, à proteção do consumidor, mas não exclusivamente.<sup>8</sup> O que é mais importante diz respeito à sabedoria da lei em não definir consumidor ou fornecedor, já que poderia fazer omissões injustificáveis.

A técnica brasileira de proteção do consumidor nas relações de consumo apresenta outras particularidades. Sem embargo de pontos de aproximação com a experiência alemã, a exemplo da ineficácia dos contratos celebrados sem dar ao consumidor a oportunidade de conhecer seu conteúdo ou de contratos redigidos dificultando o entendimento de seu sentido e alcance, existem disparidades.

A Lei 8.078/90 cuidou, no capítulo VI, da proteção contratual, tratando, na seção I, das disposições gerais, na seção II, das cláusulas abusivas e na seção III dos contratos de adesão. A organização das matérias gera dúvidas. A divisão das normas concernentes à proteção contratual pode levar à interpretação de que o regime das cláusulas abusivas não se aplica aos chamados contratos individuais (paritários), mas somente aos contratos de adesão. A interpretação mais

5. Idem, *ibidem*, p. 555.

6. Idem, *ibidem*, p. 557: "Allerdings kann man bei einem Kaufmann ein groesseres Mass an Geschäftserfahrung voraussetzen. so dass er eher mit der Moeglichkeit auch einer in derartigen Vertragen nicht gerade gewoehnlichen Klausel wird rechnen muessen."

7. Waldírio Bulgarelli, *Questões contratuais no Código de Defesa do Consumidor*. S. Paulo, Atlas, 1993, p. 21: "A análise do Código revela que nos seus 119 artigos (e inumeráveis parágrafos, incisos e alíneas) constitui o que a doutrina moderna convencionou chamar de microssistema normativo com uma extensão multidisciplinar, abrangente de vários ramos do Direito, tanto do Direito Privado como do Direito Público."

8. Winfried Tilmann, "Das AGB-Gesetz und die Einheit des Privatrechts" in ZHR 142, 1978, p. 53, assinala a necessidade de uma solução fora do Código Civil (B.G.B.), anotando, do aspecto procedimental, a dificuldade de enquadrar a nova lei no direito civil.

adequada ao espírito de defesa do consumidor é a de que as cláusulas enumeradas nos incisos do art. 51 da mencionada lei são exemplificativas e de que os contratos paritários podem sobretudo, apresentar cláusulas abusivas.<sup>9</sup>

A disciplina da matéria em duas seções não se justifica. As condições gerais dos negócios e os contratos de adesão constituem técnicas de contratar. Elas traduzem a inexistência de negociação sobre o conteúdo dos contratos. O tratamento dessas técnicas sob a epígrafe de “condições gerais dos negócios” não significaria deficiência de regulação. Nota-se isso pela confrontação do que já foi dito sobre essas “condições” e o dispositivo 54 da Lei 8.078. Esclareça-se que, nos contratos de adesão, as cláusulas ou são aprovadas pela autoridade competente ou são impostas por fornecedor de produtos ou serviços, não havendo discussão do conteúdo do contrato.

Comparadas as formas de regular a matéria, cumpre tratar do alcance das disposições.

9. Waldírio Bulgarelli, ob. cit., p. 40. Cláudia Lima Marques, *Novas regras sobre a proteção do consumidor nas relações contratuais* in *Ajuris*, n. 52, julho de 1991, p. 47. Paulo Luiz Neto Lobo, *Contratos no Código do Consumidor: pressupostos gerais*, in *RT* 705, julho de 1994, p. 47, entende o contrário: “Sustentamos alhures que a disciplina das cláusulas abusivas, no Código do Consumidor, não alcançaria os contratos de consumo oriundos de acordo entre as partes, mas sim os contratos de adesão a condições gerais. Aos contratos negociados seriam aplicáveis as regras das disposições gerais (arts. 46-50), incluindo os pressupostos de cognoscibilidade, do dever de informar do fornecedor, os critérios de interpretação, o direito de arrependimento, e de garantia contratual, além das normas conexas, tais como as relativas à responsabilidade por fato ou vício do produto ou serviço e às práticas comerciais.”

### 3. Conseqüências jurídicas do regime das condições gerais dos negócios

A lei alemã prevê o controle judicial das condições gerais dos negócios, repelindo o desproporcional desequilíbrio contratual. A estrutura da lei caracteriza-se pela distinção entre dois tipos de cláusula, enumeradas nos §§ 10 e 11. Trata-se de cláusulas cuja proibição não é absoluta (§ 10), admitindo-se apreciação (*Wertungsmoeglichkeit*), e de cláusulas proibidas.

Comparada com a técnica brasileira, as diferenças se acentuam. As cláusulas abusivas são nulas de pleno direito. O elenco enumerado no art. 51 não é taxativo, podendo, assim, haver outras hipóteses. É bem verdade que a lei alemã prevê, no § 9, uma cláusula geral de boa-fé.

É importante estabelecer um paralelo entre as cláusulas abusivas enumeradas no art. 51 da Lei 8.078 e as cláusulas proibidas sem possibilidade de apreciação (*ohne Wertungsmoeglichkeit*) na lei alemã. A primeira proibição diz respeito a aumento de preço em curto período de tempo, levando-se em conta o lapso de 4 meses após a conclusão do contrato para a entrega de mercadoria ou a prestação de serviço. A lei, no entanto, excepciona a hipótese de contrato de prestação continuada ou de incidência da lei antitruste. A doutrina deixa claro que o legislador não quis atribuir tarefa de controle de preços ao judiciário.<sup>10</sup>

A lei brasileira, por sua vez, inclui no elenco das cláusulas abusivas aquelas que “permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral”. É evidente que a disposição da lei alemã supõe uma economia estável com baixos índices inflacionários. Há, portanto, de entender-se

10. K. Larenz, ob. cit. 562: “Der Gesetzgeber wollte den Gerichten nicht die Aufgabe einer Preiskontrolle aufbuerden.”

“aumento unilateral” no caso brasileiro, aquele imposto, após a conclusão do contrato (ou comportamento que isso traduza), sem fundamento em variação dos custos. A lei brasileira não prevê a hipótese de prevalência da lei antitruste, no caso de exame de abusos de preços.

A exoneração ou atenuação de responsabilidade não são admissíveis tanto no direito brasileiro como no alemão. Cuida-se de responsabilidade por dano decorrente de erro grave do proponente ou de dolo ou de erro grave de representante legal ou empregado. Alcança a hipótese de dano nas tratativas negociais. A lei brasileira refere a responsabilidade do fornecedor “por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos”. Admite-se limitação de responsabilidade, tratando-se de consumidor pessoa jurídica.

Outra hipótese da lei alemã diz respeito à proibição absoluta de cláusula que signifique renúncia de direito de rescindir o contrato ou de limitá-lo, bem como de pleitear perdas e danos. Não se encontra regra equivalente nos incisos do art. 51 da Lei 8.078, embora se possa obter a mesma proteção com base nos incisos II, IV, XIII e no § 1.º do mesmo dispositivo.

As espécies de cláusulas abusivas são, na maior parte das vezes, comuns ao direito brasileiro e alemão. O inciso VI do art. 51 da lei brasileira não admite inversão de prova em prejuízo do consumidor, enquanto o n. 15 do § 11 da lei alemã cuida da mesma hipótese, vedando a relativização da proibição.

Não cabe aqui tratar de cada hipótese de cláusula abusiva. As suas manifestações são variadas, penetrando a esfera de preço, de multa, de desistência do negócio, das garantias do fornecedor, dos prazos, da responsabilidade pelas qualidades garantidas, substituição das partes contratuais, exclusão de responsabilidade e inversão do ônus da prova.

A consequência da utilização de tais cláusulas é a nulidade de pleno direito, na lei brasileira. A disciplina da matéria no § 6.º da lei alemã e semelhante à solução adotada no § 2.º do art. 51 da Lei 8.078. O contrato é preservado, salvo quando, não obstante os esforços de sua integração, verificar-se ônus excessivo a qualquer das partes. A cominação de ineficácia no direito alemão não o extrema da técnica brasileira.

#### 4. Círculo de proteção do regime especial

A questão a enfrentar diz respeito à aplicação da Lei 8.078, aos empresários, no tocante à disciplina da proteção contratual. A leitura do inciso I do art. 51 não deixa dúvida de que esse regime é aplicável às pessoas jurídicas, notando-se que a indenização, nessas hipóteses, é limitada. Cumpre, assim, estudar o alcance da regulação em face dos empresários.

O tratamento da matéria é mais matizado no direito alemão. O § 24 da AGBG dispõe que não são de aplicar aos comerciantes os §§ 10, 11 e 2, quando o contrato constituir objeto de sua atividade empresarial. Não se protege, com base nos mesmos dispositivos, as pessoas jurídicas de direito público, bem como os patrimônios de afetação de direito público. O rigor desse preceito, entretanto, é atenuado, uma vez que o § 9.º da citada lei fundamenta a proteção do empresário quando se verifica um prejuízo desproporcional em desrespeito ao princípio da boa-fé.<sup>11</sup> Isso significa que a utilização

11. Friedrich Graf von Westphalen, *Vertragliche und deliktische Haftung, Strafrecht und Produkt-Haftpflicht-versicherung*, tomo I, Munique, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1989, p. 135, acrescenta: “Obwohl § 24 Satz 1 AGBG bestimmt, dass § 2 AGBG im kaufmaennischen Verkehr Keine Anwendung

das cláusulas previstas nos §§ 10 e 11 pode significar prejuízo desproporcional, vulnerando o princípio da boa-fé. Embora não haja aplicação direta dos referidos §§ 10 e 11, é alcançado o mesmo resultado prático. É de notar que, no caso dos comerciantes, hão de observar-se, antes de tudo, os costumes e usos comerciais. Não é de admitir-se, em princípio, que um comerciante alegue prejuízo desproporcionado em decorrência de cláusula adotada usualmente pelo setor. Considere-se que, havendo domínio de mercado pelo predisponente, o emprego usual de determinadas cláusulas pode ser abusivo.

O entendimento do que é prejuízo desproporcional exige um juízo de valor do magistrado, independentemente do ônus da prova. Na prática, o "Bundesgerichtshof" (Corte Federal) considerou a cláusula de variação diária de preço, na venda de veículo, como desproporcionada, uma vez que deixava ao sabor do predisponente a elevação de preço.<sup>12</sup> A solução varia conforme o prazo curto ou longo do contrato. O "BGH" entendeu, no caso de escala móvel de juros de acordo com as oscilações do mercado, como válida a cláusula, tratando-se de contrato de prazo longo.<sup>13</sup> Desproporcional é tida também o excesso de garantia nos contratos, impedindo a mobilidade do devedor. Não existe um percentual "a priori" do que seja uma garantia razoável. O "BGH" considerou nula uma cessão global de todos os créditos presentes e futuros como garantia bancária.<sup>14</sup> Trata-se de caso extremo.

findet, folgt aus der Begründung des Regierungsentwurfs, dass die in § 2 Abs. 1 AGBG "vorgesehenen Obliegenheiten des Verwenders" "vielfach" auch bei der Verwendung von AGB gegenüber Kaufleuten zu beachten sind."

12. K. Larenz, ob. cit. p. 572.

13. Idem, ibidem, p. 572.

14. Idem, ibidem, p. 574.

Pode concluir que a cláusula geral de boa-fé inculpada no § 9 da lei alemã fundamenta ampla proteção de consumidores e empresas. A exemplificação de cláusulas abusivas nos §§ 10 e 11 constitui, no dizer preciso de Karl Larenz, concretização legal das hipóteses de vulneração do princípio da boa-fé.<sup>15</sup> Daí se infere que, na experiência brasileira, os empresários merecem tutela com fundamento nas mesmas regras da Lei 8.078, sem que sejam consumidores.

### 5. Forma de controle das cláusulas contratuais

O direito alemão prevê controle judicial abstrato das condições gerais dos negócios, independentemente, pois, de lide em torno de determinado contrato. As associações de consumidores têm legitimação para agir para determinar, judicialmente, a supressão das cláusulas abusivas. Tratando-se de utilização de cláusula por recomendação de terceiros, volta-se contra essa prática. Quando um comerciante pretende amparar seu pleito com base na lei, não se verifica, obviamente, legitimação das associações de consumidores, já que estas representam interesse de terceiros consumidores. Sendo a ação julgada procedente, é colocada em realce a cláusula julgada ineficaz, determinando-se que não seja mais usada a mesma cláusula ou outra com idêntico conteúdo. O não cumprimento da decisão fundamenta pena cominatória. Note-se que o efeito da sentença vai além das partes envolvidas, alcançando terceiros. É de assinalar-se que a lei alemã previu uma alçada, para que se possa com base nela fundamentar uma demanda. Não se admitem, pois, ações, cujo valor da causa supere 500.000 DM.

No tocante à experiência brasileira, é preciso, desde logo, esclarecer que foi vetado dispositivo que atribuía ao Ministério Público competência para, me-

15. Idem, ibidem, p. 577.

diante inquérito civil, efetuar “controle administrativo abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais” cuja decisão teria caráter geral (§ 3.º do art. 51). Já o § 5.º do art. 54, também vetado, dispunha que “cópia do formulário-padrão será remetida ao Ministério Público, que, mediante inquérito civil”, poderia efetuar o controle preventivo das cláusulas gerais dos contratos de adesão.

Restou, assim, o § 4.º do art. 51 que faculta “a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste Código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes”.

No Brasil, o controle cabe ao Judiciário, tendo o Ministério Público a iniciativa. Esse controle, para ser efetivo, há de ser abstrato.

## 6. Cláusulas abusivas nos contratos bancários

Quanto aos contratos bancários, a disciplina na lei alemã em sistematização diversa da lei brasileira. Em primeiro lugar, a AGBG não foi concebida no contexto de um microsistema. Isso significa que sua aplicação não se restringe, necessariamente, ao que se entende por relação de consumo. Na Alemanha, não existe dúvida de que um contrato bancário se submete à disciplina das condições gerais dos negócios. A regulação da matéria não se esgota no tratamento das condições gerais. Desde 1990, há lei que disciplina o crédito concedido ao consumidor (VerbraucherKreditgesetz). Essa lei cuida do contrato de crédito e do contrato de intermediação de crédito. Não é todo crédito que está sob incidência dessa lei. Não se aplica às hipóteses de crédito inferior à 400 DM, nem de crédito superior a 100.000 DM. Essa limitação visa a preservar a destinação da lei em proteger o consumidor, já que, se alcan-

çasse todo crédito, não se justificaria a tutela especial. Acrescente-se que o § 1.º da “VerbrKrG” caracteriza as partes do contrato, apontando, de um lado, a empresa que, no exercício de sua atividade, concede um crédito e, de outro, a pessoa natural que o recebe (não se aplica quando se destina ao exercício de atividade empresarial ou profissional). O exercício empresarial ou profissional da atividade de concessão de crédito distingue a entidade de crédito.

Outro dispositivo da citada lei alemã merecedor de registro é o § 4.º. Entre as várias disposições, consta a obrigação de informar a taxa de juros e os demais custos do crédito. O custo efetivo da taxa anual de juros de ser informado. Na hipótese de a concessão de crédito estar associada à entrega de mercadoria ou à prestação de serviço, há de ser divulgado o preço do produto, número das prestações e seu valor, a previsão (quando for o caso) de reserva de domínio, o custo de eventual contrato de seguro. O montante de juros há sempre de ser especificado. Sem querer tratar de pormenores, importa assinalar que, na Alemanha, se cuida da hipótese de concessão de crédito ao consumidor associada ou não ao fornecimento de bens ou prestação de serviços. Havendo vínculo entre a venda e a concessão de crédito, pode o consumidor, no contrato de crédito, opor a exceção de contrato não adimplido (§ 9.º). Não se admite emissão de cambial ou cheque como garantia de crédito (§ 10). O direito do consumidor de opor exceções não é renunciável. Por fim, cabe assinalar que as hipóteses de crédito concedido no âmbito da operação de cheque especial também são disciplinadas. Deve, assim, ser informado o montante máximo do crédito, a taxa anual de juros, as condições de mudança da taxa de juros e a regulação do fim da relação contratual.

Confrontando a análise do direito alemão com a experiência brasileira,

notam-se profundas diferenças. De início, é de assinalar-se que a Constituição do Brasil, no § 3.º do art. 192, previu que “as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderiam ser superiores a doze por cento ao ano.” Esse dispositivo, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, não é auto-aplicável, devendo-se, assim, aguardar a edição da lei complementar reguladora do sistema financeiro nacional.

Feito esse comentário, cabe examinar a questão do crédito ao consumidor em face do que dispõe o chamado Código de Defesa do Consumidor. A doutrina sustenta a não aplicação da Lei 8.078 aos contratos bancários, fundando-se na definição de consumidor do art. 2.º, no conceito de fornecedor do art. 3.º, bem como de produto ou serviço. Os serviços alcançados pela lei, na esfera financeira, bancária, creditícia, securitária seriam apenas os serviços de cobrança de carnês de compras de bens de consumo, prestados por instituições financeiras.<sup>16</sup>

No tocante ao art. 52, a doutrina o interpreta como norma voltada à proteção do crédito direto ao consumidor, sendo indispensável, para a incidência da Lei 8.078, que as atividades referidas no § 2.º do art. 3.º (bancária, financeira de crédito e securitária) componham uma relação de consumo, o que constitui hipótese rara.

16. Waldírio Bulgarelli (parecer 11.8.92) registra: “Tudo somado, fica demonstrado que as atividades incluídas como serviços pelo § 2.º do art. 3.º, bancárias, financeiras, de crédito, só serão alcançadas quando inseridas nas relações de consumo. No que tange aos bancos, por exemplo, pode-se pensar nos serviços de cobrança de carnês ou outros ligados estreitamente a relações de consumo.” No mesmo sentido, Geraldo de Camargo Vidigal, Arnaldo Wald, Luiz Gastão Paes de Barros Leães, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Lei de Defesa do Consumidor, São Paulo, IBCB, 1991.

Ante esses dados, os contratos bancários ou, no sentido mais amplo, as operações financeiras não estariam sujeitos à lei de defesa do consumidor, sobretudo no que toca às cláusulas abusivas (mais especificamente a chamada cláusula mandato).<sup>17</sup>

Independentemente do mérito, a técnica de disciplina alemã não coincide com a brasileira. A efetiva proteção do consumidor esbarra em defeitos formais da Lei 8.078.

17. Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, S. Paulo, Ed. RT, 1992, p. 89, no entanto, sustenta: “Conclui-se esta exposição reiterando a importância alcançada no mundo de hoje pelos contratos bancários e contratos de crédito. As normas do CDC aplicam-se a estes contratos, pois, em regra, estão presentes consumidores como outro pólo da relação contratual, atuando como destinatários finais dos serviços, utilizando os serviços para proveito próprio, de seu grupo social ou familiar. As regras do CDC encontrarão aplicação, também em caso de vulnerabilidade comprovada do contratante, quando o contrato bancário inseriu-se em sua atividade profissional, seguindo assim a orientação da jurisprudência brasileira, que já dedicava atenção especial aos contratos bancários e às cláusulas abusivas nele inseridas. “É de assinalar-se, ademais, que a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, entendeu: “1. Os bancos, como prestadores de serviços especialmente contemplados no art. 3.º, § 2.º, estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor. A circunstância de o usuário dispor do bem recebido através da operação bancária, transferindo-o a terceiros, em pagamento de outros bens ou serviços, não o descaracteriza como consumidor final de serviços prestados pelo banco. 2. A limitação da cláusula penal em 10% já era do nosso sistema (Decreto 22.926/33) e tem sido usada pela jurisprudência quando da aplicação da regra do art. 924 do CC, o que mostra o acerto da regra do art. 52, § 1.º do CODECON, que se aplica aos casos de mora, nos contratos bancários (Recurso Especial 57.974-0-RS).

## 7. Conclusão

Este estudo comparativo teve por escopo assinalar o grau de efetividade da lei brasileira de defesa do consumidor relativamente ao direito alemão,

cuidando especialmente das condições gerais dos negócios. Ficou assentado que a definição legal dos conceitos resultou em omissão de aspectos importantes da realidade, diminuindo a abrangência da Lei 8.078.

# DOCTRINA

## REGIME DISSOLUTÓRIO DO CÓDIGO COMERCIAL. DISSOLUÇÃO TOTAL E DISSOLUÇÃO PARCIAL. DISSOLUÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL

MARCO ANTONIO MARCONDES PEREIRA

Promotor de Justiça da Comarca de Guarulhos.

1. Introdução — 2. Causas de dissolução total: 2.1 Sociedade com prazo certo; 2.2 A morte de um dos sócios; 2.3 Distrato; 2.4 Impossibilidade de execução do fim e intuito social; 2.5 Causas contratuais; 2.6 Sociedade unipessoal; 2.7 A falência da sociedade — 3. Causas de dissolução parcial: 3.1 A convenção; 3.2 A falência de um dos sócios; 3.3 Direito de retirada; 3.4 Exclusão de sócio — 4. Regime dissolutório da Lei das Sociedades por Ações — 5. Liquidação. Apuração de haveres: 5.1 Liquidação. Sociedade de pessoas e sociedades por ações; 5.2 Apuração de haveres; 6. Partilha. Reembolso: 6.1 Partilha. Sociedades de pessoas e sociedades anônimas; 6.2 Reembolso — 7. Conclusões.

### 1. Introdução

O termo dissolução provém do latim *dissolutio*, de *dissolvere* (desatar, desligar, separar),<sup>1</sup> comportando a idéia de extinção e ruptura, mas não é só este o único sentido do termo, pois também expressa a forma ou procedimento adequado para se chegar ao principal efeito da dissolução que é o término de um vínculo jurídico. Assim, como procedimento, a dissolução inicia-se por um ato dos sócios ou fatos, ingressa na fase de liquidação, sujeita-se à partilha e culmina com a extinção da pessoa jurídica.

Essa duplicidade de sentidos leva os autores a se reportarem ora a uma ora a outra circunstância, confundindo aquele que se depara com o tema dissolução, porquanto, por vezes a expressão designa o “ato fundamental do processo de extinção da sociedade”,<sup>2</sup> ou seja, a deci-

são de todos os sócios ou de um deles, pelo menos, de buscar a extinção da sociedade, equiparando-se a dissolução da sociedade à dissolução do contrato social ou extinção do vínculo social.<sup>3</sup> Em outras oportunidades, o designativo dissolução foge desse conteúdo volitivo dos sócios para identificar o próprio processo pelo qual se alcança a extinção da sociedade.<sup>4</sup>

Velasco identifica a dissolução como “la producción de un hecho o el advenir de una causa que pone en marcha un procedimiento por el cual se extinguirá la personalidad jurídica de la sociedad”,<sup>5</sup>

3. Villemor Amaral, *Das Sociedades Limitadas*, p. 162; J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial*, p. 205.

4. Paes de Almeida, *Manual das Sociedades Comerciais*, p. 63; Fran Martins, *Curso de Direito Comercial*, p. 290; Rubens Requião, *Curso de Direito Comercial*, p. 257; Bulgarelli, *Sociedades Comerciais*, p. 107; Fábio U. Coelho, *Manual de Direito Comercial*, p. 154.

5. Adolfo Ruiz Velasco, *Manual de Derecho Mercantil*, p. 219.

1. Plácido e Silva, *Dicionário Jurídico*, p. 103.

2. Dilson Doria, *Curso de Direito Comercial* 304.

forma como aborda o tema Fábio U. Coelho,<sup>6</sup> preferindo designar o processo como “extinção”.

A dissolução das sociedades vem tratada nos arts. 335 a 343 do Código Comercial, que entrou em vigor em 25 de junho de 1850 por força da Lei 556, evidentemente marcado pela doutrina individualista da época, em que o caráter personalíssimo das sociedades e a vontade de contratar ou não pairava acima de qualquer objetivo comunitário, desprovido o conceito de sociedade da idéia de geração de riquezas e benefícios à pessoas estranhas e não participantes da empreita, confundindo-se os sócios com a pessoa produtiva. Mas muito contribuiu para o início da visão atual das sociedades a distinção entre pessoas físicas e jurídicas estampada no art. 20 do Código Civil, editado mais de meio século adiante, em 1916.

Hoje a noção de sociedade mais se amolda ao conceito de “empresa”, tida esta como ente destinado a produção e circulação de riquezas, com um papel social relevantíssimo na ordem econômica, já que abastece o mercado para suprir as mais variadas necessidades humanas, gera empregos, contribuiu para a seguridade social, paga tributos etc. E assim a sociedade comercial de século e meio atrás, desenhada e criada para nascer e viver ligada ao exíguo tempo de sobrevivência de seus instituidores, salvo aquelas, como já apontava a doutrina de então, contratadas a tempo certo e as ferroviárias, de banco, seguro, serviço público concedido, especialmente se anônimas,<sup>7</sup> enfraqueceu-se diante do desenvolvimento industrial e inclusive em face do que se pode chamar de “trabalhismo”.

No berço da doutrina individualista, portanto, foi regulada a dissolução das

sociedades mercantis, apontando o legislador as hipóteses nos arts. 335 e 336 do Código Comercial.

Dispõe esses artigos:

Art. 335. As sociedades reputam-se dissolvidas:

1. Expirando o prazo ajustado da sua duração.
2. Por quebra da sociedade, ou de qualquer dos sócios.
3. Por mútuo consenso de todos os sócios.
4. Pela morte de um dos sócios, salvo convenção em contrário a respeito dos que sobreviverem.
5. Por vontade de um dos sócios, sendo a sociedade celebrada por tempo indeterminado.

Em todos os casos deve continuar a sociedade, somente para se ultimarem as negociações pendentes, procedendo-se à liquidação das ultimas.

Art. 336. As mesmas sociedades podem ser dissolvidas judicialmente, antes do período marcado no contrato, a requerimento de qualquer dos sócios:

1. mostrando-se que é impossível a continuação da sociedade por não poder preencher o intuito e fim social, como nos casos de perda inteira do capital social, ou deste não ser suficiente;
2. por inabilidade de algum dos sócios, ou incapacidade moral ou civil, julgada por sentença;
3. por abuso, prevaricação, violação ou falta de cumprimento das obrigações sociais, ou fuga de algum dos sócios.

De acordo com a redação da lei, podemos observar que o legislador classificou a dissolução como de pleno direito, convencional e judicial, sendo que, com exceção do n. 4 do art. 335, as causas importavam em dissolução total da sociedade, pois a dissolução parcial é, no nosso direito, criação

6. Fábio U. Coelho, ob. cit., p. 154.

7. Waldemar Ferreira, *Tratado de Direito Comercial*, p. 232.

pretoriana destinada a satisfazer a nova feição da empresa, evitando, assim, que se percam todos os benefícios que advêm de sua existência. Em outras legislações já se encontra a figura da dissolução parcial, também designada “rescisão parcial” ou “resolução parcial”, de forma que se tornam mais avançadas do que o direito pátrio, citando-se como exemplo o ordenamento Uruguaio (art. 144 da Lei 16.060, de 6 de agosto de 1991) e o Argentino (Lei 19.550, de 25 de abril de 1972).

Embora no campo legislativo estejamos ainda sob o império do Código Comercial, a jurisprudência sobre enfrentar a problemática advinda do quadro evolutivo anteriormente citado e sustentando-se no art. 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil fez valer uma interpretação salutar aos arts. 335 e 336 do Código Comercial de 1850, colocando à prova a sentença de Dumoulin: “Leges in scholis deglutiuntur, in palatiis digeruntur”, ou seja, as leis são, nas Faculdades, mastigadas pelos juristas, porém sem dúvidas digeridas pelos tribunais.<sup>8</sup>

Consoante a esquematização do Código Comercial, portanto, o art. 335 trata das hipóteses de dissolução *ope legis* e consensual (n. 3), enquanto o art. 336 resta para as causas que dão ensejo à decisão judicial mediante provocação do interessado.

A referida classificação, entretanto, já não tem mais razão de ser em face da nova forma de se encarar a empresa, apesar de grande parte da doutrina se valer dessa divisão para expor o assunto.<sup>9</sup>

8. Maria Helena Diniz, *Tratado Teórico e Prática dos Contratos*, v. I, p. 2.

9. J. X. Carvalho de Mendonça, ob. cit., p. 205; H. Villemor Amaral, ob. cit., pp. 163/172; Waldemar Ferreira, ob. cit., pp. 233/234; José Edwaldo Tavares Borba, *Direito Societário*, p. 66; Fran Martins, ob. cit., p. 291; Amador Paes de Almeida, ob. cit., p. 63; Dylson Doria, ob. cit., pp. 304/312.

Atualmente, como sugere Rubens Requião,<sup>10</sup> melhor critério a se encampar é o de dividir o tema em dissolução total e dissolução parcial, escapando da extensão adotada pelo Código, para preservação da sociedade ou empresa, apesar da apontada impropriedade do termo “dissolução parcial”, que segundo Hernani Estrella indica apenas o afastamento do sócio e, portanto, hipótese de resilição parcial do contrato com fundamento na conveniência ou necessidade de preservação do organismo social. Diverso, assim, o significado da verdadeira dissolução, ou seja, a predisposição ao desaparecimento total e definitivo da empresa.<sup>11</sup>

Nessa linha de considerações, mais adequada a terminologia dos direitos Argentino e Uruguaio, pois, como se pode observar, não importa a dissolução parcial em extinção da sociedade, mas tão-somente em expressão de uso correntio, ainda que impróprio, que designa o desligamento parcial do vínculo contratual que originou aquela.<sup>12</sup>

Questões de nomenclatura à parte, os tribunais tem dado ênfase e prestígio, sempre que há distensões entre os sócios, para a dissolução parcial, evitando-se a todo custo a dissolução total.

Aparentemente, encontraria obstáculo a classificação ora apresentada nas hipóteses de dissolução *ope legis* fundadas no término do prazo estabelecido para sociedade e ou na morte de um dos sócios, mas tais ocorrências não significam que os demais participantes não pudessem se socorrer do judiciário para impedirem a dissolução de pleno direito, desde que fundados em dúvidas sobre a existência daqueles fatos, como observou Carvalho de Mendonça.<sup>13</sup> Daí porque temos que o critério agasalhado pelo

10. Rubens Requião, ob. cit., p. 259.

11. Hernani Estrella, ob. cit., pp. 119/120.

12. Fábio U. Coelho, ob. cit., p. 156.

13. Rubens Requião, ob. cit., p. 258.

Código Comercial não mais tem razões para subsistir. Além disso, igualmente preleciona Fábio Ulhoa Coelho<sup>14</sup> que o critério legal só encontra fraco eco no aspecto procedimental por força art. 656 do Código de Processo Civil de 1939, não revogado pela legislação processual em vigor, eis que “nos casos de dissolução de pleno direito, o juiz ouvirá os interessados no prazo de quarenta e oito (48) horas e decidirá”, ao passo que em se tratando de dissolução contenciosa seguir-se-á o prazo de cinco (5) dias. Vale dizer, tanto a dissolução *pleno jure* como a contenciosa podem se subordinar à apreciação do Poder Judiciário, como diferente não poderia ser por força do art. 5.º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Logo, além da dissolução total ou parcial (critério quanto à extensão do rompimento do vínculo contratual dos sócios), podemos ter a dissolução extrajudicial ou judicial, dependendo da maneira como esta se processará. Assim, se a dissolução decorre do acordo de vontade dos sócios, tanto para totalmente extingui-la como para retirada ou substituição de um dos sócios, ter-se-á a dissolução extrajudicial, mas se o fim dissolutório colimado for obtido por meio de decisão judicial, haverá então dissolução judicial.

Em relação à forma judicial é interessante a questão procedimental, sempre devendo ser realçado, que o Título XXXVI, arts. 655 a 674, do Código de Processo Civil de 1939 se encontra em vigor por força do art. 1.218, inciso VII, do Código de Processo Civil em vigor (Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973), resultando quanto à forma de apuração de haveres (art. 668, CPC/1939) divergência jurisprudencial.

Em suma, a dissolução das sociedades será total ou parcial e extrajudicial ou judicial.

## 2. Causas de dissolução total

Rubens Requião<sup>15</sup> aponta como motivos de dissolução total da sociedade o distrato, a expiração do prazo pactuado para duração da sociedade e a impossibilidade da sociedade preencher o intuito e o fim social. Fábio Ulhoa Coelho,<sup>16</sup> por sua vez, acrescenta como fatos propiciadores desse estado a falência, a unipessoalidade e causas contratuais.

Analisemos cada uma das causas enumeradas por esses doutrinadores, começando pela expiração do prazo determinado de existência da sociedade.

### 2.1 Sociedade com prazo certo

Dissolve-se a sociedade pela expiração do prazo ajustado ou implemento da finalidade para qual ela foi constituída (art. 335, n. 1, CCom.), uma vez que sua criação pode ter se dado para a conclusão de certa obra, por exemplo, a construção de uma ferrovia.

O fato da sociedade subordinar-se a um objeto temporário não a coloca ou a identifica como de prazo indeterminado ocorrendo simplesmente que esse tempo de duração será incerto, ou seja, até finalização de seu objetivo.

No caso da empresa ter um único objetivo (v.g. a construção da ferrovia) e seus estatutos marcarem um prazo certo de existência, realizado o objeto social antes do transcurso do tempo designado, operar-se-á sua dissolução. Continuará operando regularmente, entretanto, a sociedade que, antes de emergir o lapso temporal assinado, tiver seu prazo prorrogado mediante a concordância unânime de todos os sócios. Referida prorrogação deverá ser levada a arquivamento na Junta Comercial e esse ato registrário não poderá ser al-

15. Rubens Requião, ob. cit., p. 260.

16. Fábio U. Coelho, ob. cit., p. 158.

14. Fábio U. Coelho, ob. cit., pp. 157/158.

mejado após a expiração do prazo de duração da sociedade (art. 35 da Lei 8.934, de 18 de novembro de 1994). Assim, ultrapassado o prazo contratual de sua duração sem que tenha se dado a prorrogação, a sociedade será considerada irregular, desde que continue operando, e “perderá a proteção de seu nome empresarial” (art. 59 da Lei 8.934/94). Uma vez vencido o tempo, os sócios poderão elaborar distrato (dissolução extrajudicial).

Não dissolvida a sociedade por força de sua prorrogação, não se dará a formação de uma nova entidade mas, tão-somente, teremos sua continuação a teor do art. 307 do Código Comercial e sua acurada interpretação por parte de Eunápio Borges, secundado por Waldirio Bulgarelli.<sup>17</sup>

Reza o art. 60 da lei em vigor acerca do Registro Público de Empresas Mercantis que “a Sociedade que não proceder a qualquer arquivamento no período de dez anos consecutivos deverá comunicar à Junta Comercial que deseja manter-se em funcionamento”, sob pena de não o fazendo, após notificação (pessoal ou ficta) da Junta Comercial, ser considerada inativa, ter seu registro cancelado e perder a proteção de seu nome empresarial, ou seja, subordinando-se, ao que parece, a uma situação dissolutória já que sua reativação só poderá se dar por meio do mesmo procedimento destinado para sua constituição.

O problema está em se saber se mencionado artigo se aplica ou não às sociedades de prazo certo.

Imaginemos que uma sociedade seja criada para durar quinze (15) anos e após decorridos dez anos nenhum ato tenha sido levado a registro, bem como nenhuma comunicação tenha se dado pela empresa notificada regularmente, nesta hipótese, poderá a Junta Comercial

cancelar seus registros e submetê-la às sanções já apontadas?

Parece-nos que a resposta só pode ser negativa, pois a sociedade já fora constituída com a manifestação dos sócios acerca de sua duração, configurando-se a exigência por parte do art. 60 da Lei 8.934/94 cabível apenas às sociedades por tempo indeterminado, sendo que submeter a sociedade por prazo certo àquelas sanções importarão em ofensa a seu direito líquido e certo de existência pactuada no contrato social, subordinando-se o órgão competente ao remédio constitucional do mandado de segurança.

## 2.2 A morte de um dos sócios

A morte de um dos sócios sempre configurou-se em motivo para a dissolução total da sociedade, salvo disposição em contrário dos que sobreviverem, nos termos exatos do art. 335, n. 4, do Código Comercial. Assim, pactuado entre os sócios que sobrevivendo a morte de algum deles a sociedade permaneça, evita-se que ela se dissolva e então seus sucessores acabam por receber o quinhão do falecido, que será levado a inventário.

Fran Martins e Rubens Requião<sup>18</sup> divergem a respeito de dever ser a cláusula de continuação da sociedade pactuada antes ou depois do evento morte: o primeiro acredita ser imprescindível que a estipulação seja anterior ao falecimento do sócio, enquanto o último — se valendo do direito francês — vê a continuação da sociedade como uma “condição implícita, mesmo na ocorrência do falecimento do sócio, sem que haja necessidade contratual expressa”, embora reconheça o peso majoritário da posição agasalhada pelo primeiro.

Atualmente, manifesta a tendência de se preservar a sociedade, parece que mais

17. Waldírio Bulgarelli, ob. cit., p. 110.

18. Fran Martins. *Direito Societário*. p. 306; Rubens Requião, ob. cit., pp. 269/270.

sensato é o ensinamento de Requião, que desemboca na dissolução parcial e evita a deletéria extinção da empresa.

Nada impede também que a sociedade continue com os herdeiros do falecido desde que estes queiram e inexistam motivos justos para recusa por parte dos demais sócios. Sem embargo da posição de Hernani Estrella,<sup>19</sup> somos da opinião de que todo e qualquer herdeiro do falecido poderá participar da sociedade. Citado autor vê necessária a limitação aos herdeiros necessários e cônjuge supérstite tendo em vista que no momento da celebração da cláusula de prosseguimento da sociedade só estes eram conhecidos de antemão, enquanto os instituídos fogem à vocação hereditária legal. Referida limitação não tem razão de ser, pois os demais sócios só poderão se opor ao ingresso dos sucessores diante de motivo justo e não nos parece que, inexistindo limitação legal àqueles herdeiros instituídos, possa prevalecer tal restrição, salvo se contratualmente os sócios limitarem o ingresso de herdeiros testamentários no caso de morte de um deles.

O art. 308 do Código Comercial veda o ingresso de herdeiros menores na sociedade mercantil, ainda que autorizados pelo juiz. Essa restrição só tem razão de ser se considerarmos que se aplicam às sociedades cuja responsabilidade seja ilimitada, não se aplicando o art. 1.403 do Código Civil, dispositivo que permite o ingresso de menor nas sociedades desde que autorizado pelo juízo,<sup>20</sup> já que o art. 291 do Código Comercial só permite a aplicação subsidiária das normas do Código Civil. Se a sociedade for por quotas de respon-

sabilidade limitada, poderá o menor participar dela como cotista, segundo doutrina João Eunápio Borges da Silva e outros que são citados em jurisprudência colecionada por Darcy de Arruda Miranda Júnior.<sup>21</sup>

De qualquer forma, entendemos que a sociedade comercial nunca se dissolverá em caso de morte de um dos sócios e acabará quando muito em rescisão parcial do vínculo contratual, com a conseqüente apuração de haveres do sócio falecido. Poderá ainda o herdeiro menor participar da sociedade se esta for limitada, mas apenas como cotista.

### 2.3 *Distrato*

Outra causa de dissolução total da sociedade é o distrato (art. 335, n. 3, do CCom.), que nada mais é do que uma convenção entre todos os participantes do quadro societário destinada a extinguir o ente anteriormente criado. Essa forma de dissolução, também designada de convencional, opera-se extrajudicialmente, não havendo necessidade de que se dê pela mesma forma de instrumento por que foi celebrada. Essa exigência do art. 337 do Código Comercial encontra-se revogada pelo art. 53 da Lei 8.934/94, que dispõe: "as alterações contratuais ou estatutárias poderão ser efetivadas por escritura pública ou particular, independentemente da forma adotada no ato constitutivo", aliás, regra repetida do art. 11 da Lei 6.939/81 que já houvera revogado aquele dispositivo do Código e art. 62, § 3.º, do Decreto 57.651/66.

### 2.4 *Impossibilidade de execução do fim e intuito social*

A impossibilidade de atender o fim e intuito social é causa de dissolução previs-

19. Hernani Estrella, ob. cit., p. 86.

20. Art. 1.403 CCB — "Se o contrato estipular que a sociedade continue com o herdeiro do sócio falecido, cumprir-se-á a estipulação, toda vez que se possa; mas, sendo menor o herdeiro, será dissolvido, em relação a ele, o vínculo social, caso o juiz o determine".

21. Darcy de Arruda Miranda Júnior. *Dicionário Jurisprudencial da sociedade de Responsabilidade Limitada*, pp. 200/203.

ta no art. 336, inciso I, do Código Comercial que, exemplificativamente, aponta em decorrência da perda ou insuficiência do capital social, que “representa a totalidade, expressa em dinheiro, dos contingentes realizados ou prometidos pelos sócios com aquela destinação”.<sup>22</sup>

Não é a diminuição do capital social que autoriza se falar em dissolução, mas apenas a redução que inviabilize a empresa de atingir seu fim social.

As situações previstas no artigo do Código que podem dar causa à dissolução são enumerativas, pois outras causas podem fazer com que a sociedade não desenvolva seu objeto social: a doutrina aponta a incidência de impostos proibitivos sobre o objeto industrial da sociedade, a concorrência aberta por outros à sociedade, a proibição de importação ou exportação das mercadorias com as quais negociava a sociedade, os prejuízos ocorridos pela falência de devedores da sociedade<sup>23</sup> e, acrescentamos, em face da legislação superveniente que tome o objeto social da sociedade ilícito civil ou penal. Assim, muitas podem ser as causas que abale o objeto social.

É também comum na doutrina enumerar-se a grave divergência entre os sócios — não mera desinteligência — entre as causas que atingem o intuito e o fim social,<sup>24</sup> contudo, essa divergência acaba, via de regra, gerando dissolução parcial, salvo quando se tratar de sociedade composta por dois sócios, para aqueles que entendem pela impossibilidade da sociedade unipessoal no nosso direito.<sup>25</sup>

Como pondera Fábio Ulhoa Coelho,<sup>26</sup> essa modalidade de dissolução pode ser

extrajudicial ou judicial na medida em que os sócios discordem ou não da ocorrência das causas dissolutórias.

### 2.5 Causas contratuais

Causas contratuais previamente estabelecidas entre os sócios poderão acarretar a dissolução total da sociedade, configurando-se tal hipótese no cumprimento de seu próprio contrato de constituição.

É a instituição de cláusula resolutiva ou condição resolutiva (art. 119 do Código Civil), sujeita à apreciação do Judiciário se um dos sócios entender por sua não ocorrência. Do contrário, superveniente a condição, sem dúvidas acerca de sua incidência, somos da opinião que os sócios deverão lavrar instrumento de distrato.

Diante de uma cláusula resolutiva inserida nos estatutos da sociedade constituída por prazo certo, realizada a condição dever-se-á desconsiderar o tempo ajustado, pois a indicação destas duas causas de dissolução mostra a vontade dos sócios como alternativa, prevalecendo a causa resolutiva pela possibilidade de ocorrer antes do termo.

Vencido o prazo de duração da sociedade, continuando estas suas atividades será tida como irregular, de forma que se operada a condição resolutiva previamente pactuada e sem que tenham os sócios levado a efeito distrato, também será taxada de irregular.

### 2.6 Sociedade unipessoal

A grande maioria dos autores<sup>27</sup> atesta que a sociedade se dissolve totalmente

22. J. X. Carvalho de Mendonça, ob. cit., p. 28.

23. J. X. Carvalho de Mendonça, ob. cit.; Waldemar Ferreira, ob. cit., p. 285.

24. Waldemar Ferreira, ob. cit., p. 286.

25. Fábio U. Coelho, ob. cit., p. 160; Rubens Requião, ob. cit., p. 261.

26. Fábio U. Coelho, ob. cit., p. 157.

27. J. X. Carvalho de Mendonça, ob. cit., p. 212; Waldemar Ferreira, ob. cit., p. 244; Rubens Requião, ob. cit., p. 263; Fábio U. Coelho, ob. cit., p. 160; Hernani Estrela, ob. cit., p. 87; Waldírio Bulgarelli, “Alguns estranhos casos de sociedades por cotas de responsabilidade limitada no direito brasileiro”, pp. 23/29, *RDM*, n. 25, Ano 1977, Ed. RT.

diante a unipessoalidade, ou seja, resumindo-se a um único sócio a sociedade perderia sua condição conceitual: a pluralidade de pessoas.

Especialmente porque o art. 335, n. 4, do Código Comercial fala em dissolução, “salvo convenção em contrário a respeito dos que sobreviverem”, pressupondo-se assim que devam sobrar pelo menos dois integrantes.

A despeito dessa posição majoritária, existe corrente baseada na conservação da empresa que vê na sociedade unipessoal, em situação temporária, a solução para se evitar o perdimento de sua atividade produtiva,<sup>28</sup> levando-se a decretar a dissolução parcial, saindo o sócio dissidente ou herdeiros deste sua parte do patrimônio.

Nesse sentido vem se colhendo inúmeros julgados nos tribunais, dentre os quais citamos *RT* 439/191, 649/70, 665/87; *RSTJ* 18/345 e 22/422; *RTJ* 665/87; Ap. Cível n. 38.970 do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, 4.ª Câmara, rel. Des. Alcides Aguiar, v.u., de 13.4.93 (*in IOB — Repertório de Jurisprudência* n. 3/8641); Ap. Cível n. 5.233/92, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 1.ª Câmara, v.m., 27.4.93 (*in IOB — Repertório de Jurisprudência* n. 3/9303).

No direito alienígena encontramos substrato legal para indigitada postura,<sup>29</sup> pois conferem às sociedades caráter institucional, contudo, no direito pátrio os defensores de sua existência baseiam-se, fundamentalmente, no fato de que “não se deve esquecer de que a sociedade por quotas de responsabilidade limitada, embora constituída segundo as regras das sociedades de pessoas, isto é, pelas disposições dos arts. 300 a 302 do

Código Comercial, rege-se pelas normas contidas no Decreto 3.708, de 10 de janeiro de 1919. O art. 18 do citado Decreto 3.708/19 estabelece que: ‘Serão observadas quanto às sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, no que não for regulado no estatuto social, e na parte aplicável, as disposições da Lei das Sociedades Anônimas’. Ora, conforme dispõe o art. 206 da Lei de Sociedades Anônimas, verificada em assembléia geral ordinária a existência de apenas um único acionista, pode a companhia prosseguir operando pelo prazo de um ano, dissolvendo-se depois se o mínimo de dois acionistas não for reconstituído, ressalvada a hipótese da subsidiária integral”.<sup>30</sup>

Dito posicionamento, por outro lado, encontra resistência no argumento de que o disposto no art. 206 da Lei 6.404/76 é regra excepcional das sociedades por ações, logo inestendível às sociedades de pessoas.

Apesar de Fábio Ulhoa Coelho se situar pela dissolução total da sociedade em face da unipessoalidade, aponta como salutar o entendimento jurisprudencial de permitir a continuação da sociedade nas mãos do único sócio, que a exploraria individualmente até que nova fosse constituída.

Acreditamos todavia, em pese o luminar doutrinador, que a continuação da sociedade por quotas de responsabilidade limitada na modalidade unipessoal não significa que o sócio deva ser tratado como comerciante com firma individual, senão após decorrido um ano. E dentro desse prazo teríamos, de acordo com a jurisprudência favorável à sociedade unipessoal — uma *contradictio in terminis* —, uma sociedade de cunho “institucional” como acolhida no direito estrangeiro citado. Após um ano da singularidade então teríamos que considerá-la dissolvida, respondendo o

28. Pontes de Miranda, *RT* 665/88; Eduardo de Souza Carmo. “Sociedade unipessoal por cotas de responsabilidade limitada”, *RDM* n. 75. Ano 1989, pp. 41-47.

29. Legislação Francesa e Alemã, cf. Fran Martins, ob. cit., p. 187.

30. Darcy A. Miranda Jr., ob. cit., p. 326.

sócios remanescente por firma individual. Nem o ingresso do novo sócio nessa sociedade implica na formação de outra, diversa daquela sujeita anteriormente à unipessoalidade. Aqui temos apenas a continuação da sociedade unipessoal que, agora, retorna à pluralidade de elementos. Do contrário, fosse o ingresso de novo sócio considerado como criação de nova sociedade, esse fato estaria dissolvendo a sociedade que antes não foi extinta por circunstância de maior relevo, qual seja, a própria unipessoalidade.

Assim, a sociedade, que antes tinha composição plural, tornou-se unipessoal e que retorna ao estado inicial, é a mesma, logo existente como dantes e consideradas as saídas e entradas de sócios como singelas alterações societárias. Com efeito, ainda que seja um contrasenso falar-se em sociedade unipessoal, o seguimento jurisprudencial acabará, num futuro bem próximo, por influir legislação do teor da francesa e alemã, entretanto, até que tal sobrevenha, a unipessoalidade pode importar em dissolução total da sociedade senão após decorrido o prazo de art. 206 da Lei 6.404/76, aplicável subsidiariamente às sociedades por cotas de responsabilidade limitada face as exigências sociais colocadas na questão.

Com maior razão deverá adotar-se a dissolução parcial se houver cláusula de renúncia ao pedido de dissolução total em casos de morte, incapacidade e denúncia de um dos sócios.

### 2.7 A falência da sociedade

A declaração da falência da sociedade prevista como causa dissolutória no art. 335, primeira parte do n. 2, do Código Comercial, encontra divergência na doutrina, defendendo alguns autores que a falência da sociedade, modalidade sempre judicial (Decreto-Lei 7.661, de 21 de junho de 1945), representa a sua

dissolução total, pois os sócios são afastados do controle e administração e essa situação confunde-se com a liquidação, não se podendo falar que a sociedade revive com a concordata suspensiva, que deve ser proposta pelos sócios e não pela falida.<sup>31</sup>

Cite-se parte discordante da doutrina,<sup>32</sup> atrelada à idéia de que a sentença declaratória da falência não extingue a personalidade jurídica da sociedade, uma vez que esta (a sociedade) poderá inclusive prosseguir no comércio a requerimento do "falido" e deferimento do juízo (art. 74 da LF) e diante a possibilidade de processamento da concordata suspensiva (art. 177 da LF).

É da jurisprudência: "A falência, como causa legal de dissolução das sociedades mercantis, não extingue sua personalidade jurídica, que se mantém até completa liquidação do seu patrimônio e encerramento do processo (art. 179 do Decreto-lei 7.661/45)" (Ac. un. em sessão plenária do TJDF, na Resc. 100, Rel. Des. Joffily, *DJU*, 30.nov.1982, p. 12.299).<sup>33</sup>

Vale assinalar que a dissolução também não é causa extintiva da pessoa jurídica, mas sim a partilha, de forma que tanto a falência como a dissolução não atingem, pelo menos num primeiro momento, pois, só ao final do procedimento dissolutório ou falimentar que poderemos falar em extinção da pessoa jurídica. De forma que, classificar a falência como não causa dissolutória pelo fato de não extinguir a personalidade jurídica não parecer o melhor caminho.

O traço relevante na dissolução total é sobrevivência da empresa, ou a viabi-

31. Waldemar Ferreira, ob. cit., p. 252; J. X. Carvalho de Mendonça, ob. cit., p. 216; Fábio U. Coelho, ob. cit., p. 159; Fran Martins, ob. cit., p. 295; Dilson Dória, ob. cit., p. 308.

32. Rubens Requião, ob. cit., pp. 266/267; Waldírio Bulgarelli, ob. cit., p. 112.

33. Darcy Arruda Miranda Jr., ob. cit., p. 79.

lidade de continuação de suas atividades, independentemente do sócio que se retira com seus haveres. Ora, a circunstância de a empresa falida poder continuar no comércio (art. 74 da LF) e até reviver com a concordata suspensiva (art. 177 LF) é que se faria relevante para identificar a falência como causa de dissolução parcial.

Afigura-se-nos, entretanto, mais razoável ver a declaração da falência como causa potencial de dissolução total posto que as probabilidades de se fugir da liquidação são remotas no campo prático (art. 74 e 177 da LF), raramente se encontrando na jurisprudência casos de continuação do negócio pelos sócios da falida ou de concordatas suspensivas.

### 3. Causas de dissolução parcial

Restam situações d'onde emerge a dissolução parcial da sociedade comercial, de acordo com doutrina até aqui referida:<sup>34</sup> a vontade dos sócios; a falência de um dos sócios, a morte de sócio; a retirada de sócio; exclusão de sócio. E, por força do entendimento que acolhe a "sociedade unipessoal", ainda que sejam dois os sócios componentes da sociedade teremos a dissolução parcial.

#### 3.1 A convenção

A convenção entre os sócios pode operar a dissolução parcial como consigna a doutrina, ou seja, permite-se que um dos participantes se retire apurando seus haveres, mas subsistindo a sociedade. Ao que parece, na essência, essa causa se confunde com o direito de retirada do sócio nas sociedades de pessoas de prazo indeterminado (art. 335, n. 5, CCom.).

Sendo a sociedade por cotas de responsabilidade limitada ou por tempo

certo, os sócios podem consentir também na saída daquele que demonstrar tal interesse, mas apenas por mera liberalidade, posto que nesses tipos societários só por motivo justificado, e via judicial, poderia o descontente buscar sair do quadro social e levar consigo seus haveres (art. 15 da Lei 3.708/19 e art. 336, ns. 1, 2 e 3 do CCom.).

#### 3.2 A falência de um dos sócios

Decretada a falência de um dos sócios se dará a dissolução parcial ingressando para a massa "somente os haveres que na sociedade ele possuir e forem apurados na forma estabelecida no contrato. Se este nada dispuser a respeito, a apuração far-se-á judicialmente, salvo se, por lei ou pelo contrato, a sociedade tiver de liquidar-se, caso em que os haveres do falido, somente após o pagamento de todo o passivo da sociedade, entrarão para a massa" (art. 48 da LF).

Desta forma, a doutrina é caudalosa acerca da derrogação da parte final do n. 2 do art. 335 do Código Comercial.

Interessante sobre o tema é a observação de Cunha Peixoto, referida no voto vencido do Desembargador Doreste Baptista do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, inserto na Ap. Cível n. 5.233/92, julgado em 27.4.93 (JOB 3/9303): "Mas, nem sempre o problema aparece com esta facilidade. É a falência do sócio, independente de previsão contratual ou de disposição expressa de lei, pode acarretar a dissolução da sociedade por cota de responsabilidade limitada. Com efeito, a apuração dos haveres do sócio falido e o conseqüente pagamento de sua parte tem lugar com aquisição de sua cota pela sociedade, e a esta só é lícito proceder com fundos disponíveis e sem ofensa do capital. Ora, se a sociedade não tem fundos disponíveis e os outros sócios não tomam a si a cota, ou não acordam em

34. Fábio Ulhoa Coelho, ob. cit., p. 161; Rubens Requião, ob. cit., p. 263.

transferi-la a terceiro, a sociedade entra, fatalmente, em dissolução. Não é possível o pagamento puro e simples da parte do sócio falido sem a existência de fundo disponível, porque isto viria em ofensa ao capital, o que vai em arrepio à lei. (*A Soc. por cota...*, II, n. 411, p. 20, Forense, Rio, 1956)".

Observe-se que o quadro dissolutório criado não tem como causa propriamente dita a falência do sócio. Aqui, a razão da dissolução total é a impossibilidade do cumprimento do intuito e fim social, pela perda ou insuficiência do capital social. O problema gerado no capital social, sim, decorre da falência do sócio — e poderia ser outro o fato —, mas a dissolução total se operará à reboque do art. 336, n. 1, do Código Comercial.

### 3.3 Direito de retirada

O direito de retirada vazado no art. 335, n. 5, do Código Comercial, que gerava a dissolução total da sociedade em sendo esta constituída por tempo indeterminado, está a evidenciar o forte reinado do individualismo existente à época da criação daquele diploma legal. Mas pelas razões já expostas relativas à atual ótica da empresa, a intenção do sócio de se afastar da sociedade não desemboca na dissolução total. Pelo contrário, permite-se a apuração de seus haveres, permanecendo a pessoa jurídica.

O direito de denúncia do sócio estrutura-se no fato de que ninguém é obrigado a contratar contra sua vontade, todavia, esse direito não pode chegar ao extremo de obstar o direito dos outros sócios de continuarem a sociedade.

Não parece prudente a lição de Waldemar Ferreira,<sup>35</sup> que vê no dispositivo uma norma de ordem pública, logo, irrenunciável, cujo direito é potestativo, de forma que não se cogita

de perquirir os motivos do sócio desinteressado.

Melhor lição é no sentido de que se pode renunciar nos estatutos sociais ao direito de dissolver a sociedade por vontade daquele que almeja a despedida imotivada,<sup>36</sup> desde que a renúncia não se enderece ao direito de pedir a dissolução total por motivo justificado.

No escopo de preservar a sociedade, assim, colhem-se na jurisprudência vários casos<sup>37</sup> em que se transforma o pedido de dissolução total em parcial, com a extinção do vínculo social frente ao sócio que se despede, se retira e leva consigo seus haveres, em pagamento a vista, de acordo com a verificação física e contábil dos valores do ativo, como se total fosse a dissolução.

Daí ser conveniente grifar que o direito de recesso, propriamente dito, é atributo das sociedades de capitais e serve para coibir abusos contra a minoria, pois esta poderá diante a dissidência gerada pela alteração do contrato social solicitar a saída (art. 15 da Lei 3.708/19). A dissolução parcial fundada na despedida de sociedade constituída por tempo indeterminado, sem questionamento de justa causa, não cabe apenas à minoria, pelo contrário, a todo e qualquer sócio.

36. Rubens Requião, ob. cit., p. 270 — citando o Ministro do STF Orozimbo Nonato, in RT 166/845; Walter T. Tavares, citado in RT 520/207; Hernani Estrela, ob. cit., p. 61.

37. "Sociedade comercial. Dissolução requerida por alguns sócios. Motivos irrelevantes. Transformação em dissolução parcial e retirada dos sócios discordantes... A disposição do art. 335, V, do Código Comercial, pressupõe sério e inarredável, não agasalhando, de consequência, meros caprichos pessoais... A temperança deste artigo, subordinando sua eficácia à existência de motivo idôneo, há de subsistir, ainda que não conste de cláusula contratual expressa a continuação da sociedade no caso de retirada de um ou de alguns dos sócios" — *Revista do Tribunal de Justiça do Paraná* n. 6/122.

35. Waldemar Ferreira, ob. cit., p. 250.

### 3.4 Exclusão de sócio

Também será causa de dissolução parcial da sociedade a exclusão de um dos sócios pela unanimidade<sup>38</sup> dos demais, consoante se vê dos arts. 289, 317,<sup>39</sup> 336, ns. 2 e 3 e 339 do Código Comercial.

A exclusão, prevista em vários diplomas estrangeiros (v.g. Alemanha, Áustria, Suíça, Itália, França e Portugal) difere do direito de recesso: este é uma faculdade conferida ao sócio (art. 335, n. 5 e art. 15 do Decreto 3.708/19), enquanto aquela funciona como uma sanção já que o sócio é expulso da sociedade, de maneira que deve ser considerada como “a retirada forçada do sócio de uma sociedade comercial”.<sup>40</sup>

Essa providência, tomada pelos demais sócios independentemente se maioria ou não do capital social e não pela sociedade, se faz necessária para preservar a pessoa jurídica constituída.

São casos de expulsão de sócio: a) a não integralização do capital social; b) a inabilidade, incapacidade moral ou civil do sócio; c) abuso, prevaricação, violação ou falta de cumprimento das obrigações sociais e fuga de algum dos

38. RT 443/249-252.

39. “Art. 289. Os sócios devem entrar para o fundo social com as quotas e contingentes a que se obrigarem, nos prazos e pela forma que se estipular no contrato. O que deixar de o fazer responderá à sociedade ou companhia pelo dano emergente da mora, se o contingente não consistir em dinheiro; consistindo em dinheiro pagará por indenização o juro legal somente (art. 249). Num e noutro caso, porém, poderão os outros sócios preferir, à indenização pela mora, a rescisão da sociedade a respeito do sócio remisso”.

“art. 317. ... O sócio de indústria não pode, salvo convenção em contrário, empregar-se em operação alguma comercial estranha à sociedade: pena de ser privado dos lucros daquela, e excluído desta”.

40. Fran Martins, *Direito Societário*, p. 250.

sócios; d) outras causas justificadas (art. 339 do CCom.).

A inabilidade é a falta de aptidão do sócio para execução de suas atividades em benefício da sociedade; a incapacidade moral traduz um conceito aberto demais, variando muito em razão do local e época, dependendo sempre de uma sentença para que se a tenha como caracterizada, apesar da posição de Waldemar Ferreira<sup>41</sup> que considera duvidosa a exigência de decisão judicial a respeito; a incapacidade civil dependerá sempre de prévia apreciação pelo Judiciário; o abuso, a prevaricação (sentido amplo e não jurídico penal) e a fuga de um dos sócios designam simplesmente descumprimento de qualquer obrigação social; outras causas justificadas são apontadas pela doutrina, dentre as quais: a recusa sistemática de tomar parte nas deliberações a fim de não assumir responsabilidades juntamente com os demais sócios, o uso abusivo da firma ou razão social, negar o sócio gerente a qualquer sócio o exame dos livros, papéis e documentos<sup>42</sup> etc.

Vale lembrar que graves desinteligências entre os sócios, que acarretam a perda da *affectio societatis*, abalam o desenvolvimento regular do intuito e fim social da sociedade, fundando-se essa causa no art. 336, n. 1, do Código Comercial.

Todas essas causas sinalizam para a dissolução parcial da sociedade e não para a drástica extinção dela.

Explica Rubens Requião que o Código Comercial no art. 289 criou uma exceção à teoria individualista e abriu a possibilidade aos sócios de pleitearem o cumprimento do compromisso assumido ou a rescisão frente ao inadimplente,<sup>43</sup> fazendo com que a sociedade não se

41. Waldemar Ferreira, ob. cit., p. 288/289.

42. Waldemar Ferreira, ob. cit., p. 290; J. X. Carvalho de Mendonça, ob. cit., p. 222.

43. Rubens Requião, ob. cit., p. 276.

dissolvesse. Como aponta Requião, dentro de uma linha lógica, deveria a não integralização do capital ser causa de dissolução total porque nesta oportunidade já estaria constituída a sociedade.

O procedimento poderá ser extrajudicial, como aliás já previa o art. 6.º, I, c da Lei 6.939/81 e Instrução Normativa 7 do DNRC, de 16.9.86, disposições legais revogadas pela atual Lei 8.934/94, desde que indicado o motivo e a destinação do capital social, quando se tratar de exclusão de sócio minoritário, mas deverá ser judicial quando se tratar de afastamento compulsório de sócio majoritário.

Não há necessidade de cláusula contratual expressa no sentido de se permitir a exclusão de qualquer dos sócios, bastando que ocorra uma das causas elencadas pela lei ou outra que evidencie ser justo o afastamento do sócio rejeitado.

Atualmente, a Lei 8.934/94 proíbe o arquivamento da "alteração contratual, por deliberação majoritária do capital social, quando houver cláusula restritiva" (art. 35, VI), parecendo que os sócios possam renunciar totalmente o direito de exclusão de um dos integrantes do quadro societário. Interpretar desta forma o dispositivo não se coaduna com o fim social. O dispositivo deve ser visto como a possibilidade de se vedar a exclusão de sócio em certas hipóteses previstas contratualmente, assim, limitando o campo de atuação dos integrantes da sociedade. Por outras palavras, os demais sócios só poderiam expulsar o indesejado diante das situações previstas na lei ou fora daquelas previamente pactuadas, já que situações destipificadas de plano como causadores do direito de exclusão. Não se pode, todavia, considerar como válida a cláusula restritiva do direito de exclusão que venha, por exemplo, proibir o afastamento do sócio que desfalca os cofres da sociedade, que seja condenado por crime cuja pena vede o exercício da atividade mercantil,

ou outra causa que coloque em risco a própria sobrevivência da sociedade.

Poder-se-ia cogitar que o art. 35, inciso VI, da Lei 8.934/94 tratasse de um problema meramente instrumental, ou seja, diante da existência de uma cláusula restritiva de "alteração contratual, por deliberação majoritária do capital social", esta só poderia se dar judicialmente. Aqui, bastando a existência da cláusula limitadora, ainda que genérica, teríamos obrigatoriamente a demanda judicial e, portanto, procedimento dissolutório parcial, o que nos parece mais gravoso para a ente societário. Ao órgão administrativo deve-se outorgar o poder de avaliar o conteúdo da restrição contratual, acolhendo-se a alteração formulada pela maioria do capital social quando esta estiver fora dos limites da restrição pactuada, ou, ainda, quando presentes indícios veementes de improbidade do sócio excluído e prova de sua incapacidade para figurar no quadro societário por força de sentença condenatória, com trânsito em julgado, que o proíba do exercício da atividade mercantil. Temos que a intenção do legislador, ao redigir o inciso VI do art. 35, foi de proteção dos sócios minoritários diante da maioria do capital social que, via de regra, exerce o poder de exclusão ainda que este não dependa necessariamente dele (capital social), sendo inferiores numericamente os casos de exclusão do sócio majoritário pela minoria do capital social. Mas essa proteção não deve ser interpretada em detrimento da empresa, indo ao ponto de se evitar a exclusão extrajudicial do sócio minoritário pela simples existência de cláusula genérica que proíba a alteração do contrato social por vontade da maioria do capital. Evidentemente, o sócio minoritário poderá demandar judicialmente se sua exclusão se deu contra o conteúdo da cláusula restritiva, podendo até reintegrar-se no quadro social.

#### 4. Regime dissolutório da Lei das Sociedades por Ações

Na vigência do Decreto-lei 2.627/40 não se falava em dissolução mas em liquidação e partilha do patrimônio social, pois o legislador da época entendeu por ser afastar do conceito de “dissolução” por considerá-lo impróprio e repleto de dúvidas,<sup>44</sup> todavia, na legislação atual retornou-se à orientação tradicional, onde a sociedade conserva sua personalidade jurídica até que se finde a liquidação.

A Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, prevê no capítulo XVII, as formas de dissolução, liquidação e extinção das sociedades por ações, que tem preservada sua personalidade jurídica até a extinção, após a liquidação (art. 207).

O art. 206 enumera as causas dissolutórias das sociedades anônimas como sendo de “pleno direito”, “por decisão judicial” e “por decisão de autoridade administrativa”.

Dissolve-se, assim, de pleno direito, a sociedade: a) pelo término do prazo de duração; b) nos casos previstos no estatuto; c) por deliberação da assembléia geral por acionistas detentores de, no mínimo, metade das ações com voto; d) por unipessoalidade incidente; e) por extinção da autorização para funcionar.

As sociedades anônimas, via de regra, sobrevivem mais que o período de vida da pessoa humana, entretanto nada impede que tenha um prazo marcado para sua existência, de forma que expirado esse prazo, suas atividades normais deverão ser paralisadas para que se processe sua extinção. Os acionistas da sociedade poderão evitar a dissolução da companhia desde que decidam em assembléia geral e, evidentemente, que a referida decisão seja antes do vencimento do prazo. Operando a companhia após o termo marcado, sem que tenha sido este

regularmente prorrogado, a sociedade será considerada irregular.

Previsões estatutárias poderão dar causa à dissolução da companhia desde que, como observa Fran Martins,<sup>45</sup> não atentem contra a lei. Essas causas previamente ajustadas podem ser das mais variadas, como por exemplo a realização de certos objetivos estatutários etc.

A decisão em assembléia geral por acionistas detentores de metade das ações com voto é catalogada pela lei como causa de dissolução de pleno direito, o que critica Fran Martins,<sup>46</sup> entendendo este autor que deveria se chamar de “dissolução consensual ou voluntária” por ser necessária a manifestação de vontade dos acionistas. Ao que nos parece, todavia, não se poderia falar em “dissolução voluntária” ou consensual porque imprescindível para que tal ocorra a unanimidade, elemento dispensável na assembléia geral.<sup>47</sup>

A não pluralidade de acionistas depois de duas assembléias ordinárias também é causa de dissolução, salvo em se tratando de “subsidiária integral” (art. 251). Aqui deve-se levar em conta a existência de um único acionista que detém todas as ações da sociedade, sem distinção da categoria destas ações, e não se exige que o acionista totalitário da segunda assembléia seja o mesmo que da primeira, pois basta a unipessoalidade constatada na última assembléia realizada.

Algumas sociedades dependem de autorização para funcionar, assim, casado esse requisito indispensável para o exercício de suas atividades ter-se-á sua dissolução.

Judicialmente, a sociedade será dissolvida quando, por qualquer acionista, for intentada ação de anulação de sua

45. Fran Martins, “Comentários à Lei das Sociedades Anônimas”, v. III, p. 7.

46. Fran Martins, ob. cit., p. 8.

47. Fábio Ulhoa Coelho, ob. cit., p. 202.

44. Rubens Requião, ob. cit., p. 280.

constituição; ou, se proposta, por acionistas que representem 5% ou mais do capital social, ação de dissolução por impossibilidade de cumprimento de seu objeto social; e, finalmente, pela decretação da falência.

O direito de retirada do acionista dissidente que é reembolsado à conta do capital social, em última análise, pode ser considerado como causa de dissolução parcial da sociedade anônima.<sup>48</sup> Vale observar, contudo, que acórdão do Superior Tribunal de Justiça (AG n. 34.120-8-SP), da lavra do Min. Dias Trindade concluiu pela impossibilidade jurídica do pedido de dissolução parcial de sociedade anônima, mas referido julgado trata do caso de acionista que, fora das hipóteses dos arts. 136, incisos I, II e IV a VII, e 137 da Lei 6.404/76, ao invés de proceder a alienação de suas ações em bolsa, buscou compelir a companhia à aquisição delas.<sup>49</sup>

## 5. Liquidação. Apuração de haveres

### 5.1 *Liquidação. Sociedade de pessoas e sociedades por ações*

J. X. Carvalho de Mendonça critica o sistema legal do Código Comercial porque declara dissolvida a sociedade antes da liquidação, apontando que a verdadeira dissolução só ocorre depois daquela (liquidação),<sup>50</sup> mas se vê nesta crítica que o citado autor considerou a dissolução como a “extinção” da sociedade e não como a causa que a leva ao fim, ou ainda como o procedimento.

Consiste a liquidação na apuração do ativo da sociedade e no pagamento de seu passivo, podendo ser extrajudicial ou judicial, sem relação direta com a

forma em que se deu a dissolução da sociedade; ou seja, os sócios podem ter chegado à conclusão da causa dissolutória mas terem divergido quanto ao procedimento liquidatório, ou, ainda, a sociedade pode ter sido alcançada por dissolução judicial, não obstante seus integrantes chegam a adotar a liquidação amigável. Em regra, se observará o disposto no contrato social, mas em caso de omissão dever-se-ão seguir os arts. 344 e ss. do Código Comercial. Quando judicial, o juízo por onde se processa a liquidação da sociedade dissolvida pela falência de um dos sócios é o da sede da sociedade e não o universal da falência.

A liquidação e partilha são procedimentos aplicáveis às sociedades que se dissolvem totalmente, enquanto a apuração de haveres é mecanismo próprio das sociedades dissolvidas parcialmente, já que nesta última hipótese busca-se definir o montante devido pela sociedade a sócio dissidente, excluído ou aos herdeiros do sócio pré-morto.

É bom ter-se em mente que a liquidação é instituída no interesse dos sócios, não podendo os credores intervir nela já que tem à disposição ações judiciais pertinentes e o pedido de falência.

Mas a liquidação não é operação essencial, pois poderá a sociedade se extinguir sem que tenha por ela passado, como nos casos dela ter tido existência fugaz e nominal, sem a realização de qualquer operação ou na situação de a sociedade não possuir passivo e seu ativo estar representado em dinheiro.

Durante a fase de liquidação, a sociedade não perde sua personalidade jurídica e muito menos pode ser designada como uma “comunhão de interesses”,<sup>51</sup> sendo que o liquidante a representará fazendo uso da firma ou razão social acrescida da expressão “em li-

48. Fábio Ulhoa Coelho, ob. cit., p. 202.

49. *Repertório de Jurisprudência IOB* n. 31 8.537.

50. J. X. Carvalho de Mendonça, ob. cit., p. 235.

51. Rubens Requião, ob. cit., p. 278.

quidação" (art. 344 do CCom.), e praticando atos tendentes à solução das pendências da sociedade.

Poderá ser liquidante o sócio-gerente, qualquer outro sócio ou terceiro estranho por convenção dos integrantes da sociedade ou por decisão judicial em caso de empate ou discórdia entre os sócios ou, ainda, em caso de ter sido escolhida pessoa inidônea para o cargo.

Competem ao liquidante as obrigações do art. 345 do Código Comercial, podendo ser destituído no caso de descumprimento de seus deveres e responder pelos prejuízos que deu causa culposa ou dolosamente, sendo que neste último caso poderá ser responsabilizado penalmente. Se dativo o liquidante, perderá o direito à remuneração do exercício do cargo (art. 347 do CCom.).

Embora reconheça uma tendência prática, J. X. Carvalho Santos se posiciona contra a possibilidade do liquidante abrir créditos em bancos sem a expressa autorização dos sócios ou expressa outorga de poderes no contrato social ou ato de sua nomeação.<sup>52</sup> Também não poderá o liquidante, sem anuência expressa, especial e escrita dos sócios, hipotecar bens sociais, pois aquele ostenta a posição de mandatário (art. 145, 2.ª alínea, c/c art. 351 do CCom.).

Aprovada a divisão e partilha cessa a responsabilidade dos sócios e liquidante, facultando-se o prazo decadencial de dez dias, a partir da comunicação, ao sócio que se sentir prejudicado para impugnar a liquidação.

Rubens Requião aconselha que deve ser elaborado relatório final pelo liquidante para que seja levado à junta comercial para arquivamento, provando-se assim o fim da personalidade jurídica da sociedade.<sup>53</sup>

Nas sociedades por ações, extrajudicialmente, a liquidação se dará na forma dos estatutos ou na que for determinada em assembléia geral, a qual poderá nomear o liquidante e o conselho fiscal se já não existir. O conselho de administração também poderá funcionar durante a liquidação. No caso de inexistência dos conselhos de administração ou fiscal, competirá à assembléia geral, semestral e convocada pelo liquidante, fiscalizar a liquidação da companhia. Nas assembléias gerais, durante a liquidação, todas as ações conferem direito de voto. A liquidação poderá ser judicial nos casos de dissolução judicial da companhia e ainda nos seguintes casos: a) se os administradores ou acionistas não promoverem a liquidação, ou se opuserem, quando dissolvida a sociedade de pleno direito; b) a requerimento do Ministério Público em caso de inércia, por trinta dias, da autoridade administrativa que declarou a dissolução da companhia, ou, ainda que iniciada a liquidação dentro do prazo legal tenha sido paralisadas por mais de quinze dias. Na liquidação judicial o liquidante será nomeado pelo juiz, estando previstos seus deveres e poderes nos arts. 210 e 211 da Lei 6.404/76. Realizado o ativo, seguir-se-á ao pagamento do passivo, observada a ordem de preferência do Código Tributário Nacional e Código Civil, facultando-se ao credor esquecido ou deliberadamente afastado o direito de acionar um, alguns ou todos os acionistas para haver seu crédito, até o limite da soma por eles recebidas. Os acionistas que pagarem poderão, todavia, demandar em regresso, os demais, reaver o que pagou além de sua responsabilidade.

### 5.2 Apuração de haveres

Conforme já alinhavado, a apuração de haveres é instrumento aplicado às hipóteses de dissolução parcial das so-

52. J. X. Carvalho de Mendonça. ob. cit., p. 247.

53. Rubens Requião, ob. cit., p. 279.

ciedades para se aquilatar o valor do sócio pré-morto, dissidente ou excluído.

Em regra, deve-se seguir a forma de apuração de haveres pactuada no contrato social em se tratando de dissolução parcial, mas por aplicação analógica do art. 15 do Decreto 3.708/19, permite-se aos sócios obter o reembolso da quantia correspondente ao seu capital, na proporção do último balanço aprovado, inclusive nos casos de exclusão ou de sócio pré-morto.

Entretanto, para se evitar locupletamento ilícito em favor da sociedade ou sócios remanescentes, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 265, dispondo que "na apuração de haveres, não prevalece o balanço não aprovado pelo sócio falecido, excluído, ou que se retirou.

A retirada motivada, ou seja, aquela que decorre de justa causa para a dissolução parcial da sociedade, fundada em perda da *affectio societatis*, e não no direito de retirada em face de alteração contratual ou saída imotivada, importará a apuração real e atualizada do patrimônio social, como se dissolução total fosse, para reembolso do sócio que se retira em uma única parcela. Ao contrário, quando a retirada se der por força de alteração do contrato social ou for imotivada, dever-se-á observar o estabelecido no contrato social como forma de apuração de haveres, salvo ofensa a princípios de ordem pública e manifesto desequilíbrio de deveres e obrigações em favor da sociedade ou sócios remanescentes. Nestas últimas circunstâncias, a apuração será real e efetiva, com conhecimento pleno do valor de mercado da universalidade dos bens que componham o patrimônio da sociedade (Recursos Especiais ns. 38.160-6-SP e 35.702-0-SP, datados de 9.11.93 e 27.9.93, da lavra do Min.-Relator Waldemar Zveiter, Superior Tribunal de Justiça).

Assim, em se tratando de direito de retirada por divergência de decisão

quanto à alteração do contrato social, a jurisprudência se inclina para a apuração do quinhão do sócio retirante em balanço especial, pois o balanço ordinário nem sempre retrata o real direito do dissidente, devendo, todavia, ser observado quanto à forma de pagamento o estabelecido no contrato. Nesse sentido, Ap. n. 44.742-1, da 6.ª Câmara Civil do TAC-PR, rel. Eli de Souza, j. em 4.11.91; Ap. n. 29.400, 2.ª Turma do TJ-DF, rel. Getúlio Moraes Oliveira, j. em 4.3.94; Embargos Infringentes n. 140/91, TJ-RJ, rel. Fernando Celso Guimarães, j. 29.4.92.

Em relação aos haveres do sócio pré-morto, Por sua vez, já decidiu o Tribunal de Alçada do Paraná que a apuração dos haveres obedecerá os mesmos critérios anteriormente deduzidos (balanço especial), devendo ser pagos a vista e em única parcela (Ap. n. 43.027-5, Ponta Grossa, 1.ª CCiv., rel. Celso Guimarães, j. 30.12.91), mas convém relevar que o acórdão trata de cláusula contratual, quanto à forma de apuração de haveres e respectivo pagamento (em dois anos), datada há mais de trinta anos.

As reservas, ou seja, lucros não distribuídos e destinados a garantir e reforçar o capital social, se legais, pertencem à sociedade, logo, não são consideradas para apuração de haveres; entretanto, se as reservas forem facultativas ou estatutárias, serão levadas em conta.

Os bens imateriais ou incorpóreos, tais como o direito ao ponto, a clientela, o aviamento etc., não devem integrar o patrimônio líquido social para apuração de haveres porque fatalmente acarretariam a dissolução total da sociedade diante da provável ausência de liquidez para composição de tais valores em benefício do sócio que se retira. Ademais, se na dissolução total não se leva em conta tais elementos para realização do ativo liquidando, por que deveria o sócio retirante beneficiar-se desses elementos na dissolução parcial? Se o fim

da dissolução parcial é permanência da entidade empresarial, não há sentido o sacrifício total desta em benefício exclusivo do sócio que se afasta, porquanto, os bens imateriais da empresa só tem razão de ser enquanto esta exista. Todavia, a questão é discutível na doutrina e jurisprudência, situando-se Hernani Estrella<sup>54</sup> contra a consideração do fundo de comércio para apuração dos haveres do sócio que se retira, ao passo que encontramos acórdão que manda levá-lo em conta na liquidação de sentença.<sup>55</sup>

De resto, o momento da apuração de haveres deve ser aquele que, de fato, o sócio se afastou da vida societária, evitando-se, desta forma, que padeça diminuição de seu patrimônio por atos que não teve participação ou que seja beneficiado sem justa causa por lucro societário que não teve sua contribuição.<sup>56</sup>

## 6. Partilha. Reembolso

### 6.1 Partilha. Sociedades de pessoas e sociedades anônimas

Realizado o ativo e concretizando-se o pagamento do passivo, pois do contrário teria que ser declarada a falência, ingressa-se na fase final da liquidação, em que o saldo patrimonial apurado será distribuído entre os sócios na proporção dos seus quinhões sociais. Essa derradeira fase designa-se de partilha ou divisão, sendo que em regra a partilha deverá ser realizada em dinheiro, podendo, todavia, os sócios pactuarem que se faça em divisão cômoda de bens ainda não transformados em dinheiro.

54. Hernani Estrella, ob. cit., pp. 194/199.

55. RT 658/97.

56. Vera Helena de Mello Franco. "Dissolução parcial e recesso nas sociedades por quotas de responsabilidade limitada. Legitimidade e procedimento. Critério e momento de apuração de haveres", in RDM n. 75/19-30.

Os sócios poderão acertar que a partilha seja realizada na medida em que os bens sociais vão sendo liquidados, efetuando-se proporcionalmente o pagamento de seus quinhões, designados como dividendos, conforme dispõe o art. 345, n. 3, do Código Comercial, no entanto "nenhum sócio pode exigir que se lhe entregue o seu dividendo enquanto o passivo da sociedade se não achar todo pago, ou se tiver depositado quantia suficiente para o pagamento" (art. 349, CCom.).

A divisão do patrimônio será feita *in natura* se os sócios assim quiserem e existindo bens imóveis será lavrada escritura pública em favor de quem couber o bem.

A partilha poderá ser previamente pactuada no contrato social, em caso de dissolução da sociedade, ou realizada conforme acordo dos sócios, mas não existindo referida avença e diante divergências entre eles dever-se-á seguir o procedimento da partilha judicial (arts. 664 a 666 do CPC/39).

Em ocorrendo disputa entre os sócios sobre parcela do patrimônio não transformado em pecúnia, ou seja, disputando os sócios a adjudicação de parte do acervo ou todo ele, asseverava Waldemar Ferreira,<sup>57</sup> com aplicação analógica do art. 503<sup>58</sup> do Código de Processo Civil

57. Waldemar Ferreira, ob. cit., pp. 322/323.

58. Art. 503 (CPC/1939) — "Os bens não susceptíveis de divisão cômoda, que não couberem na meação do cônjuge sobrevivente ou no quinhão de um só herdeiro, serão vendidos na forma dos arts. 704 a 706, partilhando-se o preço, salvo quando os interessados preferirem arrendá-los ou possuí-los em comum, ou se qualquer herdeiro, ou o cônjuge sobrevivente, requerer a respectiva adjudicação, repondo, em dinheiro a diferença.

Parágrafo único. Requerida a adjudicação por dois ou mais interessados, sem que seja possível acordo entre eles, o juiz marcará dia e mandará citar os interessados para proceder-se à licitação entre o cônjuge sobrevivente e os co-herdeiros, incluindo-se os bens no quinhão de quem oferecer maior lance".

revogado, já que à partilha das sociedades impõe-se os princípios que regem a partilha dos bens da herança (art. 671, CPC/39), que deveria ser instaurado processo de licitação entre os interessados. Atualmente, o procedimento poderá ser utilizado com base no art. 1.777 do Código Civil e § 2.º do art. 1.015 do Código de Processo Civil.

Encerrada a liquidação com a aprovação da partilha pelos sócios, cessa toda e qualquer reclamação da parte destes, entre si reciprocamente e contra os liquidantes. O sócio que não aprovar a liquidação ou a partilha deverá, após notificado, impugná-las no prazo decadencial de dez dias e, se for o caso, requerer que a partilha se faça judicialmente (art. 348, CCom.).

Depois da liquidação e partilha, caberá a um dos sócios a guarda dos documentos contábeis da sociedade.

Nas sociedades anônimas, a assembleia geral poderá, por acionistas que representem 90% do capital, determinar condições especiais de partilha, atribuindo-se aos acionistas a distribuição de bens não liquidados da companhia. Essa regra é apontada como própria das sociedades anônimas fechadas, mas nada impede que seja aplicada às companhias abertas, facultando-se ao acionista prejudicado postular a suspensão judicial da decisão da assembleia, se não concretizada, ou indenização contra os acionistas majoritários. A partilha preferirá os acionistas com direito a reembolso do capital e, após, os demais. O liquidante prestará contas em assembleia geral e depois de aprovadas será lavrada ata para arquivamento na junta comercial, acarretando a extinção da companhia. Após a partilha, o credor não satisfeito poderá acionar os ex-acionistas para haver seu crédito, preservado o direito de regresso, na devida proporção, daqueles que pagarem contra os demais.

## 6.2 Reembolso

Nos termos do art. 45 da Lei 6.404/76, reembolso é a operação pela qual, nos casos previstos em lei, a companhia paga aos acionistas dissidentes de deliberação da assembleia geral o valor de suas ações.

O reembolso, assim, decorre do direito de retirada do acionista minoritário nas hipóteses dos arts. 136, 137, 221, parágrafo único do art. 236 e §§ 1.º e 2.º do art. 252 da Lei das Sociedades Anônimas, e poderá ser pago à conta de lucros ou reservas, exceto a legal.

O valor mínimo das ações será o do patrimônio líquido, de acordo com o último balanço aprovado pela assembleia geral, ainda que esta não seja a ordinária, se a assembleia que deu causa à retirada tiver ocorrido menos de 60 dias depois da aprovação daquele balanço.<sup>59</sup> Do contrário, se o balanço datar mais de 60 dias da assembleia onde se deu a dissidência, será o valor das ações apurado em balanço especial, que tomará por base o patrimônio real da companhia, conforme Rubens Requião e Egberto Lacerda Teixeira, citados por João Luiz Coelho da Rocha que vê o direito de receso como caso de dissolução parcial da sociedade anônima.<sup>60</sup> Em sentido contrário prelecionam Fábio K. Comparato, Modesto Carvalhosa e Miranda Valverde, pois entendem que o valor das ações deva tomar por base o patrimônio contábil da companhia e que o balanço especial se presta à mera atualização monetária das contas do patrimônio líquido.<sup>61</sup>

59. Fran Martins. *Comentário à Lei das Sociedades Anônimas*, v. I, p. 273.

60. Fábio Ulhoa Coelho, ob. cit., p. 202 (no mesmo sentido); e *RF* 286/281.

61. João Luiz Coelho da Rocha, "Ainda a questão do valor das ações em caso de receso", *RDM* n. 81/114.

## 7. Conclusões

1.<sup>a</sup>) O termo “dissolução” deve ser compreendido como “causa” que leva a sociedade ao processo de extinção, onde temos a liquidação (realização do ativo e passivo) e partilha do patrimônio restante entre os sócios.

2.<sup>a</sup>) Os dispositivos do Código Comercial relativos à dissolução das sociedades, vazados sob o império da doutrina individualista, atualmente não merecem interpretação literal por força do desenvolvimento da teoria da empresa e sua preservação como ente produtivo e distributivo de riquezas sociais.

3.<sup>a</sup>) A dissolução, observada sob o prisma da extensão do rompimento do vínculo contratual dos sócios e diante da continuação da vida empresarial, deve ser classificada em “dissolução parcial” e “dissolução total”, na forma “extrajudicial” ou “judicial”.

4.<sup>a</sup>) São fatos que levam a dissolução total da sociedade:

a) a expiração do prazo ajustado para duração da sociedade ou o implemento da finalidade para qual a sociedade foi constituída, devendo ser elaborado “distrato” entre os sócios, sob pena de ser considerada irregular;

b) o distrato é forma convencional de dissolução total da sociedade, pois da mesma forma que o consenso a constituiu, o consenso a colocará em dissolução extrajudicial, independentemente da forma adotada no ato constitutivo (art. 53 da Lei n. 8.934/94);

c) a instituição de cláusula ou condição resolutiva (art. 119 do CCB) poderá acarretar a dissolução total e extrajudicial da sociedade, facultando-se ao sócio discordante a via judicial para comprovar o não implemento da condição;

d) a impossibilidade de execução do fim e intuito social (art. 336, I, CCom) acarreta a dissolução total, que poderá ser judicial ou extrajudicial, sendo as hipóteses do texto legal apenas enumerativas.

5.<sup>a</sup>) Levam à dissolução parcial da sociedade:

a) a morte de um dos sócios sempre será causa de dissolução parcial, independentemente de cláusula anterior ao falecimento do sócio que permita a continuação da sociedade, podendo os demais sócios deliberarem pela sobrevivência da empresa após o evento morte e, inclusive, aceitando os herdeiros do falecido no quadro social, ainda que menores se a sociedade for por quotas de responsabilidade limitada;

b) a “sociedade unipessoal” não acarreta a dissolução total, consoante atual e salutar jurisprudência, e só após decorrido um ano, por aplicação analógica do art. 206 da Lei 6.404/76, é que o sócio remanescente deverá ser considerado comerciante com firma individual;

c) a convenção entre os sócios, levando o interessado seus haveres;

d) a falência de um dos sócios faz com que seus haveres sejam levados à massa falida, mas não acarreta a dissolução total (art. 48 LF);

e) o direito de retirada do art. 335, n. 5, do Código Comercial, fundado no fato de que ninguém é obrigado a contratar contra a sua vontade e permanecer indeterminadamente no quadro social, leva a apuração de haveres do sócio denunciante do contrato. Esse direito não confunde-se com o direito de recesso, propriamente dito, que é previsto no art. 15 da Lei 3.708/19;

f) a exclusão de sócio, providência tomada pelos demais integrantes do quadro social independentemente se maioria ou não do capital, acarreta a dissolução parcial, operando-se pela forma extrajudicial, salvo cláusula contratual restritiva de hipótese de expulsão do sócio minoritário pela maioria do capital social.

6.<sup>a</sup>) A falência da sociedade é colocada, pela maioria da doutrina, como causa de dissolução total, entretanto, preferimos identificá-la como “causa

potencial de dissolução total” diante da probabilidade, ainda que remota, de a empresa sobreviver via prosseguimento no comércio por deferimento do juízo falimentar (art. 74 LF), ou por meio da concordata suspensiva (art. 177 LF).

7.º) As sociedades anônimas têm seu regime dissolutório regulado no art. 206 da Lei 6.404/76, como sendo “de pleno direito”, “por decisão judicial” e “por decisão de autoridade administrativa”, incluindo-se ainda o “direito de retirada” do acionista dissidente que é reembolsado à conta do capital social, com base em balanço especial que tomará por base o patrimônio real da companhia, se a assembléia em que se operou a dissidência datar mais de 60 dias do último balanço patrimonial aprovado.

8.º) A liquidação consiste na apuração do ativo da sociedade e no pagamento de seu passivo, podendo ser extrajudicial ou judicial, sendo procedimento aplicável às sociedades que se dissolvem totalmente.

9.º) Durante a fase de liquidação a sociedade não perde sua personalidade jurídica, pois será representada pelo liquidante (sócio-gerente, demais sócios ou terceiro) pelo uso da firma ou razão social acrescida da expressão “em liquidação”.

10.º) A apuração de haveres é instrumento aplicado às hipóteses de dissolução parcial das sociedades para se aquilatar o valor do sócio pré-morto, dissidente ou excluído, observando-se que se a retirada for motivada (baseada em justa causa ou perda da *affectio societatis*) será levado em conta o real patrimônio social para reembolso do sócio que se retira. Ao contrário, quando a retirada se der por força de alteração contratual ou de forma imotivada, observar-se-á o contrato social na apuração dos haveres do sócio, salvo manifesto locupletamento sem causa dos remanescentes, caso que será elaborado balanço especial para a determinação do quinhão

devido ao sócio dissidente, seguindo-se o estatuto societário quanto à forma de pagamento.

11.º) As reservas legais e os bens incorpóreos da sociedade não devem ser computados para fins de apuração do patrimônio líquido da sociedade.

12.º) O momento da apuração de haveres é aquele em que, de fato, o sócio se afastou da vida societária.

## Bibliografia

- ALMEIDA, Amador Paes de. *Manual das Sociedades Comerciais*, Saraiva, SP, 1992.
- AMARAL, Hermano de Villemor. *Das Sociedades Limitadas*, F. Briguiet & Cia. Editores, RJ, 1938.
- BORBA, José Edvaldo Tavares. *Direito Societário*, Freitas Bastos, RJ, 1991.
- BULGARELLI, Waldírio. *Sociedades Comerciais*, Atlas, SP, 1993.
- . *Manual da Sociedade Anônima*. Atlas, SP, 1978.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Freitas Bastos S/A. RJ. 1951.
- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, Saraiva, SP, 1984.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*, Saraiva. SP, 1993.
- DORIA, Dylson. *Curso de Direito Comercial*, Saraiva, 1991.
- DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, Saraiva, SP, 1994.
- . *Curso de Direito Civil*, v. 3, Saraiva, SP, 1994.
- ESTRELLA, Hernani. *Apuração dos Haveres do Sócio*, Ed. Forense, RJ, 1992.
- FRANÇA, R. Limongi. “Jurisprudência das Sociedades Comerciais”, *Revista dos Tribunais*. SP, 1980.
- FRANCO, Vera Helena de Mello. “Dissolução Parcial e Recesso nas Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada. Legitimidade e Procedimento. Critério e Momento de Apuração de Haveres”, em *Revista de Direito Mercantil*, RT, n. 75/1989. SP.
- FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*, Saraiva, SP, 1961.

- GOMES, Orlando. *Contratos*, Forense, RJ, 1994.
- MIRANDA JR., Darcy Arruda. *Dicionário Jurisprudencial da Sociedade por Ações*, Saraiva, SP, 1990.
- . *Dicionário Jurisprudencial da Sociedade de Responsabilidade Limitada*, Saraiva, SP, 1988.
- MARTINS, Pedro Baptista. *Código de Processo Civil* (1939), José Olympio Editora, RJ, 1939.
- MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*, Forense, RJ, 1993.
- . *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, Forense, RJ, 1989.
- . *Novos Estudos de Direito Societário*, Saraiva, SP, 1988.
- . *Direito Societário*, Forense, RJ, 1984.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, 5.º v., Saraiva, SP, 1994.
- MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial*, Freitas Bastos S/A., RJ, 1964.
- NERY JR., Nelson. *Código de Processo Civil e legislação processual civil e extravagante em vigor*, Revista dos Tribunais, SP, 1994.
- NEGRÃO, Theotonio. *Código Civil e legislação civil em vigor*, Ed. "M", SP, 1993.
- . *Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor*, Ed. "M", SP, 1993.
- OLIVEIRA, Juarez de. *Código Comercial*, Saraiva, SP, 1994.
- PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das Sociedades Anônimas.*, Renovar, RJ, 1992.
- ROCHA, João Luiz Coelho da. "Ainda a Questão do Valor das Ações em Caso de Recesso", em *Revista de Direito Mercantil*, RT, n. 81/1991, SP.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, Saraiva, SP, 1993.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil — Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade*, Saraiva, SP, 1993.
- VELASCO, Adolfo Ruiz. *Manual de Derecho Mercantil*, Deusto, Madrid.
- Código de Comercio de la Republica Oriental del Uruguay, Ed. Barreiro e Ramos S/A, Montevideo, 1993.
- Codigo de Comercio — Leys Complementarias (Argentina), Ed. "A-Z", Buenos Aires, 1994.

## EXCLUSÃO EXTRAJUDICIAL DE SÓCIO EM SOCIEDADE POR QUOTAS

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES

1. A exclusão de sócio sem expressa previsão contratual — 2. A desnecessidade de se pleitear judicialmente a exclusão — 3. A exclusão por deliberação da maioria não configura abuso de direito, e não atenta contra os princípios da isonomia, do devido processo legal ou da plenitude de defesa — 4. A desarmonia como causa de exclusão extrajudicial.

### 1. A exclusão de sócio sem expressa previsão contratual

1.1 A figura da exclusão de sócio tem sofrido uma longa evolução em nosso direito, refletindo as dúvidas por que tem passado o conceito do contrato de sociedade, cuja originalidade, em relação aos demais contratos, se bem que intuída desde os mais remotos tempos, só muito recentemente mereceu uma explicação satisfatória. Com a percepção de que o contrato de sociedade apresenta natureza peculiar, que o diferencia dos demais contratos, comandando, por isso, soluções que lhe são privativas, a retirada, voluntária ou compulsória, do sócio da sociedade foi, paulatinamente, adquirindo um novo perfil dogmático, sendo objeto de sucessivas leituras por parte da doutrina e da jurisprudência.

1.2 Com efeito, fora a sociedade encarada como um contrato como os outros, a dissolução seria a consequência lógica desse contrato, quando, por exemplo, um dos sócios viesse a falecer, fosse declarado incapaz, ou falido, ou deixasse de compartilhar a intenção comum, que o levara a associar-se aos demais, já que as sociedades, ao menos

as de pessoas, como a de que ora se cogita, são negócios realizados *intuitu personae*, constituindo a pessoa dos contratantes elemento determinante do contrato.

1.3 Já no direito romano se procurou atenuar esse rigor, por ser aberrante às exigências vitais do instituto. Assim, como forma de evitar a extinção da sociedade, aceitava-se a estipulação do prosseguimento da sociedade com os sócios sobreviventes ou remanescentes, nas hipóteses de falecimento ou de incapacidade supervenientes de um deles. Ou seja, já se admitia, para essas hipóteses tópicas, a possibilidade da resolução parcial do vínculo social, sem que se provocasse a dissolução total da sociedade.<sup>1</sup>

1.4 Os Códigos Comercial e Civil brasileiros incluíram, entre as causas de dissolução de sociedade, a morte e a incapacidade de um dos sócios (CCom., arts. 308 e 335, 4, e CC, arts. 1.399, IV, 1.402 e 1.403), mas admitiam expressamente a estipulação de prosseguimento da sociedade com os sócios remanescentes ou supérstites, e até com

1. Cf. Vincenzo Arangio-Ruiz, *La società in diritto romano*, Nápolc, 1982, pp. 65/66.

os herdeiros do *de cuius*. Por outro lado, se bem que ambos os códigos indicavam, também, nos artigos citados, a quebra ou falência de um dos sócios como uma das causas de dissolução *pleno iure* da sociedade, já a Lei de Falência de 1945 revogaria esses dispositivos, procurando desvincular os destinos da sociedade às vicissitudes individuais dos sócios.

1.5 Assim, dispõe a Lei Falimentar, em seu art. 48, que a falência ou quebra do sócio não acarretará a dissolução automática da sociedade, procedendo-se tão-somente à apuração de haveres do falido, para devolução à massa. Ao assim dispor, aliás, a lei concursal apenas consagrava cláusula de uso corrente nos contratos sociais da época, que estipulava que a sociedade não se dissolveria, mas continuaria com os sócios *in bonis*, sendo os bens do falido entregues ao administrador da massa.

1.6 A essas hipóteses de resolução parcial do vínculo social, o Código Comercial de 1850 acrescentava mais duas outras, que ocorreriam no específico caso de inadimplemento, pelo sócio, dos seus deveres sociais: a) na falta de integralização da parte subscrita no capital (art. 289) e b) no exercício, por parte do sócio de indústria, sem estar para isso autorizado, de atividade comercial estranha à sociedade (art. 317). Trata-se de modalidades de “rescisão da sociedade a respeito do sócio” (como diz o Código), que importam no seu afastamento compulsório por deliberação da sociedade, e a que se dá o nome genérico de exclusão — fenômeno que não se confunde com o recesso, que é a rescisão parcial gerada por iniciativa do sócio, nos casos previstos na lei ou no ato institucional.

1.7 Além desses dois dispositivos, há ainda o art. 339 do Código Comercial, que trata, concomitantemente, do afastamento voluntário e compulsório do

sócio, em termos de responsabilidade pelo cumprimento das obrigações sociais. Dentro de uma leitura sistemática desse artigo, no contexto do Código, o afastamento voluntário só se verificará — sem que provoque a dissolução da sociedade — se esta for a termo determinado, e se todos os sócios concordarem com o fato, visto que, se for por tempo indeterminado, a sociedade terá de ser dissolvida (art. 335, n. 5). Já no caso de afastamento forçado, diz esse dispositivo, numa frase intercalar, que ele só se dará se o sócio “for despedido com causa justificada”, se bem que não mencione quais são as causas legitimadoras da exclusão.

1.8 Esse art. 339 deu lugar a uma indagação nuclear. Ao se referir aos casos de sócio “despedido com causa justificada”, perguntava-se: a lei se reportava exclusivamente às hipóteses expressamente previstas nos arts. 289 e 317, acima mencionados? ou autorizava se estendesse o preceito a situações não compreendidas nesses dois permissivos? A doutrina e, a seguir, a jurisprudência entendeu que a redação genérica do art. 339 autorizava que se admitisse a exclusão forçada em situações outras além das contempladas pelos dois artigos, com a condição adicional de que, para tanto, houvesse causa que a justificasse, já que nos casos previstos nos arts. 289 e 317 — falta de integralização da quota subscrita e exercício pelo sócio de indústria de atividade comercial fora da sociedade — em ocorrendo as circunstâncias previstas na lei, a exclusão se legitimava independentemente da explicitação da causa justa.

1.9 Tendo em vista, porém, que esse dispositivo não menciona as hipóteses que justificariam o afastamento do sócio inadimplente, além daquelas expressamente previstas nos citados arts. 289 e 317, passou a prevalecer a idéia de que a exclusão forçada de um sócio por

deliberação dos seus pares, quando não resultasse das duas causas legais citadas, só poderia verificar-se em virtude de expressa estipulação contratual. Essa interpretação foi veiculada inicialmente por J. X. Carvalho de Mendonça, e dominou a doutrina e a jurisprudência pátrias durante larga margem de tempo. Nesse sentido, pronunciaram-se, por exemplo, o Professor Waldemar Ferreira.<sup>2</sup>

1.10 Em suma, a idéia de que a exclusão forçada de sócio, exceção feita às duas hipóteses expressas, previstas no Código, só poderia dar-se mediante justa causa e desde que existisse cláusula contratual que a autorizasse, prevaleceu por muitos anos na doutrina nacional. Assim, além dos dois casos de exclusão legal de sócio, previstos nos arts. 289 e 317, só se poderia falar em exclusão convencional, cujos motivos justificadores deveriam constar do pacto. Prevalecia também o entendimento de que essas disposições do Código Comercial, com o referido alcance, aplicavam-se também às sociedades por quotas. Com efeito, o Decreto 3.708, de 10.1.19, que as disciplina, prevê expressamente a exclusão do sócio remisso, fazendo referência expressa ao art. 289 do Código Comercial, e, se bem não mencione, de modo expresse, nenhum outro caso mais de exclusão, os arts. 317 e 339 do Código se aplicam às sociedades por quotas, não obstante o particularismo que as singulariza, a menos que preceito em contrário, constante do título constitutivo, as afaste do modelo contratual previsto no Código (Decreto 3.708, art. 2.º).

2. J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, São Paulo, 1945, v. 3, p. 149; Waldemar Ferreira, *Compendio de Sociedades Mercantis*, S. Paulo, 1949, v. 1, p. 206; Spencer Vampré, *Tratado Elementar de Direito Comercial*, S. Paulo, 1922, v. I, p. 413; Bento de Faria, *Direito Comercial*, Rio, 1947, tomo II, 1.ª parte, pp. 186/188.

1.11 Como porém advertiu Fran Martins,<sup>3</sup> deu-se ao pronunciamento de Carvalho de Mendonça, e aos termos do art. 339 do Código, um significado que manifestamente não tinham. O grande comercialista, ao prever a possibilidade de retirada forçada de sócio, em sociedade de pessoa, por deliberação da maioria, não se pronunciou pela obrigatoriedade de uma cláusula no contrato, para que a exclusão se legitimasse, mas apenas se manifestou sobre a licitude de uma cláusula com tal teor. Por outro lado, o art. 339 do Código Comercial não diz, nem direta nem indiretamente, que, para que o sócio possa ser excluído da sociedade por justa causa, deva existir uma cláusula expressa no contrato nesse sentido. Exige apenas que, para que se opere essa exclusão, deva haver "causa justificada", constante do pacto ou não.

1.12 Daí a tendência atual da doutrina e da jurisprudência, no sentido de admitir a exclusão de sócio, mesmo na ausência de cláusula contratual específica, condicionando-a apenas à existência de causa justificada. Essa tendência, aliás, tem precedentes venerandos em nossa literatura jurídica. Assim, no Esboço de Código Civil, já no século passado, A. Teixeira de Freitas, ao fazer a primeira tentativa para dar ao instituto

3. Fran Martins, *Direito Societário*, Rio, 1984, p. 260. A indigitada afirmação de Carvalho de Mendonça (in *Tratado*, v. 3, p. 149) é a seguinte: "se for pactuado no contrato social que a maioria dos sócios pode destituir ou excluir qualquer deles em dadas circunstâncias, é possível a exclusão de sócio. Se se pode estipular no contrato de sociedade que, retirado um sócio, a sociedade continue a subsistir entre os demais (cláusula comum especial para o caso de morte), é também lícito pactuar a exclusão de sócio pela maioria em casos especiais cogitados no mesmo contrato. A sociedade regula-se pela convenção das partes sempre que esta não for contrária às leis comerciais. Que a cláusula é lícita, não há dúvida".

da exclusão uma disciplina sistemática, entendia, que mesmo não convencionalmente expressamente, e até existindo cláusula expressa em contrário, a exclusão era sempre possível, desde que houvesse justa causa.<sup>4</sup>

1.13 Em 1926, o Professor S. Soares de Faria,<sup>5</sup> em opúsculo que logrou grande repercussão na doutrina e em julgados, sustentou que a exclusão do sócio se fundamentava em cláusula resolutiva implícita, regulada em nosso direito entre as regras dos contratos bilaterais, ou seja, no art. 1.092, parágrafo único, do Código Civil, pela qual a parte, lesada pelo inadimplemento, pode sempre requerer a rescisão do contrato. Havendo na sociedade uma relação sinalagmática, o poder de exclusão seria inerente ao contrato social, não podendo dele ser desprovida mesmo à míngua de uma expressa referência legal.

1.14 Essa opinião seria retomada por autores como Egberto Lacerda Teixeira, Orlando Gomes, Fran Martins e Fábio Konder Comparato, reforçados, agora, com a caracterização da sociedade como contrato plurilateral, ou com comunhão de escopo, hoje consagrada em nosso meio. Distintamente dos contratos de intercâmbio, os contratos plurilaterais identificam-se pela possibilidade da participação de mais de duas partes, razão pela qual são caracterizados como contratos "abertos", estando os direitos e obrigações de cada parte polarizados, não em direção a cada um dos outros contratantes isoladamente considerados, mas a todas as outras partes, o que confere conotação especial à relação sinalagmática, que, na sociedade, é indireta e mediata, com importantes refle-

xos na aplicação da regra *exceptio non adimplenti contractus*.<sup>6</sup>

1.15 Com efeito, no contrato plurilateral, ao contrário do que ocorre nos demais contratos, os interesses contrastantes das várias partes convergem para uma finalidade única, exercendo o contrato uma função instrumental, visando à disciplina das sucessivas relações das partes nessa colaboração ou cooperação comum. Cada uma das partes obriga-se para com todas as outras, e para com todas adquire direitos, coordenados em torno de um fim. Daí que dessa configuração decorram conseqüências jurídicas relevantes: os vícios de consentimento dos sócios não determinam necessariamente a nulidade do contrato de sociedade. da mesma forma, a falta de cumprimento da obrigação assumida por um dos sócios não acarreta a resolução de todo o contrato, mas apenas a do vínculo individual do inadimplente.

1.16 Em suma, a regra da exceção do contrato não-cumprido, inerente às convenções sinalagmáticas, aplica-se, por certo, ao contrato de sociedade, já que, na sistemática do nosso direito, a regra (art. 119) está colocada na Parte Geral do Código Civil, o que significa que ela se aplica a todos os contratos, embora haja menção específica a esse poder resolutorio na secção relativa aos contratos bilaterais (CC, art. 1.092). Mas no contrato de sociedade, essa condição resolutoria colhe efeito peculiar, determinando o inadimplemento por parte de um dos contratantes, não a resolução de todo o contrato, mas apenas a do vínculo

4. Cf. Código Civil (Esboço), Rio, 1952, tomo 3, art. 3.220.

5. Sebastião Soares de Faria, *Da exclusão de Sócios nas Sociedades de Responsabilidade Limitada*, São Paulo, 1926.

6. Egberto Lacerda Teixeira, *Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*. S. Paulo, 1956, n. 119. pp. 272/273; Orlando Gomes, *Novas Questões de Direito Civil*. São Paulo, 1979, pp. 244/245; Fran Martins, *Direito Societário*. Rio, 1984, pp. 244/ss.; Fábio Konder Comparato, *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*, Rio, 1978, pp. 131/ss.

do sócio inadimplente, dada a natureza plurilateral que reveste o negócio societário.

1.17 Ora, essa “condição resolutive da obrigação pode ser expressa, ou tácita”, como esclarece o art. 119, parágrafo único, do Código Civil, entendendo ainda o Código que em todas as convenções sinalagmáticas há, implícita, uma cláusula resolutive, pela qual a inexecução de uma parte autoriza a outra a pedir a resolução do elo que a prende ao contratante inadimplente (CC, art. 1.092, parágrafo único). Daí por que, no contrato de sociedade, onde existe igualmente o sinalagma, ou seja, essa correlação de dependência funcional entre as prestações recíprocas das partes, embora com configuração singular, natural e lógico que se entenda, também, insita, essa cláusula resolutive tácita.

1.18 Em suma, com base nos princípios gerais que informam a disciplina do nosso Direito contratual, acima reproduzidos, forçoso é concluir que, nas sociedades contratuais ou de pessoas, existe igualmente, implícita, uma cláusula resolutive, que abre a possibilidade do afastamento forçado de sócio, sem expressa previsão contratual, na ocorrência de inadimplemento de obrigações sociais por parte do mesmo. Não obstante desnecessária, lícito será também convenciona-la expressamente, através do chamado pacto comissório, inserido no corpo do contrato social, a fim de que se tornem claras e inequívocas as hipóteses de inadimplência, visto que a referência indiscriminada ao descumprimento das obrigações contratuais pode atenuar-lhe a força, dada a exigência de motivo grave para a exclusão, exigida expressamente pela lei (CCom., art. 339).

1.19 Aliás, a exigência de causa justificada para operar o afastamento compulsório de sócio prevaricador, constante da lei, é, na verdade, o contraponto lógico do direito do sócio de permanecer na sociedade, enquanto cumprir pontual-

mente os deveres sociais a que se comprometeu. O Código, ao condicionar a exclusão a uma causa justificada, não identifica essas causas, posto que podem revestir as versões mais variadas, mas, em síntese, serão todas aquelas que ponham em perigo a consecução do objeto social e acarretem o inadimplemento do dever de colaboração, cuja observação cabe a todos os sócios.

1.20 Essa é a posição atual da doutrina e da jurisprudência, que admite a exclusão de sócio, mesmo na ausência de cláusula contratual que a preveja, desde que fundamentada em causa justificada. É caudalosa a jurisprudência nesse sentido. Caberia ainda referência ao acórdão do TACSP, ao julgar a Ap. 206.433, que versa hipótese de exclusão em sociedade por quotas — que é o tipo social da hipótese desta consulta: “Nada impede, pois, a exclusão por deliberação majoritária, ainda que omisso o contrato a propósito da despedida compulsória e sendo a hipótese fora da expressa previsão legal”. (Bol. Jur. ADCOAS, n. 35.042/75). A 2.ª Câmara desse mesmo Tribunal, ao julgar a Ap. 233.864, entendeu “ser admissível, em nosso estatuto comercial, a exclusão, por vontade da maioria, de sócio, com causa justificada. A desarmonia entre sócios pode gerar a dissolução social ou a exclusão de um deles. E, neste último caso, a omissão do contrato não impede a despedida compulsória” (RT 510/131). Na Ap. 239.115, de 29.11.77, o referido Tribunal decidiu de maneira idêntica, também versando hipótese de exclusão de sócio não prevista convencionalmente em contrato de sociedade por quotas (RT 516/114).

## 2. A desnecessidade de se pleitear judicialmente a exclusão

2.1 Passemos, agora, a um segundo tópico. Alguns autores, que admitem se fundamenta a exclusão de sócio em

cláusula resolutória tácita, implícita no contrato de sociedade, opinam pela necessidade de, nesse caso, se pleitear judicialmente a resolução contratual, com base no citado art. 119, parágrafo único, do Código Civil. No dispositivo citado, como se sabe, ao prever que a condição resolutiva da obrigação possa ser expressa ou tácita, dispõe a lei civil que, “no primeiro caso, (a condição operará) de pleno direito, e por interpelação judicial, no segundo”. Assim, a lei emprestaria efeitos distintos conforme seja expressa ou tácita a condição resolutiva: a cláusula resolutiva tácita apenas possibilitaria a resolução judicial; a cláusula expressa operaria *pleno iure*. Daí a necessidade do recurso ao Judiciário para a exclusão de sócio sem expressa previsão contratual.

2.2 Segundo essa interpretação, seria indispensável a intervenção judicial na resolução baseada em cláusula tácita, na medida em que, nesse caso, a resolução pressupõe a prova da infração do estipulado, fato que carece de ser estabelecido em ação judicial, por sentença. No caso do pacto comissório expresso, ao contrário, por efeito da própria vontade das partes manifestada no ajuste, a declaração de que o contrato se resolverá ao verificar-se o inadimplemento exprime já a dispensa de prévia decisão jurisdicional a respeito de sua ocorrência. Em suma: embora dispensável a inserção de cláusula de exclusão no contrato de sociedade, por inerente a todas as convenções sinalagmáticas, a previsão expressa no contrato de sociedade se justificaria, na exata medida em que lhe confere, a mais, “o direito potestativo de exclusão, sem necessidade de recurso ao Judiciário”.<sup>7</sup>

2.3 Sinceramente, essa argumentação não procede. Na realidade, ao estatuir que a condição resolutiva tácita opera

“por interpelação judicial”, o Código não está a dizer que, nessas relações obrigacionais, a resolução só se dará por sentença judicial, já que não há na interpelação qualquer espécie de sentença, nem mesmo homologatória. A interpelação é procedimento não contencioso, produtivo de efeitos jurídicos no direito material, raramente no processual, sendo forma de exteriorização de vontade, não negócio judicial. Da sua não contenciosidade, decorre a impossibilidade de defesa, interposição de recurso, ou sentença. Na espécie, a atividade do juiz é, pois, meramente administrativa, nada tendo de jurisdicional, sendo descabida até a sua inclusão, tecnicamente, entre as medidas cautelares.

2.4 Em verdade, a interpelação judicial tem, como única finalidade, fazer conhecer ao devedor a exigência do cumprimento da obrigação, sob pena de o mesmo ficar constituído em mora. Trata-se, assim, de um mecanismo destinado à caracterização do atraso no cumprimento da obrigação. Dá-se portanto a mora quando ocorre inadimplemento das obrigações, que não foram cumpridas no tempo, no lugar, ou na forma convenionados, subsistindo, em todo caso, a possibilidade de cumpri-las (CC, art. 955). A interpelação judicial é de rigor para a constituição em mora do devedor a) nas obrigações civis, à míngua de termo certo (CC, art. 960, 2.<sup>a</sup> parte), e b) nas obrigações comerciais, mesmo vencendo-se em data, termo ou prazo certos (CCom., art. 138).

2.5 Cumpre, porém, distinguir esse inadimplemento relativo, ou temporário, caracterizado pelo atraso ou retardamento no cumprimento da obrigação, do inadimplemento absoluto, ou definitivo, quando a obrigação não foi cumprida, nem poderá sê-lo, de maneira proveitosa, pelo credor, pois são diferentes os efeitos de ambas as situações. Basta considerar que a primeira pode ser purgada, não assim o inadimplemento

7. Fábio Konder Comparato, obra citada, p. 141.

absoluto. A distinção entre mora e inadimplemento foi feita entre nós, com rara felicidade, por Agostinho Alvim, salientando esse autor que, “na mora, ainda há a possibilidade de ser cumprida a prestação, enquanto no inadimplemento absoluto o devedor está na impossibilidade de cumprir a obrigação, proveitosamente para o credor”.<sup>8</sup> E nesse caso, quando se verifica a inexecução absoluta, em que a execução da prestação, ainda que possível, não mais poderá trazer proveito útil ao credor, não há que falar em “mora”, mas apenas em inadimplemento.

2.6 Daí que não se pode dizer que a condição resolutiva tácita, existente nos contratos bilaterais ou sinalagmáticos, só autorize requerer a rescisão da avença através de interpelação judicial, numa leitura combinada do art. 1.092, parágrafo único, com o art. 119, parágrafo único, do Código Civil. Nem que, no caso em pauta, esses dois dispositivos concedam à parte lesada, não a resolução da avença por atuação direta do interessado, mas apenas a legitimidade *ad causam* para iniciar o processo judicial visando a este objetivo. havendo inadimplemento definitivo, em que se verifica a impossibilidade superveniente de prestação proveitosa, não há falar em mora (a ser constituída por interpelação

judicial). A mora pressupõe a possibilidade de execução ulterior, o que não ocorre, desenganadamente, na espécie; e, assim, à parte prejudicada cabe a prerrogativa de promover, de plano, a resolução da avença.

2.7 Atento a essas observações, é que Egberto Lacerda Teixeira, no seu livro clássico sobre as sociedades por quotas, já citado, estabeleceu a seguinte distinção sobre o rito de exclusão de sócio:

“Se a exclusão for baseada na ‘mora solvendi’, a deliberação efetiva, final, deverá ser precedida de interpelação judicial, salvo se o estatuto indicar procedimento diverso ou tiver sido convencionada a mora *ex re*. Se a exclusão for baseada em ‘justa causa’ (contratual ou não, nos termos acima mencionados), a deliberação tomará a forma de alteração contratual, decidida por maioria absoluta de votos, devidamente comunicada ao sócio excluindo” (p. 276).

2.8 O conceito de causa justificada está ligado ao direito do sócio de permanecer na sociedade, contraposto ao dever de colaboração a que está jungido. A “obrigação de colaboração ativa”, diz Brunetti, se insere na estrutura legal do contrato de sociedade, constituindo em relação aos sócios um “imprescindível dever jurídico”.<sup>9</sup> A exclusão de sócio decorre da resolução parcial do contrato social por inadimplemento desse dever de colaboração. Ou seja, a colaboração entre os sócios é uma obrigação fundamental do contrato de sociedade, de sorte que, uma vez descumprida, habilita a sociedade a excluir o inadimplente, por prevalência do interesse social sobre o individual do sócio. A “causa justificada”, a que a lei se refere, deve ser entendida como toda aquela que acarrete o inadimplemento irremediável do dever de colaboração, não havendo

8. Cf. Agostinho Alvim, *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*, 3.ª ed., Rio-São Paulo, 1965, p. 25 e p. 53, especialmente o Capítulo II, “Da distinção entre mora e inadimplemento absoluto”. Endossando essa tese, enfatiza Arnoldo Wald que, “em certo tipo de obrigações, como, por exemplo, as de não fazer, não se admite mora, pois qualquer violação de dever de abstenção importa necessariamente no inadimplemento. Do mesmo modo, quando o prazo é essencial à relação jurídica, o atraso torna inútil ao credor, que pode exigir a satisfação das perdas e danos (ex.: a entrega do vestido de noiva após o casamento)”. (in *Obrigações e Contratos*, 6.ª ed., São Paulo, 1983, n. 34, p. 59).

9. Antonio Brunetti, *Trattato del diritto delle società*, Milão, 1948, v. I, p. 406.

mais a possibilidade útil de o sócio permanecer preso ao vínculo social, sendo desnecessária a sua constituição em mora.

2.9 Nesse caso, a cláusula tácita opera a resolução do ajuste, mediante a atuação direta da sociedade, que delibera a exclusão por maioria do capital (CCom., art. 331), computados os votos na forma do art. 486, na proporção dos quinhões, tomando a forma de alteração do contrato social, como, reforçando o disposto no citado art. 331 do Código, expressamente dispõe o art. 15 do Decreto 3.708, de 1919, relativo às sociedades por quotas. Esse artigo, aliás, embora se refira à retirada voluntária, admite, como adverte Orlando Gomes (obra citada, p. 245), se desenvolva interpretação conforme a qual, tanto na retirada forçada como na voluntária, “é perfeitamente dispensável a cláusula contratual expressa, já que a maioria dos quotistas pode alterar o contrato social, e, portanto, despedir um deles, com a única limitação de haver causa justificada para a deliberação”.

2.10 Atendendo à evolução doutrinária e jurisprudencial, que, endossando as considerações acima expostas, vêm se manifestando pela validade da eliminação de sócio por deliberação majoritária, a Junta Comercial do Estado de São Paulo editou a Deliberação 11/84, manifestando-se pelo arquivamento dos instrumentos de exclusão de sócio, sob forma de alteração contratual, que observassem os seguintes requisitos: a) apresentassem deliberação tomada por sócios representando a maioria do capital social; b) indicassem a causa com menção de fatos que permitam ao excluído impugnar em Juízo a eventual injustiça ou im procedência da exclusão; e c) indicassem o destino das quotas do sócio despedido.

2.11 Essa deliberação pioneira do registro do comércio paulista foi acolhida pelo próprio Departamento Nacional

do Registro do Comércio, na Instrução Normativa 7, de 16.9.86, em seus arts. 1.º e 2.º, com a redação que lhe emprestou a Instrução Normativa 17, de 13.8.87, cujos dizeres foram, ao depois, repetidos nos arts. 13 e 14 da Instrução Normativa 29, de 18.4.91, transcritas na inicial da ação de apuração de haveres, supramencionada.

### 3. A exclusão por deliberação da maioria não configura abuso de direito, e não atenta contra os princípios da isonomia, do devido processo legal ou da plenitude de defesa

3.1 Nem se diga que, admitindo-se que a cláusula resolutiva tácita opere a ruptura do vínculo social, mediante a atuação direta da sociedade, ao largo de prévio pronunciamento judicial, estar-se-ia autorizando que o credor fizesse justiça com as próprias mãos, senão mesmo legitimando o arbítrio da maioria dos sócios, ofensivo ao princípios de igualdade de tratamento social, do devido processo legal e da plenitude de defesa, com todos os meios a ela inerentes, garantidos a nível constitucional (CF, arts. 5.º, *caput*, e incs. LIV e LV).

3.2 Com efeito, admitida a exclusão de sócio por via extrajudicial, através de deliberação unilateral da maioria do capital, não há como falar em agressão ao princípio do devido processo legal, em sentido substantivo ou não, quando, no afastamento do sócio, se observa pontualmente o procedimento instaurado nos exatos termos consagrados no direito material, sem dizer que a exclusão, importando na apuração de haveres do excluído, não o priva, em nenhum momento, de sua liberdade ou de seus bens.

3.3 Por outro lado, operada a exclusão de sócio pela maioria, por motivo justificado, segundo o procedimento sagrado pelo direito material, sempre subsistirá, sobranceira, a possibilidade

da apreciação do fato *a posteriori* pela Justiça, podendo esta inclusive considerar improcedente a arguição de inadimplemento total ou definitivo. Ou seja, sempre o sócio excluindo poderá discutir em Juízo o ato de exclusão, bem como a apuração de haveres, mediante a propositura de ação anulatória ordinária. (Sem falar no direito de recorrer administrativamente para impugnação do arquivamento da alteração contratual de exclusão no Registro de Comércio).

3.4 A possibilidade de recorrer-se ao Poder Judiciário, sempre que haja lesão ou ameaça a direito individual, é, por certo, o coroamento do sistema de garantias constitucionais, e o princípio do controle judicial, consagrado no inciso XXXV do art. 5.º da Constituição Federal, tem em mira justamente impedir que a atividade do Judiciário sofra qualquer inibição legal. Ora, essa inibição não ocorre na espécie, como se constata, pois sempre remanesce o direito de o sócio excluído recorrer à Justiça, onde lhe é assegurada a produção de ampla defesa, através da participação ativa e contraditória em todos os atos e termos dos processos.

3.5 A 13.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, já apreciou impugnações desse naipe no mandado de segurança 231.990-2, de 1.º.2.94 (relator, Des. Marrey Neto), pronunciando-se pela ininvocabilidade dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, garantidos pelos incisos LIV e LV do art. 5.º, da Constituição Federal, usados para obstar a exclusão de sócio por deliberação unilateral da maioria do capital, justamente em sociedade por quotas, conforme ementa oficial, *in verbis*:

“Constitui um excesso a referência ao disposto no art. 5.º, inciso LIV da Constituição da República, pois o impetrante em absoluto está sendo privado de sua liberdade ou de qualquer de seus

bens, aliás, muito pelo contrário, composta a matéria mediante o levantamento de balanço especial no momento de sua exclusão.

De igual forma, sem razão o impetrante ao argumentar com as garantias de ampla defesa e contraditório, aplicáveis aos processos civis, penais e administrativo, situação distinta da espécie, em que deliberada em sociedade civil por quotas de responsabilidade limitada, com justa causa invocada para tanto, sobre sua exclusão da sociedade” (RJTJ, Lex, 153/233).

3.6 Também absolutamente improcedente a alegação de que a deliberação exclusória, tomada pela maioria, seja ofensiva ao princípio de isonomia, inerente ao estatuto social. Respondendo à essa arguição, A. J. Avelãs Nunes, em conhecida obra sobre a matéria,<sup>10</sup> pondera:

“Pensamos, porém, que o estrito respeito daquele princípio (o princípio da igualdade de tratamento dos sócios) exige somente que cada um dos sócios não possa ser objeto do arbítrio da maioria, que não possa ser vítima de medidas arbitrárias e discriminatórias que se pretendem tomar em relação a ele, sem justificação bastante. Esta a razão de ser de tal princípio, que de modo algum resulta prejudicado quando se exclui um sócio com fundamento em motivo grave. Por outro lado, o princípio de igualdade dos sócios, se concede iguais garantias contra as arbitrariedades da maioria, significa também que uns e outros devem colaborar no exercício da atividade econômica a que a sociedade se destina, devem contribuir para a prossecução do interesse comum (cada um, evidentemente, de acordo com a posição que ocupa na sociedade). Já se vê, portanto, como a exclusão do sócio cuja presença na sociedade se torna

10. In *O direito de Exclusão de Sócios nas Sociedades Comerciais*, Coimbra, 1968, p. 275.

incompatível com a boa marcha os negócios sociais, longe de contrariar o aludido princípio, resulta afinal de uma exigência da própria idéia de tratamento igualitário dos sócios: à sociedade há de ser lícito excluir aquela que não colabora na realização do escopo comum.”

3.7 Com efeito, é cediça a afirmação de que o princípio da igualdade consiste em “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desiguam”. Na compreensão do princípio isonômico, assume importância a “finalidade da norma”, como diz Celso Antônio Bandeira de Mello (in *RD* 18/107). Como a discriminação de situações pela lei é normal, tem que se investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminador, e, de outro, a finalidade da norma ao estabelecer a disparidade de tratamento, para constatar se ocorreu, ou não, a quebra da isonomia.

3.8 Ora, ao atribuir à maioria societária o poder de excluir o sócio inadimplente, a desigualdade de tratamento está orientada no sentido de fazer com que a vontade majoritária atinja as finalidades a que a lei lhe preordena, que é a consecução do objeto social. Nada mais natural, assim, que, em todas as hipóteses que conduzam o sócio à exclusão, emergja, como justa causa para o seu afastamento pela maioria, a inadimplência do dever geral de colaboração, já que essa colaboração é essencial para que a sociedade possa atingir a finalidade para a qual foi criada. Caso contrário, o próprio princípio da isonomia seria lesado, dando-se ao sócio inadimplente um tratamento privilegiado, admitindo que ele possa não prestar a colaboração devida.

3.9 O outro argumento suscitado é o de que a exclusão de um membro, por deliberação da maioria, contraria o direito de que desfrutam todos os sócios de permanecer na sociedade enquanto esta durar, prerrogativa essa que adviria

da sua qualidade de membro da sociedade, ou seja, de sua “membridade” (*Mitgliedschaft*), que é a posição jurídica resultante da relação de participação corporativa. Também a essa objeção A. J. Avelãs Nunes responde numa passagem que cabe aqui como uma luva (obra citada, pp. 275-276), pelo que nos permitimos transcrevê-la:

“Efetivamente, o que se quer significar com esse direito à qualidade de sócio é que nenhum dos sócios pode ser excluído da sociedade apenas pela vontade autoritária da assembléia, *au bon plaisir* da maioria. De resto, foi com a finalidade de proteger os sócios em face da soberania absoluta da assembléia geral das sociedades por ações que surgiu na Alemanha a teoria dos direitos individuais dos acionistas. Sendo assim, não pode pretender-se que ao sócio assista o direito de permanecer na sociedade em quaisquer circunstâncias: a existência de um motivo grave, que torna intolerável a sua presença na sociedade, constituirá, justamente, o limite natural de tal direito. Por isso entendemos, virando o argumento contra os que o invocam, que seria caso nítido de abuso de direito pretender continuar na sociedade um sócio que, por força de circunstâncias relacionadas apenas com a sua pessoa, em nada contribui para o natural desenvolvimento da empresa social (se é que o não prejudica), quebrando assim o pressuposto básico da socialidade (colaboração de todos os sócios no exercício da atividade econômica a que a sociedade se dedica), e colocando-se, por esta razão, fora da alçada da proteção do direito.”

3.10 Com efeito, expurgada a teoria do abuso de direito de todas as suas nuances e sutilezas, resta o princípio em virtude do qual o sujeito, que tem o poder de realizar um direito, deve fazê-lo de forma regular, sem dele se servir com a finalidade exclusiva de causar

dano a outrem (CC, art. 160, I, *a contrario sensu*). Não que o exercício do direito, ainda que feito com toda a regularidade, não possa causar um mal a outrem. Certamente não será inócua o protesto de um título cambial, ou o interdito possessório que desaloja da gleba um ocupante. Assim, às vezes esse exercício fere um bem jurídico. Mas embora possa ser gerador de prejuízo, nem por isto deixa de ser lícito e moralmente defensável, na medida em que o dano material pode ser o resultado inevitável do exercício desse direito, a tal ponto que este se esvaziaria completamente de conteúdo, se a sua utilização tivesse de fazer-se dentro do critério da inocuidade.

3.11 No afastamento de um sócio por deliberação majoritária, a perda do *status socii*, que o mesmo irá sofrer, é a consequência inevitável da exclusão, evento esse cuja possibilidade faz parte do próprio desenho da condição de sócio. Essa “perda” do estado de sócio, aliás, do ponto de vista patrimonial, nem sequer consubstancia propriamente um dano ou prejuízo, já que ao sócio excluído é garantido o reembolso pontual dos respectivos haveres. Daí por que — desde que evidentemente embasado em causa justa — esse afastamento forçado, por si só, não pode dar azo à caracterização de comportamento abusivo por parte da maioria societária. Abusiva seria, sim, a hipótese oposta, de o sócio inadimplente querer continuar na sociedade, quando patente a impossibilidade de convivência com os demais, ameaçando a preservação e a continuidade da empresa.

#### 4. A desarmonia como causa de exclusão extrajudicial

4.1 Para concluir, cabe dizer algumas palavras sobre a desarmonia como causa dessa exclusão extrajudicial. Como frisamos, mansa e pacífica é hoje a posição

da doutrina e da jurisprudência relativamente à admissibilidade de alterações contratuais que efetuem a exclusão de sócio, por deliberação dos quotistas majoritários, mesmo na ausência de cláusula contratual expressa que a preveja, com a condição de que haja “causa justificada” para o afastamento.

4.2 Nesse caso, a exclusão operar-se-á extrajudicialmente, não se vislumbrando eiva de abuso, ou atentado aos princípios de isonomia, do devido processo legal ou da plenitude de defesa, no fato de a resolução do vínculo em relação ao excluindo efetuar-se mediante a atuação direta dos demais sócios, independentemente da intervenção judicial. Espancadas as dúvidas quanto à lisura desse procedimento, cabe falar sobre o rompimento da harmonia e do espírito de cooperação como justa causa para que haja a formulação desse ato exclusório extrajudicial por parte da maioria societária.

4.3 Ora, que a desinteligência e a desarmonia entre os sócios possam configurar “causa justificada” de exclusão do minoritário pela maioria, hoje não mais se discute, e é convicção tranquila no Direito pátrio. Versando o assunto, em 1956, na primeira edição do seu livro bastas vezes citado, Egberto Lacerda Teixeira já advertia (p. 275) que, *verbis*:

“Se a doutrina e a jurisprudência, em falta de texto legal explícito, foram levadas a incluir, entre as razões de dissolução social, a desarmonia e a séria divergência entre os sócios, parece-nos lógico e equitativo que o mesmo se dê em relação à exclusão de sócio.”

4.4 Mais recentemente, comentando a hipótese de exclusão prevista no art. 289 do CCom., o Prof. Fábio K. Comparato (ob. cit., pp. 140-1) pondera que:

“a falta de pagamento da subscrição é apenas um dos muitos casos de inadimplimento, pelo sócio, dos deveres que assumiu contratualmente, e que podem

se reduzir a uma idéia genérica: a colaboração. O sócio que paraliza o normal funcionamento da sociedade por simples inimizade pessoal com outro, ou com os outros; que assume em nome da sociedade obrigações estranhas ao objeto social e no interesse próprio; que desvia a clientela da empresa em proveito próprio ou alheio, rompe a vontade de colaboração ativa, consciente, igualitária de todos os contraentes em vista da realização de um lucro a dividir, que Paul Pic considerou como a tradução atual da *affectio societatis*".

4.5 Aliás, Teixeira de Freitas, no já citado Esboço, dispunha que:

"Art. 3.220. Haverá justa causa para qualquer dos sócios ser excluído da sociedade:

...  
4.º — quando decair da confiança dos outros sócios por insolvabilidade, fuga, ausência para lugar não sabido, perpretação de crime, má conduta, descrédito, inimizade com qualquer dos sócios, provocação de discórdia entre eles, desinteligências continuadas e outros fatos análogos."

4.6 A jurisprudência seguiu esse rumo, consagrando definitivamente a tese de que a desinteligência entre os sócios é motivo para exclusão. O TACivSP, ao julgar a Ap. 206.433, se pronunciou no sentido de que se se aceita, como razão de dissolução social, a desarmonia entre sócios, "há lógica em que o mesmo ocorra em relação à exclusão" (Bol. Jur. ADCOAS n.º 35.042/75). A 2.ª Câmara desse mesmo Tribunal, ao julgar a Ap. 233.864, em 26.10.77, entendeu também, por unanimidade, sendo Relator Felizardo Calil, "ser admissível, em nosso estatuto comercial, a exclusão, por vontade da maioria, de sócio, tendo a desarmonia como causa justificada. A desarmonia entre os sócios pode gerar a dissolução social ou a exclusão de um deles. E, neste último caso, a omissão do contrato não impede a despedida

compulsória" (RT 510/131). E o e. Superior Tribunal de Justiça, sintetizando essa evolução jurisprudencial, deu a última palavra sobre o assunto:

"Basta a desinteligência entre os sócios para gerar a exclusão de um deles, independentemente de previsão contratual ou de pronunciamento judicial."

(...) Também irrelevante neste aspecto a asserção produzida pelo recorrente no sentido de que a ré, ora recorrida, não se desincumbiu do ônus de evidenciar a justa causa para a despedida. Era suficiente, como referido, a desavença entre os sócios, constatada não só pelo julgado de 1.º grau, como por igual da 2.ª Instância, descabendo aqui a rediscussão sobre matéria probatória.

(in RSTJ 28/457-8, 4.ª Turma, votação unânime, julgado de 13.8.91, Relator Min. Barros Monteiro).

4.7 Para ser "justa" a exclusão do sócio, basta, assim, a discórdia, que evidentemente deve ser grave, a ponto de comprometer a sobrevivência da empresa, que é o que justamente se procura salvaguardar com o afastamento do sócio insociável, sendo certo, porém, como acentua Avelãs Nunes (obra citada, pp. 170-1), que essa "gravidade" deve ser entendida no contexto societário de colaboração:

"a gravidade não deve ligar-se a qualquer juízo de reprovação moral ou jurídica, mas deve antes definir-se tendo em atenção o objeto da sociedade e a posição dos sócios no seio desta, a necessidade de cada um colaborar, de uma forma ou de outra, na realização do escopo comum. Para fins de exclusão de sócios, nem todos os inadimplementos serão relevantes, mesmo que tragam prejuízo à sociedade. É necessário que o inadimplemento seja de tal importância em relação aos fins sociais, que perturbe sensivelmente a economia do contrato, rompendo a relação sinalagmática entre a contribuição dos sócios e o escopo comum".

4.8 Em suma, é preciso que entre o sócio e os seus parceiros tenha-se criado uma situação de absoluta e insuperável dissensão, que justifique venha a sociedade — pela voz da maioria — a promover a sua exclusão, já que não restava ao sócio hostil a menor possibilidade de prosseguir na empresa comum. Como diz Rubens Requião em sua obra sobre exclusão:<sup>11</sup>

11. Cf. Rubens Requião, *A Preservação da Sociedade Comercial pela Exclusão do Sócio*, Curitiba, 1959, p. 263.

“O sócio que constitui com os demais companheiros uma sociedade, ou posteriormente a ela adere, implicitamente se propõe cooperar para o objetivo social. Esse fim colimado resultará da conjugação recíproca dos esforços, num clima de compreensão e colaboração mútuas. Se o sócio provocar a desinteligência, criando empecilhos à efetivação dos fins sociais, torna-se inadimplente da obrigação implícita. Sua exclusão se impõe em benefício da preservação da sociedade e em respeito ao direito dos demais.”

## A PRÉVIA DELIBERAÇÃO ASSEMBLEAR COMO CONDIÇÃO DE "LEGITIMATIO AD CAUSAM" NA AÇÃO SOCIAL

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES

1. Considerações sobre a ação social em suas várias modalidades — 2. A prévia deliberação assemblear como condição de *legitimatio ad causam* na ação social.

### 1. Considerações sobre a ação social em suas várias modalidades

1.1 A ação de responsabilidade civil contra o administrador de sociedade anônima pelos prejuízos por ele causados ao patrimônio social compete à companhia. É natural; à sociedade, como pessoa jurídica com aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações, é que cabe prioritariamente defender a integridade do seu próprio patrimônio (Lei 6.404, de 1976, art. 159). A ação pertence à sociedade, e, por isso, qualifica-se, como propriedade, de ação social.

1.2 Tratando-se de procedimento da sociedade contra membros da própria administração (que normalmente seria o órgão encarregado da representação processual da sociedade), a lei reserva à assembléia geral — órgão que expressa a vontade social — a competência para decidir sobre a propositura ou não da ação em questão (idem, art. 159, *caput*). Uma vez deliberada a promoção do feito, os administradores não comprometidos têm o prazo de três meses para promovê-lo, findo o qual qualquer acionista poderá fazê-lo (idem, art. 159, § 3.º). Naturalmente não seriam os administradores envolvidos que iriam intentar a ação contra si mesmos. Deliberada a instauração da ação no seio

da assembléia, cumprirá ao administrador não comprometido fazê-lo, podendo ainda, se todos estiverem envolvidos, haver a necessidade de substituir os administradores impedidos por novos, a fim de propor a ação competente (idem, art. 159, § 2.º).

1.3 Esgotado o prazo para a iniciativa da sociedade, nasce para "qualquer acionista" a legitimidade para promover a ação social *uti singuli*. O motivo de ordem prática dessa previsão legal é o de que, indiretamente, os danos causados à sociedade "pelos atos incriminados" atingem aos acionistas, além de que a experiência mostra que o espírito de solidariedade entre os administradores leva-os muitas vezes a não acionar alguns dos seus membros, não obstante a autorização assemblear.

1.4 Também nasce para os acionistas legitimidade para propor a ação social *uti singuli*, se a assembléia deliberar não promover a ação de responsabilidade civil contra os administradores. É a inovação introduzida pela Lei 6.404, na esteira das legislações estrangeiras (Aktiengesetz, § 147; Lei francesa 66-537, art. 245, conjugada com o Decreto 67-236, art. 200; lei espanhola, art. 80, n. 3 etc.). Na hipótese de decisão contrária da assembléia geral à proposta de ingresso em juízo de ação de responsa-

bilidade civil contra os administradores, a lei admite possa igualmente esta ser aforada por acionistas, desde que representem, pelo menos, 5% do capital da sociedade (idem, art. 195, § 4.º).

1.5 Trata-se da chamada ação social minoritária, ou seja, a ação social exercida por um grupo de sócios a que a lei atribui a condição de órgão subsidiário da companhia, legitimado a representá-la na propositura da ação social *uti singuli*. Com efeito, a Lei 6.404, em vários passos, institucionaliza a minoria, ao qual outorga poderes para a defesa dos interesses da coletividade dos acionistas, como órgão subsidiário, sobretudo de controle da legalidade e da regularidade dos atos praticados pelos membros dos órgãos da companhia e pelos acionistas controladores. Órgão subsidiário porque a minoria age sempre em segundo lugar, não podendo se antecipar à sociedade, que tem prioridade na iniciativa processual (Cf. Dominique Schmidt, *Les droits de la minorité dans la Société anonyme*, Sirey, Paris, 1970, p. 194 ss.).

1.6 Há que ressaltar, porém, que, tanto em um caso como em outro, seja a ação social promovida *uti universi* ou *uti singuli*, ou seja ainda a ação social *uti singuli* proposta em virtude da inação dos administradores, ou por ação de uma minoria qualificada, trata-se sempre da mesma e idêntica ação social, variando apenas a titularidade da iniciativa processual. Pois uma ação é idêntica à outra, conforme dispõe o Código de Processo Civil, quanto tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido (art. 301, § 2.º). Ora, é o que ocorre, na espécie. A *causa patenti* é a mesma: o prejuízo causado ao patrimônio social por fatos imputáveis aos administradores, subordinados à reparação nas condições previstas no art. 158 da lei do anonimato. Aí se configuram o fato e o fundamento do pedido (CPC, art. 282, III). Idêntico é

também o *petitum*: a indenização respectiva, devida sempre à companhia (CPC, art. 282, IV).

1.7 Resta a questão da identidade de partes, que também existe. Com efeito, ao exercer a ação social, com base nos § 3.º ou 4.º do art. 159 da Lei 6.404, o acionista, seja individualmente, seja compondo uma minoria significativa, age em nome próprio, mas sempre no interesse da companhia, cujo patrimônio visa defender, mediante a responsabilização dos administradores faltosos. Em todas as hipóteses, trata-se de caso de legitimação extraordinária para agir, sob a forma de substituição processual (Cf. José Alexandre Tavares Guerreiro, "Impedimento de administrador em ação social *uti singuli*", in *Rev. de Direito Mercantil*, 1982, 46, p. 23 ss.; Antônio Carlos de Araújo Cintra, *A Nova Lei das Sociedades Anônimas*, AASP, 1978, p. 75 ss.).

1.8 Em princípio, a ação somente pode ser proposta por aquele que é titular do interesse que se afirma prevalente na pretensão, contra aquele cujo interesse se exige que fique subordinado ao do autor. É o que se denomina de legitimação ordinária. Dá-se, contudo, a legitimação extraordinária, quando a lei confere o direito de ação a quem não seja titular do direito afirmado na pretensão (CPC, art. 6.º).

1.9 É o que ocorre nos casos de substituição processual. Nos casos de substituição processual, a lei autoriza alguém a agir em juízo, em nome próprio, como autor ou réu, mas em defesa de direito alheio. Vários são os exemplos. O marido que vai a juízo para a defesa dos bens dotais da esposa (Código Civil, art. 289). O autor da ação popular, que será o substituto processual de toda a comunidade (Constituição, art. 5.º, LXXIII; Lei 4.717, de 1965, art. 1.º). A ação social *uti singuli*, nas suas duas modalidades, é também um caso de substituição processual. O acionista,

no feito, é parte do processo. Atuando em nome próprio, embora para fazer valer direito da companhia, tem o direito de ação e, em consequência, a posição de sujeito da relação processual.

1.10 Assim, na ação social *uti singuli*, em suas duas vertentes, o acionista, como substituto processual, é parte, pólo ativo da relação processual, e, como tal, aquele que pede, em nome próprio, a aplicação jurisdicional do direito objetivo, conquanto de outrem. Como autor, postula a tutela jurisdicional sempre em razão da pretensão da companhia — a recomposição do patrimônio social lesado — que deduz na ação, como conteúdo do pedido. Sendo assim, é ele quem formula a pretensão, que qualifica a lide a ser solucionada pelo órgão imparcial que faz atuar o poder jurisdicional do Estado. Como autor da ação, é o acionista, pois, *qui res iudicium deducit*.

1.11 Nessas condições, ao pedido em juízo — seja ele formulado pela sociedade, na ação social *uti universi*, seja formulado pelos acionistas, na ação social *uti singuli* — é que cabe demarcar as fronteiras da *res in iudicium deducta*. Com a citação válida, instaura-se a relação processual, fixa-se a proposta da ação e surge a litispêndência. A partir desse momento, o autor não mais poderá alterar o pedido (CPC art. 264). Consolida-se, assim, o objeto da demanda. É o que se denomina de princípio da estabilidade de instância, que prevalece na relação processual.

1.12 Estabelecendo o pedido o objeto do juízo, e, advindo dele, somente dele, os contornos e limites da *res iudicanda*, descabido sustentar que, na ação social, o autor sempre encontra previamente demarcado pela assembléia geral (que autoriza ou não a propositura da ação de responsabilidade contra os administradores) o perímetro da *res iudicanda*, devendo necessariamente cingir-se a ele. O autor da ação social é titular do direito

constitucional da ação, cabendo a ele — sociedade ou acionista — externar, no pedido, a pretensão que alimenta, dando início, assim, ao processo. É ao ser deduzida em juízo que essa pretensão se transforma em pedido, cujas linhas se consolidarão; antes de formulada em juízo, a pretensão não tem, nem pode ter, perímetro demarcado.

1.13 É dentro dessas considerações que deve ser examinada a necessidade de “prévia deliberação da assembléia geral”, expressamente imposta pelo art. 159, *caput*, da Lei 6.404, como condição de *legitimatío ad causam* ativa na ação social.

## 2. A prévia deliberação assemblear como condição de “*legitimatío ad causam*” na ação social

2.1 A legislação anterior não fazia qualquer referência a uma prévia deliberação da assembléia geral, autorizando a propositura do feito, para que a ação social pudesse ser intentada pela sociedade. O art. 123 do Decreto-lei 2.627, de 1940, apenas estabelecia a competência prioritária da sociedade para a propositura da ação de responsabilidade civil contra os administradores por prejuízos diretamente causados ao patrimônio social, e a competência subsidiária de qualquer acionista para promovê-la, se, dentro de seis meses, a contar da primeira assembléia geral ordinária, a sociedade não a iniciasse.

2.2 Em suma, não estabelecia o Decreto-lei 2.627, ao menos expressamente, que fosse necessária uma deliberação social para que a ação fosse intentada pela sociedade, *in verbis*:

“Art. 123. Compete à sociedade a ação de responsabilidade civil contra os diretores pelos prejuízos diretamente causados ao seu patrimônio, mas, se não a propuser dentro de seis meses, a contar da primeira assembléia geral ordinária, qualquer acionista poderá promovê-la.

Os resultados da ação de responsabilidade civil beneficiarão o patrimônio social, devendo a sociedade indenizar o acionista das respectivas despesas.”

2.3 Trajano de Miranda Valverde, com a sua autoridade de autor do anteprojeto convolado em lei, sustentava porém que o Decreto-Lei regulamentador do anonimato, se em verdade não subordinava expressamente a propositura da ação social à prévia deliberação assemblear, “pressupunha” que nessa assembleia a matéria da responsabilidade dos administradores fosse discutida e apreciada, já que na assembleia geral ordinária é que o acionista tem os elementos para examinar e julgar a conduta dos diretores na gestão dos negócios sociais. Ademais, a aprovação nesse conclave, sem reserva, do balanço e das contas de exercício, apresentadas pela administração, concederia aos membros desta o *quitus*, exonerando-os de responsabilidade (idem, art. 101), o que, destarte, eliminaria a possibilidade da propositura da ação em tela (in *Sociedade por Ações*, Forense, Rio, II, n. 643, p. 329).

2.4 Com essa posição, Valverde simplesmente repetia a orientação tomada pela doutrina brasileira, já dominante no império do Decreto 434, de 4 de julho de 1891 (que consolidava as leis sobre as sociedades anônimas antes do Decreto de 1940). Com efeito, os comentadores desse diploma sempre se pronunciaram no sentido de que, não obstante ser a lei omissa a respeito, a propositura da ação social de responsabilidade civil dos administradores dependia da prévia aprovação da assembleia geral dos acionistas. É o que sustentavam J. X. Carvalho de Mendonça (*Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 1946, vol. IV, n. 1.227, p. 82), Spencer Vampré (*Das Societates Anonymas*, 1914, n. 662, p. 318) e Alfredo Russel (*Societates Anonymas*, 1929, n. 504, p. 303).

2.5 Essa postura da doutrina brasileira refletia a posição da maioria dos países europeus (salvo a França), onde as leis reservavam (e ainda reservam), expressamente, à assembleia o direito de decidir a propositura da ação social. Assim, na lei do acionariato alemão, as “pretensões da sociedade à indenização” (*Die Ersatzansprüche der Gesellschaft*), contra os membros da diretoria e do conselho de administração, tinham que ser exercidas sempre após prévia deliberação da assembleia geral (§ 122 e 97, al. 1, do AktG de 1937, reproduzidos pelo § 147 da AktG de 1965, ora em vigor), se bem que não atribuisse à decisão tomada em assembleia ordinária, ainda que votada a liberação (*Entlastung*) dos administradores, o efeito de renúncia da ação de responsabilidade (§ 84, n. 4, da AktG de 1937, reproduzido pelo § 120, al. 2). A lei italiana também dispunha de preceitos análogos: a propositura da ação social dependia de deliberação da assembleia (art. 152 do CCom. de 1882, ora reproduzido pelos arts. 2.393 e 2.364, n. 4, do Código Civil de 1942), ainda que também a deliberação da assembleia geral ordinária não implicasse na liberação (*scarico*) dos administradores (art. 2.434). Análogas disposições podiam ser encontradas na lei espanhola das sociedades por ações: a ação social é intentada na dependência de deliberação da assembleia geral, não tendo, porém, a decisão assemblear eficácia liberatória para os administradores, para efeito das pretensões de indenização (art. 80 e 110). (Vide Baumbach-Hueck, *Aktien-gesetz-Kurzkommentar*, Munique-Berlim, C. H. Beck, 12.ª ed., 1965; Giacarlo Frè, *Società per azioni* (do *Commentario del codice civile*), N. Zanichelli Ed., 1956; Garrigues-Uria, *Comentario a la ley de sociedades anónimas*, Madri, 1953).

2.6 Apenas na França era diferente. A partir do Decreto-Lei de 31 de agosto de 1937, que reformulou a Lei de 1867

sobre sociedades anônimas, a propositura da ação independia totalmente de uma deliberação assemblear, reputando-se inclusive não escrito o pacto estatutário que subordinasse o exercício da ação social ao parecer prévio ou à autorização da assembléia (as chamadas clauses d'avis), recusando qualquer eficácia liberatória (décharge), a não ser moral, à aprovação das contas de exercício deliberada pela assembléia geral anual da sociedade (art. 17 reproduzido pelo art. 246 da Lei 66-357, de 1966, atualmente em vigor). (Vide Jean Escarra, *Traité théorique et pratique de droit commercial*, vol. IV, Sirey, 1959, Paris; Marcel Haumiaut, *La réforme des Sociétés commerciales*, Dalloz, Paris, 1966, tomo II).

2.7 A lei brasileira (tanto o Decreto 434, de 1891, quando o Decreto-Lei 2.627, de 1940), no entanto, diferia de ambas as duas orientações legislativas, porque, de um lado, era omissa, e não determinava nem excluía a necessidade de prévia deliberação assemblear para a propositura da ação social, e, de outro lado, dispunha que a aprovação, sem reserva, do balanço e das contas do exercício significava exoneração de responsabilidade para os administradores.

2.8 Dada essa posição singular da legislação brasileira, lícito seria concluir que, à míngua de qualquer referência à prévia autorização assemblear, o legislador não quis, de forma alguma, tornar a ação social de responsabilidade dependente da vontade da assembléia. Na verdade, a lei simplesmente teria estabelecido o prazo de prioridade ou preferência da sociedade para o exercício da ação, findo o qual todo acionista ficaria legitimado a promover subsidiariamente o feito.

2.9 Em suma, a ação social seria movida pela sociedade, dentro do prazo de seis meses, a contar da primeira assembléia geral, que deliberou sobre os supostos atos lesivos da administração,

findo o qual estaria qualquer acionista legitimado para promovê-la. Não impôs, nem mesmo implicitamente, a necessidade de uma manifestação da assembléia, para a propositura da ação. O que, de resto, constituiria um obstáculo, a dificultar as ações de responsabilidade dos administradores, na medida em que, em outros dispositivos (art. 145 do Decreto 434; art. 101 do Decreto-Lei 2.627), a aprovação das contas de exercício implicava na exoneração da responsabilidade dos administradores, a qual só subsistiria no caso de "erro, dolo, fraude ou simulação" (Cf. Osmar Brina Corrêa Lima, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedade Anônima*, Aide, Rio, 1989, p. 110 ss.).

2.10 Seja como for, a realidade é que o Supremo Tribunal Federal, na vigência do Decreto-Lei 2.627, se pronunciou no sentido de que o exercício da ação social de responsabilidade, contra os administradores sociais, dependia de assembléia geral, autorizando-a. Em recurso extraordinário, a Suprema Corte apreciou decisão do Tribunal de Justiça da Guanabara, que decretou a carência de ação ordinária de indenização por perdas e danos, proposta por sociedade anônima contra o espólio de um ex-diretor, sob a alegação de que este lhera vultoso desfalque patrimonial, por entender que somente mediante prévia aprovação da assembléia poderia a sociedade demandar os seus diretores. Confirmando a decisão, a nossa Alta Corte enfrentou a questão da omissão da lei, com uma curiosa versão, tanto mais estranha quando o caso versa a responsabilidade por violação de preceito de ordem pública, designadamente criminal. Segundo o Supremo, "se não resulta de dispositivo expresso, também não nega vigência a qualquer dispositivo federal o acórdão que subordina à prévia autorização da assembléia geral a ação contra diretor de sociedade anônima por atos lesivos contra esta" (RE 75.884-GB

(Cia. Mercantil Exportadora-CIMEI *versus* Espólio de Alzinito da Costa Soares), in *RTJ* 66/586 e *RT* 469-252).

2.11 Atualmente, *tollitur quaestio*: o dispositivo legal é expresso: exige prévia deliberação da assembléia geral, como condição de *legitimitio ad causam* para que a sociedade — e, subsidiariamente, qualquer acionista — possa propor a ação social contra os administradores (Lei 6.404, art. 159, *caput*). Segundo a lei, a deliberação pode ocorrer em assembléia geral ordinária ou extraordinária, não necessitando constar da ordem do dia do conclave extraordinário quando constituir consequência direta de assunto nela incluído (*idem*, art. 159, § 2.º). Se a assembléia deliberar não promover a ação, poderá ela ser proposta por acionistas que representem 5%, pelo menos, do capital social, e que não se conformaram com a deliberação assemblear denegatória (*idem*, § 4.º).

2.12 De acordo com a lei em vigor, portanto, para propor ação social — *uti universi* ou *uti singuli* — é necessário que o autor preencha a condição de legitimidade ativa estabelecida pela lei do anonimato: a prévia deliberação da assembléia geral. Ocorre a legitimidade ordinária da sociedade para propor ação social contra os seus administradores, quando existe “prévia deliberação assemblear” autorizadora; surge a legitimidade extraordinária dos acionistas, para propor subsidiariamente a mesma ação, ou com a inação da sociedade, uma vez escoado o prazo de três meses da “prévia deliberação assemblear” autorizadora, ou com a “prévia deliberação da assembléia geral”, negando autorização para o ajuizamento da ação pela companhia (Cf. Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, 5.º vol., Saraiva, S. Paulo, 1982, p. 204 ss.).

2.13 A condição de legitimidade para agir, em todas essas hipóteses, é, portanto, apenas uma: a existência de prévia

decisão da assembléia geral deliberando promover — ou não promover — a ação. Inexiste no texto legal qualquer outra condição para que o autor da ação social adquira qualidade para agir.

2.14 Nem se diga que a legitimidade para agir contra os administradores apenas ocorre para apreciar os atos expressamente levados ao conhecimento da assembléia, que, à vista deles, deliberou contrária ou favoravelmente à propositura da ação. Em primeiro lugar, cumpre lembrar que a *legitimitio ad causam* diz respeito à titularidade da ação; é a pertinência subjetiva da ação; e, na hipótese, essa se dá simplesmente quando, provocada, a assembléia autoriza ou nega a propositura da ação. É apenas isso o que expressamente exige o art. 159 da Lei do Anonimato. Em segundo lugar, seria uma restrição odiosa que essa legitimidade se instaurasse apenas e tão-somente em relação aos fatos levados ao conhecimento da assembléia. A se admitir essa idéia, estaríamos colocando nas mãos de administradores pouco escrupulosos uma poderosa arma para se furta de responsabilidades, pois as demonstrações financeiras e as contas de exercício via de regra não apontam fatos; limitam-se a registrá-los.

2.15 De resto, a própria quitação, dada pelos acionistas aos administradores, ao aprovarem sem reserva as demonstrações financeiras e as contas de exercício, na assembléia ordinária anual, não implica na ratificação de todas as operações que lhe servem de alicerce, nem dos atos inquinados de erro, dolo, fraude ou simulação, os quais sempre poderão ser argüídos, como a própria lei o ressalva (Lei 6.404, art. 134, § 3.º). Seria, ademais, um contra-senso que a assembléia geral pudesse paralisar o preceito imperativo de lei ou dos estatutos, ou por atos ilícitos violadores de regra de ordem pública.

2.16 Enfim, a única condição imposta pela lei para a legitimidade ativa, tanto da ação social *uti universi* quanto

da ação social *uti singuli*, é a prévia deliberação da assembléia geral de acionistas, aprovando ou não a propositura do feito. Será na inicial que o autor legitimado — seja ele a sociedade autorizada pela assembléia, seja qualquer acionista também por ela ancilarmente autorizado, ou seja, ainda uma

minoría habilitada por força de lei, em face da deliberação contrária da assembléia — irá exprimir a sua pretensão, demarcando as fronteiras da *res in iudicium deducta*, sem obrigatoriamente ter que se restringir aos fatos levados à apreciação da assembléia, em que houve a referida deliberação.

# ATUALIDADES

---

## DO CRÉDITO DOCUMENTÁRIO “RED CLAUSE”

ARNOLDO WALD<sup>1</sup>

1. Existem, há longo tempo, várias formas de crédito documentário que se destinam a financiar os exportadores, antes do embarque das mercadorias, que devem ser exportadas, conhecendo-se diversas técnicas de pré-financiamento, tanto das matérias-primas já existentes, mas ainda não vendidas, como de produtos que ainda necessitam de recursos destinados à realização das operações industriais para a sua finalização. Diante de novas necessidades decorrentes da conjuntura econômica, foram, assim, surgindo os chamados “crédito documentários atípicos” para atender tais situações, destacando-se os caracterizados pela *red clause* e pela *green clause* assim como os realizados em dois tempos.<sup>2</sup>

2. A doutrina faz remontar essas operações às praxes comerciais vinculadas às exportações de lã da Austrália, da Nova Zelândia e da África do Sul e de peles da China, mas elas também abrangem a exportação de carnes, couro, café, cacau e diversas matérias-primas, sendo, todavia, relativamente sumária a doutrina e parca a jurisprudência internacional específica existente na matéria e ambas praticamente inexistentes no Brasil, até o presente momento.

1. Advogado e Professor Catedrático da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

2. Eric A. Caprioli, *Le Crédit Documentaire — Évolutions et Perspectives*. Paris, Litec, 1992, pp. 9 e 516 a 518.

3. O entendimento dominante é no sentido de justificar a peculiaridade dessa forma de crédito documentário, no caso do café e de algumas matérias-primas, pelo fato do exportador já estar na propriedade e posse da mercadoria exportável, mas ainda não ter comprador, razão pela qual não se concretizou a venda, não existindo, conseqüentemente, possibilidade de realização de embarque, cujos documentos permitiriam a utilização técnica de crédito documentário na sua forma clássica. Assim, o pré-financiamento decorrente da *red clause* se justifica para que o devedor (exportador) obtenha os recursos necessários para cobrir as suas despesas ou o reembolso de uma parte do seu investimento, durante o período que flui entre o depósito da mercadoria em armazém geral e o momento da exportação, os *warrants* devendo antecipar e substituir, para o credor, num primeiro momento, os documentos finais comprobatórios do embarque, para, posteriormente, por estes serem substituídos, na data da remessa da mercadoria exportada.

4. A terminologia aplicável na matéria não é sempre a mesma, *fazendo-se uma distinção entre a red clause* em sentido lato, na qual não há qualquer garantia por parte do devedor, e a *secured red clause* que alguns também denominam *green clause*, na qual os documentos de financiamento feitos ao exportador são garantidos por *warrants*

representativos das mercadorias depositadas nos armazéns gerais.

5. Determinados autores confundem (e outros distinguem) o crédito documentário *red clause* com o realizado em dois tempos,<sup>3</sup> havendo, todavia, consenso da maioria da doutrina e dos tribunais no sentido de admitir que o adiantamento realizado, sob essa forma, constitui, na realidade, um verdadeiro crédito documentário ou uma antecipação do mesmo, especialmente quando se trata de operação com a *secured red clause*.<sup>4</sup>

6. Acontece que, nos últimos anos, vemos numerosas operações de financiamento de café e de matérias-primas, que bancos internacionais fizeram com empresas sediadas no Brasil, ou com multinacionais que tinham, em nosso País, filiais ou empresas controladas, adotando-se a técnica do crédito documentário com *secured red clause*, ficando a mercadoria depositada em armazéns gerais e os *warrants* entregues ao credor, ou ao seu correspondente, para serem substituídos, no momento oportuno, pelos conhecimentos de embarque, sujeitando-se tais operações expressamente pela vontade das partes, às *Regras e Usos Uniformes Relativos aos Créditos Documentários* (R.U.U.) da

3. Jan Pierre Mattout suscita dúvidas quanto à caracterização como créditos documentários de todos aqueles que forem realizáveis em dois tempos, acrescentando que "la question revêt d'autant plus d'importance que le gage sur la marchandise peut n'avoir pas été constitué régulièrement ou disparaître". *Droit Bancaire International*, Paris, ed. da Revista *Banque*. Paris, 1983, p. 362. Sobre o assunto v. ainda Eric A. Caprioli, ob. cit., p. 357, n. 517 e ss.

4. Michel Vasseur, *Droit et Economie Bancaire*, fascículo II, Paris, ed. *Les Cours de Droit* 1978-1980. pp. 808 e 809, e Jean Louis Rives-Lange e Monique Contamine Raynaud, *Droit Bancaire*, 5.<sup>a</sup> ed., Paris, Dalloz, n. 734, p. 977.

C.C.I. (publicação n. 400, substituída, a partir de 1.<sup>o</sup> de janeiro de 1994, pela publicação n. 500).

7. Embora a antecipação do crédito não tenha sido prevista pelas R.U.U., o que poderia, aparentemente, afastar a aplicação das mesmas, as partes explicitamente submeteram-se às mencionadas normas, cuja interpretação teve, pois, que ser feita em combinação com o direito local, que rege o depósito em armazéns gerais e a emissão e transferência dos *warrants*.

8. Em vários casos, que ocorreram no Brasil, as empresas devedoras eram também controladoras das companhias que exploravam os armazéns gerais e a insolvência do grupo devedor veio, conseqüentemente, a abranger tanto a sociedade beneficiada pelo crédito, que iria exportar a mercadorias, como também o armazém geral. Por outro lado, também em diversas hipóteses, houve concessão de garantias reais, sob a forma de entrega dos *warrants*, pelo devedor, num montante superior ao valor das mercadorias realmente existentes no local, caracterizando-se a ausência de garantia, por inexistência total ou parcial da mercadoria, ou por ser a mercadoria de nível inferior ao estabelecido contratualmente ou, ainda, pelo fato de ter sido concedida a mesma garantia a vários credores, em virtude de informações falsas ou incompletas dadas aos bancos.

9. Embora as irregularidades cometidas pudessem e talvez até deversem ensejar procedimentos criminais, o que interessou primordialmente ao banco credor foi tentar conseguir o ressarcimento dos prejuízos que lhe tinham sido causados, aplicando-se tanto as normas contidas nas R.U.U., como o direito nacional.

10. Houve, aliás, situações nas quais o problema se complicou ainda mais,

em virtude da falta de formalidades essenciais, seja na emissão, seja no endosso dos *warrants* fazendo com que se discutisse a própria validade das garantias obtidas pelo credor.

11. Efetivamente, o primeiro endosso dos *warrants* não tinha obedecido, em vários casos, às formalidades e exigências do Decreto 1.102, de 21.11.1903 (art. 9.º), em virtude do qual o mesmo deve conter a data da transferência do título, a importância do crédito garantido pelo penhor da mercadoria, as respectivas taxas de juros e a data do vencimento do débito garantido. Na falta destes dados, o primeiro endosso não é oponível a terceiros, ensejando, eventualmente, a perda da garantia do credor, por crédito documentário, em favor de outros titulares de garantias impecáveis embora, na realidade, posteriores à operação internacional, que devia ser de *secured red clause* e acabou sendo, parcial ou totalmente, de *insecured red clause*, ou seja, sem garantia.

12. Embora a matéria possa ser discutível, no Brasil, é sabido que a doutrina dominante, liderada por J. X. Carvalho de Mendonça, considera que o primeiro endosso do *warrant* não pode ser em branco, pois constitui a dívida monetária, não se concebendo que o endossatário possa preencher os dados que ficaram em branco no verso do *warrant*.<sup>5</sup> Constituem minoria os autores que, baseados no Direito Italiano, admi-

5. J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. V, livro III, parte II, Rio de Janeiro, Typ. do Jornal do Comércio, 1922, n. 1.134, p. 713 e ns. 1.135 e 1.136, pp. 713 e 714 e Waldemar Ferreira, *Tratado de Direito Comercial*, S. Paulo, 1963, vol. X, n. 2.288, p. 426. No tocante a jurisprudência, Súmula n. 60 do Superior Tribunal de Justiça que se aplica, por analogia, ao preenchimento dos claros em títulos de crédito.

tem o endosso em branco dos *warrants*,<sup>6</sup> não tendo obtido o respaldo jurisprudencial para a sua tese. Aliás, a posição do Direito Brasileiro não é peculiar ao nosso País, sendo, por exemplo, idêntica à regulamentação francesa contida no art. 25 da Ordonnance 45-1744 de 6.8.45.

13. Em tais hipóteses de endosso lacunoso ou irregular, além do conflito que, evidentemente, podia surgir entre credor (Banco estrangeiro) e devedor (creditado), vislumbrou-se, no caso, uma eventual responsabilidade do Banco correspondente pelo inadequado exame da documentação que lhe foi apresentada por ocasião do endosso do *warrant* e do conseqüente desembolso dos recursos. Embora não lhe coubesse entrar no mérito das garantias, o Banco correspondente (sediado ou com agências no Brasil) tinha a incumbência, em virtude do art. 15 das R.U.U., de:

“examinar todos os documentos com uma diligência razoável (*soin raisonnable*) para ter certeza que os mesmos se apresentam com a aparência de conformidade com as condições do crédito.”

14. A responsabilidade do Banco correspondente, sediado no Brasil, teve, pois, que ser apreciada, mediante a aplicação do princípio geral contido nas R.U.U., combinado e complementado pela legislação brasileira, numa verdadeira simbiose entre a *Lex Mercatoria* e o direito nacional.

15. A aplicação das R.U.U., no caso, decorria dos próprios instrumentos firmados pelas partes, mas também se justificaria, independentemente de convenção das partes, em virtude do disposto no Código Comercial Brasileiro, que consagra os usos comerciais como

6. J. C. Sampaio de Lacerda, *Na Negociabilidade dos Títulos Emitidos por Armazéns Gerais e seus efeitos*, tese de concurso, Rio de Janeiro, 1955, pp. 90-91.

fonte subsidiária da nossa legislação (arts. 131, IV e 133), assim como das normas contidas no art. 4.º da Lei de Introdução do Código Civil e no art. 126 do CPC, de acordo com os quais, nos casos de omissão do legislador, deve o Juiz recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.

16. Conseqüentemente, não tem havido dúvida, na doutrina e na jurisprudência, quanto à incidência e recepção, pelo Direito Brasileiro, das R.U.U.<sup>7</sup>

17. Firmada a premissa da aplicabilidade das R.U.U., coube examinar se houve, no caso, por parte do Banco correspondente, o cuidado razoável no exame da aparência dos documentos, quando aceitou o endosso em branco dos *warrants*, sem mesmo que lhe fosse outorgada procuração para o seu preenchimento, providência que será, aliás, de validade discutível, em virtude da aplicação por analogia dos princípios firmados na recente jurisprudência consagrada pelo Superior Tribunal de Justiça.<sup>8</sup>

18. Já o fato de ser o armazém geral de propriedade ou sob controle da empresa devedora e/ou dos seus acionistas poderia, em tese, ter suscitado a atenção do Banco correspondente que devia liberar os recursos recebidos, em favor do devedor, mediante prova do depósito das mercadorias no valor da garantia exigida, embora tal obrigação não lhe coubesse nos termos das R.U.U., que não cogitaram do crédito documentário *red clause* ou *secured red clause*, especialmente no tocante à sua primeira fase.

19. Por outro lado, os Bancos credores, na maioria dos casos, exigiram uma

7. Waldemar Ferreira, ob. cit., vol. 9, pp. 27 e ss.; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, v. 42, pp. 282 e ss.

8. Súmula n. 60 do STJ.

declaração do Banco correspondente, denominada *statement* na qual constava a afirmação de ter sido a mercadoria depositada em armazém geral e de corresponder ao valor da garantia, havendo assim, na realidade, uma responsabilidade contratual mais ampla do que aquela expressamente prevista nas R.U.U. De fato, o Banco sediado no Brasil assegurava ao Banco estrangeiro, que abria o crédito, não a solvência do devedor, mas a existência da garantia e o valor da mesma, no momento em que a operação se realizou.

20. Mas, mesmo abandonado, ou relegando a um plano secundário, as cláusulas contratuais, que nem sempre tiveram a mesma redação, suscitou-se o problema da responsabilidade do banqueiro correspondente pelo exame da documentação incompleta. Trata-se de saber se a falta de dados essenciais no primeiro endosso, embora possa ser tolerado pela prática, não constitui uma falha na própria aparência do título. Sendo esta a conclusão, não há como não reconhecer a culpa do banqueiro que, ao examinar os documentos, não teve o cuidado razoável, na apreciação da sua aparência, de conformidade com as condições do crédito, para utilizar a terminologia das R.U.U.

21. Cogita-se, pois, de saber se o fato de estar incompleto o endosso e, conseqüentemente, não ter a plena validade *erga omnes*, devia, ou não, levar o Banco correspondente a sustar qualquer desembolso até o preenchimento e a regularização dos documentos.

22. No particular, a doutrina brasileira não diverge da dominante em outros países, na qual, aliás, se inspira, quando afirma:

"A importantíssima atividade de exame dos documentos compreende dois aspectos tecnicamente determinados pela

natureza do mandato: a) verificação da regularidade dos documentos dentro da forma que é própria a cada um e da idoneidade deles à sua finalidade específica; b) correspondência entre estes e as condições contratuais, contidas tanto na carta de crédito quanto nas instruções recebidas do ordenante.

O primeiro dever é genérico, cuidando, sobretudo, dos aspectos formais, enquanto o segundo, de natureza específica, se dirige à observância de todas as condições específicas e particulares do mandato, bem como dos usos de estilo do negócio.

Mas, a verificação tem limites definidos. O banqueiro é terceiro relativamente ao negócio intercorrente entre comprador e vendedor, motivo pelo qual a sua atividade deve limitar-se ao exame da regularidade formal e sinceridade aparente dos documentos, não tendo o dever de certificar-se da sua real autenticidade, a não ser que a falsidade ou falsificação sejam facilmente reconhecíveis.

A verificação, por outro lado, é limitada aos documentos e não à coisa, à mercadoria. Cai fora do âmbito desta forma peculiar de mandato, porque não é atividade bancária típica, a diligência de examinar a mercadoria a ver se corresponde ao detalhado na fatura ou mencionado no conhecimento de embarque, ou comprovar o estado e condições na ocasião do embarque.

Tais princípios, pacíficos tanto na doutrina, mesmo dos países da common law, quanto na jurisprudência, constam de modo expresso nas Regras e Usos Uniformes.<sup>9</sup>

23. Entende-se, pois, aplicando as R.U.U., que, ao banqueiro correspondente, cabe a função de examinar não só a conformidade dos documentos apresentados, mas também a regularidade

de dos mesmos, de acordo com a lei que os rege, ao menos no que tange à sua aparência e ao que é possível concluir em relação à mesma, quanto à validade ou invalidade dos instrumentos apresentados pelo creditado, para obter o desembolso das quantias às quais fará jus em virtude do crédito documentário.

24. Sendo a falta de dados básicos do primeiro endosso uma irregularidade e uma lacuna grosseira e manifesta, cuja consequência é a ausência de oponibilidade do título aos terceiros, entende-se que se caracteriza a falta de cuidado razoável, ou seja, a culpa.

25. No particular, a conclusão fundamenta-se não só no Direito Brasileiro, mas também no de vários outros países, como a França, a Inglaterra e os Estados Unidos, que estabeleceram um certo rigor em relação ao formalismo que impera em matéria de crédito documentário.

26. Assim, em acórdão líder da Câmara dos Lordes, Lord Summer teve o ensejo de afirmar que:

“There is no room for documents which are almost the same, or which will do just a well.”<sup>10</sup>

27. Na França, existe, no mesmo sentido, uma decisão, de 1.º.12.1986, a 5.ª Câmara da Corte de Apelação de Paris, no caso do Banco Árabe e Internacional de Investimentos (BAII) e outros, contra a Sociedade Anônima dos Estabelecimentos Biret, que definiu, adequadamente, a função do Banco correspondente no caso do crédito documentário, salientando que lhe cabe:

“examiner les documents avec un *soin raisonnable* pour s'assurer qu'ils présentaient l'apparence de conformité avec les conditions du crédit et qu'ils semblaient

9. Jorge Vasconcellos Muniz, *Do Crédito Documentado*. Pelotas, 1962. p. 97.

10. Julgamento do caso *Equitable Trust Company of New York versus Dawson Partners*.

remplir leur rôle probatoire; que si l'article 33 des Règles et usances permet aux banques d'accepter les documents autres que ceux d'expédition 'tels qu'ils sont présentés', ces termes ne les autorisent pas à accueillir ce qui, manifestement, n'est pas le document requis."<sup>11</sup>

28. O tribunal francês acrescentou que os juízes de primeira instância:

"à bon droit également ont condamné la B.C.R.A. (Banco correspondente), qui n'a exécuté, ni en leur lettre, ni en leur esprit, les instructions contenues dans l'accréditif et qui lui faisaient obligation de n'effectuer les premiers paiements que sur présentation des certificats de dépôt..."<sup>12</sup>

29. Comentando a mencionada decisão, o Professor Michel Vasserur teve o ensejo de salientar que:

"Aussi bien, à peine est-il besoin de rappeler que la règle d'or, en matière de crédit documentaire, est que le *banquier* doit *veiller très scrupuleusement à la conformité de la liste des documents présentés par le bénéficiaire avec celle figurant à l'accréditif*. Il n'est pas dans son pouvoir d'admettre des équivalences (Req. 19 oct. 1926, S. 1926, 1, 1380). *Le document présenté doit être celui-là même exigé par l'accréditif et aucun autre*. Le contrôle exigé par le banquier doit être purement formel et littéral. Le banquier n'a pas à interpréter les documents qui lui sont présentés (Michel Vasseur, Droit et économie bancaires, op. cit., pp. 813 et s.)."<sup>13</sup>

11. *Recueil Dalloz, Sirey*, 1988, 9<sup>ème</sup> cahier, J. 113.

12. *Recueil Dalloz, Sirey*, 9<sup>ème</sup> cahier, J. 116.

13. *Recueil Dalloz, Sirey*, 1988, 9<sup>ème</sup> cahier, J. 116.

30. Não há, pois, dúvida quanto à responsabilidade do banqueiro quando recebe e aceita documentos manifestamente irregulares ou impróprios a preencher o seu papel, de acordo com a legislação que lhe é aplicável.

31. Foi, pois, mediante a interpretação conjunta e sistemática das normas do art. 15 das R.U.U., do art. 9.º do Decreto 1.102/1.903, da legislação brasileira e da *Lex Mercatoria*, que se concluiu pela responsabilidade do banqueiro corresponde nos casos de crédito documentário com *secured red clause*, nos quais a garantia referente à primeira parte da operação (adiantamento) foi representada por documentos (*warrants*) com endosso incompleto e lacunoso e, conseqüentemente, impróprio para cumprir a sua função.

32. Trata-se de matéria de alta relevância, pois corresponde ao senso de justiça, numa área na qual, não obstante a ampliação cada vez maior do campo da responsabilidade civil, inclusive e em particular, na área bancária,<sup>14</sup> não se pode estender a função do Banco, no caso do crédito documentário, além da apreciação formal da aparência dos documentos, sendo, todavia, tal exame necessariamente feito com todo o rigor. Houve, pois, um esforço para estender a incidência das R.U.U., pela vontade das partes e em virtude da analogia, a uma forma atípica de crédito documentário, mediante aplicação dos princípios gerais da *Lex Mercatoria* e com o recurso tanto às R.U.U. quanto à legislação brasileira.

14. Arnaldo Wald, "A Responsabilidade Civil do Banqueiro", in *Revista de Direito Mercantil*, n. 17, pp. 11 e ss.

# ATUALIDADES

---

## COMENTÁRIOS À LEI DE MARCAS ALEMÃ DE 1995<sup>1</sup>

KARIN GRAU-KUNTZ

1. A primeira lei de marcas alemã, de 1874, apenas previu o registro daquele sinal distintivo que hoje se conhece como marca figurativa. Esta lei não satisfaz as necessidades da vida comercial especialmente porque excluiu proteção às marcas formadas por palavras, números ou letras. Além disso, o procedimento de registro aí regulado — que só poderia ser efetuado pelo comerciante no Registro de Comércio — não mencionou o exame prévio do sinal; não houve como evitar o registro de sinais geradores de confusão ou de sinais sem capacidade distintiva.

A Lei de 12 de maio de 1894 estendeu proteção à marca formada por palavras e modificou substancialmente o sistema de registros ao confiá-lo à Repartição de Patentes do Império (Reichpatentamt) e ao criar um sistema de exame prévio.

A reforma de 1936 (Lei de 5 de maio de 1936) introduziu a proteção à marca notoriamente conhecida e ampliou a proteção à indicação geográfica.

Outras mudanças foram sendo introduzidas de acordo com as necessidades, como por exemplo o uso obrigatório da marca sob pena de perda da proteção (Lei de 4 de setembro de 1967), a proteção das marcas de serviço (Lei de 29 de janeiro de 1979) entre outras.

A terceira grande reforma da Lei de Marcas justificou-se pela necessidade de adoção das normas da Diretiva do Conselho da União Européia, de 21 de dezembro de 1988, para Harmonização do Direito de Marcas (89/104/EWG). Esta Diretiva previu como prazo para

adaptação das leis internas dos países-membros às suas disposições a data limite de 31 de dezembro de 1992. O legislador alemão não logrou cumprir este prazo principalmente em razão dos novos problemas no campo da propriedade industrial que a unificação das Alemanhas criou. A nova legislação sobre marcas só entrou em vigor em 1.º de janeiro de 1995, como resultado do projeto de Lei de 14 de janeiro de 1994.

O período de seis anos que separou a publicação da Diretiva da entrada em vigor da Lei de Marcas de 1995 não foi livre de controvérsias. Especialmente após expirado o prazo para adaptação desta Diretiva às normas internas, questionou-se nos Tribunais, no caso “dos”,<sup>2</sup> por exemplo, quais dispositivos deveriam ser aplicados: os da Diretiva ou os da então vigente Lei sobre Sinais de Produtos?

A decisão da Corte Federal Alemã (Bundesgerichtshof) de 3 de junho de 1993, sobre a possibilidade de proteção da palavra “dos”,<sup>3</sup> mencionou expres-

1. Este texto não se ocupa de todos os elementos jurídicos-materiais e processuais da nova Lei de Marcas alemã.

2. In GRUR, 1993, pp. 825-826.

3. Em 20 de dezembro de 1985 foi pedido o registro da palavra “dos” para instrumentos e aparelhos cirúrgicos, médicos, odontológicos e veterinários. O registro foi negado e a Repartição de Patentes (Patentamt) motivou sua decisão afirmando que a palavra “dos” é palavra usada para o número “dois” em espanhol, é a abreviatura de “disc operating system” e de dose/dosagem. O fundamento legal foi o

samente que a Lei sobre Sinais de Produtos ia contra o disposto pela Diretiva e mencionou, também, jurisprudência do Tribunal Europeu que tendia pela imediata aplicação desta Diretiva após expirado o prazo para a sua adaptação. O Tribunal criou a controvérsia mas absteve-se de decidir se a Diretiva substitua a Lei sobre Sinais de Produtos ou não.

Os 167 artigos da nova Lei, ao substituir os 36 da antiga Lei sobre Sinais de Produtos, empreendem uma reforma geral e sistemática em matéria de direito de marcas desenvolvendo, não somente disposições sobre direito material, mas também as de conteúdo processual.

2. A Lei de Marcas de 1995 apresenta-se de forma independente, ou seja, sem vinculação à Lei de Patentes. Ela concentra em seu texto a legislação de proteção à marca, à designação comercial e à denominação geográfica — que até então apresentava-se de forma esparsa, ora na antiga Lei sobre Sinais de Produtos, ora na Lei de Concorrência

art. 4.º, subseção 2, número 1 da então vigente Lei sobre Sinais de Produtos que dispunha sobre a impossibilidade de registro de marca formada por números. A Patentamt Patentes interpretou tal dispositivo de forma ampla, ou seja, não apenas abrangendo número em forma de numerais ou seqüência de numerais mas também em forma de palavras. A Corte Federal Alemã confrontou-se com o art. 3.º, subseção 1, letra c da Diretiva que não conhecia proibição expressa para as marcas formadas por números e, com o já citado art. 4, subseção 2, número 1 da Lei sobre Sinais de Produtos. Resolveu deixar em aberto a questão da interpretação ampla do artigo da Lei de Marcas e tender por sua interpretação restrita. Decidiu que as disposições do já mencionado artigo não se estendiam a palavras que representassem um número quando em língua estrangeira e que para negar o seu registro fazia-se necessário analisar, como aliás também dispõe a Diretiva, a capacidade distintiva e, especialmente, o poder de disposição da marca no comércio alemão.

— sem porém excluir a possibilidade de aplicação de outras legislações (art. 2.º).

A palavra “marca” é agora adotada — ao invés das anteriormente usadas “sinal de produto” (Warenzeichen)<sup>4</sup> — para denominar todas as categorias de marcas.<sup>5</sup>

As disposições sobre as marcas registradas internacionalmente, conforme o Acordo de Madrid e o Protocolo do Acordo de Madrid, encontram-se incluídas no texto legal nos arts. 107 a 125. Estas marcas internacionais, ao gozarem de proteção no território alemão, serão equiparadas à marca nacional registrada.

São protegidas por dez anos (podendo esta proteção ser prolongada a cada dez anos) as marcas registradas (art. 4.º, subseção 1), as marcas que em razão do seu uso no comércio adquiriram capacidade distintiva (art. 4.º, subseção 2), as marcas notórias no sentido do art. 6.º bis da Convenção da União de Paris (art. 4.º, subseção 3 e art. 10), os símbolos empresariais (art. 5.º, subseção 2), os títulos de trabalhos (art. 5.º, subseção 3) e as denominações de origem (art. 1.º, subseção 3).

3. Como marca poderão ser registrados todos os “sinais” dotados de capacidade distintiva. Diferentemente daquilo que era disposto no art. 4.º da lei anterior é expressamente mencionada a

4. Hubmann, Heinrich: Gewerblicher Rechtsschutz (p. 217) — “O ‘sinal de produto’ irá muitas vezes, especialmente no comércio internacional, ser designado como marca. Nem todo produto guarnecido com um ‘sinal de produto’ é um produto de marca ou um artigo de marca.”

5. As categorias de marcas compreendem os “sinais de produtos”, “sinais de serviços” e “sinais de associações” (Warenzeichen, Dienstleistungszeichen, Verbandszeichen) que agora passam a ser designados como “marcas de produtos”, “marcas de serviços” e “marcas coletivas” (“Warenmarken”, “Dienstleistungsmarken”, “Kollektivmarken”).

possibilidade de registro de números, sinais auditivos (“jingles”) e configurações tridimensionais compreendidas na forma do produto (art. 3.º).

A proteção às configurações tridimensionais, nova categoria de marca no Direito Alemão, resulta de preceito obrigatório da Diretiva, ou seja, deve ser adotada por todos os países-membros da Comunidade Européia.

Seguindo o princípio de que tudo aquilo que possui capacidade distintiva poderá ser registrado, não se poderá negar proteção à forma, embalagem e outras apresentações do produto, incluindo cores e combinação de cores.

Os sinais que não podem ser registrados como marca são os mencionados no art. 3.º, subseção 2, a saber: aqueles que resultam da própria natureza do produto, os que são necessários para alcançar um efeito técnico ou os que emprestam um valor substancial ao produto.

4. A proteção às designações comerciais vinha disposta no art. 16 da Lei de Concorrência Desleal,<sup>6</sup> porém, uma vez que ela se assemelha muito mais à proteção das marcas do que à matéria concorrencial, o legislador optou por uma mudança sistemática ao incorporando-a ao texto da Lei de Marcas de 1995.

Aquele que adquiriu proteção para uma designação comercial são garantidos direitos exclusivos (art. 15). Designação comercial é conceito que, de

6. Partindo do princípio de que o prestígio de um empresário manifesta-se geralmente através de sua designação e pretendendo evitar a exploração desleal deste prestígio por um terceiro, ocupava-se o art. 16 da Lei de Concorrência Desleal com a proteção da designação comercial. A proteção às marcas não era abrangida por este dispositivo, a não ser quando o seu titular a utilizasse também como designação empresarial ou se elas fossem entendidas como tal pelo comércio. Com a entrada em vigor da Lei de Marcas este artigo deixou de existir.

acordo com o texto do art. 5.º, subseção 1, compreende os símbolos empresariais e as obras; sendo o primeiro nome, firma ou designação especial do estabelecimento comercial ou da empresa e o segundo nome ou designação especial de publicação, obras cinematográficas, obras sonoras, trabalhos teatrais ou outros trabalhos a estes comparáveis.

Os símbolos sem caráter distintivo também contarão com proteção dentro da rubrica “símbolo empresarial” se, servindo para distinguir uma empresa da outra, conseguirem se fixar no comércio (art. 5.º, subseção 2 e art. 12). Assim como a exemplo das marcas, a proteção do símbolo empresarial registrado se iniciará no momento do registro; a proteção àquele que não é registrado se originará no momento em que, como tal, se fixou no comércio.

O texto legal apresenta-se lacunoso quanto às condições para a proteção da designação comercial. Neste sentido, a jurisprudência desenvolvida em relação ao extinto art. 16 da Lei de Concorrência Desleal deverá continuar sendo aplicada.

Os arts. 27 a 31, ao reunirem disposições sob o título “Marcas como Objeto do Direito de Propriedade” (cessão do direito, licença etc., vide item 17), não mencionaram a designação comercial; já em outros pontos ela aparece literalmente equiparada à marca de produto e de serviço. Parece que, como comentam Ingerl e Rohnke<sup>7</sup> o legislador optou por evitar grandes mudanças naqueles campos onde a Diretiva absteve-se de influir diretamente.

5. Já nos primeiros artigos da Lei de Marcas vem mencionada a proteção às indicações geográficas. O seu caráter distintivo é expressamente declarado e

7. Ingerl/Rohnke: Die Umsetzung der Markenrechts-Richtlinie durch das deutschen Markengesetz — in NJW, 1994, 1.247-1.255.

o legislador as reconhece como objeto do direito de propriedade industrial.<sup>8</sup>

O momento de aquisição de prioridade à indicação geográfica não é explicitado pela lei. De acordo com Knaak<sup>9</sup> este momento deveria ser aquele em que ela deixa de ser uma mera indicação de endereço e passa a ser utilizada pelo produtor, como designação geográfica, pela primeira vez.

O art. 127 também pretende coibir o uso de indicações que induzam ao erro ao proteger as qualidade e características especiais que a menção de tal indicação possa automaticamente invocar; assim verá o produtor ou prestador de serviços o seu direito limitado ao não poder valer-se de indicação geográfica para produtos ou serviços que não correspondam aos padrões de qualidade que esta naturalmente evocaria.

Aberta fica a questão de como estabelecer parâmetros para a definição de “qualidade” ou de “características especiais”. Knaak<sup>10</sup> diz que “todas as indicações da natureza do produto passíveis de definição poderão ser consideradas como características especiais no sentido do art. 127, subseção 2”.

O legislador também dispõe sobre a exploração indevida do prestígio que uma indicação geográfica conhecida ou famosa possa emprestar ao produto ou serviço, procurando assim evitar, principalmente, a sua banalização (art. 127, subseção 3).

8. Até 1994 as disposições sobre a proteção à indicação geográfica estavam na Lei de Marcas e na Lei de Concorrência. O art. 16 da primeira garantia o direito ao uso da indicação geográfica, enquanto que o art. 26 previa pena para o seu uso, doloso ou negligente, quando este sinal pudesse criar confusão; o art. 3.º da Lei de Concorrência segue o mesmo princípio, ou seja, a proibição do uso de indicação (indicação geográfica) apta a criar confusão.

9. Knaak, Roland: *Der Schutz geographischer Herkunftsangaben im neuen Markengesetz* — in GRUR 1995, Caderno 2.

10. Knaak, Roland (o.c.).

6 A marca coletiva — anteriormente designada como “sinal de associação” (Verbandszeichen) por servir para distinguir ou indicar características especiais de um produto ou serviço, tem sido bastante utilizada. Sua proteção é pela primeira vez literal e o seu registro está sujeito às mesmas exigências feitas para o registro da marca individual.

7. Orientando-se, praticamente com as mesmas palavras, pelo art. 3.º da Diretiva, dispõe o art. 8.º da Lei de Marcas de 1995 que não são registráveis as marcas que não podem ser representadas graficamente, as marcas às quais falta caráter distintivo e as marcas de uso comum ou necessário.

Quanto à caráter distintivo basta que ela exista, mesmo que de forma mínima, para que o impedimento absoluto seja contornado; esta orientação já estava presente nas decisões dos Tribunais anteriores à entrada em vigor da Lei de Marcas.

As marcas que consistem exclusivamente em sinais ou indicações descritivas como tipo, qualidade do produto etc. ou as que consistem em sinais ou indicações que na linguagem comum tornaram-se designação habitual do produto ou do serviço são absolutamente impedidas de registro.

As disposições quanto à falta de caráter distintivo e as mencionadas no parágrafo anterior não serão aplicadas se a marca, antes do momento da decisão sobre a possibilidade de seu registro, ganhou capacidade distintiva no mercado.

Não são mais mencionadas, a exemplo do que fazia o art. 4.º, subseção 2, número 4 da Lei sobre Sinais de Produtos, as representações provocativas.<sup>11</sup>

11. Como representações provocativas entendiam-se aquelas que vão contra a moral, a política e a religião. Baumbach/Hefermehl dizem que o melhor termo seria representação “indecente” ao invés de “provocativa”.

Elas agora caem no âmbito dos impedimentos aos sinais contrários à ordem pública ou aos bons costumes.

Os sinais que possam enganar o público, especialmente quanto ao tipo, qualidade ou origem geográfica do produto ou serviço, os símbolos nacionais e estrangeiros, de estados ou organizações e aqueles símbolos cujo uso poderá ser proibido visando o interesse público, ainda encontram-se elencados neste mesmo artigo.

8. Três são as hipóteses abrangidas como impedimentos relativos no art. 9.º:

- quando a marca posterior e a marca anterior são idênticas e quando o produto ou o serviço ao qual a marca posterior serve é idêntico ao produto ou serviço ao qual a marca anterior serve. (art. 9.º, subseção 1, número 1). Aqui é protegida a marca mais antiga.

- quando, em razão de identidade ou similaridade entre as marcas posterior e a anterior e identidade ou similaridade entre os produtos ou serviços abrangidos por estas duas marcas há risco de confusão, incluindo nesta hipótese a “suposição” (associação em pensamento, vide item 9) de existência de relação entre as marcas (art. 9.º, subseção 1, número 2). Aqui procura-se evitar o risco de confusão.

- quando entre a marca posterior e a marca anterior há semelhança ou identificação e entre o produto ou o serviço para o qual a marca posterior serve o produto ou serviço para o qual a marca anterior serve não existe semelhança ou identificação; sendo que a marca anterior é uma marca internamente conhecida e o uso comercial da marca posterior, sem justificação e de forma desleal, explora ou prejudica a capacidade de distintiva ou a reputação da marca conhecida (art. 9.º, subseção 1, número 3). Aqui é protegida a marca conhecida.

O art. 10, subseção 1, versa sobre a impossibilidade de registro de uma marca quando ela for idêntica ou semelhante a uma marca anterior notória no terri-

tório nacional no sentido do art. 6.º bis da Convenção da União de Paris.

As marcas ou designações comerciais não registradas, que através do seu uso adquiriram proteção, também representam impedimento relativo (art. 12). Este direito só poderá ser invocado se o seu titular puder provar o uso da marca ou da designação comercial “em todo o território da República Federal Alemã”.

O art. 13 apresenta outros direitos que poderão ser invocados como impedimentos relativos ao registro de uma marca ou designação comercial, desde que eles tenham sido adquiridos antes do registro daquelas. São eles o direito ao nome, o direito à própria imagem, os direitos de autor, as designações de variedades de plantas, a indicação geográfica e os outros direitos de propriedade industrial. Estes direitos só poderão ser invocados para anular o registro da marca se eles autorizarem o seu titular a proibir o uso de tal marca em todo o território alemão.

Os direitos garantidos nos arts. 12 e 13, bem como aquele que garante proteção à marca conhecida, por levarem à declaração de nulidade da marca posterior (art. 51) só poderão ser invocados judicialmente em Ação de Anulação, e nunca em procedimento de Oposição.

9. As hipóteses de colidência entre marcas e entre designações comerciais, pelas quais o titular do sinal prioritário está legitimado a proibir o uso do sinal posterior, vêm dispostas nos arts. 14 e 15 seguindo a mesma sistemática dos impedimentos relativos (art. 9.º, subseção 1, número 1 até 3).

Ao invés de “concordância” (Gleichartigkeit)<sup>12</sup> — conceito diretamente

12. “Afirma-se que há ‘concordância’ entre produtos ou serviços quando estes se aproximam técnica ou economicamente uns dos outros de tal forma que o comércio deduz, através de suas características comuns, que eles

baseado na “função de origem” (Herkunftsfunktion) — usada pela Lei sobre Sinais de Produtos, a nova lei passa a utilizar o conceito “identidade ou similaridade dos sinais”. A idéia, de acordo com as razões do Projeto de Lei é, através da adoção deste novo conceito, afastar-se da idéia restrita que “concordância” desperta a abrir espaço para que todos os aspectos relevantes que envolvam o conceito de similaridade possam ser levados em consideração.

Quanto ao risco de confusão e preocupação se estende abrangendo também (conforme as próprias palavras dos arts. 4 e 5 da Diretiva), o “risco que o sinal seja associado em pensamento à marca” (art. 14, subseção 2, número 2). O legislador não deixou claro o que abrange este “risco de associação em pensamento do sinal à marca”, mas o incluiu, pelo que se entende das “Razões da Reforma da Lei de Marcas” e das “Considerações à Diretiva”, como elemento a ser considerado no processo de apuração de confusão entre as marcas. A capacidade de associação do ser humano é ilimitada e daqui por diante, ao defrontar-se com as questões que daí originar-se-ão e ao tentar buscar soluções adequadas para elas a prática irá, muito provavelmente, modificar aquilo que hoje se entende por “confusão”.

O direito do titular à sua marca protegida, ao contrário do que dispunha a Lei sobre Sinais de Produtos, não está mais limitado a uma determinada forma

se originam da mesma empresa” (Hubmann, H.: *Gewerblicher Rechtsschutz*, 1988, p. 227). A jurisprudência neste sentido é extensa e casuística. Como concordantes entendeu-se por exemplo os produtos pastilhas de vitaminas com remédios, rádio e televisão com discos, café com chá etc; como não concordantes café com bombons recheados com licor de café, papel com seda para cigarros etc. A coincidência entre as classes para as quais os produtos/serviços são destinados não se confunde com a aqui mencionada “concordância”.

de uso, mas antes abrange todas as formas de uso no comércio que possam vir a colidir com ele. Assim, além de proibir a utilização, comercialização, oferecimento ou mera posse de produtos assinalados com o sinal idêntico ou semelhante à marca prioritária ou o oferecimento ou apresentação de serviços distinguidos com o sinal idêntico ou semelhante à marca de serviço, o legislador também proíbe o seu uso oral e a importação/exportação de produtos por ele marcados.

10. Marca ou designação comercial conhecida no território nacional é conceito novo introduzido pela Lei de Marcas (arts. 9.º, 14 e 15). Sua origem está nas disposições da Diretiva e para que a marca ou designação comercial possa ser considerada “conhecida” ela deve preencher determinados critérios quantitativos ou qualitativos. O grau de conhecimento no comércio corresponde ao elemento quantitativo<sup>13</sup> e sua “repu-

13. A jurisprudência anterior à nova Lei de Marcas, no que dizia respeito à exploração de prestígio no direito concorrencial (art. 1.º, Lei de Concorrência Desleal), ao analisar a fixação no comércio, aproximou-se do conceito “conhecimento” e definiu diferentes percentuais para o grau de conhecimento da marca. A decisão “Dimple” — uso do nome “Dimple”, conhecida marca de uísque, para produtos cosméticos, químicos, farmacêuticos e dietéticos, bem como para importação e exportação de produtos de todos os tipos — contentou-se com um terço do mercado consumidor. Na decisão “Salomon” — uso do nome “Salomon”, marca registrada para produtos de esqui, para cigarros — O Tribunal julgou insuficiente o grau de conhecimento de 30% entre os esportistas e de 30% entre os consumidores da região de Bayern e Baden-Wuerttemberg, justificando sua decisão ao afirmar que o mercado onde o produto da ré (cigarros) seria comercializado não estava limitado aos consumidores “esportistas” ou a uma determinada região da Alemanha.

tação” corresponde ao elemento “qualitativo”.<sup>14</sup>

A marca ou designação de comércio “conhecida” é protegida além do âmbito da similaridade, ou seja, procura-se coibir, além da exploração ou prejuízo de sua capacidade distintiva, a exploração ou prejuízo de seu prestígio. Porém não caracterizará contrafação qualquer exploração ou prejuízo de capacidade distintiva ou prestígio, mas sim somente aqueles atos que se dão “sem razão justificada e de forma desleal”.

A proteção à marca “famosa”, desenvolvida fora do texto legal da antiga Lei sobre Sinais de Produtos, não foi eliminada pela Lei de 1995; porém, na maior parte dos casos, as disposições sobre a “marca conhecida” preencherão as necessidades de proteção da “marca famosa”.

11. A Ação de Destruição<sup>15</sup> e a Ação de Exigir ser Informado<sup>16</sup> já haviam sido introduzidas anteriormente pela Lei sobre Produtos Pirateados. A Lei de Marcas também as prevê nos arts. 18 e 19

14. Fica aberta a questão de quais serão as exigências de conteúdo às quais está sujeito o elemento “reputação”. Também não definido, segundo Winkler, é o mercado competente para a apuração deste elemento.

15. A “Ação de Destruição” consiste na possibilidade do titular da marca ou da designação comercial poder demandar a destruição dos objetos aplicados com a marca que se encontram em posse ou em propriedade de terceiro não autorizado. Excetua-se sua aplicação se existir outra forma para a eliminação dos objetos cujo emprego torne a destruição fora de proporção (art. 18).

16. A “Ação de Exigir ser Informado” serve para que o titular do direito à marca ou à designação de comércio possa exigir do infrator informações sobre a origem e sobre os canais de distribuição dos produtos ilegalmente assinalados com a marca. Excetua-se a sua aplicação se ela for desproporcional para o caso isolado.

respectivamente e estabelece o prazo de três anos, a contar da data do conhecimento da violação do direito (art. 20), para serem invocadas, sob pena de prescrição do direito.

O titular do direito sobre uma marca ou designação comercial prioritária (prioridade adquirida através do registro ou através da fixação no comércio) que durante cinco anos, tolerar o uso de uma marca ou designação comercial posterior para o mesmo produto ou serviço para o qual a sua marca prioritária está registrada não mais poderá proibir o seu uso, a não ser que esta marca ou designação comercial posterior tenha sido registrada ou posta em uso (e se fixado no comércio) de má-fé; esta exceção harmoniza-se com o art. 6.º bis da Convenção da União de Paris. O texto da Lei de Marcas inovou ao prever esta limitação ao direito do titular da marca — chamada de “limitação das pretensões” (Verwirkung von Ansprüchen) — em seu art. 21, porém absteve-se de definir a “má-fé”. Ingerl/Rohnke<sup>17</sup> lembram que a adoção do termo “má-fé” justifica-se por sua menção expressa no texto da Diretiva e, assim, deveria ser interpretada de acordo com as tendências de sua origem comunitária, o que não terá de necessariamente corresponder às tendências interpretativas do direito alemão.

A proteção garantida à marca e à designação comercial com mais de cinco anos depende da prova de seu uso durante este período. Esta é a chamada “exclusão de proteção por uso insuficiente” prevista no art. 25.

12. O titular de uma marca ou designação comercial não poderá proibir o seu uso por terceiro no comércio como indicação sobre características do produ-

17. Ingerl/Rohnke: Die Umsertzung der Markenrechts-Richtlinie durch das deutschen Markengesetz — in NJW, 1994, 1.247-1.255.

to, especialmente como acessório ou como peça de reposição, desde que este uso seja necessário e não vá contra os bons costumes. Nestas mesmas condições ele também não poderá proibir o uso no comércio de seu nome e endereço ou de sinal idêntico ou semelhante ao seu, como indicação das características ou propriedades de produtos ou serviços, particularmente seu tipo, qualidade, complementos, indicação geográfica ou o momento de sua produção ou introdução no mercado. (art. 24).

13. Sob o título “exaustão”<sup>18</sup> dispõe o art. 24, subseção 1, que o titular de uma marca de produto ou de um símbolo empresarial não poderá proibir um terceiro de usar a marca ou o símbolo empresarial para aqueles produtos os quais ele mesmo colocou, ou deixou que colocassem com sua autorização, no mercado da Alemanha, em um dos estados-membros da Comunidade Européia ou em algum país-membro da Área Econômica Européia.

Ao restringir, no texto legal, os limites territoriais da exaustão — Alemanha, estado-membro da Comunidade Européia e Área Econômica Européia — deixa de existir a exaustão internacional,<sup>19</sup> como consequência da orientação

18. “O direito exclusivo do titular da marca ‘se esgota’ com a primeira introdução do produto no mercado” (Baumbach/Hefermehl) ou seja, uma vez oferecido o produto ao mercado, não poderá o titular da marca impedir que um terceiro ulteriormente o comercialize. Ainda nas palavras de Baumbach/Hefermehl “o direito à marca não dá ao seu titular um monopólio comercial com o qual ele poderá impedir o caminho do produto até o consumidor final e a qualquer hora proibir o comércio ulterior deste produto”.

19. A “exaustão”, instituto desenvolvido pela jurisprudência, ganha importância no momento da discussão sobre as importações paralelas. Ela existe muito mais em consequência do livre comércio de produtos do que propriamente em razão da natureza da marca.

protecionista disposta na Diretiva. Exaustão agora dá-se a nível comunitário, ou seja, o titular da marca está legitimado a proibir a reintrodução do produto assinalado com a sua marca na Área Econômica Européia que, sem sua autorização, foi comercializado para fora desta área.

A subseção 2 do mesmo art. 24 exclui a aplicação da subseção anterior quando o titular da marca ou do símbolo empresarial tiver razões legítimas para se opor contra o uso desta marca ou símbolo empresarial em comercializações ulteriores, especialmente se, após o momento em que foram colocadas no comércio, as condições do produto se modificaram ou se deterioraram.

Pelo disposto na subseção 2 entende-se que a exaustão só poderá ser aplicada para a comercialização de produtos originais.

14. Se a marca registrada for citada em dicionário, enciclopédia, livro de referência (também em forma de banco de dados eletrônicos) e levar à idéia que esta marca é, na verdade, um nome genérico para produtos ou serviços para os quais a marca registrada se destina, poderá o seu titular exigir do editor da obra que em sua apresentação seja incluída uma indicação de que se trata de uma marca registrada. Se a obra já foi publicada esta disposição deverá ser cumprida na edição seguinte.

15. Os arts. 26 e 43 dispõem sobre a necessidade de uso da marca. Aquele que não a usou durante cinco anos perde o direito à sua proteção. As pretensões baseadas em uso insuficiente não são declaradas de ofício, mas sim a requerimento do particular interessado e, uma vez levantada esta questão, caberá ao titular da marca anterior provar o seu uso ou exploração durante os últimos 5 anos.

Se a marca ainda não completou 5 anos ou se da última audiência em caso

de litígio ainda não se passaram 5 anos, poderá o titular da marca prioritária fazer valer todos os seus direitos de proteção, já que ainda não se caracterizou a caducidade da marca.

16. Três são os casos de extinção da marca:

- renúncia — o titular desiste da marca ou de parte dela (art. 48)

- caducidade — este conceito compreende quatro modalidades a saber: a) falta de uso por período ininterrupto de 5 anos; b) a marca desenvolveu-se, por atos ou inatividade de seu titular, em designação comum<sup>20</sup> para o produto ou para o negócio assinalado com a designação comercial; c) a marca, em consequência do uso por seu titular (ou por outro por ele autorizado), para os produtos ou serviços para os quais foi registrada poderá induzir o público em erro quanto ao tipo, qualidade ou origem do produto ou serviço; d) o titular da marca não preenche mais as condições legais para poder ser titular de uma marca (art. 49).

A hipótese prevista na letra *a* estará sanada se esgotado o prazo de cinco anos e antes da apresentação do pedido de extinção a preparação para o início ou retomada da exploração da marca foi iniciada. Porém se o titular da marca, tomando conhecimento que um pedido de extinção poderia ser apresentado, iniciar os preparativos para o seu primeiro uso ou para a retomada de seu uso três meses antes da apresentação do

20. Freizeichen é aqui traduzido como "designação comum". Baumbach/Hefermehl explicam que uma marca só se desenvolverá em "designação comum" quando passar a ser usada normalmente para um determinado produto por um grande número de empresários que não mantêm ligação entre si. Usada desta forma, a marca perderá o seu caráter distintivo e transformar-se-á em designação para o produto.

pedido de extinção de sua marca, estes preparativos não poderão ser levados em consideração persistindo, desta forma, a falta de uso por cinco anos. (art. 49).

- nulidade — a) a marca foi registrada apesar de impedimento absoluto e, até o momento do pedido de sua extinção, este impedimento absoluto persiste; b) houve má-fé no registro da marca; c) terceiro faz valer seu direito de prioridade dentro do prazo legal de cinco anos (art. 50).

Se se tratar de uma marca estrangeira que, em razão de seu registro internacional, goze de proteção na Alemanha, o Tribunal não decidirá sobre a sua extinção, mas sim sobre a recusa de sua proteção no território alemão.

17. A marca não está mais vinculada à empresa. O que justificava tal vinculação era a "função de origem" da primeira; a marca deveria indicar que o produto ou serviço originou-se em determinada empresa e, para tanto, deveria possuir caráter distintivo. Este "caráter distintivo" objetiva em primeira linha a proteção do consumidor contra a indução ao erro quanto à origem do produto ou serviço, ou seja, quanto ao "valor" que a empresa empresta a este produto ou serviço marcado.<sup>21</sup>

21. A decisão do caso "Cinzano" (1973) trabalha os conceitos "função de origem", "indução ao erro" e "valor". A autora, filial alemã da "Cinzano" italiana, importava o "Cinzano Vermute" produzido na Itália, o engarrafava e distribuía na Alemanha. A Ré, distribuidora de bebidas, passou a comercializar em território alemão o vermute "Cinzano" produzido na Espanha e na França, sob a mesma marca e trazendo no gargalo de cada garrafa um anel com os dizeres "vermute espanhol" (para o produzido, de acordo com a receita da matriz, pela filial "Cinzano" espanhola) e "vermute francês" (para o produzido, de acordo com a receita da "Cinzano" italiana, pela licenciada francesa). As características dos vermute, já que produzidos com

Só é possível reconhecer a “função de origem” em sentido estrito, ou seja, no que diz respeito à marca de firma pois, neste caso, o consumidor pensará na empresa especial que conhece e que ele identifica com esta marca. Se a marca é reconhecida no comércio por si só (e isto é o que acontece na maioria das vezes), sem vinculação com o seu produtor, não se poderá falar de “função de origem”. Apesar de não mais vinculada à empresa, não deixou de ser condição para a existência da marca a sua aptidão para diferenciar um produto ou serviço de uma empresa da outra; esta característica, a partir de agora, será apreciada de forma abstrata.

Além disso a vinculação da marca à empresa mostrou na prática não corresponder às expectativas da vida econômica atual. As empresas que atuam no mercado internacional tendem, seja por razões de custo ou tarifárias, a descentralizar a produção em diferentes filiais e organizar a matriz como controladora central em forma de uma “holding”. Esta “holding” não produz nem comercializa produtos e, portanto,

uvas de regiões diferentes, variavam e a autora alegou que a comercialização dos vermute espanhol e francês induziam o consumidor ao erro. Aquele que compra um vermute “Cinzano” tem determinadas expectativas as quais o vermute espanhol e francês não correspondem. O tribunal defendeu explicitamente nesta decisão a “função de origem” da marca e verificou que no comércio o nome “Cinzano” desperta a idéia daquele vermute produzido na Itália, porém, os três vermute em questão são originais “Cinzano” já que originam-se da mesma empresa (como filial ou licenciada), a italiana Cinzano e Cia. S.p.A. e, o fato das garrafas trazerem no gargalo os dizeres indicando sua procedência bastariam para que o consumidor não fosse induzido ao erro quanto às características do produto, já que é de fácil conclusão que um vermute espanhol ou francês tem sabor diferente de um vermute italiano. (in GRUR, 1973, 468-474).

face ao princípio da vinculação, não poderia ser titular dos direitos de marcas. Uma série de razões de política industrial e jurídica queriam justificar a permissão para que uma marca pudesse ser registrada em nome e administrada pela matriz. Este tema foi motivo de muita discussão e, enquanto a maioria dos países-membros da Comunidade Européia não exigiam mais tal condição, a Alemanha continuava a exigí-la.

O texto da Diretiva deixou de mencionar por completo tal princípio. Assim, por exemplo, excluir do âmbito de proteção uma marca de uma “holding” por que esta não é empresa voltada à comercialização de produtos ou serviços, quando esta mesma “holding” conta com proteção em outros estados-membros da Comunidade Européia, iria frontalmente contra os objetivos desta Diretiva.

Em 1.º de maio de 1992 passou a vigorar a desvinculação da marca à empresa no que diz respeito à cessão da primeira sem transferência da segunda. A Lei de Marcas continuou seguindo tal orientação ao permitir, no art. 27, a cessão da marca — de todos ou de parte dos produtos ou dos serviços para os quais ela se destina — sem que seja necessária a transferência da empresa que originariamente a possuía.<sup>22</sup> Ainda neste sentido há inovação, ao contrário do que condicionava o texto legal anterior no art. 1.º, ao não se exigir mais a condição de comerciante/empresário para o sujeito do registro. A partir de agora podem ser titular da marca as pessoas naturais, as jurídicas, bem como a sociedade de pessoas que sejam, em nome próprio, sujeito de direitos e obrigações (art. 7.º, números 1, 2 e 3).

22. A ligação entre a empresa e a sua firma, disposta no art. 23 do Código Comercial Alemão, permanece intocada pela Lei de Marcas; a firma continua não podendo ser alienada sem a empresa para a qual ela serve.

As “holdings”, a dona de casa, o estudante, a agência de publicidade, o escritório de advocacia etc. poderão ser titulares do registro da marca e, nada impede que, por exemplo, o escritório de advocacia forme um “estoque” de marcas para colocar à disposição de seus clientes.

Ao deixar de exigir o vínculo marca-empresa, o legislador alemão parece deixar um caminho aberto para a especulação com a marca e para o congestionamento do registro de marcas.

Ainda neste sentido, poderão ser concedidas licenças para o uso da marca (e não para o uso das designações empresariais), exclusivas ou não, para todo o território alemão ou para parte dele (art. 30) e o direito à marca poderá também ser objeto de penhora ou objeto de outros direitos reais (art. 29).

18. O procedimento de registro é o seguinte:

a) pedido de registro — neste momento devem ser apresentadas informações que permitam definir a identidade do requerente, deve ser feita uma apresentação da marca e uma listagem de produtos ou serviços para os quais a marca será empregada. Uma taxa que, como inovação inclui três classes da Classificação de Produtos e Serviços, deverá ser paga (art. 32).

O Patentamt (Repartição de Patentes) verificará se o pedido preenche as exigências acima descritas, se o requerente pode, de acordo com o art. 7.º, ser titular da marca e se a taxa de registro foi recolhida (art. 36).

b) é feito o exame de impedimentos absolutos — o Patentamt verificará se não existe um impedimento absoluto ao registro ou se a marca não se encontra na categoria das “marcas notórias” protegida pelo art. 10. A notoriedade da marca só poderá servir de impedimento

neste momento se sua notoriedade for conhecida pela Patentamt. O Patentamt ainda poderá negar o registro da marca capaz de induzir ao erro (art. 8.º, (2), 4), se tal característica se manifestar de forma evidente; se necessário um exame aprofundado, este só poderá ser feito em um eventual processo de anulação (art. 37).

Modificação substancial na lei é a possibilidade do “adiamento de prioridade”, ou seja, efetuado o exame apurase que, na data de seu protocolo, o pedido de registro não poderia ser deferido por não cumprir os pré-requisitos do art. 8.º, (2), 1 até 3, porém o seu requerente demonstra que, após a data de seu protocolo, o impedimento que gerou a recusa deste registro deixou de existir e declara estar de acordo com o “adiamento da prioridade” do dia em que entrou com o pedido do registro para o dia em que o impedimento que justificou a recusa de tal pedido deixou de existir. Preenchidas estas condições o Patentamt não poderá negar o registro (art. 37, (2)).

c) a marca é registrada no registro de marcas;

Aquilo que era chamado de “processo rápido” pela lei anterior virou regra.

Ainda é possível pedir um procedimento especial, mas rápido, que garante o exame do pedido de registro de tal forma que a marca, em 6 meses estará registrada no Registro de Marcas. Este procedimento tem em vista o prazo de prioridade de apenas 6 meses da Convenção de Paris, bem como a exigência do registro da marca em seu país de origem como pré-requisito para o registro internacional previsto no Acordo de Madrid. Para tanto é exigida uma taxa especial (art. 38).

d) o registro é publicado e a partir daí começa a contar o prazo de três meses para a apresentação de oposições.

**Bibliografia**

- AUFENANGER, Martin: Markengesetz/The German Trade Act of 1995, VCH-Rechtstexte, 1994.
- BAUMBACH, Wolfgang/HEFERMEHL, Adolf: Warenzeichenrecht, 11 Edição, Beck Verlag, 1979.
- EICHMANN, Helmut: "Die dreidimensionale Marke im Verfahren vor dem DPA und dem BPatG" — artigo in GRUR 1995, pp. 184-197.
- GOEBEL, Peter: "Schutz geographischer Herkunftsangaben Nach dem neuen Markenrecht" — artigo in GRUR 1995, pp. 98-109.
- HUBMANN, Heinrich: Gewerblicher Rechtsschutz — Beck Verlag, 1988.
- KALTNER, Jonathan: "Schwerpunkte des neuen deutschen Markengesetzes" — artigo in WBL 1995, pp. 54-59.
- INGERL, Reinhard/ROHNKE, Christian: "Die Umsetzung der Markenrechts-Richtlinie durch das deutsche Markengesetz", artigo in NJW, 1994, pp. 1247-1255.
- KLIENS, Hubertus: "Relativer Ähnlichkeitsbegriff bei Waren/Dienstleistungen im neuen Markenrecht?" — artigo in GRUR 1995, pp. 198-204.
- KNAAK, Roland: "Der Schutz geographischer Herkunftsangaben im neuen Markengesetz" — artigo in GRUR 1995, pp. 103-112.
- MEISTER, Hebert E.: "Die Marke zwischen den Gesetzen", artigo in GRUR 1994, pp. 167-173.
- MUNZINGER, Peter J. A.: "Zur Eintragungsbewilligungsklage", artigo in GRUR 1995, pp. 12-21.
- ROEBLER, Bernd: "Die Ausnutzung der Wertschaetzung bekannter Marken im neuen Markenrecht", artigo in GRUR 1994.
- SACK, Rolf: "Sonderschutz bekannter Marken", artigo in GRUR 1995, p. 81.
- TILMAN, Wilfried: "Das neue Markenrecht und die Herkunftsfunktion", artigo in ZHR, 1994, pp. 370-388.
- VON GAMM, Otto-Friedrich Frhr: "Schwerpunkte des neuen Markenrechts — Referat anlaesslich der GRUR-Jahrestagung am 3.6.1994" — artigo GRUR 1994, pp. 775-781.
- . "Zur Warenzeichenrechtsreform", artigo in WRP, 1993, pp. 793-798.
- VON WAHLERT, Jobst: "Markenartikel und Kennzeichenschutz", artigo in Markenartikel, 1994, pp. 568-576.
- WINKLER, Matthias: "Das Widerspruchverfahren nach dem neuen Markenrecht" — artigo in GRUR 1994, pp. 569-578.

# JURISPRUDÊNCIA

## JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

CELSO BARBI FILHO

Professor Assistente e Mestre em Direito Comercial  
na Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais.

### SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA — 3.<sup>a</sup> TURMA

Recurso Especial 29.897-4/RJ  
Recorrente: Transportadora Remon Ltda.  
Recorrido: Francisco Toledo Saladini  
Publicação: *DJU* I, 1.3.93, p. 2.514

#### ACÓRDÃO DO RECURSO ESPECIAL

*EMENTA:* Comercial. Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Aquisição de quotas. Apuração de haveres. Direito do sócio.

A ação de apuração de haveres em sociedade comercial por quotas de responsabilidade limitada cabe somente a quem dela seja sócio, não se equiparando a tal quem adquire quotas de outro sócio, ainda que por partilha em dissolução de casamento pelo regime da comunhão de bens.

**ACÓRDÃO** — Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Min.-Relator. Participaram do julgamento os Srs. Mins. Waldemar Zveiter, Cláudio Santos, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

Brasília, 14 de dezembro de 1992 — EDUARDO RIBEIRO, pres. — DIAS TRINDADE, relator.

**RELATÓRIO** — *O Exmo. Sr. Min. Dias Trindade* (relator): Com fundamento no art. 105, III, *a e c*, da Constituição Federal, recorre a Transportadora Remon Ltda. do acórdão proferido pela Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que deu

provimento a apelação interposta por Francisco Toledo Saladini, ora recorrido, e julgando prejudicado o apelo da recorrente, em ação para apuração de haveres de sócio quotista de sociedade familiar.

Sustenta a recorrente ter o acórdão contrariado os arts. 334 e 301 do Código Comercial e art. 6.<sup>o</sup> do Código de Processo Civil.

Recebido e processado o recurso, vieram os autos a este Tribunal.

**VOTO** — *O Exmo. Sr. Min. Dias Trindade* (relator): Afasto, de logo, a alegação de contrariedade ao art. 6.<sup>o</sup> do CPC, porquanto o autor não litiga por direito alheio, mas, ao contrário, por direito próprio, decorrente da aquisição, por partilha, das quotas na sociedade limitada, de que é sócia sua ex-cônjuge.

O fato da partilha, contudo, não faz sócio o ex-marido da sócia, dado que não é apenas a aquisição de quotas que impõe a admissão societária, pois que necessário se apresenta o consentimento dos demais sócios e, em complementação, o arquivamento na Junta Comercial da alteração do contrato.

O negócio resultante da aquisição, por qualquer modo, seria de ser considerado entre o sócio de que foram adquiridas as quotas e o adquirente, sendo, assim *inter alios*.

No caso, antes da dissolução do casamento, não obstante a comunhão do regime de bens, o marido não era sócio da empresa, mas sua mulher, com maior razão, após a partilha das quotas, sócio não é o seu adquirente.

E a ação de apuração de haveres é própria do sócio, como está no art. 15, do Decreto 3.708, de 10 de janeiro de 1919, que regula as sociedades por quotas de responsabilidade limitada: "Assiste aos sócios", diz essa regra.

Assim, ao ter por legitimado para o exercício dessa ação o detentor de quotas, que não

é sócio da empresa recorrente. contrariou o acórdão esse dispositivo legal, como o que se contém no art. 334 bem assim o art. 301, ambos do Código Comercial. pois que considerou como sócio quem não foi admitido como tal pelos demais sócios e não tem título de sócio, mediante arquivamento de alteração do contrato social na Junta Comercial.

O dissídio se acha comprovado, posto que, em situação semelhante, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em acórdão publicado na Revista dos Tribunais, decidiu pela carência de ação da ex-esposa para integrar-se em sociedade de que participava o seu ex-cônjuge, exatamente em função da partilha de quotas, decorrentes da dissolução do casamento.

Isto posto, voto no sentido de conhecer do recurso e lhe dar provimento, para modificar o acórdão recorrido e negar provimento à apelação do autor, determinando que o órgão julgador de segundo grau decida a apelação da ré, que foi tida por prejudicada.

**VOTO — O Sr. Min. Eduardo Ribeiro:** A questão é bastante controvertida, como o Min. Cláudio Santos salientou. Não empresto adesão ao entendimento de que a cessão das cotas depende sempre do consentimento dos demais sócios. Parece-me que depende do exame do ato constitutivo da sociedade saber se deu preponderância ao caráter da participação das pessoas ou simplesmente do aporte de capitais. Entendo até que as cotas, em princípio, podem ser cedidas. O contrário, entretanto, poderá resultar do contrato. É o que sucede no caso, como se salientou.

Nas circunstâncias, pois, tenho como adequada a solução dada, com a invocação do disposto no art. 334 do Código Comercial.

Acompanho o Sr. Min.-Relator.

**VOTO-VOGAL — O Sr. Min. Waldemar Zveiter:** Sr. Presidente, também comungo com a posição do Nobre Relator.

Recebido o memorial do E. Advogado Dr. Cláudio Lacombe, e destaquei nas minhas anotações estes pontos: a sociedade que embora possa ser tida, dependendo de suas características, como sociedade de capital, é nitidamente considerada no Direito Brasileiro como sociedade de pessoas, daí a exigência da *affectio societatis*, pelo menos na sua formação. Seria absolutamente estranhável que se impingisse, por sucessão, ao quadro social

aquele que, não tendo participado da sua formação, viesse a receber parte dessas cotas. Notadamente, como no caso ocorrente, quando se trata de uma sociedade familiar, como ficou demonstrado no memorial.

Acompanho o Nobre Relator.

**VOTO — O Sr. Min. Cláudio Santos:** Sr. Presidente, na verdade todos os critérios para a classificação das sociedades comerciais são falhos. O melhor deles, talvez, seja aquele que divide as sociedades comerciais segundo a responsabilidade dos interessados, sejam eles chamados sócios ou acionistas. O fato é que esta classificação de sociedades em sociedade de pessoas e de capitais é o critério menos jurídico de todos, porque, na verdade, a constituição de uma sociedade depende sempre de pessoas naturais e para elas devem fluir capitais. Por outro lado, a sociedade por cota de responsabilidade limitada jamais poderia ser considerada uma sociedade exclusivamente de capitais, sobretudo porque é constituída através de contratos e para a prática desses atos, logicamente, há de haver a convergência da vontade das pessoas que participam do ato.

Portanto, estou de pleno acordo com o pensamento do Sr. Min.-Relator, entendendo que, quando muito, se poderia admitir a existência de uma sociedade à margem entre aqueles que se tornaram detentores daquela cota ou daquelas cotas de capital, por força da partilha. O ingresso de um estranho na sociedade, entretanto, no caso concreto, dependeria do consentimento dos demais.

Acompanho o voto do Sr. Min.-Relator.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO — A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Min.-Relator."**

Participaram do julgamento os Srs. Mins. Waldemar Zveiter, Cláudio Santos, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

Brasília, 14 de dezembro de 1992.

**ACÓRDÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**

Recurso especial 29.897-4/RJ:

Embargante: Francisco Toledo Saladini

Embargada: Transportadora Remon Ltda.

Publicação: DJU I, 26.4.93, p. 7.205

**Ementa:** Comercial. Sociedade limitada. Aquisição de quotas. Apuração de haveres. Ação de sócio. Embargos de declaração. Não é contraditório o acórdão que nega ação para apurar haveres da sociedade a quem, embora proprietário de quotas, dela não é sócio.

#### CONCLUSÃO DO VOTO DO RELATOR

— *O Sr. Min. Dias Trindade:* Não há contradição no acórdão, posto que o mesmo nega a qualidade de sócio ao embargante, que adquirira quotas de sociedade, de que participa sua ex-esposa, em virtude de partilha no respectivo divórcio. E, assim fazendo, disse que não tem o ora embargante legitimidade para o exercício da apuração de haveres e dissolução parcial da empresa, ação privada de sócio. Não cabia, por evidente, indicar os meios adequados para atingir seu objetivo, até porque não se acha na postulação.

Isto posto, voto no sentido de rejeitar os embargos.

A Turma, acompanhando o voto do Sr. Min.-Relator, rejeitou por unanimidade os embargos, Brasília, 23 de março de 1993.

### COMENTÁRIO

#### 1. Síntese da Questão

Versa o presente acórdão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça sobre o direito à apuração judicial de haveres em sociedade por quotas de responsabilidade limitada.

O entendimento firmado na decisão conduz a um intuitivo questionamento. Assentou-se com o acórdão que o adquirente de quotas sociais não tem necessariamente direito à apuração judicial de haveres, pois nem sempre a aquisição das quotas lhe dá a "condição de sócio". E, no caso examinado, as quotas foram adquiridas em virtude de partilha de bens conjugais, decorrente da dissolução de casamento, sem que tivesse havido posterior arquivamento de alteração contratual admitindo o adquirente na sociedade.

O recorrido recebeu quotas de uma sociedade mercantil que pertenciam

originalmente à sua esposa, como conseqüência da partilha dos bens do casal na dissolução de seu casamento. Passando a deter a titularidade das quotas, ajuizou ação judicial, a fim de receber os haveres patrimoniais relativos às aludidas quotas.

Questionou-se então em juízo seu direito a essa apuração de haveres, tendo em vista que o recorrido, embora houvesse adquirido a titularidade das quotas, não se tornou sócio, porquanto essas lhe foram transferidas em partilha do patrimônio conjugal, sendo a sociedade *intuitu personae*.

Julgado improcedente o pleito em primeira instância, foi a sentença reformada pela 8.<sup>a</sup> Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que acolheu o pedido de apuração de haveres. Houve, então, recurso especial por parte da sociedade.

Chegando o processo ao Superior Tribunal de Justiça, sua 3.<sup>a</sup> Turma entendeu que realmente falecia ao titular das quotas o direito à apuração de haveres na sociedade, pois não chegara ele a adquirir a condição de sócio, considerando que nem houve arquivamento de alteração do contrato social na Junta Comercial.

Importante notar que o dissídio jurisprudencial ensejador do recurso fundou-se em acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, publicado na RT, que decidiu pela carência de ação da ex-esposa para "integrar-se" em sociedade de que participava o seu ex-cônjuge, e da qual tornou-se quotista em face da partilha de quotas na dissolução do casamento.

Das conclusões do julgado duas questões merecem ser enfocadas: a aquisição do *status* de sócio pela transferência de quotas naquela sociedade e o direito do eventual adquirente para postular e receber os haveres relativos às quotas.

## 2. A Aquisição do Status de Sócio pela Transferência de Quotas

A primeira questão a ser abordada, conforme dito, refere-se ao entendimento de que a transferência de quotas não implica, necessariamente, a aquisição da condição de sócio, pois, tendo a sociedade em tela caráter *intuitu personae*, só a anuência dos demais sócios à cessão das quotas dá ao seu adquirente o chamado *status* de sócio.

Tal debate invoca temas bastante polêmicos e, em certa medida, já superados, como o da classificação das sociedades em de capital ou de pessoas, sendo estas últimas aquelas em que a identidade pessoal do sócio tem relevância para formação e existência da sociedade.

Na concepção teórica das chamadas sociedades de pessoas, a própria *affectio societatis* só persiste enquanto todos os sócios consentem mutuamente quanto à identidade dos demais.

Os votos dos Mins. Waldemar Zveiter e Cláudio Santos abordam bem esse aspecto, concluindo que, se a sociedade tem inequívoco caráter *intuitu personae* — como é o caso dos autos, em que se cuida de sociedade familiar — a simples transferência de quotas, por partilha de bens em dissolução de casamento, à revelia do consentimento dos demais sócios, não dá ao adquirente dessas quotas a condição de sócio.

O Min. Eduardo Ribeiro admite que a transferência de quotas possa prescindir do consentimento dos demais sócios, dependendo isso do caráter capitalista ou personalista que o ato constitutivo atribua à sociedade. Entretanto, no caso dos autos, acompanha o voto do Relator, tendo em vista o disposto no art. 334, do Código Comercial.

Dita norma, como se sabe, veda a qualquer sócio ceder sua parte na sociedade a terceiro sem expresso consentimento dos demais, admitindo, contudo,

que esse terceiro se “associe” à parte do sócio, sem que com isso adquira a condição de sócio.

É correta a conclusão de que, tendo a sociedade inequívoco caráter *intuitu personae*, a transferência de quotas sem anuência expressa dos demais sócios, manifestada por via de alteração no contrato social, não dá ao adquirente a condição de sócio. A bem da verdade, se assim não fosse, comprometido e violado restaria o próprio acordo de vontades que os sócios firmaram para a criação da sociedade.

Entretanto, impõe-se distinguir duas situações quando se cogita dessa transferência de quotas sem anuência dos sócios em uma sociedade de cunho personalista.

A primeira delas é a da transferência convencional ou voluntária das quotas, na qual um sócio, em manifesta e inequívoca violação ao contrato social, cede a terceiro, mediante qualquer instrumento que não o próprio contrato social, a totalidade ou parte de suas quotas, sem anuência expressa dos demais sócios.

Tem-se aí ato indiscutivelmente ineficaz perante a sociedade, que a ela não poderia ser de nenhuma forma oposto. O que se verifica nessa hipótese é apenas o eventual direito indenizatório do adquirente contra o alienante, em face da absoluta ineficácia da transferência frente à sociedade. Configurar-se-ia, no máximo, a situação prevista no art. 334, do Código Comercial, no que tange à titularidade compartilhada das quotas. Para tal caso, acertada se mostraria a conclusão do acórdão sob exame, quando entende falecer a esse adquirente de quotas o direito à apuração de haveres.

Já a segunda situação possível é a da transferência involuntária das quotas, decorrente de imposição legal, sem a anuência dos demais sócios. É o que se verifica na sucessão *mortis causa*, nas arrematações públicas de quotas penho-

radas, na arrecadação judicial de quotas do sócio falido pela sua massa e, ainda, na partilha de bens da sociedade conjugal em que seja impossível a divisão equitativa do patrimônio comum sem o rateio das quotas.

Nesses casos, é indubitoso que o adquirente das quotas não chega a se tornar sócio, pois os demais não anuíram com a transferência. Todavia, esta não se deu por ato voluntário do alienante, e sim por imposição de lei. Dessa forma, o direito do adquirente à apuração de haveres não poderia, em tais situações, receber o tratamento jurídico que o STJ dispensou ao caso em tela.

### 3. O Direito do Eventual Adquirente de Quotas para Postular em Juízo os Haveres a elas Relativos

Assentada essa distinção, entre transferência voluntária e involuntária de quotas, pode-se inferir que, no caso presente verifica-se esta última hipótese, pois cuida-se de uma cessão compulsória de quotas, decorrente da legislação civil, que, na dissolução do casamento, impõe a partilha equitativa do patrimônio conjugal.

E, assim sendo, a segunda grande questão que se extrai do acórdão refere-se ao direito do titular das quotas, que as adquiriu por uma imposição legal, mas que não passou a deter a condição de sócio, para obter, judicialmente, a apuração dos haveres que tais quotas representam ao patrimônio social.

É de se indagar então: se esse titular de quotas não tem o *status* de sócio, que direitos ele tem?

O Relator, Min. Dias Trindade, conclui que “a ação de apuração de haveres é própria do sócio, como está no art. 15 do Decreto 3.708, de 10 de janeiro de 1919, que regula as sociedades por quotas de responsabilidade limitada: ‘Assiste aos sócios’, diz essa regra.”

A posição adotada pelo Tribunal cria um estado de fato que reclama questionamento.

Com efeito, admitindo-se que, sem o arquivamento da respectiva alteração contratual, o adquirente das quotas não se torna sócio e não se investe nos direitos deste — entre os quais se situa o da ação para apuração de haveres — qual a solução jurídica para a situação do quotista que não é sócio?

Afinal, no caso presente, ele não adquiriu as quotas por ato de voluntária violação ao contrato social, praticado pela alienante, mas sim por força de preceito da legislação civil, que, na separação conjugal, determina a partilha do patrimônio comum.

Nesse particular, observa-se que contra o acórdão foram interpostos embargos declaratórios, aos quais se negou provimento, tendo o Min.-Relator, Dias Trindade, destacado que ao Tribunal “não cabia por evidente, indicar os meios adequados para atingir seu objetivo, até porque não se acha na postulação”.

Em suma, o STJ nega ao titular das quotas o direito à ação para apuração de seus haveres na sociedade — por não ser ele considerado sócio — e ainda se recusa a declarar qual situação desse quotista na sociedade. Considerando dita posição do Tribunal, o acórdão, nesse aspecto específico, merece reflexão sob sua justiça e juridicidade.

Quanto à justiça da decisão, mesmo não sendo cabível em tese sua discussão, é inegável que se deixa sem amparo o direito do quotista não sócio de receber a equivalência patrimonial das quotas de uma sociedade, da qual ele evidentemente não pode e não quer participar e que, à toda prova, também não o quer como participante, opondo-lhe a inexistência de *affectio societatis*.

Se esse titular de quotas não tem direito à apuração de haveres, porque

isso é prerrogativa legal de sócio (art. 15 do Decreto 3.708/19 e art. 335, 5, do Código Comercial), teria ele algum outro direito? Pelo conteúdo do acórdão não, pois direitos como a participação nos lucros (art. 330 do Código Comercial) e a fiscalização dos negócios sociais (art. 290 do Código Comercial) são, pela letra da lei, exclusivos de "sócios".

Como já se disse, é sabido que a aquisição das quotas não implica necessariamente a da condição de sócio. Mas, na medida em que a transferência não seja voluntária, e sim decorrente de imposição legal, quando se nega ao quotista o *status* de sócio, é preciso que se lhe assegure uma única prerrogativa, qual seja, o recebimento do equivalente patrimonial de suas quotas na sociedade, dela se desvinculando. Se assim não o for, as quotas adquiridas tornar-se-ão direitos ou bens sem qualquer valor, porquanto estanques à circulação econômica. E, com isso, violar-se-á a própria legislação sucessória processual, falimentar ou familiar que impõe a transferência compulsória das quotas.

Ao se falar no "direito" dos quotistas de receber seus haveres na sociedade, necessário se faz também examinar a juridicidade da decisão em tela. Teria o quotista não sócio esse direito?

Antes de se passar a essa indagação, cumpre salientar que o próprio acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, ensejador do dissídio jurisprudencial, julgou carecedora de ação a ex-esposa de sócio que queria "integrar-se" na sociedade, e não apenas receber seus haveres, como no caso presente. Assim, a divergência pretoriana fundou-se em decisão de conteúdo distinto da questão aqui versada, pois o que o quotista não sócio quis aqui não foi "integrar-se" no quadro social, mas apenas "receber os seus haveres".

### 3.1 Recesso e Dissolução Parcial

Há muito consolidou-se no direito brasileiro o princípio de que o desejo ou a necessidade de um sócio quotista sair da sociedade, recebendo seus haveres, não é causa de dissolução total da pessoa jurídica, prevalecendo o interesse social de preservação da empresa.

Com base nisso e nas normas dos arts. 15, do Decreto 3.708/19, e 335, 5, do Código Comercial, desenvolveu-se a construção pretoriana em torno do direito de recesso do quotista e da chamada "dissolução parcial" das sociedades por quotas de responsabilidade limitada, como alternativa à sua dissolução total.

A doutrina distingue a simples apuração de haveres, decorrente do direito de recesso capitulado no art. 15, do Decreto 3.708/19, da dissolução parcial da sociedade, atribuindo-lhes diferentes fundamentos e efeitos contábeis (Bulgarelli, Waldírio. *Direito Empresarial Moderno*, Rio de Janeiro, Forense, 1992, p. 284; Mello Franco, Vera Helena de. "Dissolução Parcial e Recesso nas Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada. Legitimidade e Procedimento. Critério e Momento da Apuração de Haveres", *RDM* 74, p. 23; Martins Fran. "Retirada de Sócio por Permissão Contratual e Apuração de Haveres". *Novos Estudos de Direito Societário*, S. Paulo, Saraiva, 1987, p. 232; Requião, Rubens. *A Preservação da Sociedade Comercial pela Exclusão de Sócio*, Tese, Curitiba, 1959.)

O direito de recesso, com consequente apuração de haveres, pressupõe dissidência, fundando-se no art. 15, do Decreto 3.708/19, que prevê a saída do sócio por discordância da alteração do contrato social pela maioria. Sua consequência contábil é a apuração dos haveres apenas pelo valor de patrimônio líquido, verificado em balanço, sem cômputo das reservas sociais. Isso por-

que a sociedade não se dissolve pelo recesso, descabendo a avaliação física e real dos bens do ativo, com partilha das reservas sociais, só admissíveis na dissolução total, quando se procede à liquidação do acervo social.

Já a dissolução parcial é direito potestativo dos sócios nas sociedades por quotas com prazo indeterminado, independente de dissidência, fundado no art. 335, 5, do Código Comercial. Nesse caso, a apuração dos haveres do retirante se dá com base na avaliação física e real dos bens do ativo, por balanço de determinação, partilhando-se também as reservas sociais, como se a sociedade fosse ser efetivamente dissolvida, com liquidação do acervo social.

O acórdão sob exame fala todo o tempo em “ação de apuração de haveres”, mencionando expressamente o art. 15, do Decreto 3.708/19, o que induz à conclusão de que a hipótese seria de recesso. Entretanto, o próprio Relator, no julgamento dos embargos declaratórios, fala em “dissolução parcial da empresa” como instituto equivalente, o que acaba por evidenciar a irrelevância, para o Tribunal, da distinção doutrinária referida.

A realidade é que a jurisprudência mais recente, mesmo do Supremo Tribunal Federal, não tem acolhido a diferença doutrinária entre o direito ao recesso e à dissolução parcial, reconhecendo ao sócio retirante, em regra, a apuração de seus haveres pela efetiva avaliação física e real de todos os bens do ativo, tal como se fosse haver liquidação do acervo social (RE 80.223 — RTJ 72/645; RE 91.044 — RTJ 91/357; RE 92.772 — RTJ 99/1272).

### 3.2 Possíveis Restrições ao Direito de Saída da Sociedade com Apuração de Haveres

A despeito da distinção doutrinária referida, a saída do sócio e a forma de

apuração dos haveres devem ser previstas no contrato social, como instrumento de proteção da própria sociedade. Assim anotam os franceses Gain e Delaisi, lembrados por Nelson Abrão em comentários a acórdão do Tribunal de Justiça da Guanabara: “os estatutos podem prever para um sócio o direito de retirar-se da sociedade, sem que isto acarrete a dissolução dela, e que continuará, ao contrário, com os outros sócios.” (*Guide Formulaire des Sociétés Commerciales*, 1947, p. 127, RDM, 15/16, 1974, p. 127).

Nessa linha, os tribunais consolidaram o entendimento de que a cláusula permissiva da retirada de sócio, com prévio assentamento acerca da forma de apuração dos haveres, constitui obstáculo à dissolução total da sociedade pela manifestação volitiva unilateral (RTJ 53, p. 186 e 56, p. 168, RDM 15/16, p. 127).

Ao mesmo tempo, a previsão no contrato social da saída de sócio com apuração de seus haveres só exclui o direito à ação de dissolução total se não for livre a transferência de quotas. Sendo liberada dita transferência, nem se há falar em dissolução, total ou parcial, da sociedade, bastando ao sócio, em tese, vender suas quotas.

Todavia, mesmo na hipótese da livre transferibilidade de quotas, o sócio poderá ter direito à ação de dissolução se não conseguir vender as suas. Nesse caso, contudo, a dissolução não será total, mas parcial, apenas para apuração de seus haveres.

Por outro lado, a previsão do contrato social do direito de retirada e da apuração de haveres poderia excluir, entendem alguns, mesmo o direito à ação de dissolução parcial, pois o sócio tem, contratualmente, como receber o equivalente patrimonial de suas quotas. Nesse raciocínio, o cabimento do pleito judicial do recesso fica condicionado à recusa da sociedade em pagar os haveres do sócio retirante, ou à invalidade do

critério dessa apuração de haveres. No entanto, a jurisprudência tem sido mais liberal, considerando que, a despeito de previsão contratual contrária, o direito à ação de dissolução parcial é potestativo e irrestrito, não se condicionando nem à prévia notificação do pedido de retirada aos demais sócios e à sociedade (RT 673/77 e DJMG 18.5.95).

Disso resulta, a *contrario sensu*, que, se o contrato consagra o caráter pessoal e *intuitu personae* da sociedade, vedando a livre transferência das quotas, como é o caso sob exame, a possibilidade da ação de dissolução parcial para apuração de haveres tem que ser sempre admitida, sob pena de um aprisionamento patrimonial, violador do próprio direito à liberdade de associação, constitucionalmente assegurado.

### 3.3 Direito à Apuração de Haveres na Transferência Involuntária de Quotas

Conforme salientou-se anteriormente, o direito à apuração de haveres tem que ser necessariamente reconhecido aos sucessores do sócio falecido, aos adquirentes de quotas penhoradas e alienadas em hasta pública, à massa falida do sócio e aos cônjuges na partilha do patrimônio comum. Isso porque essas são hipóteses em que a transferência das quotas opera-se compulsoriamente, por força de preceito legal.

Aos herdeiros do sócio falecido, que não possam, por qualquer razão ingressar na sociedade, tem que se garantir o direito ao recebimento de seus haveres, ainda que judicialmente, conforme dispõe o art. 668, do CPC de 1939, vigente por força do art. 1.218, do vigente Código.

Nesse sentido, vale menção a elucidador julgado do Tribunal de Justiça do Paraná: "Sociedade por quotas de responsabilidade Ltda. — Dissolução parcial, requerida por herdeiros de sócio falecido — Legitimidade destes — Art.

668, do exaurido CPC, em consonância com o art. 1.218 do vigente — Sentença confirmada — Recurso desprovido. Se, conforme expressa cláusula contratual, a morte ou a retirada de qualquer dos sócios não acarreta 'necessariamente' a dissolução da sociedade, ficando os herdeiros ou sucessores sub-rogados nos direitos e deveres do falecido, com previsão para que se apure seus haveres em caso de retirada, têm estes pertinência subjetiva para promover dissolução parcial, fazendo-se o pagamento pelo modo convencionado, ou, ainda, pelo determinado na sentença." (AC 45.347-0, DJPR 11.12.92).

Aos titulares de quotas adquiridas em hasta pública, que não chegam a ser sócios, também não se pode negar o direito ao recebimento de seus haveres, como lembra o Prof. Hernani Estrella, em sua clássica monografia, específica sobre o tema: "Se, em virtude de execução anterior ou contemporânea da despedida de sócio, este tiver os fundos que possuir na sociedade penhorados, ao exequente se não pode recusar a qualidade para, embora como sub-rogado nos direitos do sócio executado, intervir no processo de apuração de haveres deste." (*Despedida de Sócio e Apuração dos Haveres*, 1.<sup>a</sup> ed., Porto Alegre, 1948, p. 141).

E a tal propósito, o próprio STJ, no julgamento do Recurso Especial 35.042-0-GO, já decidiu que "são penhoráveis as cotas sociais, ainda que o contrato social condicione a transferência das mesmas cotas a estranhos à prévia e expressa anuência dos demais sócios." (DJMG 2.6.95).

Vale lembrar ainda que é da tradição do direito positivo brasileiro a possibilidade de apuração judicial de haveres, nas sociedades ditas contratuais, para quem quer que suceda o sócio em seus direitos patrimoniais. Assim é que o art. 48, da Lei de Falências, assegura à massa do sócio falido a prerrogativa

processual de postular judicialmente o recebimento dos haveres sociais desse sócio, caso o contrato não preveja a forma de seu pagamento.

Diante de tudo isso, o que se dizer então da aquisição de quotas por partilha do patrimônio conjugal?

Ao abordar especificamente tal hipótese, Nelson Abrão, citando Halperin, conclui que, se pela separação judicial, as quotas são adjudicadas ao outro cônjuge, há incorporação de novo sócio à sociedade, o que depende da aceitação dos demais. Assim, "o cônjuge não-sócio terá um crédito pelo valor das quotas contra o outro esposo em caso de divórcio, ou deverá alienar as quotas que se lhe adjudiquem na partilha da comunidade ou morte do cônjuge, sempre que seu ingresso não for aceito." (*Sociedades por Quotas de Responsabilidade Ltda.*, 4.ª ed., S. Paulo, RT, 1989, p. 82).

Todavia, o mestre paulista registra, sem concordar, o ponto de vista contrário de Felipe Cañizares e Enrique Aztiria, para quem deveria haver exceção nas restrições à transferência de quotas, *inter vivos* ou *mortis causa*, em favor de cônjuges e sucessores hereditários (*Tratado de Sociedades de Responsabilidade Limitada*, Buenos Aires, 1954, p. 618).

Esse é, a meu ver, o acertado entendimento que corrobora as conclusões aqui sustentadas. A transferência de quotas por sucessão hereditária ou por partilha em separação judicial não é ato violador do contrato social, mas sim consequência, direta ou indireta, de disposição legal. Por isso, merece tratamento distinto das cessões voluntárias de quotas, que, se contrárias ao contrato, são oponíveis à sociedade.

Assim sendo, deve-se reconhecer o direito à apuração de haveres sociais ao

cônjuge que, por força da legislação civil, que determina a partilha equitativa do patrimônio comum, recebe quotas de sociedade comercial na dissolução de seu casamento.

#### 4. Conclusão

Por tais razões, é forçoso concluir que o adquirente de quotas sociais, que não possa assumir a condição de sócio, em função do caráter *intuitu personae* da sociedade, cujo contrato contém cláusula restritiva da transferibilidade de quotas, terá necessariamente o direito de postular o recebimento de seus haveres na sociedade.

E, em lhe sendo isso negado, será parte legítima, para propor ação judicial de apuração e recebimento dos seus haveres.

Em suma, a ação de apuração de haveres (ou como se queria de dissolução parcial) na sociedade por quotas de responsabilidade limitada, como fruto da construção pretoriana em torno dos arts. 15 do Decreto 3.708/19 e 335, 5, do Código Comercial, não pode ser tida como regulada pela letra fria da lei, tendo sua legitimação ativa restrita à pessoa do sócio. Ela constitui também direito de quem adquiriu quotas involuntariamente, sem chegar a ter *status* de sócio.

Para atingir seus objetivos de viabilizar o respeito à liberdade constitucional do cidadão de associar-se e de não permanecer associado, e à necessidade de circulação de direitos ou bens congregados em uma sociedade por quotas, deve a apuração de haveres ser considerada, pelo menos, como o único direito assegurado ao sócio não quotista, para que possa receber o que lhe pertence no patrimônio social.

# NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

---

## DISSOLUÇÃO E LIQUIDAÇÃO DE SOCIEDADES — MAURO RODRIGUES PENTEADO

WALDÍRIO BULGARELLI

O Dr. Mauro Rodrigues Penteado, hoje, também livre-docente em Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP, após duas obras marcantes, "Consórcios de Empresas" e "Aumentos de Capital das Sociedades Anônimas", com que obteve respectivamente os títulos de mestre e doutor em Direito Comercial, apresenta-nos, agora, a obra Dissolução e Liquidação de Sociedades, originária da tese, com que obteve o grau de Livre-Docente, na sua esplêndida carreira na Faculdade de Direito da USP.

Inicialmente, vale acentuar, como o vimos fazendo nos últimos anos, o elevado nível que vem marcando os trabalhos dos integrantes dos nossos cursos de pós-graduação e *et pour cause* dos que integram o corpo de professores da Faculdade de Direito da USP.

E o presente livro certamente que não distoa dos anteriores, até os superando, na medida em que demonstra um trabalho de pesquisa minucioso e criterioso, acrescido de uma preocupação pela análise crítica, aspectos que são sempre de merecer elogios, de vez que vem

ocorrendo com uma reiteração preocupante, na bibliografia jurídica nacional, o número de obras meramente repetitivas do que já se contém suficientemente nos compêndios e tratados, restando supérfluas e sem maior significação. Não é o que ocorre com a obra ora divulgada do Dr. Mauro Rodrigues Penteado, em que os temas são tratados com a profundidade que merecem.

Escrevendo com facilidade de quem domina a língua e a linguagem jurídica, o Autor nos revela inúmeros aspectos insuspeitados ou até então não suficientemente tratados, do que chama com originalidade "a desmontagem da organização societária", não se detendo apenas nas sociedades comerciais clássicas mas enfrentando a questão em relação às sociedades cooperativas, às associações, às sociedades civis e às que intitula de sociedades anômalas.

Está, pois, de parabéns o Autor, assim como a ciência jurídica pátria pelo excelente trabalho dado ao público, o qual recomendamos com empenho a todos os estudiosos do Direito.

# NOTICIÁRIO

---

## INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO COMERCIAL COMPARADO E BIBLIOTECA

TÚLLIO ASCARELLI

Neste segundo semestre de 1995, o Instituto prosseguiu com suas reuniões de estudos e debates, sendo que no dia 4 de outubro, o Prof. Mauro Rodrigues Penteadou versou o tema: cheque de pagamento diferido; uma solução para os cheques pré-datados? No dia 18 de outubro, no auditório da Associação Comercial de São Paulo, a Dra. Elisabeth Kasnar Fekete relatou o tema: O Projeto do Código da Propriedade Industrial.

### Lembretes

- A Biblioteca Tullio Ascarelli, que funciona no 2.º andar da Faculdade de Direito, no Largo de São Francisco, mantém-se aberta diariamente para atendimento dos estudiosos e membros do Instituto.

- Continuam abertas as inscrições para membros efetivos do Instituto, aos formados em Direito, devendo os interessados preencher ficha de inscrição e pagar a taxa fixada.

# ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO

## A

Arnoldo Wald	
APRESENTAÇÃO — N.º ESPECIAL .....	5
Do crédito documentário “red clause”	105
A introdução da “Lex Mercatoria” no Brasil e a criação de uma nova dogmática .....	20

## C

Celso Barbi Filho — Comercial — Sociedade por quotas de responsabilidade limitada — Aquisição de quotas — Apuração de haveres — Direito do sócio .....	123
Comentários à lei de marcas alemã de 1995 — Karin Grau-Kuntz ..	111
Comercial — Sociedade por quotas de responsabilidade limitada — Aquisição de quotas — Apuração de haveres — Direito do sócio — Celso Barbi Filho .....	123
Crédito documentário “red clause” (Do) — Arnoldo Wald .....	105

## D

DEPOIMENTO — Waldírio Bulgarelli .....	14
Desconsideração da personalidade jurídica na prática de ilícito cambial administrativo (A) — Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa ..	49
Dissolução e liquidação de sociedades — Waldírio Bulgarelli .....	132

## E

Estudo comparativo dos direitos brasileiro e alemão na disciplina das condições gerais dos negócios — José Júlio Borges da Fonseca .....	54
--	----

## H

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa — A desconsideração da personalidade jurídica na prática de ilícito cambial administrativo .....	49
--	----

## I

Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Túllio Ascarelli .....	133
Introdução da “Lex Mercatoria” no Brasil e a criação de uma nova dogmática (A) — Arnoldo Wald	20

## J

José Júlio Borges da Fonseca — Estudo comparativo dos direitos brasileiro e alemão na disciplina das condições gerais dos negócios .	54
--	----

## K

Karin Grau-Kuntz — Comentários à lei de marcas alemã de 1995 ...	111
--	-----

## L

Luiz Gastão Paes de Barros Leães — A prévia deliberação assemblear como condição de “legitimatío ad causam” na ação social .....	98
--	----

## M

Marco Antonio Marcondes Pereira — Regime dissolutório do Código Comercial. Dissolução total e dissolução parcial. Dissolução judicial e extrajudicial .....	63
Mauro Rodrigues Penteado — Títulos de crédito no projeto de Código Civil .....	24

## P

- Prévia deliberação assemblear como condição de "legitimatío ad causam" na ação social (A) — Luiz Gastão Paes de Barros Leães ....** 98

## R

- Regime dissolutório do Código Comercial. Dissolução total e dissolução parcial. Dissolução judicial e extrajudicial — Marco Antonio Marcondes Pereira .....** 63

## T

- Títulos de crédito no Projeto de Código Civil — Mauro Rodrigues Penteado .....** 24

## W

**Waldírio Bulgarelli**

- DEPOIMENTO .....** 16
- Dissolução e Liquidação de Sociedades .....** 132